

**LA APLICACION
DE LOS ARTICULOS 85 Y 86
DEL TRATADO CEE
POR ORGANOS ADMINISTRATIVOS
Y JUDICIALES ESPAÑOLES**

Por RICARDO ALONSO GARCIA (*)

SUMARIO

1. APLICACIÓN A TÍTULO PRINCIPAL (SERVICIO Y TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA) Y A TÍTULO INCIDENTAL (TRIBUNALES ORDINARIOS).—2. LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO INTERNO DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85-86 TRATADO CEE POR INICIACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE DICHS PRECEPTOS POR LA COMISIÓN. LAS «AUTORIDADES NACIONALES» AFECTADAS POR LA SUSPENSIÓN. MOMENTO EN QUE DEBE PRODUCIRSE LA SUSPENSIÓN. 3. REMEDIOS Y SANCIONES INTERNAS FRENTE A INCUMPLIMIENTOS DE LOS ARTÍCULOS 85-86 TRATADO CEE.

(*) Profesor Titular Interino de Derecho Administrativo. Universidad Complutense.

1. APLICACIÓN A TÍTULO PRINCIPAL (SERVICIO Y TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA) Y A TÍTULO INCIDENTAL (TRIBUNALES ORDINARIOS)

Para aplicar las prohibiciones establecidas en los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (1), son competentes tanto la Comisión como los Estados miembros (2).

Por lo que se refiere a los Estados miembros, la aplicación de los citados artículos puede tener lugar a título principal o incidental (3).

Se habla de aplicación a título principal, cuando tiene lugar a través de las autoridades nacionales encargadas de investigar, de oficio o a instancia de parte, comportamientos de empresas que puedan suponer infracción de las reglas comunitarias de competencia.

(1) No entramos en el presente trabajo en el análisis del Derecho de competencia en el ámbito CECA. Puede verse al respecto S. PIRRONE: «Sui poteri del giudice nazionale nell'applicazione delle regole di concorrenza del Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio», *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1984, núm. 1-2, págs. 103 y ss. Sobre el tema suscitado en dicho artículo acerca de la posibilidad o no de plantear cuestión prejudicial de interpretación en el ámbito CECA, vid. la reciente Sentencia del TJCE, en sentido afirmativo, CECA v. Faillite Acciaierie e Ferriere Busseni, 22 de febrero de 1990 (221/88).

(2) Desde el punto de vista del ciudadano afectado por una infracción de los artículos 85 ó 86 Tratado CEE, la doctrina suele destacar cómo éste prefiere acudir a la Comisión antes que a las autoridades y Tribunales internos, debido a una serie de motivos como son que la Comisión cuenta con más expertos y mayores poderes de investigación, o que el contacto con la citada institución, además de su informalidad, le resulta al ciudadano más barato, o incluso que los abogados simplemente desconocen la naturaleza jurídica de los artículos 85 y 86 (vid. por ej., R. GRAVES, «Concurrent jurisdiction in EEC competition Law: when should a national Court stay proceedings?», *European Competition Law Review*, 1987, núm. 3, pág. 259; D. G. GOYDER, *EEC Competition Law*, Oxford, 1988, pág. 353; J. MEADE, «Decentralisation in implementation of EEC competition Law: a challenge for the lawyers», *Northern Ireland Legal Quartely*, 1986, núm. 2, pág. 112).

(3) Vid. por ej. E. GALÁN CORONA, «El Derecho protector de la competencia en la CEE. Sus repercusiones en el ordenamiento jurídico español», en *Derecho español y Derecho comunitario europeo*, (Dir. F. M. Mariño Menéndez), Zaragoza, 1987, pág. 314.

La actuación de tales autoridades está presidida, en consecuencia, por la defensa del interés público, y viene impuesta por el artículo 88 del Tratado CEE, conforme al cual

«hasta la entrada en vigor de las disposiciones adoptadas en aplicación del artículo 87, las autoridades de los Estados miembros decidirán sobre la admisibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y sobre la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común, de conformidad con su propio Derecho y las disposiciones del artículo 85, en particular las de su apartado 3, y las del artículo 86».

Por su parte, el artículo 9.3 del Reglamento 17/62 del Consejo, primero de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, dispone:

«Mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno en aplicación de los artículos 2, 3 ó 6 —del propio Reglamento— (4), las autoridades de los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 y el artículo 86 conforme al artículo 88 del Tratado.»

Sucede que, normalmente, las autoridades de los Estados miembros encargadas de velar por el cumplimiento de los artículos 85 y 86 son precisamente las mismas que tienen atribuida la función de puesta en práctica de las propias normas nacionales en materia de competencia, incluidas, como recuerda el Tribunal de Justicia en su Sentencia SABAM, de 30 de enero de 1974 (127/73), las jurisdicciones encargadas de controlar la legalidad de la aplicación de la legislación nacional sobre competencia realizada por las autoridades administrativas (F. 19).

(4) Esto es, expedición de certificación negativa (art. 2), procedimiento para constatar una infracción (art. 3), o concesión de una autorización en virtud del artículo 85.3 (art. 6).

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, tales autoridades son, en primer lugar, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia, encargado éste de instruir los expedientes que serán ulteriormente resueltos por aquél.

Y lo son, por un lado, porque se trata de las autoridades que tienen encomendada la misión de aplicar la legislación española sobre competencia, a saber, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Como recuerda su preámbulo, «la aplicación de la Ley, en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, se encomienda en el título segundo a órganos administrativos: el Tribunal de Defensa de la Competencia, con funciones de resolución y, en su caso, de propuesta, y el Servicio de Defensa de la Competencia, al que se encarga la instrucción de los expedientes».

Pero es que, además, ya el Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto, relativo a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, había establecido expresamente en su artículo 1 que «a los efectos del artículo 9 del Reglamento del Consejo de la CEE, número 17/62, de 6 de febrero, y del artículo 15 del Reglamento del Consejo de la CEE, número 1017/68, de 19 de julio, dictados en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, *el Tribunal de Defensa de la Competencia será considerado autoridad competente para la aplicación en España de los artículos 85.1 y 86 del Tratado Constitutivo de la CEE* y de los artículos 2 y 8 del Reglamento 1017/68».

Ahora bien, también son competentes para aplicar a título principal las prohibiciones de los artículos 85 y 86, como veíamos anteriormente, los órganos encargados de «controlar la legalidad» de la aplicación que de los mismos haya hecho el Tribunal de Defensa de la Competencia, esto es, los Tribunales contencioso-administrativos (conforme establece el artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia, «contra la adopción de medidas cautelares y las resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa, y sólo podrá interponerse

recurso contencioso-administrativo»), concretamente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Disposición Transitoria Quinta de la Ley 16/89: «hasta que se apruebe la disposición legal oportuna, las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia serán impugnables directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional»).

Lo señalado, por lo que se refiere a los órganos internos competentes para aplicar los artículos 85 y 86 a título principal. En cuanto a los órganos competentes para aplicar tales preceptos a título incidental, serán los Tribunales llamados a resolver una controversia privada en la que sea preciso decidir sobre la base de las reglas comunitarias de competencia (por ejemplo, una demanda de incumplimiento de contrato que exija determinar si el mismo es o no nulo conforme al artículo 85.2 del Tratado CEE), que, como veremos más adelante, son reglas que generan derechos en favor de los particulares susceptibles de ser invocadas y aplicadas en los litigios internos.

La aplicación de los artículos 85 y 86 a título incidental, por tanto, implica no la actuación de una autoridad interna en defensa del interés público (o, como señala el preámbulo de la Ley de Defensa de la Competencia con relación al papel del Tribunal y del Servicio de la Competencia en la aplicación de la propia Ley, la actuación «para garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de los intereses públicos»), sino en defensa del interés privado de una parte que no quiere verse perjudicada por un acuerdo o práctica contraria al artículo 85 o un abuso de posición dominante contrario al artículo 86 (como recuerda el Abogado General MAYRAS en el asunto SABAM, en el que señaló que cuando las jurisdicciones civiles o mercantiles de los Estados miembros juzgan litigios entre particulares, «el objeto de la acción no consiste en constatar una infracción; se trata solamente, para el juez, de pronunciarse sobre las consecuencias civiles de tal infracción; nulidad o resolución de un contrato, concesión de daños y perjuicios a la parte lesionada» —Rec. 72—), teniendo en cuenta que también habrá actuación a título incidental cuando, como consecuencia de la aplicación de los artículos 85 y

86 a título principal, una determinada actuación o comportamiento resulte calificado de disconforme o contrario a dichos preceptos y ello pueda generar, por hipótesis, derecho a indemnización en favor de los sujetos afectados a resolver por los Tribunales ordinarios (este, y no otro, es el sentido del artículo 13 de la Ley de Defensa de la Competencia, cuando establece: «1. Las sanciones a que se refiere la presente Ley —y las impuestas por vulneración de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, añadimos nosotros— se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso procedan; 2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las Leyes civiles»).

Todo ello teniendo en cuenta, por un lado, que los Estados miembros no tienen competencia para aplicar el artículo 85.3, esto es, para conceder autorizaciones declarando inaplicables las prohibiciones contenidas en el apartado 1 del mismo precepto a:

- «— cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el proceso técnico y económico, o reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

Y no son competentes los Estados miembros para otorgar tales autorizaciones porque si bien el artículo 88 preveía que «hasta la entrada en vigor de las disposiciones adoptadas en aplicación del artículo 87 —por el que, a su vez, se preveía la adopción por el Consejo de los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86—, las autoridades de los Estados miembros decidirán sobre la admisibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas ... de conformidad ... con las disposiciones del artículo 85, en particular las de su apartado 3», la entrada en vigor del Reglamento 17/62 supuso el fin de ese apoderamiento transitoriamente otorgado a los Estados miembros, que pasó a ser sustituido por la *competencia exclusiva* de la Comisión «para declarar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 inaplicables conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado» (art. 9.1 del Reglamento 17/62) (lo dicho sin perjuicio del poder de interpretación de las exenciones por categorías por los Tribunales internos. En efecto, hay que tener en cuenta que, aparte de las autorizaciones dispensando individualmente la aplicación del artículo 85.1, están las denominadas exenciones por categorías establecidas en reglamentos, que no son sino declaraciones colectivas de inaplicabilidad, también sobre la base del artículo 85.3, del artículo 85.1 —según el artículo 85.3, el apartado 1 podrá ser declarado inaplicable no solamente a los acuerdos considerados individualmente, sino también a *categorías* de acuerdos entre empresas, de decisiones de asociaciones de empresas o de prácticas concertadas—. Por lo que se refiere a tales exenciones por categoría, ningún problema plantea su reconocimiento en un litigio interno. En efecto, tratándose de reglamentos, y por tanto, de normas de directa aplicación en los ordenamientos internos, la actuación de un Tribunal nacional decidiendo si un acuerdo o práctica está o no incluida en una determinada categoría exenta de la aplicación del artículo 85.1, sería simplemente una actuación interpretativa sobre una exención otorgada por la norma comunitaria (5): es decir, aquí el Tribunal interno no estaría por sí mismo autorizando nada, sino sencillamente interpre-

(5) Vid. R. GRAVES: *Concurrent jurisdiction...*, cit., pág. 259.

tando las autorizaciones concedidas vía reglamentaria, pudiendo en caso de duda en dicha interpretación plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (6).

Por otro lado, hay que tener presente que mientras la competencia de las autoridades nacionales para aplicar a título principal los artículos 85 y 86 del Tratado CEE deriva del artículo 88 del propio Tratado en conexión con el Reglamento 17/62, cuyo artículo 9.3 establece que «mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno en aplicación de los artículos 2, 3 ó 6 —del Reglamento—, *las autoridades de los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 conforme al artículo 88 del Tratado*», la competencia de los Tribunales ordinarios para aplicar a título incidental las reglas comunitarias de competencia deriva de la propia naturaleza jurídica de éstas, al ser susceptibles de ser directamente invocadas por los particulares y aplicadas por el juez, esto es, al poseer, en palabras del Tribunal de Justicia, «eficacia directa» (S. SABAM, de 30 de enero de 1974 (127/73), F. 15).

Esta distinción es fundamental porque, como señala el artículo 9.3 del Reglamento 17/62 recién transcrito, en el momento en el que la Comisión inicie algún procedimiento en aplicación de los artículos 85 y 86, se produce automáticamente un desapoderamiento de la autoridad nacional inmersa en un procedimiento de aplicación de dichos preceptos, debiendó suspender el mismo en favor de una decisión al respecto por parte de la Comisión.

Pero dicha suspensión afecta únicamente a las «autoridades nacionales» a que se refiere el propio artículo 9.3 en relación con el artículo 88 del Tratado, no a todas las autoridades nacionales que tengan competencia para aplicar los artículos 85 y 86.

(6) Sobre la posibilidad de que los Tribunales internos puedan salvar hipotéticos problemas derivados de su incompetencia para hacer uso directo del artículo 85.3, a través de una interpretación del artículo 85.1 presidida por la «rule of reason», vid. J. MEADE: *Decentralisation in the implementation...*, cit., pág. 122.

2. LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO INTERNO DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85-86 TRATADO CEE POR INICIACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE DICHS PRECEPTOS POR LA COMISIÓN. LAS «AUTORIDADES NACIONALES» AFECTADAS POR LA SUSPENSIÓN. MOMENTO EN QUE DEBE PRODUCIRSE LA SUSPENSIÓN

Obligación, por tanto, de que la «autoridad nacional» suspenda el procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 en favor de una aplicación de los mismos por parte de la Comisión.

Esta obligación plantea dos problemas:

- 1) qué debe entenderse por «autoridad nacional» sobre la que pesa la obligación de suspender el procedimiento interno iniciado, y, obviamente, la obligación de no iniciar procedimiento alguno de aplicación de los artículos 85 y 86 cuando ya hay un procedimiento pendiente ante la Comisión;
- 2) cuándo debe entenderse que la Comisión ha iniciado algún procedimiento en aplicación de los artículos 85 y 86, del cual pueda desprenderse la obligación de suspender el procedimiento interno.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el Abogado General MAYRAS, en sus Conclusiones en la S. SABAM, sostuvo que la iniciación de un procedimiento por la Comisión para aplicar los artículos 85-86 debía determinar la suspensión *de todo procedimiento interno* que, versando sobre el mismo objeto, se estuviera desarrollando en un Estado miembro.

En efecto, al plantearse el problema «de las autoridades que deberán, en cada Estado, inhibirse si la propia Comisión ha iniciado o inicia un procedimiento basado en las disposiciones del artículo 85, párrafo 1, o del artículo 86» (Rec. 75-76), el Abogado General consideró que «si bien es cierto que cada Estado está en su derecho de determinar qué autoridades, en su territorio, están encargadas de aplicar, directamente o a título incidental, el Derecho comunitario de competencia, los Estados no tienen, por el contrario, el poder de designar las autoridades que están obligadas a inhibirse».

Siguiendo la opinión del profesor GOLDMAN sostenida en su obra *Droit Commercial Européen*, señaló que era necesario «establecer como regla general de carácter comunitario que todo órgano de un Estado miembro que desemboca en la aplicación del Derecho de la competencia —sea por iniciativa de unas demandas, por la constatación y la represión de infracciones o incluso por decisiones relativas a las consecuencias civiles de actos restrictivos de la competencia—, es una autoridad en el sentido del artículo 9 del Reglamento 17».

La razón fundamental en favor de tal interpretación habría que encontrarla, según MAYRAS, en el propio objetivo de la citada disposición, que no es otro que el evitar el riesgo de decisiones contradictorias, nacional por un lado y comunitaria por otro, asegurando, además, la primacía de la decisión comunitaria sobre la nacional, de modo que «resultaría paradójico señalar que la expresión “autoridad de los Estados miembros” no comprende más que órganos, administrativos o judiciales, encargados de decidir a título principal, dejando a las jurisdicciones encargadas de decidir a título incidental competencia para constatar la nulidad de un acuerdo o de un abuso de posición dominante y para extraer las consecuencias, desde el punto de vista del Derecho civil, sin que tengan que preocuparse lo más mínimo por una iniciación de un procedimiento por la Comisión». Y es que «el riesgo de decisión contradictoria, y por tanto, de divergencia en la aplicación de las reglas de competencia, no sería menor tratándose de una simple constatación incidental que si se estuviera en presencia de una decisión nacional emanada de un órgano, administrativo o jurisdiccional, resolviendo a título principal».

No siguió el Tribunal de Justicia, sin embargo, las Conclusiones del Abogado General, y en una serie de fundamentos jurídicos muy concisos, al entrar en el análisis de «si las jurisdicciones nacionales, ante las cuales se invocan las prohibiciones de los artículos 85 y 86 en el marco de un litigio de Derecho privado, deben ser consideradas como “autoridades de los Estados miembros”», estableció (Fs. 13-23):

«considerando que la competencia de dichas jurisdicciones para aplicar las disposiciones de Derecho comunitario, particularmente en tales litigios, deriva de su efecto directo;

que las prohibiciones de los artículos 85.1 y 86 se prestan por su propia naturaleza a producir efectos directos en la relaciones entre particulares, engendrando directamente derechos en favor de los justiciables que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar;

que denegar a éstas competencia, en virtud del artículo 9 —del Reglamento 17/62—, para asegurar tal salvaguarda, implicaría privar a los particulares de derechos derivados del mismo Tratado;

que la circunstancia de que el artículo 9, párrafo 3, se refiera a “las autoridades de los Estados miembros” competentes para aplicar las disposiciones de los artículos 85.1 y 86 “conforme al artículo 88”, indica que la referencia es únicamente a las autoridades nacionales cuya competencia deriva del artículo 88;

que dicho artículo tiene como efecto otorgar a las autoridades de los Estados miembros —comprendidas en ciertos Estados miembros las jurisdicciones especialmente encargadas de aplicar la legislación nacional sobre competencia o de controlar la legalidad de tal aplicación por las autoridades administrativas— la competencia para aplicar las disposiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado;

que el hecho de que la expresión “autoridades de los Estados miembros” del artículo 9.3 del Reglamento 17 englobe tales jurisdicciones, no puede dispensar de pronunciarse a una jurisdicción ante la cual se invoca el efecto directo del artículo 86;

que, sin embargo, si la Comisión inicia un procedimiento en aplicación del artículo 3 del Reglamento 17 —constatación de infracción—, dicha jurisdicción puede, si lo estima necesario por motivos de seguridad jurídica, suspender la resolución en espera del resultado de la acción de la Comisión;

que la competencia de tal jurisdicción para dirigirse al Tribunal de Justicia planteando cuestión prejudicial no podría verse obstaculizada en virtud del artículo 9 del Reglamento 17».

Según el Tribunal de Justicia, por tanto, la suspensión prevista en el artículo 9.3 del Reglamento, 17/62 no opera con relación a los Jueces y Tribunales internos que estuvieran aplicando los artículos 85 y 86 a título incidental, dado que su competencia para aplicar dichos preceptos, como ya se ha señalado, deriva precisamente de su condición de normas «directamente eficaces», condición ésta que no puede verse disminuida u obstaculizada por ninguna norma de Derecho interno ni de Derecho comunitario derivado, como sería el caso de la imposición de suspensión de su aplicación mientras la Comisión decide al respecto (aunque tal doctrina se sienta de una manera tajante en la S. SABAM, ya el Tribunal de Justicia parecía haberla anunciado en su S. Haecht II, de 6 de febrero de 1973 (48/72), en la que preguntándose sobre el papel del juez nacional ante el cual los justiciables invocan una nulidad de pleno derecho en aplicación del artículo 85, señaló que «en tal caso corresponde al juez apreciar, bajo reserva de una aplicación eventual del artículo 177, si hay lugar a suspender el procedimiento con el fin de posibilitar a las partes la obtención de una toma de posición por la Comisión», F. 12: tal libertad de apreciación por el juez nacional parecía plantear el problema de la suspensión del proceso interno en términos no de obligación, sino de facultad).

Esta doctrina, por lo demás, fue reiterada en la S. Estée Lauder, de 10 de julio de 1980 (37/79), en la que el Tribunal de Justicia, recordando la S. SABAM, señaló que

«las prohibiciones de los artículos 85, párrafo 1, y 86, se prestan por su misma naturaleza a producir efectos directos en las relaciones entre particulares, engendrando directamente dichos artículos derechos en favor de los justiciables que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar. Denegar la competencia a éstas, en virtud del artículo 9 del Reglamento 17, para asegurar tal salvaguardia, implicaría privar a los particulares de derechos que extraen del propio Tratado, de donde se sigue que el inicio por la Comisión de un procedimiento en aplicación de los artículos 2, 3 ó 6 del citado Reglamento no puede dispensar a una jurisdicción nacional, ante la cual es invocado el efecto directo del artículo 85, párrafo 1, de pronunciarse» (F. 13).

Ahora bien, que ninguna norma, ni interna ni de Derecho comunitario derivado —como es el caso del Reglamento 17/62— pueda imponer la suspensión de la aplicación de una disposición del Tratado directamente eficaz (nótese que tal imposibilidad la hemos referido al Derecho comunitario derivado, pues como veremos a continuación, el artículo 177 del Tratado CEE impone bajo determinadas condiciones el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, lo que implica, lógicamente, suspensión del litigio interno hasta que el Tribunal de Luxemburgo decida al respecto), no significa que los Tribunales internos no puedan *libremente* suspender la resolución del litigio en espera de una decisión al respecto por parte de la Comisión con el fin de evitar conflictos como consecuencia de resoluciones contrapuestas, peligro que siempre existirá, se insiste, al no ser posible una suspensión directa.

Recordemos a este respecto el fundamento jurídico 21 antes transcrito de la S. SABAM:

«Si la Comisión inicia un procedimiento en aplicación del artículo 3 del Reglamento 17 —o de los artículos 2 ó 6, añadimos nosotros—, dicha jurisdicción —que está juzgando a título incidental— puede, si lo estima necesario por mo-

tivos de seguridad jurídica, suspender la resolución en espera del resultado de la acción de la Comisión.»

Así pues, apoderamiento a los Tribunales internos, desde la perspectiva del Derecho comunitario y en la aplicación de sus reglas de competencia, para suspender, de oficio o a instancia de parte, el litigio ante ellos pendiente cuando la Comisión inicia un procedimiento de los regulados en los artículos 2, 3 y 6 del Reglamento 17/62, cuyo resultado pueda influir de una manera determinante en la resolución del propio litigio interno (en el mismo sentido, S. Estée Lauder, antes citada, F. 14).

¿Y cuándo podrá ejercitar el Tribunal interno tal *facultad* de suspensión en tanto decida la Comisión?

Cuando, como acabamos de señalar, tenga dudas sobre la compatibilidad de la actuación sobre la que tiene que resolver a título incidental con los artículos 85 ó 86. En este supuesto, por motivos de seguridad jurídica, o lo que es igual, con el fin de evitar una resolución del procedimiento por la Comisión en sentido contradictorio al que se pronunció el Tribunal interno, puede esperar a un pronunciamiento al respecto por la institución comunitaria.

«Por el contrario, el Tribunal interno proseguirá generalmente el proceso cuando constate bien que el comportamiento litigioso no es manifiestamente susceptible de producir efectos sensibles sobre el juego de la competencia o sobre los intercambios entre los Estados miembros, bien que la incompatibilidad del comportamiento en cuestión con el artículo 86 —o con el artículo 85.1— está fuera de toda duda» (S. SABAM, F. 22; en la misma línea se había manifestado ya el Tribunal en su S. Haecht II, F. 12).

Así pues, el inicio por la Comisión de un procedimiento de aplicación de los artículos 85 u 86 no obliga a suspender las actuaciones a los Tribunales que están conociendo sobre la misma cuestión a título incidental, pero éstos pueden, libremente, acordar tal suspensión.

Pero, y es éste un problema distinto, ¿conservan dichos Tribunales nacionales tal facultad de suspensión cuando todavía la Comisión no ha iniciado procedimiento alguno en los términos que más adelante veremos? Dicho de otro modo, ¿pueden los Tribunales

internos suspender un proceso en el que se ha alegado la eficacia directa de los artículos 85 ó 86, *en espera* de que la Comisión inicie un procedimiento con el fin de adoptar una posición al respecto, o, por el contrario, la propia naturaleza de normas directamente eficaces *impone* a los Tribunales su aplicación inmediata sin poder esperar un inicio de procedimiento por la Comisión, bajo reserva, lógicamente, de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, posibilidad ésta siempre abierta, y en cualquier momento, a los Tribunales internos?

Hasta el momento, el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado expresamente al respecto. Sí que lo hizo, sin embargo, el Abogado General MAYRAS, quien en sus Conclusiones en la S. Concordia, de 1 de febrero de 1977 (47/76), sostuvo que «el juez nacional tiene la facultad de suspender el proceso, pero solo cuando un procedimiento ha sido iniciado por la Comisión» (Rec. 105 y 109-110), de modo que «no podría ordenar una suspensión del proceso con vistas a obtener una toma de posición por la Comisión» (Rec. 110), recordando al respecto la S. Haecht II.

Ahora bien, lo cierto es que en dicha Sentencia, a la que ya nos hemos referido, si alguna posición *pareció* adoptar el Tribunal de Justicia, fue, en mi opinión, precisamente la contraria, esto es, permitir al juez nacional apreciar libremente si convenía o no suspender el proceso en espera de una actuación por parte de la Comisión. En efecto, si bien en el fundamento jurídico 11 señaló que «si el principio de seguridad jurídica exige que, en la aplicación de las prohibiciones del artículo 85, sean tenidos en cuenta los retrasos a veces considerables de la Comisión en el ejercicio de sus potestades, tal circunstancia no podría, sin embargo, dispensar al juez de la obligación de aplicar el Derecho a los justiciables que invocan la nulidad de pleno derecho», añadió en el fundamento siguiente, sin hacer ninguna referencia al hecho de que hubiera o no un procedimiento iniciado por la Comisión, que «en tal caso corresponde al juez apreciar, bajo reserva de una aplicación eventual del artículo 177, si hay lugar a suspender el procedimiento con el fin de posibilitar a las partes la obtención de una toma de posición por la Comisión».

Siguiendo con las facultades de suspensión con las que cuenta el juez interno, la segunda posibilidad que se le abría era la del planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia —facultad que se convierte en obligación (lo que no plantea problema alguno porque en este caso la suspensión de la eficacia de la norma comunitaria vendría impuesta por el propio Tratado) cuando se dan las circunstancias del artículo 177, esto es, cuando el Tribunal que está resolviendo es un órgano cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso judicial en Derecho interno, y existe alguna «duda razonable» en la interpretación de los artículos 85 u 86 en los términos sentados por el Tribunal de Justicia en su S. CILFIT, de 6 de octubre de 1982 (283/81), y dicha duda requiere una solución por el Tribunal de Luxemburgo para poder emitir el Tribunal interno su fallo— (7).

Así lo reconoció el Tribunal de Justicia en su S. Haecht II, primero, confirmada en su S. SABAM, apartándose de las Conclusiones del Abogado General MAYRAS. Como vimos en su momento, utilizando el argumento de la posibilidad de resoluciones contradictorias, MAYRAS sostuvo la extensión de la obligación de suspender prevista en el artículo 9.3 del Reglamento 17/62 a los procedimientos internos de aplicación de los artículos 85 y 86 a título incidental. Y al determinar tal suspensión la iniciación de un procedimiento por la Comisión, desaparecía la posibilidad del Tribunal nacional, al ver paralizado el proceso interno, de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, evitándose de esta manera el riesgo, según el Abogado General, de resoluciones contradictorias en el seno de las propias instituciones comunitarias.

«En efecto —señaló MAYRAS—, si con ocasión de litigios análogos a aquél del que está conociendo el Tribunal de Bruselas —que fue el que planteó la cuestión prejudicial en el asunto SABAM—, las jurisdicciones —que están enjuiciando a título incidental— plantean al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación por la vía del artículo 177, será la Sentencia del Tribunal de Justicia la que, teniendo lugar antes de la decisión dictada por la Comisión, corra

(7) Vid. al respecto mi trabajo *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid, 1989, págs. 177 y ss.

el riesgo de chocar con tal decisión. Pero, el examen de las cuestiones prejudiciales que son planteadas ante este Tribunal en casos de este género pueden perfectamente no permitir tener en cuenta los antecedentes del problema y conducirlo a dictar una Sentencia de interpretación sin haber estado en situación de medir todas las incidencias.»

«Además, si a continuación la decisión de la Comisión fuera impugnada directamente ante sus Señorías, y si conociendo entonces, como jueces de plena jurisdicción, el conjunto del expediente del procedimiento seguido por la Comisión, desembocaran en un fallo en sentido diferente al sostenido en la Sentencia dictada a título prejudicial sobre la base de la misma situación, correrían ustedes el riesgo de caer en contradicción con sí mismos.»

Estas consideraciones llevaron al Abogado General MAYRAS, como vimos anteriormente, «a retener una interpretación extensiva del artículo 9, párrafo 3, del Reglamento 17, ya que nos parece ser la única que permite asegurar el efecto útil de dicha disposición y evitar en consecuencia no sólo las divergencias entre las decisiones nacional y comunitaria, sino, igualmente, el riesgo de una falta de coherencia entre las soluciones que sus Señorías podrían adoptar al decidir, sucesivamente, por la vía del artículo 177 y de un recurso de plena jurisdicción» (Rec. 76-77).

No fue ésta sin embargo la opinión del Tribunal de Justicia, que declaró, como hemos visto, la *facultad* de los jueces internos de suspender el litigio planteando cuestión prejudicial (facultad que, recordémoslo, puede convertirse en *obligación* cuando se den las condiciones del artículo 177 tal como han sido interpretadas por el Tribunal).

En definitiva, la conclusión a la que llegamos es que sólo a las autoridades internas que están resolviendo a título principal afecta la obligación de suspender el procedimiento cuando la Comisión a su vez inicia un procedimiento paralelo.

Ello implica, con relación al ordenamiento español, dos matizaciones.

Por un lado, cuando el artículo 44 de la Ley de Defensa de la Competencia establece, bajo la rúbrica «conurrencia con procedi-

miento ante los órganos comunitarios», que «el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá aplazar la resolución, a petición de parte, si se acreditase documentalmente que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los órganos comunitarios», hay que entender tal *posibilidad* en el sentido de poder aplazar el procedimiento que el Tribunal esté llevando a cabo *en aplicación de la propia Ley de Defensa de la Competencia*, porque si el procedimiento es de aplicación de los artículos 85 u 86 del Tratado CEE, ya hemos visto que en ese caso no hay posibilidad, sino *obligación* de suspender las actuaciones internas, suspensión que, por lo demás, deberá producirse de oficio, sin necesidad alguna de que la autoridad nacional sea incitada a ello por las partes implicadas (hay que tener a este respecto en cuenta que según el artículo 10, apartado 1, del Reglamento 17/62, «la Comisión transmitirá sin demora a las autoridades competentes de los Estados miembros copia de las solicitudes y notificaciones, así como de los documentos más importantes que les hayan sido dirigidos, con vistas a la comprobación de infracciones a las disposiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado, a la concesión de una declaración negativa o a la concesión de una decisión de aplicación del apartado 3 del artículo 85»).

Por otro lado, y mientras no haya un inicio de procedimiento por la Comisión en los términos que más adelante veremos, el Tribunal de Defensa de la Competencia tendrá la posibilidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (posibilidad que, obviamente, también tendría la Audiencia Nacional en el supuesto de que fuera recurrida ante ella la resolución adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, y que podría convertirse en obligación si el asunto llegase ante el Tribunal Supremo —o ante el Tribunal Constitucional si mediase violación de algún derecho fundamental, ya que en este caso sería éste, y no aquél, el «órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno» sobre el que pesaría la *obligación* de plantear la cuestión prejudicial conforme impone el artículo 177 del Tratado CEE).

En efecto, y en mi opinión, aunque el Tribunal de Defensa de la Competencia no es una «jurisdicción» propiamente dicha, reúne

las características generales que viene exigiendo el Tribunal de Justicia para admitir la cuestión prejudicial, esto es, tiene un origen legal, una permanencia, es una jurisdicción obligatoria en la esfera de sus competencias, sigue un procedimiento contradictorio, y aplica un ordenamiento jurídico (8), a lo que habría que añadir su independencia frente a la Administración a pesar de su naturaleza de órgano administrativo, independencia recordada tanto en el Preámbulo de la Ley de Defensa de la Competencia (según el cual tanto el Tribunal como el Servicio de Defensa de la Competencia «tienen carácter especial, tanto por la esencial complejidad de la materia como por la precisión de dotar al sistema de la *independencia* necesaria respecto de la Administración activa, todo ello sin perjuicio del control judicial de sus actos») como en su artículo 20 («el Tribunal de Defensa de la Competencia... ejerce sus funciones con plena *independencia* y sometimiento al ordenamiento jurídico») (9).

De hecho, tal es la posición que sostuvo el propio Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 7 de marzo de

(8) R.-M. CHEVALLIER y D. MAIDANI: *Guide pratique article 177 CEE*, Bruselas-Luxemburgo, 1981, pág. 43. Sobre el alcance de la expresión «órgano jurisdiccional» utilizada por el artículo 177, vid. también W. ALEXANDER y E. GRABANDT: «National courts entitled to ask preliminary rulings under article 177 of the EEC Treaty: the case law of the Court of Justice», *Common Market Law Review*, 1982, núm. 3, págs. 413 y ss.; G. BEBR: *Development of judicial control of the European Communities*, La Haya, 1981, págs. 367 y ss.; del mismo autor, «Arbitration Tribunals and article 177 of the EEC Treaty» *Common Market Law Review*, 1985, núm. 3, págs. 489 y ss.; J. BOULOUIS y R.-M. CHEVALLIER: *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, tome 2, París, 1983, págs. 138 y ss.; M. WAELBROECK, en MEGRET y otros, *Le Droit de la Communauté Economique Européenne. La Cour de Justice. Les actes des institutions*, vol. 10, tome 1, Bruselas, 1983, págs. 197 y ss. Sobre la consideración de los tribunales de arbitraje profesional como «órganos jurisdiccionales» a los efectos del artículo 177, vid. la reciente Sentencia del TJCE Dansk Arbejdsgiverforening, 17 de octubre de 1989 (109/88).

(9) En el mismo sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Tratado de Derecho Comunitario. Estudio sistemático desde el Derecho español* (Dir. E. García de Enterría, J. González Campos y S. Muñoz Machado), tomo I, Madrid, 1986, pág. 705.

Con relación al Derecho francés, CH. GAVALDA y G. PARLEANI no dudan en extender el concepto de órgano jurisdiccional, a los efectos del artículo 177, al Consejo de la Concurrencia (*Droit communautaire des affaires*, París, 1988, pág. 683).

1989 (asunto FIRST, S. A.; número de expediente 234/87) (10), en la que rechazó la solicitud de planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia en los siguientes términos:

«Se trata de la petición de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuyo planteamiento o no, corresponde, únicamente, al Tribunal en virtud de, al menos dos criterios que no concurren en este caso: afectación al comercio intracomunitario de las presuntas prácticas anticompetitivas e interpretación del Derecho comunitario por el Tribunal de la CEE cuando existan dudas razonables en su aplicación por el órgano nacional.»

El segundo problema que planteaba la aplicación del Derecho comunitario por las «autoridades de los Estados miembros» era el de cuándo debía entenderse que la Comisión había iniciado un procedimiento a los efectos de la suspensión por dichas autoridades de procedimientos paralelos sobre la base de los artículos 85 y 86.

Ante todo, hay que comenzar recordando cuáles son los procedimientos iniciados por la Comisión que pueden dar lugar a la suspensión.

Tales procedimientos son, como establece el artículo 9.3 del Reglamento 17/62, los iniciados en aplicación de los artículos 2, 3 ó 6 del propio Reglamento, esto es:

- expedición de una certificación negativa (artículo 2: «La Comisión podrá certificar a petición de empresas y asociaciones de empresas interesadas que no ha lugar, por su parte, en función de los elementos de que tiene conocimiento, a inter-

(10) Por la que se resuelve el recurso de reposición previo al contencioso interpuesto contra Resolución del mismo Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de diciembre de 1988, posibilidad ésta de interponer recurso de reposición que ha desaparecido con la Ley de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 49 establece que «contra... las resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso administrativo».

venir en relación con un acuerdo, decisión o práctica en virtud de las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 ó del artículo 86»);

- procedimiento para constatar una infracción (artículo 3: «1. Si la Comisión comprobare, de oficio o a instancia de parte, una infracción a la disposiciones del artículo 85 ó del artículo 86 del Tratado, podrá obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas interesadas a poner fin a la infracción comprobada. 2. Estarán facultados para presentar solicitudes con este fin: a) los Estados miembros; b) las personas físicas o jurídicas que invoquen un interés legítimo. 3. Sin perjuicio de las otras disposiciones del presente Reglamento, la Comisión podrá, antes de adoptar la decisión mencionada en el apartado 1, dirigir a las empresas y asociaciones de empresas interesadas recomendaciones tendentes a hacer cesar la infracción»);
- concesión de una autorización en virtud del artículo 85.3 del Tratado CEE (artículo 6: «1. Cuando la Comisión adopte una decisión de aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, indicará la fecha a partir de la cual esa decisión haya de surtir efecto. Esta fecha no podrá ser anterior al día de la notificación»).

El inicio de estos procedimientos, por tanto, determina la suspensión de los procedimientos internos a título principal. Ahora bien, ¿cuándo debe entenderse efectivamente iniciados tales procedimientos?

En la S. Haecht II, de 6 de febrero de 1973 (48/72), el Tribunal de Justicia, planteándose la cuestión, señaló que «el inicio de un procedimiento en aplicación de los artículos 2, 3 ó 6 se refiere evidentemente a un acto de autoridad de la Comisión, manifestando su voluntad de proceder a una decisión en virtud de los artículos citados» (F. 16).

Ello implica, por tanto, dos condiciones: 1) un acto de autoridad de la Comisión; 2) que dicho acto revele una manifestación de voluntad tendente a la adopción de una decisión de las contempladas en los artículos 2, 3 ó 6 del Reglamento 17/62.

Partiendo de tal premisa, el Tribunal de Justicia consideró en el citado asunto que «un simple acuse de recibo, lejos de ser una manifestación de voluntad, no constituye más que un acto de corrección administrativa, y no podría ser considerado como un acto de autoridad»; en consecuencia, «el acuse de recibo de una solicitud de certificación negativa o de una notificación a los efectos de obtener la derogación sobre la base del artículo 85, párrafo 3 del Tratado, no podría ser considerado como inicio de un procedimiento en aplicación de los artículos 2, 3 ó 6 del Reglamento 17» (F. 18).

Tampoco consideró el Tribunal de Justicia (S. Estée Lauder, de 10 de julio de 1980 —37/79—) como inicio de procedimiento, a los efectos de suspensión de las actuaciones internas, una carta poniendo en conocimiento de la empresa interesada la opinión de la Comisión de que no había lugar, por su parte, a intervenir con relación a una determinada actuación en virtud del artículo 85.1, procediendo en consecuencia a un archivo del expediente.

«Tal carta administrativa —señaló el Tribunal de Justicia— lejos de manifestar una voluntad de la Comisión de proceder a una decisión en virtud del artículo 2 del Reglamento 17/62, indica, por el contrario que se ha procedido a un archivo del expediente y que no se proyecta, por tanto, la adopción de una decisión» (F. 15), concluyendo que «en todo caso, una letra administrativa informando a la empresa interesada del archivo de su expediente no constituye el inicio de un procedimiento en aplicación de los artículos 2, 3 ó 6 del Reglamento 17» (F. 16).

Desde un punto de vista positivo, esto es, las actuaciones de la Comisión que podrían ser consideradas como inicio de procedimiento a partir de la doctrina sentada en el fundamento jurídico 16 de la S. Haecht II, el Abogado General MAYRAS, en sus Conclusiones en la S. SABAM, consideró que las dos condiciones antes mencionadas parecían darse en las solicitudes de información por la Comisión contempladas en el artículo 11 del Reglamento 17/62, y sobre todo, en las verificaciones previstas en el artículo 14. «Y con mayor razón aún», añadió el Abogado General, «las condiciones exigidas por el Tribunal de Justicia para reconocer que el procedimiento ha sido iniciado nos parecen reunidas cuando la Comisión

decide comunicar a las empresas interesadas las quejas sostenidas contra ellas sobre la base del artículo 85, párrafo 1, o del artículo 86» (Rec. 71) (11).

3. REMEDIOS Y SANCIONES INTERNAS FRENTE A INCUMPLIMIENTOS DE LOS ARTÍCULOS 85-86 DEL TRATADO CEE

Con relación a las consecuencias de las actuaciones que resulten incompatibles con los artículos 85 y 86, el Tratado CEE se limita a señalar, con relación al primero de ellos, que «los acuerdos y decisiones prohibidas por el presente artículo serán nulos de pleno derecho» (apartado 2 del artículo 85).

Nada se dice, por tanto, con relación a las prácticas concertadas, lo que tiene una explicación teórica, ya que se trata, por hipótesis, de comportamientos de hecho, mientras que la nulidad afecta, en el Derecho de los Estados miembros, únicamente a un acto jurídico. Por esta misma razón, tampoco la prohibición de abuso de posición de dominio va acompañada de un texto que establezca la nulidad.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que, a veces, las prácticas concertadas se derivan de un acuerdo cuya prueba directa no ha podido aportarse, pero que una de las partes o un tercero podría, en un litigio privado ante una jurisdicción nacional, revelar y probar.

Del mismo modo, en numerosos casos, el abuso de posición dominante se refleja en contratos: contratos de venta o de suministro que contienen unos precios o unas condiciones contrarias a la equidad (artículo 86 a), contratos discriminatorios (artículo 86 b) o contratos de acoplamiento o aceptación (artículo 86 d).

Tales contratos son, por tanto, medios de comisión de una infracción del Tratado CEE. Pero si éstos son nulos, no lo serán directamente por aplicación de una norma de Derecho Comunitario que prevea su nulidad, sino por aplicación de la sanción que en su caso prevea el Derecho interno por infracción del ordenamiento

(11) En esta línea, vid. por ej. C. FERNÁNDEZ LERGA: «Aplicación en España del Derecho de la competencia de la CEE», *Documentación Administrativa*, 1984, núm. 202, pág. 124.

jurídico nacional, en el que debe incluirse, lógicamente, el Derecho de las Comunidades Europeas.

En resumen, la ilicitud en este supuesto procederá de una norma comunitaria, pero la norma sancionadora se toma del Derecho de cada Estado miembro (12).

Hecha esta primera aclaración, vamos a pasar a analizar cuáles son las consecuencias en nuestro ordenamiento jurídico de un procedimiento por el que a título principal o incidental llegue a constatare una infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (13).

Por lo que se refiere a la aplicación de los citados preceptos a título principal, habrá que estar a lo que establezca la Ley de Defensa de la Competencia, conforme a la cual (artículo 46, apartado 1):

«Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia podrán declarar:

- a) la existencia de prácticas o acuerdos prohibidos;
- b) la existencia de un abuso de posición dominante;
- c) no resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas;

(12) B. GOLDMAN y A. LYON-CAEN: *Derecho comercial europeo*, Madrid, 1984 (trad. de la ed. francesa de 1983), pág. 560.

(13) Sobre los remedios ofrecidos por los Derechos de los Estados miembros frente a incumplimientos de las reglas comunitarias de competencia, vid. E. PICAÑOL: «Remedies in national Law for breach of articles 85 and 86 of the EEC Treaty: a review», *Legal Issues of European Integration*, 1983, núm. 2, págs. 1 y ss.

Hay que tener presente que esta diversidad nacional en cuanto a los remedios y sanciones frente a una infracción de los artículos 85 ó 86 Tratado CEE, es frecuentemente calificada como fuente de «desigualdad e injusticia» entre los ciudadanos comunitarios según el ordenamiento que les resulte aplicable (vid. por ej. J. MEADE: *Decentralisation in implementaton...*, cit., pág. 120; ello teniendo en cuenta que tales remedios y sanciones distan de estar claros en algunos Estados miembros, como es el caso inglés, sobre todo a partir del asunto *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board*), lo que ha llevado a plantear la problemática acerca de la necesidad o no de proceder a una armonización de las legislaciones nacionales (tanto en el ámbito político —vid. la pregunta escrita del Sr. Moreland a la Comisión núm. 1935/83, J.O. serie C 144/14, 30 de mayo de 1984— como doctrinal —vid. J. MEADE: *Decentralisation in implementation...*, cit., pág. 120, nota 26—; no faltan, sin embargo, quienes sostienen, sobre todo por lo que se refiere al tema de la indemnización por daños y perjuicios, que la uniformización existe de hecho sobre la base de los principios reguladores de la responsabilidad extracontractual comunitaria: vid. por ej. H. SMIT y P. HERZOG: *The Law of the EEC: A Commentary*, vol. 2, Nueva York, 1988, págs. 3/143-3/147).

d) la autorización de prácticas exceptuables.»

Así pues, en el caso de constatar infracción de los artículos 85 ó 86, la resolución del Tribunal revestirá bien la forma prevista en el subapartado a), bien en el subapartado b), según el precepto del Tratado CEE infringido (teniendo en cuenta, dicho sea entre paréntesis, que por lo que se refiere a la aplicación del Derecho comunitario, queda en todo caso excluida la posibilidad de una declaración en el sentido definido en el subapartado d). En efecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene facultad (artículo 4) para autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1 en los supuestos previstos en el artículo 3 —ello sin perjuicio de la facultad que se concede al Gobierno, al modo previsto en el ordenamiento comunitario, de autorizar mediante reglamentos de exención, en cuya elaboración informará preceptivamente el Tribunal de Defensa de la Competencia, las *categorías* de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas concertadas o conscientemente paralelas previstas en el artículo 3.1, cuando se den las condiciones enumeradas en el artículo 5—. Ahora bien, tales autorizaciones, que dan lugar a las resoluciones previstas en el subapartado d) del artículo 46.1, sólo se refieren a las exenciones de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia; porque por lo que se refiere al artículo 85.3 del Tratado CEE, ya vimos en su momento como, tras un período transitorio hasta que se promulgó el Reglamento 17/62, la competencia para declarar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 inaplicables conforme al apartado 3 del mismo precepto, ha pasado a ser una competencia exclusiva de la Comisión —artículo 9.1 del citado Reglamento—. Sí que puede, en cambio, poseer la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia un contenido del tipo previsto en el artículo 46.1.d), esto es, la calificación de una práctica como autorizada conforme al Derecho comunitario, cuando así se desprenda de un reglamento comunitario de exención por categorías: en este supuesto, el Tribunal se estará limitando a aplicar normas de Derecho comunitario que son de aplicación directa, interpretando las mismas en el sentido de ver si un determinado acuerdo, decisión o práctica concertada entraría o no en el ámbito del reglamento de exención, si bien tal competencia de interpretación cesaría en el momento en

que la Comisión emprendiese un procedimiento relativo al análisis de su inclusión o no el reglamento en cuestión).

Pues bien, continuando, tras este largo paréntesis, con la resolución del Tribunal de la Competencia por la que se declarara la infracción de los artículos 85 ó 86, ésta podrá ir acompañada, en su caso, de (apartado 2 del artículo 46):

- «a) la orden de cesación de las prácticas prohibidas en un plazo determinado;
- b) la imposición de condiciones u obligaciones determinadas;
- c) la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público;
- d) la imposición de multas».

Destaca a este respecto el subapartado d), por cuanto comporta atribución al propio Tribunal de Defensa de la Competencia del poder para imponer sanciones pecuniarias, pues como es sabido, la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 sólo concedía al Tribunal la facultad de *proponer* al Consejo de Ministros la imposición de sanciones por infracción de la misma (art. 5.1.b) en relación con el 28), y en el supuesto de que las prácticas prohibidas hubieran permitido obtener beneficios superiores a los que corresponderían en régimen de libre competencia, facultad también de proponer al Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, la imposición de un gravamen complementario (art. 15.3).

Por el contrario, la Ley de Defensa de la Competencia atribuye, como hemos visto, al propio Tribunal el ejercicio del poder sancionador de carácter pecuniario (14), estableciendo al respecto en el artículo 10:

- «1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 —a los efectos

(14) Con posibilidad de imponer multas de respetable nivel cuantitativo, lo que sin duda será visto con buenos ojos por la Comisión: vid. al respecto el Decimotavo Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la Política de Competencia, Bruselas-Luxemburgo, 1989, pág. 112.

de la aplicación del Derecho comunitario, que infrinjan lo dispuesto en los artículos 85 u 86 del Tratado CEE—, multas de hasta 150.000.000 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

2. La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:
 - a) la modalidad y alcance de la restricción de la competencia;
 - b) la dimensión del mercado afectado;
 - c) la cuota de mercado de la empresa correspondiente;
 - d) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios;
 - e) la duración de la restricción de la competencia;
 - f) la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.
3. Además de la sanción que corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica se podrá imponer una multa de hasta 5.000.000 de pesetas a sus representantes legales, o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.»

Se plantea, sentadas tales premisas, el tema de la prescripción de las infracciones y las sanciones.

Digamos que, por lo que se refiere la actuación *de la propia Comisión* en aplicación de los artículos 85 y 86, la cuestión fue muy polémica hasta 1975.

En efecto, ni los citados preceptos del Tratado ni el Reglamento 17/62 someten su aplicación a regla alguna de prescripción de las infracciones y las sanciones ni en cuanto al fondo ni en cuanto al procedimiento.

El problema se planteó frontalmente por primera vez en el asunto ACF Chemiefarma v. Comisión, de 15 de julio de 1970 (41/69), en el que, ante las alegaciones de la recurrente en el sentido de que la infracción que se le imputaba estaría cubierta por la prescripción teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la fecha de los hechos y la de apertura del procedimiento administrativo por la Comisión, el Tribunal de Justicia señaló (F. 18-21):

«considerando que los textos reguladores del poder de la Comisión para imponer multas en caso de infracción de las reglas de competencia no prevén prescripción alguna;

que para cumplir su función de garantizar la seguridad jurídica, un plazo de prescripción debe ser fijado de antemano;

que la fijación de su duración y de las modalidades de aplicación pertenece a la competencia del legislador comunitario;

que en consecuencia, el motivo de la impugnación debe ser rechazado.»

De este modo, el Tribunal se negaba a colmar la laguna en la normativa comunitaria, lo que suponía una admisión implícita de la imprescriptibilidad, apartándose de las Conclusiones del Abogado General GAND, que había propuesto la incorporación vía jurisprudencial de un plazo de prescripción de cinco años (Rec. 728).

El problema volvió a plantearse dos años más tarde, en el asunto ICI v. Comisión, de 14 de julio de 1972 (48/69).

El Abogado General MAYRAS, recordando la posición adoptada por el Tribunal en el asunto ACF Chemiefarma v. Comisión, señaló que no existía plazo de prescripción en el Derecho comunitario de competencia.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, tras reiterar los fundamentos jurídicos antes transcritos de dicho asunto, matizó en el fundamento 49 que

«en ausencia de un texto a estos efectos —la prescripción—, la exigencia fundamental de la seguridad jurídica se opone

a que la Comisión pueda retardar indefinidamente el ejercicio de su poder de imponer multas»,

lo que no era sino un reconocimiento implícito de la prescripción, a través del reconocimiento expreso del principio de seguridad jurídica, pero centrandó el plazo concreto de aquélla en el criterio de la «razonabilidad» según el supuesto en cuestión (criterio éste que precisamente había sido rechazado por el Abogado General GAND en sus Conclusiones en la S. ACF Chemiefarma v. Comisión, donde propuso, como hemos visto, un plazo de prescripción de cinco años, sin que en su opinión se pudiera admitir «una prescripción que sería fijada caso por caso, en función de elementos propios del asunto», debiéndose establecer, por el contrario, un plazo determinado, «lo que excluye el sistema del “plazo razonable”» —Rec. 727—).

El caso es que dada la problemática suscitada, el Consejo decidió finalmente, haciéndose eco de la invitación formulada por el Tribunal en la S. ACF Chemiefarma v. Comisión, dictar el Reglamento 2988/74, de 26 de noviembre, «relativo a la prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del Derecho de transportes y de la competencia de la Comunidad Económica Europea», fijando un plazo de prescripción de tres años para la imposición de multas o sanciones como consecuencia de infracciones a las disposiciones de procedimiento, y de cinco años en cuanto a las infracciones de las reglas de fondo, comenzando a contar desde el día en que la infracción es cometida, salvo para las infracciones continuas o continuadas, en cuyo caso el cómputo del plazo de prescripción empieza el día en que cesan (art. 1); también establece el Reglamento (art. 4) un plazo de prescripción de cinco años para la ejecución de la sanción o multa, a partir del día en que la decisión imponiéndola es definitiva.

El resto de las disposiciones del Reglamento está dedicado a la regulación de la interrupción y suspensión de la prescripción, tanto en materia de diligencias (arts. 2 y 3) como de ejecución (arts. 5 y 6).

Así las cosas, el problema que se plantea es si tales reglas sobre la prescripción rigen también cuando son los Estados miembros quienes aplican los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, o si por el con-

trario, son las propias normas internas reguladoras del Derecho de competencia nacional las que deberán tenerse en cuenta en materia de prescripción.

El Abogado General GAND, refiriéndose a la prescripción en materia del Derecho de competencia, señaló en el asunto ACF Chemieframa v. Comisión que «la aplicación necesariamente uniforme del Derecho comunitario es suficiente para impedir tratar a cada cual según su Derecho nacional» (Rec. 727).

Ahora bien, lo cierto es que tal afirmación se hace al plantearse, como vimos anteriormente, si el poder sancionador *de la Comisión* en aplicación de los artículos 85 y 86 estaba o no sometido a prescripción; de estarlo, como opinó GAND, lo que no podría hacerse es someter *a la Comisión* al plazo de prescripción previsto en el Derecho de cada Estado miembro según la empresa a sancionar.

Desde mi punto de vista, cuando son los Estados miembros los que aplican los artículos 85 y 86, dicha aplicación se limita a constatar si efectivamente una actuación infringe o no los citados preceptos. Pero ahí se acaba la utilización de los preceptos. Esto es, las normas reguladoras del procedimiento que deben seguir las autoridades nacionales para comprobar si se vulnera o no el Derecho comunitario de la competencia, son las propias normas internas; y lo mismo cabe decir de la sanción a imponer de llegar a constatarse que ha habido infracción: será el Derecho interno el que deba establecer el procedimiento para imponer la sanción, las reglas relativas a la prescripción tanto de la infracción como de la sanción, y la cuantía de la misma (de hecho, el Reglamento 2988/74 parece insistir en centrar la prescripción de las infracciones y sanciones cuando es la Comisión, y no los Estados miembros, la que actúa en aplicación de los artículos 85 y 86, señalando en su artículo 1 que «*el poder de la Comisión para imponer multas o sanciones... estará sujeto a un plazo de prescripción*», y sometiendo igualmente el artículo 6 a un plazo de prescripción «*el poder de la Comisión para ejecutar las decisiones que impongan multas, sanciones o multas coercitivas*»).

Si el Derecho interno contiene una normativa destinada específicamente a regular todos estos aspectos cuando las autoridades nacionales actúan en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, será ésta, lógicamente, la que se aplique; en el supuesto de

que no se cuente con tal normativa, habrá que acudir a la normativa interna que regule la actuación de las autoridades nacionales en aplicación del propio Derecho de competencia, y extender tal regulación a su actuación en aplicación del Derecho comunitario de competencia.

Con relación al ordenamiento jurídico español, la problemática se ve reducida, por lo demás, por el hecho de la similitud que presenta la regulación de las prescripciones de las infracciones y las sanciones impuestas por vulneración de la propia Ley de defensa de la Competencia, con el Reglamento 2988/74.

En efecto, el artículo 12, bajo la rúbrica «prescripción de las infracciones y de las sanciones», establece:

- «1. Prescribirán
 - a) A los cinco años, las infracciones previstas en este texto legal. El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción.
 - b) A los tres años, la acción para exigir el cumplimiento de las sanciones.
2. La prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal o del Servicio de Defensa de la Competencia, con conocimiento formal del interesado, tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción.»

Así pues, serán éstas las reglas a tener en cuenta cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia actúe en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, reglas que evidencian, como señalábamos, una similitud con las comunitarias reguladoras de la actuación de la Comisión cuando es ella misma la que aplica los citados preceptos.

Hasta aquí los remedios y sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia cuando constata una infracción de los artículos 85 ó 86 del Tratado CEE.

Ahora bien, como vimos en su momento, no se agota aquí la aplicación de los citados preceptos a título principal, de modo que ésta se extiende al control que sobre la resolución del Tribunal de

Defensa de la Competencia ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ningún problema especial plantea la hipotética anulación en vía contenciosa de la infracción (y sus consecuencias) declarada en vía administrativa.

Sí que plantea mayores complejidades, por el contrario, el tema de los poderes del juez contencioso para constatar, en contra de lo sostenido por el Tribunal de Defensa de la Competencia, que efectivamente ha habido infracción de los artículos 85 ó 86.

Por lo pronto, conviene comenzar el análisis de esta cuestión señalando que son recurribles tanto el archivo de las actuaciones, como una resolución del Tribunal declarando «no resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas» [art. 46.1.c)].

Por lo que se refiere al archivo de las actuaciones, el artículo 47 establece que

«los actos de archivo y trámite del Servicio que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, serán recurribles ante el Tribunal en el plazo de diez días».

Pues bien, tanto la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia rechazando el recurso contra el archivo, como declarando que no existe práctica prohibida, es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, concretamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (art. 49 en relación con la Disposición Transitoria Quinta).

¿Y quién está legitimado activamente para interponer el recurso? Quien, conforme establece el artículo 28.1.a) de la Ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, tenga «interés directo en ello» (concepto éste de «interés directo» que, como es sabido, debe entenderse ampliado por el de «interés legítimo» recogido en el artículo 24.1 de nuestro texto constitucional), reuniendo sin duda alguna tal condición quienes actuaron como interesados en el procedimiento administrativo.

Por lo que se refiere a la fase contenciosa, y conforme establece el artículo 84 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

«cuando la Sentencia estimare el recurso contencioso-administrativo:

- a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente el acto o la disposición recurridos.
- b) Si se hubieren deducido las pretensiones a que se refiere el artículo 42, reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.
- c) Si se hubiere pretendido el resarcimiento de daños o la indemnización de perjuicios, la sentencia se limitará a declarar el derecho en el supuesto de que hayan sido causados, y quedará diferida al período de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía de los mismos, salvo lo previsto en el artículo 79, párrafo 3».

Dicho sea de antemano, el contenido de la Sentencia estimando el recurso contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia archivando el asunto o declarando la inexistencia de infracción de los artículos 85 ó 86, vendrá fuertemente condicionado por el *petitum* del recurrente.

No parece presentar problema alguno una Sentencia con un contenido de los previstos en los apartados a) y b) del artículo 84, que normalmente irán unidos en el *petitum*, pues al recurrente lo que le interesará ante todo será un pronunciamiento de fondo sobre la existencia o no de práctica prohibida, que en el supuesto de llegar a apreciarse, podrá ir acompañado, si afecta la práctica a la situación jurídica del recurrente (normalmente, a su posición adquirida en el mercado) de «cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma», entre las que cabría incluir la posibilidad de imponer directamente, el propio Tribunal contencioso, órdenes de cesación o de remoción de los efectos producidos por la conducta declarada contraria a los artículos 85 ó 86.

Mayores problemas plantea el resarcimiento de daños o la indemnización de perjuicios contemplada en el apartado c).

En efecto, la indemnización prevista en dicho apartado lo es frente a los perjuicios que haya causado una actuación administrativa; y proviniendo como regla general las infracciones de los artículos 85

y 86 de las empresas privadas (15), la vía adecuada para exigir indemnización será la civil, y no la contencioso-administrativa (del mismo modo que tampoco el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene facultades para fijar indemnización alguna, pues «el régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles» —artículo 13.2 *in fine* de la Ley de Defensa de la Competencia—).

Lo dicho salvo que se base la petición de indemnización en los perjuicios causados por los comportamientos contrarios a las reglas comunitarias de competencia como consecuencia de la inactividad del Servicio o en su caso del Tribunal de Defensa de la Competencia (en el supuesto de haber procedido a un archivo incorrecto de las actuaciones) o incluso de la actividad, pero no conforme a Derecho, de dichos órganos.

En este supuesto, el origen de los daños y perjuicios se encuentra, lógicamente, en los comportamientos contrarios a las reglas de competencia, pero no aisladamente considerados (en cuyo caso, se insiste, la vía adecuada para exigir la indemnización es la civil), sino insoslayablemente unidos al comportamiento de la Administración; esto es, el recurrente tendría que demostrar que fue precisamente ese comportamiento de la Administración el que, permitiendo la continuación de los efectos nocivos para sus intereses derivados de las actuaciones incompatibles con los artículos 85 ó 86, dio lugar al nacimiento de una responsabilidad administrativa (art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), que no civil (art. 1.902 del Código Civil), indemnizable por la vía del artículo 84.c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

(15) Sobre el problema que plantea la aplicación de los artículos 85 y 86 Tratado CEE no a las empresas, sino a los propios Estados miembros en conexión con los artículos 3 f) y 5 del propio Tratado, vid. E. PAULIS: «Les Etats peuvent-ils enfreindre les articles 85 et 86 du Traité CEE?», *Journal des Tribunaux*, 30 de marzo de 1985, núm. 5.332, págs. 209 y ss.; G. MARENCO: «Le Traité CEE interdit-il aux Etats membres de restreindre la concurrence?», *Cahiers de Droit Européen*, 1986, núm. 3-4, págs. 285 y ss.; J.-B. BLAISE: «Droit de la concurrence», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1987, núm. 4, págs. 671-676; J. KODWO BENTIL: «Common Market Anti-trust Law and restrictive business agreements or practices prompted by national regulatory measures», *European Competition Law Review*, 1988, núm. 3, págs. 354 y ss.; R. JOLIET: «Règlementations étatiques anticoncurrentielles et Droit communautaire», *Chiers de droit Européen*, 188, núm. 4, págs. 363 y ss.

(aunque en la fijación de la cuantía a indemnizar subyazcan los efectos producidos por el comportamiento del particular que infringió las reglas de competencia).

Tal pretensión, que presenta sus dificultades, pero no por ello deja de ser factible, exige dos matizaciones: por un lado, la responsabilidad administrativa debe quedar reducida a sus justos límites, esto es, el inicio en el tiempo de los perjuicios causados que van a generar la indemnización a cargo de la Administración debe contarse a partir del momento en que a ésta le es imputable su actividad o inactividad generadora de la responsabilidad (por lo que, aunque en la fijación de la cuantía, como señalábamos anteriormente, subyazcan los daños producidos por quien infringió las reglas de competencia, ello no implica paralelismo con los perjuicios causados por la Administración, pues quedan en todo caso excluidos de indemnización por la vía de la responsabilidad administrativa los daños anteriores al comportamiento que se le imputa a ésta); y, por otro lado, las responsabilidades civil y administrativa, en la parte que coincidan temporalmente, son excluyentes, en el sentido de que admitida una, queda automáticamente cerrado cualquier intento de añadir la otra, pues lo contrario implicaría abrir una vía de enriquecimiento injusto del perjudicado, que vería el daño sufrido doblemente satisfecho (bien entendido, se insiste, que es la admisión de una responsabilidad lo que lleva a la exclusión de la otra, de modo que nada impide que, negada una, se intente la admisión de la otra).

Finalmente, por lo que se refiere a la imposición de una sanción por el hecho de haber vulnerado los artículos 85 u 86 del Tratado CEE, ya señalamos en su momento que ningún problema plantea la reducción o anulación por la jurisdicción contenciosa de la multa impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Sí que plantea complejidades, por el contrario, el supuesto en el que nos estamos moviendo: constatación por el Tribunal contencioso de una infracción no declarada por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Es evidente que el Tribunal Contencioso no tiene poder para imponer por sí mismo una sanción administrativa, pues lo contrario supondría usurpación de una facultad que sólo corresponde a la Administración.

Pero tampoco parece posible que, constatada la infracción, pueda el Tribunal contencioso *imponer* al órgano administrativo la apertura de un procedimiento sancionador.

Y ello porque si hay algún tema que entra de lleno en el terreno de la discrecionalidad administrativa, es precisamente el del ejercicio o no de su poder sancionador. Cuestión distinta es que en el supuesto de que efectivamente dicho poder sea ejercitado, tal ejercicio deba respetar todos los requisitos de forma y de fondo impuestos por el ordenamiento jurídico, y que el cumplimiento de los mismos sea plenamente controlable por los Tribunales.

Ausencia de competencia del Tribunal contencioso, por tanto, para imponer por sí mismo una sanción por infracción de los artículos 85 ó 86, e incluso para imponer a la Administración la apertura de un procedimiento sancionador (lo que no impide que, constatada la infracción por el Tribunal, pueda la Administración, *si lo estima oportuno*, incoar dicho procedimiento).

Hasta aquí los remedios que ofrece el Derecho español cuando se constata, en el marco de un proceso a título principal, que ha habido infracción de las reglas comunitarias de competencia.

Por lo que se refiere a las consecuencias de una tal constatación en el marco de un litigio privado, ya vimos al inicio de este apartado que el artículo 85.2 del Tratado CEE establece la nulidad de pleno derecho de los acuerdos y decisiones que infrinjan lo dispuesto en el artículo 85.1 y que no hayan sido objeto de una exención sobre la base del 85.3.

En cuanto a las prácticas concertadas y los abusos de posición dominante, nada establecía el Tratado CEE al respecto dada su condición, como regla general, de meras situaciones de hecho no susceptibles de declaraciones de nulidad, en la medida en que ésta sólo es predicable con relación a los actos jurídicos.

Ahora bien, también vimos como tanto las prácticas como los abusos de posición dominante podían, sin embargo, ser el resultado de actos jurídicos (cuestión ésta que deja claramente traslucir el propio artículo 86), en cuyo caso serían los propios ordenamientos internos los encargados de determinar las consecuencias jurídicas que cabría imputar a los mismos; por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, dado que tales actos serían precisamente el soporte de un comportamiento contrario a unas normas prohibitivas como

son los artículos 85 y 86, la nulidad de pleno derecho vendría de la mano del artículo 6.3 del Código Civil, conforme al cual «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo en aquellas que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención» (lo que no hacen los citados preceptos comunitarios).

Desde el punto de vista de los terceros que hayan podido sufrir las consecuencias de tales comportamientos, estaría bierta la posibilidad de exigir por la vía civil, indemnización por daños y perjuicios.

A estos efectos, el artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que

«la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles».

Luego la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, o en su caso, del Tribunal Contencioso-Administrativo, declarando la existencia de un comportamiento contrario a los artículos 85 ó 86, abre la vía de indemnización, cuyo régimen sustantivo y procesal, como establece el artículo 13.2 recién citado, es «el previsto en las leyes civiles», esto es, en cuanto al fondo, el previsto en el artículo 1.902 del Código Civil («el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»); y en cuanto al régimen procesal, y por lo que respecta al plazo para ejercitar la acción, el previsto en los artículos 1.968.2 y 1.969 del Código Civil, en relación con el 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, es decir, un año desde la firmeza de la declaración de infracción en vía administrativa, o en su caso, jurisdiccional.

Ahora bien, lo dicho no implica que la acción de responsabilidad civil tenga que pasar necesariamente por una previa declaración de la

infracción a título principal (16); por el contrario, cabe acudir directamente a la vía del artículo 1.902 del Código Civil, con la única variante de que entonces el plazo de prescripción para ejercitar tal acción comenzaría a correr desde que el afectado tuvo conocimiento de los comportamientos generadores del daño cuya reparación ahora pretende (art. 1.968.2 del Código Civil), pudiendo también el interesado, siempre que demuestre un daño potencial o actual para sus intereses, solicitar al Tribunal civil que adopte las medidas necesarias para impedir la persistencia del comportamiento (conforme al artículo 7.2 del Código Civil, según el cual «la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso», esto es, medidas inhibitorias o de cesación, o incluso de remoción de los efectos producidos por el comportamiento prohibido).

Así las cosas, el interesado podría ejercitar, por tanto, además de la acción de indemnización (acción que si se basa en el artículo 7.2 del Código Civil, la ausencia a la referencia de culpa o negligencia, presente en el artículo 1.902, podría interpretarse como una inversión de la carga de la prueba, siendo el sujeto que infringió los artículos 85 ó 86 del Tratado CEE quien deba demostrar que no incurrió en culpa o negligencia para exonerarse de la responsabilidad civil), y de forma conjunta o independiente a dicha acción de indemnización, las acciones inhibitoria (sin necesidad de que haya intervenido culpa o negligencia, pues éstas sólo son exigibles para la pretensión indemnizatoria; y sin necesidad de que efectivamente se haya producido un daño, pues cabe ejercitarla preventivamente cuando exista la posibilidad de que se produzca) y de remoción (en el supuesto de que la acción inhibitoria no sea suficiente para evitar «la persistencia del abuso», y cuyo contenido concreto dependerá del comportamiento que se pretenda remover) (17).

(16) En contra de esta opinión, vid. el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de octubre de 1988, núm. 51.801, relativo al Anteproyecto de la Ley de Defensa de la Competencia.

(17) Vid. A. MENÉNDEZ: *La competencia desleal*, Madrid, 1989, págs. 133 y ss.

RÉSUMÉ

Cet article expose l'application des articles 85 et 86 du traité CEE par les organes administratifs et judiciaires espagnols, à titre principal («Tribunal de Defensa de la Competencia» et juridiction contentieuse) ou d'incident (tribunaux ordinaires), en fonction de l'objectif poursuivi dans le cadre de la procédure —protection de l'intérêt public ou privé—.

Cette distinction présente une grande importance, étant donné que l'instruction des procédures d'application des articles 85 ou 86 entraîne la suspension automatique des procédures de droit interne poursuivies à titre principal, alors que les tribunaux ordinaires connaissant de la violation des règles de concurrence sont facultés, en vertu de l'effet direct desdites prescriptions, pour surseoir à la procédure en attendant une décision de la Commission (outre la possibilité, voir dans certains cas l'obligation, de soulever une question préjudicielle auprès de la Cour de Justice).

Finalement cet article examine les solutions prévues en droit espagnol face à une infraction des règles communautaires de la concurrence, qui peuvent comporter l'obligation d'adopter un certain comportement, des sanctions pécuniaires, outre l'action de responsabilité devant les tribunaux ordinaires, engagée soit directement, soit à la suite d'une décision des autorités administratives ou contentieuses chargées de veiller au respect des règles de concurrence.

ABSTRACT

This work exposes the application of articles 85 and 86 of the EEC Treaty by the Spanish administrative and judicial authorities, which can take place, according to the finality of the procedure —protection of public or private interest—, before the cartel authorities and Courts specially entrusted with judicial review (administrative Courts), or ordinary Courts.

This distinction is extremely important taking in account that once the Commission initiates proceedings in order to enforce articles 85 or 86, the cartel authorities are no longer empowered to apply these provisions, whilst ordinary Courts —by means of the direct effect of articles 85 and 86— are enabled to stay proceedings until a Commission's decision (besides the possibility or even the obligation of referring a preliminary ruling to the European Court).

Finally, this work analyses the sanctions and remedies in Spanish law against the violation of the community competition rules, including orders compelling the undertakings to adopt a determinate action, fines and penalties, and claim for damages before ordinary Courts in direct litigation or as a result of a finding of the cartel authorities or the administrative Courts declaring the infringement.

NOTAS

