

## NUEVAS PERSPECTIVAS EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA POR LA JURISDICCIÓN CIVIL

ALFONSO GUTIÉRREZ Y ANTONIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ  
*Abogados de Uría & Menéndez*

### 1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, las normas de defensa de la competencia —distintas de las relativas al control de concentraciones económicas— comunitarias (artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la CE, en adelante TCE) y españolas (artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en adelante LDC) pueden ser aplicables concurrentemente a un mismo supuesto de hecho en virtud del llamado principio de la «doble barrera» enunciado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), con única sujeción al principio general de la primacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento nacional interno. La tarea de la aplicación de estas normas está encomendada a organismos administrativos y a la jurisdicción ordinaria, como corresponde a la doble naturaleza de este tipo de normas que, por un lado, forman parte del orden público económico (al dirigirse a preservar un mercado abierto y competitivo en el contexto de una economía de mercado) y, por otro, prohíben conductas y prácticas susceptibles de perjudicar directamente los intereses económicos de sujetos privados (empresas y consumidores).

La aplicación de las normas de defensa de la competencia es primordialmente realizada por la Administración, comunitaria (Dirección General de la Compe-

tencia de la Comisión Europea) o nacional (Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante SDC, y Tribunal de Defensa de la Competencia, en adelante, TDC). La aplicación administrativa de estas normas se halla ampliamente regulada y consolidada tanto a escala europea como nacional, existiendo ya un abundante *corpus* de decisiones y resoluciones administrativas que interpretan y aplican estas normas. Por el contrario, la aplicación judicial de la normativa *antitrust* es una vía escasamente desarrollada en Europa (incluida España), a pesar de que —como se explicará a continuación— son precisamente los jueces ordinarios quienes deben tutelar los intereses privados de cualquier perjudicado por una infracción de aquellas normas.

El objeto de este artículo es analizar los términos y condiciones en que puede producirse la aplicación de las normas de defensa de la competencia comunitarias y españolas por la jurisdicción ordinaria. Es ésta una cuestión no sólo de enorme trascendencia práctica (por las repercusiones contractuales y patrimoniales que puede desplegar una infracción *antitrust*), sino también de la máxima actualidad jurídica tras la adopción de varios recientes y novedosos pronunciamientos jurisprudenciales por parte del TJCE (sentencia *Courage* de 20 de septiembre de 2001) y del Tribunal Supremo (sentencias *DISA* de 2 de junio de 2000, *Mercedes Benz* de 2 de marzo de 2001 y *Petronor* de 15 de marzo de 2001)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sentencia del TJCE de 20.9.2001 en el asunto *Courage* (as. C-453/99; aún no publicada) y sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 2.6.2000 *DISA* (RJ 2000\5092), 2.3.2001 *Mercedes Benz* (RJ 2001\2616) y 15.3.2001 *Petronor* (RJ 2001\5980).

La estructura del presente trabajo se centrará en el examen de los límites y alcance de la competencia de los jueces y tribunales ordinarios para aplicar las normas comunitarias y nacionales de defensa de la competencia en cada una de las siguientes vertientes: a) declaración de infracción, intimación a la cesación, remoción de efectos, imposición de multas y autorización de acuerdos; b) declaración de nulidad de contratos y acuerdos restrictivos; y, c) otorgamiento de compensaciones económicas a las partes perjudicadas por infracciones de la normativa de defensa de la competencia, incluyendo la restitución de lo indebidamente pagado y la indemnización por daños y perjuicios.

## 2. COMPETENCIA PARA DECLARAR LA EXISTENCIA DE INFRACCIÓN, INTIMAR AL CESE DE LAS PRÁCTICAS Y A LA REMOCIÓN DE LOS EFECTOS EN EL MERCADO, IMPONER MULTAS Y AUTORIZAR ACUERDOS

Esta competencia se encuentra directamente asociada a la naturaleza iuspublicista de las normas de defensa de la competencia en su condición de disposiciones pertenecientes al orden público económico cuya observancia se impone coercitivamente por los poderes públicos, de manera que su vulneración se considerará una infracción administrativa susceptible de dar lugar a sanciones económicas. En consecuencia, las citadas son competencias privativas de la Administración comunitaria o nacional, cuyo ejercicio no corresponde a los jueces ordinarios.

A su vez, las Administraciones comunitaria y española se reparten el ejercicio de estas competencias dependiendo de cuáles sean las normas jurídicas aplicables al caso concreto. La Comisión Europea tiene competencia —principal aunque no exclusiva— para incoar procedimientos administrativos sancionadores en aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, incluyendo la adopción de decisiones por las que declara la existencia —o ausencia— de infracción, se ordena a las partes el cese inmediato de las prácticas y la remoción de sus efectos, se conceden

medidas cautelares y se imponen sanciones<sup>2</sup>. La actuación de la Comisión en materia de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE está sometida al control jurisdiccional del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y posterior del TJCE. La Comisión goza asimismo de competencia exclusiva para, sobre la base del artículo 81.3 TCE, autorizar los acuerdos que le sean notificados.

Las autoridades administrativas españolas (SDC y TDC) tienen asimismo competencia para aplicar en el ámbito nacional los artículos 81.1 y 82 TCE en los mismos términos que la Comisión Europea, si bien tal competencia es de naturaleza claudicante pues la incoación de expediente por parte de la Comisión en relación con una práctica determinada enerva automáticamente la facultad de las autoridades españolas para aplicar el Derecho comunitario a tal práctica (artículo 9.3 del Reglamento 17/62).

Además de sus competencias para aplicar el Derecho comunitario, las referidas autoridades administrativas españolas tienen competencia exclusiva (i.e. no compartida con la Comisión) para incoar y tramitar procedimientos sancionadores en aplicación de los artículos 1 y 6 LDC (equivalentes a los artículos 81 y 82 TCE). Tal y como establece el artículo 46 LDC, la aplicación de las normas españolas de defensa de la competencia por parte de las citadas autoridades abarca la declaración de la existencia o ausencia de infracción, la intimación a la cesación de las prácticas, la imposición de condiciones u obligaciones, la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas, la imposición de sanciones y la autorización de los acuerdos que le sean notificados.

La actuación de las autoridades administrativas españolas en materia de aplicación de la normativa de defensa de la competencia (comunitaria o española) es jurisdiccionalmente revisable ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

<sup>2</sup> Véanse en general arts. 2, 3 y 15 del Reglamento 17/62/CEE del Consejo, de 6.2.1962, de aplicación de los arts. 85 y 86 (actuales 81 y 82) del Tratado (DOCE L 13/204, de 21.2.1962). Debe precisarse no obstante que el Reglamento 17/62 no concede específicamente a la Comisión Europea la potestad de adoptar Decisiones en las que se «constate» formalmente la existencia de una infracción, aunque tal infracción sea naturalmente el presupuesto necesario para las órdenes de cesación y la imposición de sanciones. El TJCE declaró expresamente la potestad de la Comisión para constatar la existencia de infracciones en la sentencia de 2.3.1983 en el asunto *GVL* (as. 7/82, *Rec.* 1983, pág. 483).

### 3. COMPETENCIA PARA DECLARAR LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS CONTRARIOS AL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

#### 3.1. La atribución de esta competencia a los jueces y tribunales ordinarios por la normativa y jurisprudencia comunitaria

El TCE en modo alguno es ajeno a los efectos civiles de las infracciones de la normativa de competencia. En efecto, los acuerdos contrarios al artículo 81.1 (o que sean la consecuencia de prácticas abusivas contrarias al artículo 82 TCE) no sólo son objeto de los correspondientes procedimientos administrativos sancionadores en los términos expuestos en el epígrafe anterior, sino que, además, reciben la sanción —de carácter civil— de ser considerados nulos de pleno derecho, de acuerdo con lo previsto expresamente en el artículo 81.2 TCE<sup>3</sup>.

Ni el TCE ni las posteriores normas de Derecho Comunitario se pronuncian, sin embargo, acerca de cuál es la autoridad competente para declarar la nulidad de dichos acuerdos.

En ausencia de una regulación expresa sobre esta materia, la competencia exclusiva de los jueces y tribunales ordinarios de los Estados miembros para declarar la nulidad de los acuerdos contrarios a la normativa comunitaria se deduce de la concurrencia de las siguientes dos circunstancias: a) la consideración del juez nacional ordinario de los Estados miembros como juez encargado de velar por la legalidad comunitaria; y, b) el reconocimiento por el TJCE del efecto directo de los artículos 81.1 y 82 TCE.

Por lo que se refiere a la primera circunstancia apuntada, cabe recordar que el TJCE sólo tiene las competencias que, de forma expresa, le confiere el Tratado, sin que entre dichas competencias figure la

posibilidad de aplicar las normas del Tratado (incluidas las normas de competencia) a los conflictos concretos que surjan entre los particulares. Esta última competencia pertenece en exclusiva a los jueces y tribunales nacionales de los Estados miembros, que se configuran de este modo en auténticos jueces comunitarios encargados de hacer respetar la legalidad comunitaria en los diversos procedimientos de los que conozcan. Para el cumplimiento de esta labor, el juez nacional cuenta, eso sí, con la posibilidad de plantear al TJCE las cuestiones prejudiciales que estime necesarias en relación con la interpretación y validez de las normas comunitarias que resulten de aplicación en el procedimiento del que esté conociendo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 234 (antiguo 177) TCE.

Por su parte, en lo que se refiere en concreto a la aplicabilidad de los artículos 81.1 y 82 TCE por los jueces nacionales, debe tenerse presente que el TJCE ha reconocido a ambos preceptos efecto directo horizontal, esto es, ha declarado que las prohibiciones establecidas en los mismos generan derechos de forma directa en favor de las empresas y particulares que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger<sup>4</sup>.

Como la propia Comisión declara en su Comunicación de 13 de febrero de 1993, relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 (actuales 81 y 82) del Tratado CEE<sup>5</sup>, el TJCE ha reconocido de un modo reiterado que la sanción de nulidad de los acuerdos prevista en el artículo 81.2 TCE debe ser interpretada en el sentido de que los jueces nacionales pueden determinar, de conformidad con sus normas de procedimiento, las consecuencias de Derecho civil que implica la prohibición del artículo 81.1 TCE<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> El apartado segundo del art. 81 TCE prevé que «los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho». Por su parte, si bien el art. 82 TCE carece de una disposición similar, el TJCE ha declarado que, cuando una práctica abusiva contraria a dicho artículo se plasma en un acuerdo, dicho acuerdo se encuentra igualmente viciado de nulidad (STJCE de 25.10.1979 en el asunto *Greenwich Film/SACEM* -as 22/79, Rec. 1979, pág. 3275, cdo. 10-).

<sup>4</sup> STJCE de 30.1.1974 en el asunto *BRT I* (as. 127/73, Rec. 1974, pág. 51, cdo. 16). En el mismo sentido, entre otras, STJCE de 18.3.1997 en el asunto *Guérin automobiles/Comisión* (as. C-282/95 P, Rec. 1997, pág. I-1503, cdo. 39) y STJCE en el asunto *Courage*, antes cit. (cdo. 23).

<sup>5</sup> Comunicación 93/C 39/05 (DOCE C 39/5, de 13.2.1993).

<sup>6</sup> Véanse, entre otras, SSTJCE de 30.6.1966 en el asunto *LTM/MBU* (as. 56/65, Rec. 1966, pág. 337), de 6.7.1973 en el asunto *Brasserie de Haecht* (as. 48/72, Rec. 1973, pág. 77) y de 14.12.1983 en el asunto *Ciments et Bétons/Kerpen et Kerpen* (as. 319/82, Rec. 1983, pág. 4173).

De acuerdo con lo expuesto, ninguna duda debe existir, por lo tanto, en relación con la competencia de los jueces nacionales para declarar la nulidad de los acuerdos contrarios a la normativa comunitaria de competencia.

### 3.2. El reconocimiento de esta competencia por el Tribunal Supremo

Resulta satisfactorio comprobar cómo en los recientes precedentes citados al inicio de este trabajo relativos a la aplicabilidad de la normativa comunitaria de competencia por la jurisdicción civil ordinaria, la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en el mismo sentido que la normativa y jurisprudencia comunitarias recién expuestas.

En la primera de estas sentencias (sentencia de 2 de junio de 2000, a la que generalmente se le atribuye el nombre de la parte demandada, la compañía DISA)<sup>7</sup> el Tribunal Supremo hubo de pronunciarse, entre otros interesantes aspectos que analizamos más adelante, sobre la competencia de la jurisdicción civil española para declarar la nulidad de un contrato de «concesión mercantil» por ser contrario al artículo 81.1 TCE. Este acuerdo fue el suscrito entre la compañía DISA y un particular para la explotación por éste de una estación de servicio propiedad de la primera. Este contrato nunca llegó a ser ejecutado, toda vez que, con posterioridad al mismo, DISA firmó un segundo contrato con el mismo objeto (la explotación de la misma estación de servicio) con un tercero, la sociedad Prodalca.

En su demanda ante el Juzgado de Primera de Instancia número 7 de Las Palmas, el particular que había suscrito el primer contrato con DISA reclamó su cumplimiento por esta sociedad (esto es, interés que se le hiciera entrega de la estación de servicio para su explotación conforme a lo pactado) y solicitó, además, tanto la nulidad del posterior contrato suscrito entre DISA y Prodalca, como la correspon-

diente indemnización por los daños y perjuicios que le fueron causados.

En respuesta a esta pretensión, DISA invocó la nulidad del contrato por contener una serie de cláusulas contrarias al apartado primero del artículo 81 TCE y, en consecuencia, resultar nulo de pleno derecho en aplicación del apartado segundo de este artículo. Y ello a pesar de haber sido precisamente DISA quien había propuesto la celebración de este contrato.

El Tribunal Supremo acogió esta argumentación y declaró la nulidad del citado contrato por contener una serie de obligaciones restrictivas de la competencia contrarias al artículo 81.1 TCE que —entendió el Supremo— no podían disfrutar de la exención por categorías aplicable a este tipo de contratos, a la sazón el Reglamento 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado tercero del artículo 85 del Tratado CEE a los acuerdos de compra exclusiva, vigente en el momento de la celebración del contrato. Para ello, lógicamente, el Tribunal Supremo hubo de analizar con carácter previo su propia competencia para poder declarar, en su caso, la nulidad del contrato objeto del litigio, tarea para la cual se apoyó en la cita literal de las principales sentencias pronunciadas por el TJCE en la materia, incluidas las que reconocen el efecto directo de los artículos 81.1 y 82 TCE. Del análisis de esta jurisprudencia comunitaria el Tribunal Supremo dedujo su competencia para declarar la posible nulidad del contrato litigioso, competencia que le correspondía «*como juez nacional de un Estado miembro que debe por lo tanto aplicar el ordenamiento comunitario*» (esto es, en su calidad de juez nacional que es a su vez juez comunitario).

Como decíamos, con posterioridad a DISA la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha vuelto a reconocer competente para declarar la nulidad de

<sup>7</sup> Cit. anteriormente. Esta sentencia ha sido objeto de diversos artículos, de entre los que cabe destacar los siguientes: A. Gutiérrez Hernández: «La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000 y sus implicaciones para los contratos de suministro de carburantes entre compañías petroleras y estaciones de servicio», *Diario La Ley*, n.º 23.3.2001, pág. 1 ss.; C. Prat: «El Tribunal Supremo y el 'efecto directo' del Derecho de la Competencia (comentario a la sentencia DISA del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000)», *Anuario de la Competencia 2000* (Fundación ICO), Madrid, 2001, págs. 283 ss.; S. Martínez Lage: «Las indemnizaciones por infracción al Derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 216, págs. 1 ss.; y C. Fernández y P. González-Espejo: «Actions for Damages Based on Community Competition Law: New Case Law on Direct Applicability of Articles 81 and 82 by Spanish Civil Courts», *IBA Conference*, 2001.

los acuerdos que, quedando incluidos en el ámbito del apartado primero del artículo 81 TCE, no cumplen los requisitos previstos en los correspondientes Reglamentos de exención por categorías. En *Mercedes Benz* (2 de marzo de 2001), tras comprobar que el contrato de concesión de automóviles objeto del litigio no infringía los artículos 1091 y 1256 Cc. invocados en el recurso de casación, el Tribunal Supremo entró a analizar si el citado contrato era conforme, además, con los requisitos de exención previstos en el Reglamento 123/1985/CE de exención por categorías de los acuerdos de distribución de automóviles<sup>8</sup>. El Supremo justifica este análisis adicional (no solicitado —insistimos— por la recurrente en casación) en la imperatividad y aplicación directa de los Reglamentos comunitarios, incluidos los Reglamentos de exención por categorías en materia de competencia. Siguiendo esta misma línea, en *Petronor* (15 de marzo de 2001) la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo analiza igualmente la posible inclusión en el ámbito de la exención por categorías prevista en el Reglamento 1984/83/CEE sobre compra exclusiva<sup>9</sup> del pacto de suministro en exclusiva contenido en un acuerdo de concesión para la explotación de una estación de servicio.

Se apreciará que los tres precedentes citados presentan una característica común: en todos ellos las disposiciones comunitarias aplicadas por el Tribunal Supremo a los contratos litigiosos eran el apartado primero del artículo 81 TCE y determinados reglamentos comunitarios de exención por categorías adoptados sobre la base del apartado tercero de este artículo. ¿Implica ello que el Tribunal Supremo tan

sólo ha reconocido la aplicabilidad directa por la jurisdicción ordinaria de estos preceptos y no ha hecho lo mismo en relación con la prohibición de abuso de posición de dominio contenida en el artículo 82 TCE?

Aparentemente, la conocida sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el 30 de diciembre de 1993<sup>10</sup> (*CAMPSA*) podría ser interpretada en el sentido de que esta pregunta merece una respuesta afirmativa, ya que en esta sentencia el Supremo declaró la incompetencia de la jurisdicción civil para condenar a CAMPSA a cesar en los supuestos actos de abuso de posición de dominio contrarios al artículo 82 TCE cometidos por esta compañía en el suministro de carburante pesquero a determinados armadores.

Sin embargo, decimos «aparentemente» de un modo intencionado, porque en realidad parecen existir varios argumentos en apoyo de la idea de que el Tribunal Supremo no se opone a la aplicación directa por la jurisdicción ordinaria española del artículo 82 TCE a los efectos de extraer las consecuencias civiles de su vulneración.

En primer lugar, entendemos que la jurisprudencia *CAMPSA* debe ser analizada única y exclusivamente a la luz de la solicitud que, en ese caso concreto, le fue formulada a la jurisdicción ordinaria por la parte demandante, consistente en que se condenara a CAMPSA «a cesar en los actos de abuso de posición dominante en los contratos de suministro de carburante pesquero y en el propio mercado, absteniéndose en el futuro de discriminar a

<sup>8</sup> Reglamento 123/85/CEE de la Comisión, de 12.12.1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles (*DOCE* L 15, de 18.1.1985), vigente en el momento de la conclusión del contrato litigioso. La cláusula objeto de la controversia era aquella por la cual el fabricante exigía al concesionario unos mínimos de venta, que el Tribunal Supremo entiende amparada por el art. 4.1.3 del citado Reglamento y, por lo tanto, conforme con la normativa comunitaria de competencia.

<sup>9</sup> Reglamento 1984/83/CEE de la Comisión, de 22.6.1983, relativo a la aplicación del apartado tercero del art. 85 del Tratado CEE a determinados acuerdos de compra exclusiva (*DOCE* L 173, de 30.6.83).

<sup>10</sup> RJ 1993\9902. Esta sentencia ha sido objeto de varios comentarios y artículos, de entre los que cabe destacar: S. Medrano Irazola: «El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideración del debate y contribución a la búsqueda de soluciones», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2000, n.º 210, págs. 11 ss.; B. Fernández Pérez: «El efecto directo del artículo 86 TCE en el ordenamiento español», *La Ley. Comunidades Europeas*, n.º 93, 1995, págs. 1 ss.; S. Martínez Lage: «El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en Derecho español (STS de 30.12.93)», *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea y de la Competencia*, B-94, págs. 1 ss. (primera parte) y B-95, págs. 1 ss. (segunda parte); y J. M. Fernández López: «La aplicación jurisdiccional de la legislación interna y comunitaria sobre competencia en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Situación actual y perspectivas de futuro», *Anuario de la Competencia 1999* (Fundación ICO), Madrid, 2000, págs. 125 ss.

los armadores españoles de buques pesqueros en razón de su nacionalidad» (apartado primero del suplico de la demanda). Pues bien, si el Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la demandante no fue porque negara el efecto directo del artículo 82 TCE, sino porque, a diferencia de los supuestos de *DISA*, *Mercedes Benz* y *Petronor* recién analizados, en *CAMPESA* no se solicitó a los jueces ordinarios que se pronunciaran sobre los efectos civiles que pueden tener las prácticas contrarias a la normativa comunitaria de competencia. Lo que se solicitó a la jurisdicción civil fue algo bien distinto, consistente en la adopción de un acto para el cual gozan de competencia exclusiva las autoridades administrativas de defensa de la competencia, como es la adopción de una orden de cesación de una conducta supuestamente contraria al artículo 82 TCE<sup>11</sup>.

Por otro lado, debe tenerse presente que en esta misma sentencia el Tribunal Supremo cita la jurisprudencia que reconoce el efecto directo de las normas comunitarias de competencia (entre otras, la ya citada *BRT I*), tras lo cual manifiesta expresamente la existencia de efecto directo del artículo 82 TCE. Además, lejos de reservar una solución específica al artículo 82 TCE distinta de la prevista para el artículo 81 TCE, el pronunciamiento de *CAMPESA* se refiere a «la aplicación directa de los arts. 85.1 y 86 del Tratado» (fundamento de Derecho segundo, último párrafo) por la jurisdicción ordinaria.

En definitiva, no hay ninguna razón para interpretar la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el sentido de que diferencia, a efectos de la apreciación por los tribunales de la nulidad de los acuerdos contrarios a la normativa de competencia, entre los artículos 81.1 y 82 TCE, postura que, por otro lado, es la única que cabe

mantener a la luz de la jurisprudencia comunitaria que reconoce a ambos preceptos efecto directo.

### 3.3. La posible aplicación concurrente de las normas comunitarias de competencia por los órganos administrativos y la jurisdicción ordinaria

Una vez reconocida la competencia de los jueces y tribunales ordinarios para la declaración de la nulidad de los acuerdos contrarios a la normativa comunitaria de competencia surge la cuestión de si, para el ejercicio de esta competencia por la jurisdicción ordinaria, resulta o no exigible un pronunciamiento previo de las autoridades administrativas de defensa de la competencia (la Comisión o, en el caso español, el TDC) por el que se declare la existencia de esta infracción.

Ni la normativa ni la jurisprudencia comunitarias exigen este «requisito de procedibilidad», de forma que, dentro del ámbito de sus competencias, los jueces y tribunales ordinarios pueden aplicar el apartado primero del artículo 81 y el artículo 82 TCE sin necesidad de obtener una declaración previa de infracción por parte de las autoridades administrativas de defensa de la competencia.

Es más, resulta perfectamente posible la tramitación concurrente a un mismo asunto de dos procedimientos paralelos, uno administrativo (bien sancionador, bien de autorización) y otro de carácter jurisdiccional ante un juez nacional de un Estado miembro, toda vez que la incoación del primero de estos procedimientos en modo alguno priva de competencia al juez nacional ante el que se invoque el efecto directo del apartado primero del artículo 81 o del artículo 82 TCE.

Ello, obviamente, sin perjuicio de la imprescindible delimitación de funciones y competencias entre las autoridades administrativas y jurisdiccionales que estén aplicando la normativa comunitaria de

<sup>11</sup> El Tribunal Supremo establece en el F.D. segundo de la sentencia que la jurisdicción ordinaria es competente para aplicar la normativa comunitaria de competencia «a título incidental, no a título principal como se pide en este caso». Esta distinción entre aplicación a título principal e incidental ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinales. Entendemos que la interpretación más adecuada a lo dispuesto por el TS en *CAMPESA* es la que considera que esta distinción tiene su origen en la terminología empleada por Michel Waelbroeck en su *Tratado de Derecho de la Competencia* y por el Abogado General Mayras en sus conclusiones en el asunto *BRT I*, antes cit., en el sentido de que se aplican a título principal las normas comunitarias de competencia por las autoridades especialmente encargadas de este cometido (garantes de un interés público consistente en la defensa de la competencia en el mercado) y, en cambio, lo hacen a título incidental los jueces y tribunales ordinarios que dirimen controversias privadas (garantes del interés privado de cada una de las partes del procedimiento). Véanse, en este sentido, B. Fernández Pérez: «El efecto directo del artículo 86 TCE...», antes cit., y J.M. Fernández López: «La aplicación jurisdiccional de la legislación interna y comunitaria sobre competencia...», antes cit.

competencia a un mismo acuerdo o práctica con el fin de eliminar la adopción de decisiones contradictorias. Esta delimitación competencial se incardina sobre la base de determinados principios sentados por la jurisprudencia comunitaria, en su mayor parte recogidos en la Comunicación de la Comisión de 1993 sobre cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de las normas comunitarias de competencia<sup>12</sup>. De entre estos principios cabe destacar el que establece que la Comisión no queda vinculada por una resolución dictada por un órgano jurisdiccional en aplicación de los artículos 81 y 82 TCE. De esta forma, la Comisión está facultada para adoptar en todo momento decisiones individuales de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE que contradigan lo dispuesto por un órgano jurisdiccional nacional<sup>13</sup>.

Por otra parte, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden dictar resoluciones incompatibles con Decisiones ya adoptadas por la Comisión y, cuando se pronuncien sobre acuerdos o prácticas que puedan ser objeto de una Decisión de la Comisión pendiente de ser adoptada, se encuentran obligados a evitar pronunciarse en un modo incompatible con la Decisión que la Comisión se proponga tomar<sup>14</sup>. A tal fin pueden recurrir a los mecanismos de consultas y cooperación descritos en los puntos 33 a 44 de la Comunicación de 1993 o al planteamiento de la

correspondiente cuestión prejudicial al TJCE sobre la base del artículo 234 (antiguo 177) TCE.

Por lo que se refiere, en particular, a la aplicación por la jurisdicción ordinaria española de las normas comunitarias de competencia, no existe ninguna norma de Derecho nacional que condicione el ejercicio de esta competencia jurisdiccional al previo pronunciamiento administrativo (de la Comisión o del TDC) declarativo de la infracción. De hecho, las recientes sentencias del Tribunal Supremo *DISA*, *Mercedes Benz* y *Petronor*, antes citadas, constituyen un buen ejemplo de cómo nuestro Alto Tribunal ha aplicado, a los efectos civiles para los que es competente, el apartado primero del artículo 81 TCE sin necesidad de una declaración administrativa previa de infracción, ni de la Comisión, ni del TDC. Cabría incluso plantearse si una eventual exigencia de este tipo prevista en el ordenamiento de un Estado miembro no sería incompatible, por sí misma, con el efecto directo reconocido al apartado primero del artículo 81 y al artículo 82 TCE<sup>15</sup>.

#### **3.4. Legitimación activa para invocar la nulidad de acuerdos contrarios a la normativa comunitaria de competencia y alcance de la misma**

La jurisprudencia comunitaria atribuye amplia legitimación activa para invocar la nulidad de un acuerdo adoptado en infracción de las normas

<sup>12</sup> Cit. anteriormente. Un buen resumen de los principios que rigen esta coordinación, recogidos tanto en esta Comunicación como en la jurisprudencia comunitaria se encuentra en C.Prat: «El Tribunal Supremo y el 'efecto directo' del Derecho de la Competencia...», antes cit., en págs. 286 a 288.

<sup>13</sup> STJCE de 14.12.2000 en el asunto *Masterfoods* (as. C-344/98, cdo. 48; aún no publicada).

<sup>14</sup> Véanse, respectivamente, las SSTJCE en el asunto *Masterfoods* (antes cit.; cdo. 52) y de 28.2.1991 en el asunto *Deli-mitis* (as. C-234/89, Rec. 1991, pág. I-935, cdo. 47).

<sup>15</sup> En efecto, es cierto que, según la jurisprudencia comunitaria, la invocación ante la jurisdicción ordinaria de las disposiciones comunitarias dotadas de efecto directo se realiza de acuerdo con las normas procesales del Derecho nacional de cada Estado miembro, con el límite de que dichas normas no prevean un trato discriminatorio entre las reclamaciones basadas en el Derecho nacional y las basadas en el Derecho Comunitario (principio de equivalencia) y, además, sean realmente efectivas en la protección de los derechos de los particulares (principio de efectividad) (véase, por todos, la STJCE en el asunto *Courage*, antes cit. —cdo. 29—). Ahora bien, cabría preguntarse si una norma nacional de este tipo que impusiera el requisito de procedibilidad en los términos expuestos realmente debe ser considerada una norma de carácter procesal a los efectos de esta jurisprudencia o, por el contrario, debe ser vista como una norma que niega por sí misma el efecto directo de los arts. 81 y 82 TCE al condicionar el reconocimiento por la jurisdicción ordinaria de los derechos que emanan de estos artículos al cumplimiento de una condición (la previa declaración administrativa de infracción) que podrá o no cumplirse. Además, si la propia Comisión en su Comunicación de 1993 sobre cooperación con los órganos jurisdiccionales (puntos 22 y 23), antes cit., prevé la tramitación de procedimientos judiciales de aplicación de los arts. 81.1 y 82 TCE una vez que aquella institución ha iniciado un procedimiento de aplicación de dichos artículos, la aplicación de una norma de un Estado miembro que condicionara la competencia de su juez nacional a la previa declaración de infracción de un órgano administrativo nacional de defensa de la competencia llevaría a exigir el pronunciamiento previo de un órgano administrativo desprovisto ya de toda competencia en aplicación del art. 9.3 del Reglamento 17/62.

comunitarias de competencia: cualquier persona, sea parte o no de dicho acuerdo, que se encuentre afectada por el mismo, puede invocar la nulidad de pleno derecho prevista en el apartado segundo del artículo 81 TCE<sup>16</sup>.

Así, entre otros, se encuentra legitimada para invocar la nulidad la empresa de la que partió la iniciativa de la adopción del acuerdo restrictivo<sup>17</sup> y cualquier tercero que pueda verse afectado por el mismo. En este último supuesto estaría incluido, por ejemplo, el proveedor, el cliente o el competidor de compañías que han celebrado un acuerdo considerado contrario al apartado primero del artículo 81 TCE. También cabe pensar en los competidores de una empresa en posición de dominio respecto de los acuerdos suscritos por esta última con terceros en abuso de dicha posición de dominio con el objeto o el efecto de producir un cierre de mercado.

Igualmente, la nulidad puede ser apreciada de oficio por los jueces y tribunales llamados a aplicar la normativa comunitaria de competencia, tal y como ha reconocido el TJCE<sup>18</sup>.

De nuevo en este punto la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo está en línea con la jurisprudencia comunitaria, a la que se refiere expresamente en la sentencia *DISA* para sostener que no constituye un impedimento para la declaración de nulidad del acuerdo restrictivo el hecho de que la misma sea invocada por quien cabría considerar culpable de la conclusión del mismo (la demandada DISA). El Tribunal Supremo declara expresamente, además, que «en nuestro sistema, la nulidad de pleno derecho del 6.3 Cc. es apreciable por los tribunales incluso de oficio». De hecho, tal y como hemos expuesto en la posterior sentencia *Mercedes Benz*, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo entró a analizar de oficio la posible nulidad del contrato litigioso por incumplimiento de las condiciones previstas en la normativa de exención por categorías que resultaba de aplicación.

Finalmente, cabe indicar que la nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia presenta un carácter absoluto (en la medida en que el acuerdo restrictivo no produce efectos entre las partes ni es oponible a terceros) y que puede afectar a todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo restrictivo<sup>19</sup>.

#### **4. COMPETENCIA PARA DECLARAR LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS CONTRARIOS AL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA**

##### **4.1. La atribución de esta competencia a los jueces y tribunales ordinarios**

Al igual que el artículo 81.2 TCE, el apartado segundo del artículo 1 LDC sanciona con la nulidad de pleno derecho los acuerdos restrictivos de la competencia contrarios al apartado primero de este artículo que no queden amparados por una exención.

Sin embargo, la atribución a la jurisdicción ordinaria española de competencia para declarar la nulidad de los acuerdos contrarios a la LDC en modo alguno resulta tan clara como en el caso de la normativa comunitaria, toda vez que los principios expuestos en el epígrafe 3.1 (efecto directo, juez nacional como juez comunitario, etc.) únicamente resultan de aplicación en relación con la normativa comunitaria de competencia.

Es más, existe un precedente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que parece abonar la tesis de que la jurisdicción civil carece de competencia para aplicar la normativa nacional de defensa de la competencia. Nos referimos a la sentencia de fecha 4 de noviembre de 1999<sup>20</sup> (conocida con el nombre de la parte recurrente, *United International Pictures* o *UIP*) mediante la cual el Supremo casó una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que había declarado nulo de pleno derecho un contrato de distribución cinematográfica por haber sido suscrito por una de las partes abusando de su posición de dominio y en infracción, por lo tanto, del artículo 6 LDC.

<sup>16</sup> Entre otras, STJCE de 9.7.1969 en el asunto *Portelange* (as. 10/69, Rec. 1969, pág. 309, cdo. 10) y STJCE en el asunto *Courage* (antes cit., cdo. 22).

<sup>17</sup> STJCE de 1.2.1978 en el asunto *Miller* (as. 19/77, Rec. 1978, pág. 131, cdo. 7) y de 28.3.1984 en el asunto *CRAM* (as. ac. 29 y 30/83, Rec. 1984, pág.1679, cdo. 26).

<sup>18</sup> STJCE de 14.12.1995 en el asunto *Van Schijndel* (as. C-431/93, Rec. 1995, pág. I-4705, cdo. 15).

<sup>19</sup> Entre otras, STJCE de 25.11.1971 en el asunto *Béguelin* (as. 22/71, Rec. 1971, pág. 949, cdo. 29) y STJCE en el asunto *Brasserie de Haecht* (antes cit., cdo. 26).

<sup>20</sup> RJ 1999\8001.

Para el Tribunal Supremo la cuestión de si se produjo un abuso de posición de dominio en el mercado de la distribución cinematográfica mediante la imposición en el contrato litigioso de condiciones comerciales no equitativas (conducta que estaría prohibida por el artículo 6 LDC) no puede ser enjuiciada por los órganos de la jurisdicción civil, pues ello implicaría la atribución por éstos de facultades deferidas por la LDC al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo se basa en la doctrina sentada en *CAMPSA*, según la cual, como hemos visto, la jurisdicción civil no puede extender su jurisdicción a materias de la competencia exclusiva o privativa de la Administración, como son las relativas a la constatación de la existencia de prácticas abusivas de una posición de dominio en el mercado.

La postura del Tribunal Supremo en *UIP* resulta criticable, ya que, entre otros aspectos, no tiene en cuenta que el pronunciamiento de *CAMPSA* se refería a un supuesto distinto al que correspondía enjuiciar en *UIP*. En efecto, en *CAMPSA* lo que le fue solicitado a la jurisdicción ordinaria no fue la declaración de nulidad de un acuerdo adoptado en infracción de la normativa de competencia (como en *UIP*), sino algo bien distinto, como la adopción de una orden de cesación de una conducta supuestamente contraria al artículo 82 TCE. Por ello, es únicamente en relación con la adopción de este último tipo de actos (propios, en efecto, de la actuación administrativa de defensa de la competencia y no de los tribunales ordinarios) respecto de los cuales negó el Supremo la competencia de la jurisdicción ordinaria, sin que —en contra de lo afirmado en *UIP*— quepa mantener válidamente que la sentencia *CAMPSA* niega competencia a los jueces y tribunales ordinarios para declarar la nulidad de los actos adoptados en infracción de los artículos 1 y 6 LDC (o sus correspondientes comunitarios).

De hecho la sentencia *DISA* (posterior a *UIP* y, desde luego, mucho más fundada y elaborada que ésta) se refiere en dos ocasiones al artículo 1.2 LDC como base jurídica que, por sí misma, habilitaría a la

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para declarar la nulidad del contrato en litigio aun en el supuesto de que se estimara que no resulta aplicable al mismo el Derecho Comunitario de la Competencia.

Por su parte, el propio TDC ha reconocido expresamente en diversas ocasiones (en interpretación, precisamente de la sentencia *CAMPSA*) la competencia de la jurisdicción ordinaria para pronunciarse sobre los efectos civiles de las prácticas restrictivas de la competencia contrarias a la LDC<sup>21</sup>.

En este contexto no parece aventurado afirmar que existen sólidas razones para considerar que el pronunciamiento del Tribunal Supremo en *UIP* no debería constituir un obstáculo para el reconocimiento de la competencia de la jurisdicción civil para declarar la nulidad de los acuerdos concluidos en infracción de la LDC.

#### **4.2. La posible aplicación concurrente de la LDC por los órganos administrativos de defensa de la competencia y la jurisdicción ordinaria**

A diferencia de lo que ocurre en relación con la concesión de indemnizaciones por daños y perjuicios, la LDC no contiene ningún precepto que condicione la declaración de nulidad por parte de los tribunales ordinarios a la previa adopción de un pronunciamiento administrativo por el TDC (véase artículo 13.2).

De hecho, parecería que la disposición mostrada por el Supremo en *DISA* a declarar la nulidad de un contrato sobre la base del artículo 1.2 LDC sin una declaración previa de infracción del TDC constituye un fuerte indicio de que la normativa nacional de defensa de la competencia no exige dicho requisito de procedibilidad.

Es más, de condicionarse la declaración de nulidad por parte de la jurisdicción civil a la existencia de una declaración previa de la infracción por parte del TDC, cabría preguntarse en qué situación quedarían todas aquellas empresas víctimas de acuerdos y prácticas contrarias a la LDC consideradas «*de minimis*» que el SDC y el TDC decidieran no perseguir haciendo uso de la facultad que a tal efecto les reconoce el apartado tercero del artículo 1 LDC, precepto que permite a los

<sup>21</sup> Entre otras RRTDC de 18.1.1999 (Expte. R- 330/98), de 18.12.1991 (Expte. 296/91), de 28.6.1995 (Expte. 351/94) y de 13.7.1998 (Expte. 401/97). Por su parte, la doctrina ha ofrecido argumentos de peso para mantener la existencia de la competencia de la jurisdicción ordinaria para declarar la nulidad de acuerdos adoptados en infracción de la LDC. Véase, por todos, S. Medrano: «El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia...», antes cit, en págs. 20 a 23.

órganos de defensa de la competencia no iniciar o sobreseer los procedimientos que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. En efecto, en ausencia de una declaración administrativa previa de infracción por parte del TDC, no existiría una competencia jurisdiccional para declarar la nulidad de los acuerdos «de menor importancia» y, en consecuencia, se debería llegar a la conclusión (claramente contraria al artículo 1.2 LDC y 6.6 Cc.) de que las empresas a la que estos acuerdos perjudiquen no podrían invocar su nulidad de pleno derecho ante la jurisdicción civil<sup>22</sup>.

Por otro lado, cabe plantearse igualmente qué ocurriría en todos aquellos casos (los más frecuentes, por otro lado) en los que la nulidad de un acuerdo por ser contrario a la LDC sea invocada ante un juez civil por la parte demandada en vía de excepción para, de este modo, no tener que hacer frente a las obligaciones que derivan del mismo y que son objeto de reclamación judicial por la parte demandante. ¿Cómo se articularía en tal caso la eventual exigencia de un pronunciamiento administrativo previo declarativo de la infracción alegada por la demandada? El lector podrá comprobar que cualquier solución en la que se piense llevará, bien a una postergación injustificada durante varios años de la pretensión del demandante (tal sería el caso si el juez de lo civil tuviera que recabar un pronunciamiento previo al TDC, tras la correspondiente instrucción del SDC), bien a la negación (igualmente injustificada) del derecho del demandado a que sea analizada su pre-

tensión relativa a la nulidad del acuerdo cuyo cumplimiento se le exige (así ocurriría si el juez civil se declarara incompetente para conocer de esta pretensión por no existir un pronunciamiento administrativo que declarara previamente la infracción a la LDC invocada y, en consecuencia, resolviera el litigio sin que se analizara la pretendida infracción a la LDC alegada por la parte demandada).

Estas ideas, unidas a la (deseable) coherencia que debe presidir la aplicación por los jueces y autoridades administrativas de las normas comunitarias y nacionales de competencia parecen constituir un claro apoyo a la posible aplicación concurrente de la LDC por el SDC/TDC y la jurisdicción ordinaria, sobre la base —eso sí— del respeto de sus mutuas competencias y de la imprescindible colaboración al objeto de evitar decisiones contradictorias<sup>23</sup>. En la actualidad esta colaboración se lleva a cabo a través de los informes recabados al TDC por los jueces ordinarios ante los que se plantea la necesidad de estudiar los efectos civiles de posibles infracciones a la LDC<sup>24</sup>. Cabría preguntarse, en todo caso, si no sería conveniente sentar formalmente las bases de esta colaboración del mismo modo que hizo la Comisión en su citada Comunicación de 1993.

#### 4.3. Legitimación activa para invocar la nulidad de acuerdos contrarios a la LDC y alcance de la misma

Tal y como fue puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo en *DISA*, el artículo 6.3 Cc. permite invo-

<sup>22</sup> Se ha apuntado que los problemas que pueda plantear el art. 1.3 LDC en los términos expuestos como obstáculo al acceso a la jurisdicción ordinaria podrían ser resueltos con una interpretación combinada de este precepto con el art. 13 LDC, según la cual el particular podría acceder a la jurisdicción civil ordinaria para conseguir una declaración de nulidad o el resarcimiento de los daños causados una vez hubiera obtenido un pronunciamiento administrativo firme en el que se declare el archivo o el sobreseimiento de su denuncia por la naturaleza *de minimis* de la supuesta infracción a la LDC de la que es objeto (véase F. Uría Fernández: «Las consecuencias jurídico-privadas de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia. Aportaciones de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2000* (Fundación ICO), Madrid, 2001, págs. 171 ss. —en pág. 203—). Ésta, en efecto, podría ser una solución coherente con el régimen de pronunciamiento administrativo previo que prevé el art. 13.2 LDC para la obtención de indemnización de daños y perjuicios por infracción a la LDC, pero nos parece más discutible en relación con la declaración de nulidad de los acuerdos por los jueces de lo civil, toda vez que, a diferencia de lo que ocurre con el régimen de indemnización de daños y perjuicios previsto en el 13.2 LDC, no existe en la LDC ninguna disposición que condicione la declaración de nulidad de un acuerdo a un previo pronunciamiento administrativo.

<sup>23</sup> Ello sin perjuicio del debido cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, en los términos establecidos en el art. 118 de la Constitución.

<sup>24</sup> Los informes emitidos por el TDC a órganos judiciales se encuentran mencionados en las Memorias anuales del TDC. A. Creus los recopila en su trabajo: «La privatización del Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 1999, n.º 200, págs. 55 ss. (en págs. 60 y 61).

car la nulidad de un acuerdo restrictivo de la competencia a cualquier persona afectada por él, sea o no parte del mismo, incluida la parte responsable de su conclusión; dicha nulidad puede ser declarada incluso de oficio por los propios tribunales.

El alcance de esta nulidad será el previsto en el citado artículo 6.3 Cc. y, en general, el previsto por el ordenamiento civil español para cualquier acto o negocio jurídico considerado nulo.

##### **5. COMPETENCIA PARA OTORGAR UNA COMPENSACIÓN PATRIMONIAL A LAS PARTES PERJUDICADAS POR INFRACCIONES DE LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

Como se ha indicado anteriormente, son los órganos jurisdiccionales ordinarios quienes ostentan una competencia privativa para extraer las consecuencias civiles de una infracción de las normas de defensa de la competencia, tanto comunitarias como nacionales. Tales consecuencias civiles no se limitan a la declaración de nulidad de pleno derecho de acuerdos restrictivos, sino que se extienden igualmente a la determinación de las consecuencias patrimoniales *inter privatos* (esto es, distintas de la imposición de sanciones pecuniarias a los infractores). Dichas consecuencias patrimoniales no sólo engloban la restitución de lo indebidamente pagado como consecuencia de un contrato o acuerdo nulo de pleno derecho (por ser contrario a las normas de defensa de la competencia), sino que alcanzan la eventual responsabilidad del infractor de las normas *antitrust* frente a los perjudicados y, en especial, el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios.

La competencia exclusiva de los tribunales civiles españoles para deducir, en general, las consecuencias patrimoniales dimanantes de litigios entre particulares se desprende con claridad de la legislación vigente que regula el poder judicial (con carác-

ter general, artículos 9 y 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y artículos 712 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Por lo que se refiere, en particular, a las consecuencias patrimoniales privadas derivadas de la infracción de las normas de defensa de la competencia, la competencia exclusiva de los tribunales ordinarios se desprende específicamente del Derecho positivo y es reconocida por la jurisprudencia y por las propias autoridades administrativas<sup>25</sup>.

Más dificultades plantea la cuestión de determinar el alcance, modalidades y limitaciones del ejercicio por parte de los tribunales ordinarios de su competencia para extraer las consecuencias patrimoniales privadas de una infracción de las normas de defensa de la competencia, comunitarias o nacionales. Al igual que en materia de nulidad, nos centraremos en la legitimación activa (i.e. qué sujetos pueden interesar pretensiones de compensación patrimonial por infracción de las normas de defensa de la competencia) y en la existencia de eventuales requisitos de procedibilidad para la interposición de las pertinentes acciones (i.e. si los demandantes deben esperar a la obtención de una resolución administrativa firme constatando la infracción de la disposición en cuestión). A su vez, habrá que distinguir en cada caso entre normas comunitarias y nacionales, por cuanto que el efecto directo de las primeras puede imponer conclusiones diferentes que las alcanzadas para la aplicación de la LDC.

##### **5.1. La restitución de lo pagado en virtud de un acuerdo contrario a las normas de defensa de la competencia**

Como ya ha sido indicado más arriba, tanto el Derecho comunitario (artículo 81.2 TCE) como la propia LDC (artículo 1.2) prescriben la nulidad de pleno derecho de los acuerdos contrarios al párrafo primero de cada uno de los preceptos citados. Según

<sup>25</sup> En relación con las normas comunitarias, la jurisprudencia comunitaria ha declarado constantemente que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen por misión proteger los derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones mutuas respecto de la aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia (véanse las STJCE en los asuntos *BRT I* y *Delimitis*, antes cit., y STPI de 24.1.1991 en el asunto *Automec* -as. T-64/89, Rec. 1991, pág. II-19), habida cuenta de que el Reglamento 17/62 no confiere competencia alguna a la Comisión en materia de consecuencias y responsabilidades civiles por infracción de los arts. 81 y 82 TCE. La propia Comisión reconoce explícitamente la competencia privativa de los tribunales civiles nacionales en esta materia en su Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE (antes cit). Por lo que se refiere a las normas españolas de defensa de la competencia, la LDC no sólo no confiere competencia alguna a las autoridades administrativas en materia civil, sino que su art. 13.2 dispone expresamente que «el régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles».

dispone nuestro Código Civil (artículo 1.303) la consecuencia de la nulidad de pleno derecho de un negocio jurídico es la ineficacia radical de sus prestaciones y consecuencias patrimoniales, al punto que las partes se ven compelidas a restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del negocio nulo. No obstante, la obligación recíproca de restitución encuentra una importante excepción —a nuestros efectos— en el artículo 1.306 Cc., más conocida como la «causa torpe»: según esta disposición, la parte contratante que sea culpable de la nulidad del negocio no podrá repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que la otra parte le hubiera prometido.

El juego procesal de la excepción de la causa torpe resulta relevante en materia de acuerdos restrictivos de la competencia. En efecto, no es infrecuente que los agentes económicos invoquen la normativa *antitrust* comunitaria o española para desligarse de sus obligaciones contractuales, alegando que el contrato suscrito es nulo de pleno derecho (por contrario a los artículos 81.1 TCE y/o 1.1 LDC) y solicitando judicialmente la restitución de lo entregado en cumplimiento del acuerdo supuestamente nulo. Ante esta situación el juzgador se encuentra con lo dispuesto en el artículo 1.306 Cc., debiendo determinar si la parte que interesa la acción restitutoria es culpable o responsable de la celebración de un negocio nulo o, en otros términos, si era o debía ser consciente de que el acuerdo que suscribió resultaba contrario a las normas de defensa de la competencia.

Este límite para el ejercicio de la acción restitutoria no resulta problemático cuando la norma *antitrust* que se invoca para sostener la nulidad del contrato es exclusivamente el artículo 1.2 LDC, al tratarse entonces simplemente de una cuestión de Derecho interno español. Por el contrario, se suscita un problema cuando la parte que ejercita la acción restitutoria invoca el artículo 81.1 TCE para fundamentar la nulidad del contrato del que emana el

pago cuya restitución se pretende. Para vencer el potencial obstáculo que supone la excepción de la causa torpe establecida en el artículo 1.306 Cc. el actor debería invocar el principio de primacía absoluta del Derecho comunitario sobre el ordenamiento nacional y la consiguiente imposibilidad de aplicar disposiciones de Derecho interno que menoscaben la plena efectividad de las normas comunitarias, en este caso la nulidad de pleno derecho establecida por el artículo 81.2 TCE.

Según constante jurisprudencia del TJCE<sup>26</sup>, el ejercicio ante los jueces y tribunales nacionales de disposiciones comunitarias dotadas de efecto directo debe realizarse de acuerdo con las normas y cauces procedimentales existentes en Derecho interno, siempre que: a) el ejercicio de la acción basada en el Derecho comunitario no resulte más desfavorable que el ejercicio de una pretensión similar fundamentada en Derecho nacional; y, b) la aplicación de las normas procedimentales internas a la pretensión fundada en Derecho comunitario no haga su satisfacción imposible o excesivamente difícil. En este sentido, el demandante que invoque la nulidad del artículo 81.2 del Tratado y que pueda estar afectado por la excepción de la causa torpe argumentaría que el artículo 1.306 Cc. hace jurídicamente imposible la satisfacción de su pretensión, solicitando la inaplicación de dicho precepto en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario.

Esta precisa cuestión ha sido recientemente tratada de forma específica por el TJCE en su ya citada sentencia *Courage*. En la disputa ante los tribunales ingleses que dio lugar a la sentencia del TJCE, una de las partes de un contrato de suministro exclusivo de cerveza invocó el artículo 81.2 TCE para que aquéllos declararan la nulidad de pleno derecho de la obligación de exclusividad prevista por el contrato, solicitando, además, la restitución de las cantidades que habían sido pagadas como consecuencia directa de la cláusula de exclusividad<sup>27</sup>. El problema

<sup>26</sup> STJCE de 16.12.1976 en el asunto *Rewe* (as. 33/76, *Rec.* 1976, pág. 1989) y de 16.12.1976 en el asunto *Comet* (as. 45/76, *Rec.* 1976, pág. 2043).

<sup>27</sup> En concreto, el actor argumentaba que el suministrador de cerveza vendía el producto a otros distribuidores no exclusivos a un precio sensiblemente inferior, por lo que la acción restitutoria se refería a la diferencia entre el precio pagado por los distribuidores independientes y el satisfecho por los distribuidores vinculados por una obligación de exclusividad pretendidamente ilegal por contraria al art. 81 TCE. Véase L. Gyselen: «Principles of Proper Conduct for Supranational, State and Private Actors in the European Union - Towards a *ius commune*», disponible en la página web de la DG COMP (<http://www.europa.eu.int/comm/competition>).

jurídico que se planteaba era que el Derecho inglés no permite que una de las partes de un acuerdo ilícito reclame a la otra parte una compensación económica (y, en particular, una indemnización por daños y perjuicios), por lo que una de las cuestiones prejudiciales que se elevaron al TJCE era precisamente si tal regla de Derecho nacional resultaba compatible con el ordenamiento comunitario.

La sentencia del TJCE es matizada en este punto. En primer lugar, declara el principio de que la plena eficacia y el efecto directo de la prohibición del artículo 81.1 TCE exige que cualquier persona pueda solicitar la reparación del perjuicio irrogado por un contrato o práctica contrarios a las normas de defensa de la competencia. Ello implica que una norma nacional —como la existente en Derecho inglés— que veda el acceso a una compensación patrimonial basada en el artículo 81 TCE a un actor *por el mero hecho de ser parte del contrato* en causa resulta contraria al ordenamiento comunitario.

Sin embargo, y acto seguido, el TJCE declara que el Derecho comunitario no se opone a que los jueces nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa a los beneficiarios ni que impida a un justiciable beneficiarse de su propio comportamiento ilícito cuando este último haya sido comprobado. En consecuencia, la sentencia concluye que el Derecho comunitario no se opone a que el Derecho nacional deniegue a una parte, de la cual se haya comprobado que tiene una *responsabilidad significativa* en la distorsión de la competencia (i.e. en la celebración de un acuerdo restrictivo) el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios de la otra parte contratante<sup>28</sup>.

Parecería deducirse pues que la sentencia *Courage* impone ciertas limitaciones a la aplicación judicial de la excepción de la causa torpe en reclamaciones patrimoniales basadas en la infracción del artículo 81.1 TCE. En efecto, el juez no podrá denegar la satisfacción de la pretensión restitutoria a cualquier parte culpable de la infracción (esto es, a la

parte que sabía, o debía saber, que el negocio jurídico que concluía era contrario al artículo 81.1 del Tratado y por tanto nulo), sino sólo a la parte culpable que, *además*, haya contribuido significativamente a la infracción de la norma comunitaria. Aunque la determinación del grado de responsabilidad es naturalmente una cuestión de hecho, parece que estarían comprendidos los casos de desequilibrio económico acusado entre una «parte fuerte» y una «parte débil» y, más claramente, aquéllos en los que una de las partes contratantes impone un contrato estándar (o incluso un contrato de adhesión) a la otra parte.

Por lo que se refiere a la eventual necesidad de una decisión administrativa previa y firme declarando la infracción como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción restitutoria, debe adoptarse la misma conclusión que se alcanzó en materia de ejercicio de la acción de nulidad, de la cual la restitución de lo indebidamente pagado es una consecuencia ineludible *ex* artículo 1.303 Cc. En suma, procede concluir que, con independencia de que se invoque el Derecho comunitario (artículo 81 TCE) o el nacional (artículo 1 LDC), el juez civil tiene una competencia plena e inmediata —es decir, no condicionada a que se haya pronunciado previamente la autoridad administrativa— no sólo para declarar la nulidad del acuerdo, sino para ordenar a las partes la restitución de lo pagado en virtud de aquél, con el límite de la excepción de la causa torpe tal y como ha sido moderada por la sentencia *Courage*. Esta conclusión no viene en modo alguno afectada por la sentencia *CAMPSA* del Tribunal Supremo citada, ni por lo dispuesto en el artículo 13 LDC, por cuanto que ambos se refieren a la indemnización por daños y perjuicios y no a la restitución de lo pagado en virtud de un contrato nulo de pleno derecho.

## 5.2. La indemnización por daños y perjuicios ocasionados por una infracción de las normas de defensa de la competencia

Más complejo resulta el ejercicio de acciones indemnizatorias ante la jurisdicción civil por parte de per-

<sup>28</sup> Debe recordarse que, si bien la sentencia *Courage*, antes cit., se refiere constantemente a las limitaciones al ejercicio del derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios (por ser éstos los términos de la cuestión prejudicial suscitada por el tribunal inglés de instancia), la acción que se pretendía ejercitar en el litigio principal (y que denegaba el Derecho inglés) era la de restitución de lo pagado como consecuencia de la celebración de un contrato nulo.

judicados por infracciones de las normas de defensa de la competencia comunitarias y españolas.

Como es bien sabido, nuestro Derecho contempla dos vías distintas para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados: una es la contractual, establecida en el artículo 1.101 Cc., según el cual «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contraviniere el tenor de aquéllas». La otra vía es la extracontractual o aquiliana, consagrada en el artículo 1.902 Cc. que dispone que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Es esta última la comúnmente relevante en materia de infracción de normas *antitrust*<sup>29</sup>.

La legitimación activa para interponer en sede de artículo 1.902 Cc. una acción indemnizatoria por infracción de las normas de defensa de la competencia corresponde a cualquier perjudicado por el ilícito anticoncurrencial, pudiendo tratarse de competidores, proveedores, distribuidores o incluso consumidores, sin que resulte relevante a estos efectos la disposición *antitrust* presuntamente conculcada<sup>30</sup>. Debe no obstante señalarse que la celebración de

acuerdos nulos de pleno derecho por contrarios a los artículos 81.1 TCE y/o 1 LDC puede desencadenar una acción indemnizatoria específica, cual es la fundada en la eventual culpa *in contrahendo* de alguna de las partes en la negociación del contrato posteriormente declarado nulo<sup>31</sup>.

Sin embargo, las dificultades suscitadas por el ejercicio judicial de la acción indemnizatoria por infracciones *antitrust* se centran en las limitaciones que encuentra el órgano jurisdiccional para satisfacer con inmediatez la pretensión del demandante, en virtud de la existencia en Derecho español de un requisito de procedibilidad como es la existencia de una resolución administrativa previa y firme que declare la infracción, tal y como dispone el artículo 13.2 LDC.

Si bien algunos autores han propugnado una interpretación reduccionista de este precepto que permita concluir la inexistencia del requisito de procedibilidad para la interposición de la acción civil de resarcimiento de daños por vulneración de la LDC, parece innegable la voluntad del legislador español de condicionar la admisibilidad de la acción indemnizatoria basada en la violación de la LDC a la existencia de una resolución administrativa firme constatando o declarando la infracción<sup>32</sup>. Buena parte de la doctrina especializada ha criticado el modelo del

<sup>29</sup> Por el contrario, la indemnización contractual de daños y perjuicios no será normalmente de aplicación en casos en los que se haya producido una infracción de las normas de defensa de la competencia, por cuanto que dicha responsabilidad dimana del incumplimiento (o del cumplimiento defectuoso) de las obligaciones contractuales. En los supuestos en que un acuerdo resulta nulo por contrario a las normas *antitrust* no procede exigir cumplimiento de las obligaciones contractuales, por lo que carece de causa cualquier eventual acción indemnizatoria que pretenda el resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento. Sería sólo si el juzgador entiende que contrato es válido (por resultar conforme con las normas de defensa de la competencia) cuando la parte que alegó la nulidad y rehusó el cumplimiento de sus obligaciones contractuales se podría enfrentar a una acción indemnizatoria basada en el art. 1.101 Cc. interpuesta por su contraparte.

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, la realización de una conducta abusiva por parte de una empresa en posición dominante habilitaría a una empresa competidora para interponer una acción indemnizatoria si el abuso le hubiera ocasionado un daño. Pero tal empresa competidora también podría en principio interesar el resarcimiento del daño que le causara la celebración de un contrato restrictivo entre la primera empresa y un distribuidor exclusivo, alegando *in casu* que la exclusividad de tal contrato le ha impedido comercializar sus productos a través del distribuidor vinculado, perjudicando así su posición de mercado.

<sup>31</sup> La doctrina de la culpa *in contrahendo* dispone que, en caso de que una de las partes contratantes haya procedido de mala fe durante las negociaciones para la conclusión del acuerdo, el contratante de buena fe podrá reclamarle el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la confianza en la validez del contrato posteriormente declarado nulo. El ejercicio de la acción indemnizatoria basada en la culpa *in contrahendo* de la contraparte es por otro lado compatible con la restitución de lo pagado en cumplimiento del contrato nulo *ex art.* 1.303 Cc. De hecho, esta posibilidad ha sido reconocida expresamente por el Tribunal Supremo en la sentencia *DISA*.

<sup>32</sup> Véase a este respecto la autorizada opinión, en su condición de antiguo Abogado del Estado destinado en la Secretaría de Estado de Economía, de F. Uría Fernández: «Las consecuencias jurídico-privadas de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia...», antes cit., y «Aspectos jurídicos más relevantes de la reforma de la legislación de competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 1999, n.º 204, págs. 70 ss.

requisito de procedibilidad elegido por el legislador español en relación con la LDC, poniendo de manifiesto las dilaciones que en la práctica tendrá que soportar el perjudicado por los ilícitos *antitrust*, dilaciones que a menudo adquirirán tal fuerza disuasoria que actúan *de facto* como un auténtico impedimento para acceder a la satisfacción de la pretensión económica interesada<sup>33</sup>. Debe además señalarse que la ya citada sentencia *CAMPSA* del Tribunal Supremo declara, en su Fundamento de Derecho Tercero *in fine*, que el ejercicio de las acciones de resarcimiento por infracción de las normas españolas de defensa de la competencia presenta, como requisito de procedibilidad, la existencia de una resolución administrativa firme que declare la existencia de la infracción.

No cabe sino concluir que, a la vista de la legislación vigente y de la actual jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, el perjudicado por una infracción de la LDC no puede ejercitar de inmediato la acción indemnizatoria ante los tribunales ordinarios, sino que deberá disponer de una decisión administrativa que declare la infracción, para lo cual habrá de presentar la oportuna denuncia ante el SDC y obtener una Resolución del TDC favorable a sus intereses.

Mucho más dudosa es la cuestión de si el mismo requisito de procedibilidad resulta aplicable cuando el demandante del resarcimiento invoca una infracción no de la LDC, sino de las normas comunitarias de defensa de la competencia. En términos abstractos, los perfiles del problema son claros: las normas comunitarias dotadas de efecto directo deben aplicarse de acuerdo con las normas y cauces procesales existentes en el ordenamiento interno, siempre que las acciones basadas en tales normas no reciban un tratamiento más desfavorable que las acciones similares basadas en Derecho nacional y que no se haga imposible o excesivamente difícil la satisfacción de

la pretensión. *A priori*, por tanto, la hipotética exigencia en España de un requisito de procedibilidad a las acciones indemnizatorias basadas en las normas de competencia comunitarias cumple la primera condición mencionada, por cuanto que, como acaba de verse, tal requisito se exige a las acciones similares basadas en infracciones de la LDC. Quedaría, en consecuencia, por dilucidar si el supuesto requisito de procedibilidad hace imposible (o al menos excesivamente difícil) la satisfacción del derecho garantizado por las normas comunitarias<sup>34</sup>.

Sin embargo, lo anterior sería un falso debate si pudiera concluirse que *en Derecho español* no se exige el mencionado requisito de procedibilidad para el ejercicio de acciones indemnizatorias basadas *exclusivamente* en las normas comunitarias (y no en la LDC). Debe recordarse que lo establecido en el artículo 13.2 LDC se refiere únicamente a las acciones civiles fundadas en la infracción de la propia LDC y no afecta en modo alguno a las basadas en los artículos 81 u 82 TCE. Por tanto, y ante el silencio del legislador en este punto, procede considerar si puede entenderse que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo impone o no el mencionado requisito de procedibilidad para las acciones por resarcimiento basadas sólo en Derecho comunitario.

En primer lugar, debe reconocerse que la nueva línea jurisprudencial de la Sala Primera inaugurada con *DISA* no resulta aplicable al problema considerado. En efecto, y como ya se ha indicado, la jurisprudencia *DISA* se centra en la nulidad civil de los contratos contrarios al artículo 81.1 TCE pero no trata la cuestión del resarcimiento de daños y perjuicios basados en el artículo 1.902 Cc. La mención a la posible reclamación por daños que contiene la sentencia se limita a la eventual responsabilidad *in contrahendo* derivada de la especificidad del litigio<sup>35</sup>,

<sup>33</sup> Véase por todos A. Creus: «La privatización del Derecho de la Competencia», antes cit.

<sup>34</sup> La reciente sentencia *Courage* del TJCE, antes cit., no resuelve esta cuestión, por cuanto que lo se dilucidaba era la compatibilidad con el Derecho comunitario de una norma nacional que negaba la legitimación activa (esto es, el simple acceso a la tutela judicial) a determinados demandantes de una pretensión restitutoria por causa de nulidad contractual. La sentencia no se refiere pues a una norma nacional que no niega la legitimación activa a ningún demandante, sino que se limita a diferir temporalmente —mediante la imposición de un requisito de procedibilidad— el acceso a la jurisdicción a través del ejercicio de un acción indemnizatoria extracontractual (y no restitutoria).

<sup>35</sup> Como ya ha quedado dicho, *DISA* negoció y celebró el mismo contrato sucesivamente con dos cesionarios distintos, negándose a cumplir las obligaciones contraídas con el primero de ellos alegando que el contrato resultaba nulo por contrario al art. 81.1 TCE. El Tribunal Supremo se limita a observar que el primer cesionario podría reclamar daños a *DISA* basándose en una eventual culpa *in contrahendo* de ésta.

no susceptible de extensión a la generalidad de conductas contrarias a los artículos 81 y 82 TCE. La única línea jurisprudencial que habría considerado específicamente esta cuestión sería la tantas veces citada sentencia *CAMPSA*.

A primera vista, debe admitirse que la sentencia *CAMPSA* impone expresamente tal requisito de procedibilidad para las acciones indemnizatorias basadas en Derecho comunitario. En efecto, en el fundamento de Derecho tercero *in fine* se refiere específicamente a las pretensiones indemnizatorias del recurrente (y por tanto también a la basada en la infracción del actual artículo 82 TCE), declarando que, en virtud del artículo 6 de la antigua Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de 1963 —aplicable a los hechos— «es menester que el ejercicio de esas acciones de resarcimiento haya sido precedido [...] de la decisión de la Comisión de la Comunidad Económica Europea en que se haya declarado la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas, de las que nacen los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pide constituyendo, por tanto, esa resolución un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción indemnizatoria».

No obstante, conviene hacer las siguientes observaciones a este respecto:

a) el artículo 6 de la antigua Ley de 1963 (similar al actual artículo 13.2 LDC) limitaba su ámbito de aplicación a las acciones indemnizatorias basadas en la infracción del Derecho español sobre libre competencia, sin hacer mención alguna a las acciones fundadas en las normas comunitarias<sup>36</sup>: el precepto mencionado (al igual que el artículo 13.2 LDC) no permite, en consecuencia, alcanzar conclusión alguna respecto de las reclamaciones exclusivamente basadas en los artículos 81 u 82 TCE;

b) a diferencia de la LDC, la antigua Ley de 1963 atribuía explícitamente a la Administración (y no a la jurisdicción ordinaria) la competencia privativa para declarar la nulidad de los acuerdos restrictivos; parecería por tanto lógico exigir como requisito de procedibilidad de la acción judicial indemnizato-

ria la previa declaración administrativa de nulidad, pues de lo contrario se invadirían judicialmente competencias privativamente atribuidas a los órganos administrativos. Por el contrario, la actual LDC no atribuye tal competencia a la Administración, competencia que corresponde exclusivamente a los jueces ordinarios tal y como se ha explicado más arriba; y,

c) por último, y como también se ha indicado, no cabe duda de que el razonamiento del Tribunal Supremo en *CAMPSA* se vio directamente condicionado por el hecho de que la petición principal del actor se refería a una competencia reservada en exclusiva a la Administración, cual era que se intimara al demandado a que cesara en su comportamiento supuestamente restrictivo. La solución podría haber sido diferente si la acción se hubiera limitado a solicitar que el juez constatará el abuso de posición dominante y que ordenara el resarcimiento del daño causado.

En suma, entendemos que existen razones para pensar que el Tribunal Supremo se pronunciaría hoy de forma diferente sobre la cuestión de si una reclamación de daños y perjuicios basada únicamente en el Derecho comunitario se halla sujeta a un requisito de procedibilidad consistente en la existencia de una decisión administrativa firme. Sin duda, el eventual recurrente debería exponer a la Sala las razones por las que la sentencia *CAMPSA* debe ser superada, invitando al Tribunal Supremo a completar en materia de daños y perjuicios el paso dado en *DISA* en materia de nulidad y, en su caso, solicitando la formulación por el Alto Tribunal de una cuestión prejudicial al TJCE en virtud del artículo 234 TCE para que éste se pronuncie por primera vez sobre esta cuestión (como se ha indicado, la sentencia *Courage* no resuelve este punto).

Además, tal recurrente debería alegar que la existencia de tal requisito de procedibilidad haría excesivamente difícil la plena satisfacción de pretensiones dimanantes de disposiciones de Derecho comunitario dotadas de efecto directo, lo que resulta contrario al propio Tratado<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Ello es lógico si se tiene en cuenta que a la fecha de adopción de la Ley de 1963 el Derecho comunitario no era aplicable en España por cuanto que nuestro país no era aún Estado miembro. Sin embargo, el art. 6 de la Ley no se modificó tras la adhesión española a partir de 1986.

<sup>37</sup> Véanse asuntos *Rewe* y *Comet*, antes cit. Como es lógico, el examen por el juez nacional de la acción por resarcimiento de daños presupone la evaluación de si la conducta dañosa resulta contraria a los arts. 81 u 82 TCE. La sentencia *DISA* con-

## 6. CONCLUSIÓN. PERSPECTIVAS DE FUTURO

No hay duda de que nos encontramos en presencia de un reconocimiento cada vez más explícito de la competencia de los jueces y tribunales ordinarios para aplicar la normativa nacional y comunitaria de defensa de la competencia en paralelo —que no en detrimento— de la simultánea actuación de los órganos administrativos.

En este sentido, los recientes pronunciamientos del TJCE y del Tribunal Supremo expuestos en el presente trabajo constituyen un claro apoyo a la idea de que, junto al mantenimiento de un régimen de competencia efectiva en el mercado (interés público), la normativa *antitrust* debe, además, tener como finalidad proteger de un modo efectivo los intereses privados de los operadores y consumidores en el mercado. Esta protección se plasma, en particular, en la declaración por la jurisdicción ordinaria de la nulidad de los acuerdos y negocios jurídicos concluidos en infracción de cualquier norma de defensa de la competencia y en la concesión de las correspondientes compensaciones patrimoniales a quienes sufran los efectos de este tipo de infracciones.

Además, el papel de jueces y tribunales en la aplicación del Derecho de la competencia se verá reforzado cuando, en un futuro inmediato, entre en vigor la propuesta de modernización de la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE formulada por la Comisión Europea<sup>38</sup>, mediante la cual, entre otros aspectos, se reconocerá efecto directo al apartado tercero del artículo 81 TCE. De este modo se vendrá a instituir un sistema de excepción legal directamente aplicable en el cual los jueces ordinarios (y las autoridades nacionales de competencia) sumarán a sus actuales competencias la función (actualmente ejercida en exclusiva por la Comisión Europea) de verificar si un acuerdo, en principio restrictivo, cumple

los requisitos de autorización previstos en el apartado tercero del artículo 81 TCE.

De hecho, la propia Comisión reconoce en su propuesta el deseo de que la nueva política fomente la aplicación privada de la normativa comunitaria de competencia ante los tribunales ordinarios de los Estados miembros, cuyas funciones en materia de nulidad de contratos y concesión de compensaciones patrimoniales califica expresamente —no podía ser de otro modo— como «complemento necesario» a la intervención a los poderes públicos.

A su vez, el futuro régimen comunitario eliminará la posibilidad de aplicación concurrente de los ordenamientos nacional y comunitario, dimanante actualmente de la doctrina de la «doble barrera». Esta circunstancia supondrá una reducción en términos cuantitativos de la aplicación de la normativa nacional en beneficio de los artículos 81 y 82 TCE, lo cual, unido al obstáculo que representa el requisito de procedibilidad actualmente existente en ordenamientos como el español para la acción de indemnización (artículo 13.2 LDC), permite augurar un incremento de las acciones judiciales basadas exclusivamente en los artículos 81 y/o 82 TCE en detrimento de sus correspondientes de la normativa nacional.

Llamamos finalmente también la atención acerca de una corriente doctrinal que interpreta el artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, como una vía paralela a las aquí expuestas tendente a profundizar en la protección jurisdiccional de los intereses privados que se vean afectados por las infracciones a la normativa de defensa de la competencia<sup>39</sup>.

En este contexto, resulta del máximo interés para las empresas conocer y prever las consecuencias civiles que los jueces y tribunales ordinarios pueden deducir tanto de su eventual conducta anticompetitiva en el mercado como de la de sus competidores.

firma que el juez civil puede analizar de forma inmediata (i.e. sin requisito de procedibilidad) si el art. 81.1 TCE resulta infringido, en atención al efecto directo de este precepto. La misma conclusión se aplica por tanto al art. 82 TCE, también dotado de efecto directo, como por otra parte —y como no podía ser de otra forma— ha reconocido el Tribunal Supremo en sus sentencias *CAMPESA* y *DISA*.

<sup>38</sup> Documento COM(2000)582 final de 27.9.2000. Propuesta de Reglamento del Consejo presentada por la Comisión relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos CEE 1017/68, 2988/74, 4056/86 y 3975/87 («Reglamento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado»).

<sup>39</sup> Art. 15.2 Ley 3/1991: «Tendrán también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial». Véase, por todos, F. Díez Estella: «Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2001, n.º 213, págs. 11 ss.