



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial
European Judicial Training Network
Réseau européen de formation judiciaire

Red Europea de Formación Judicial

Daños antitrust, derecho europeo de la competencia y jueces: acciones públicas y privadas en aplicación de los artículos 101, 102 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por los jueces nacionales (REFJ1224)

Barcelona: 20, 21 y 22 de junio de 2012

Aula 9-10
Escuela Judicial
Carretera de Vallvidrera 43-45
08017-Barcelona

Director del curso
David Ordóñez Solís
Doctor en Derecho
*Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 4 de Oviedo*

Miércoles, 20 de junio de 2012

15:00 h. **Mesa redonda:** Experiencias nacionales de los jueces sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia después de las sentencias Courage y Manfredi.

Sr. Enrique García-Chamón Cervera.
Magistrado.

Presidente de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, especializada en materia mercantil y Tribunal de Marca Comunitaria

EXPERIENCIAS NACIONALES DE LOS JUECES SOBRE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESPUÉS DE LAS SENTENCIAS COURAGE Y MANFREDI

ENRIQUE GARCÍA-CHAMÓN CERVERA

Presidente de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante

El estudio de la evolución que ha seguido la aplicación de las normas antitrust en el ordenamiento español debe tener en cuenta dos aspectos fundamentales:

Primero.- El ordenamiento español de libre competencia ha seguido desde sus orígenes (Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia) hasta hace muy poco un modelo público de aplicación de las normas antitrust en el que la responsabilidad de investigar y sancionar las conductas restrictivas, estaba confiada con carácter exclusivo a las autoridades administrativas (primero, nacionales y sectoriales y luego autonómicas).

Segundo.- Como en la mayor parte de los Estados de la Unión, en España coexisten las normas nacionales de competencia con las disposiciones de carácter comunitario, por lo que continúa siendo necesario distinguir entre ambos ámbitos y, especialmente, entre las autoridades competentes para aplicar una u otra normativa. Esta dualidad normativa nos lleva a diferenciar la aplicación judicial de normas comunitarias de las normas de la competencia de la aplicación judicial de las normas nacionales de competencia.

1.-) La aplicación de la normativa comunitaria de la competencia por parte de los jueces españoles.

Hasta hace muy poco tiempo se limitaba la competencia de los jueces en el ámbito antitrust a la revisión de las decisiones de las autoridades administrativas y al establecimiento de los efectos jurídico-privados una vez declarada la ilicitud por parte de la Comisión o del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Esta situación cambió radicalmente debido a la influencia de la jurisprudencia y de la normativa comunitaria sobre la aplicación de los artículos 80 y 81 TCE. A pesar de las reticencias iniciales de la jurisprudencia española sobre la materia, lentamente se empezaron a reconocer los argumentos de los Tribunales comunitarios relativos al efecto directo de las normas de la competencia, la naturaleza de orden público de estas disposiciones y las ventajas derivadas de la intervención de los jueces, hasta el punto de admitir y regular la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para aplicar los artículos 80 y 81 TCE e incorporar al Derecho interno los mecanismos de coordinación y cooperación entre jueces y autoridades administrativas.

Es representativa de la fase en la que se negaba la competencia de los jueces para la aplicación de las normas comunitarias la STS de 30 de diciembre de 1993 (CAMPSA): *“Dada la neta separación que existe entre Administración y Jurisdicción, lo que determina que ésta no pueda conocer de aquellas materias que entran en el ámbito competencial de la Administración (sin perjuicio de la revisión jurisdiccional de los actos de la Administración), no puede hablarse, como se hace en el recurso, de que nos hallamos ante una cuestión prejudicial entendida como un juicio judicial que deba formarse con carácter previo, para poder formular el juicio definitivo sobre la cuestión que se decide en el asunto principal (...). De todo ello, ha de concluirse que no resultan competentes los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional civil para conocer de la pretensión contenida en el apartado primero del suplico de la demanda, por ser*

competencia privativa de la Administración del Estado y, dentro de ésta, del Tribunal de Defensa de la Competencia.” Además, señalaba que los jueces nacionales no podían pronunciarse de manera directa sobre la indemnización de los perjuicios porque de conformidad con el artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 18 de julio, de Defensa de la Competencia, un pronunciamiento de tal naturaleza requería que en forma previa se hubiese declarado administrativamente la ilicitud de la conducta.

A pesar de los argumentos expresados en la sentencia *CAMPSA*, reiterada en casos posteriores (STS 4 de noviembre de 1999), algunas Audiencias Provinciales (SAP Burgos de 24 de abril de 1989, SAP Badajoz de 29 de noviembre de 1991, SAP de Gerona de 11 de enero de 1993 y STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 1997) declararon la aplicación judicial directa de las normas comunitarias con base en el principio del efecto directo y de la jurisprudencia del TJCE.

Fue con la STS de 2 de junio de 2000 (*Disa*) cuando el Tribunal Supremo reconoce la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para la aplicación directa del Derecho comunitario de la competencia, reconoce que los efectos y el alcance de la nulidad de pleno derecho se rigen por las normas sustantivas y procesales del orden nacional. Llama la atención que quien solicitaba la declaración de nulidad era la misma persona que había dado lugar a ella y que excusaba su incumplimiento contractual en la ilegalidad del vínculo y, al tratarse de una nulidad de pleno derecho, se podía declarar incluso de oficio. Este cambio de línea jurisprudencial se mantuvo en las SSTs de 2 y 15 de marzo de 2001, 23 de diciembre de 2004, 22 de junio de 2006 y 3 de octubre de 2007.

Para dar cumplimiento al artículo 6 del Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, introdujo el artículo 83 ter, en cuyo apartado 2.f) se reconoció a los jueces de lo mercantil la competencia para conocer de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado.

2.- La aplicación judicial de las normas nacionales de libre competencia.

Durante una primera fase, los Tribunales nacionales dejaron claro que la aplicación directa de las normas de libre competencia correspondía únicamente a las autoridades administrativas (Servicio de Defensa de la Competencia y Tribunal de Defensa de la Competencia). Los jueces solo podían intervenir en la revisión de las decisiones administrativas y en la declaración de los efectos civiles de la infracción que conforme a lo establecido en el artículo 13.2 de la anterior Ley 16/1989 sólo resultaba posible tras la declaración administrativa de la ilicitud de la conducta. Las víctimas de los ilícitos anticompetitivos tenían que instar dos procedimientos: en primer lugar, ante el TDC y, después, una vez obtenida la resolución de condena, podían acudir al juez para solicitar la nulidad o la responsabilidad civil de los infractores.

La jurisprudencia rechazaba la aplicación directa de las normas nacionales de competencia a pesar de que la jurisprudencia comunitaria venía reconociendo el efecto directo de las normas de competencia comunitarias e incitaba a los jueces en la tarea de garantizar la efectividad de estas disposiciones.

Una excepción a esta tendencia jurisprudencial se puso de manifiesto en la STS de 31 de diciembre de 1979 (Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya) en la que se acogió la excepción de nulidad del contrato opuesta por el demandado fundándola en que contravenía el orden público económico y adolecía de causa ilícita.

Durante esta fase de rechazo absoluto a la aplicación judicial destaca la STS de 18 de mayo de 1985 en la que se declara la falta de competencia de los jueces para

aplicar esta normativa y la exclusividad que la materia se reconocía a las autoridades del orden administrativo. Posteriormente, la STS de 4 de noviembre de 1999, haciendo una interpretación extensiva del artículo 13.2 de la Ley 1671989 consideró que la decisión administrativa previa era un requisito aplicable a la reclamación de la responsabilidad civil de los infractores y también a los casos en que se solicitaba la declaración de la nulidad absoluta del negocio jurídico celebrado pues aquel artículo solo exigía la declaración administrativa de la ilicitud de la conducta en los casos de pretensiones relativas a la indemnización de daños.

La doctrina científica criticó este sistema de doble procedimiento (administrativo y judicial) y formuló vías alternas para facilitar la intervención de los jueces en la aplicación de la normativa antitrust, por ejemplo, a través de la Ley de Competencia Desleal (artículo 15.2, acto desleal mediante la violación de normas o artículo 4, la transgresión de la cláusula general de prohibición de las conductas o comportamientos desleales).

3.- La fase previa a la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 se hizo evidente la incoherencia del ordenamiento jurídico español respecto a las competencias de los jueces nacionales para aplicar las normas antitrust. La paradoja era la siguiente: los Jueces de lo mercantil podían aplicar directamente los artículos 80 y 81 del TCE e igualmente declarar los efectos jurídico-privados derivados de su infracción, pero no podían aplicar las normas nacionales en forma directa, pues se consideraba que esta competencia correspondía exclusivamente a las autoridades del orden administrativo, de manera que en estos casos era necesaria la decisión administrativa previa relativa a la infracción.

En la práctica, esta situación provocó que en la mayor parte de las ocasiones se invocara la infracción de la normativa comunitaria para acceder al sistema de aplicación privada y a sus beneficios.

Con la aprobación de la vigente LDC se puso fin a los problemas que suscitaba la incompetencia de los jueces para aplicar las normas antitrust de carácter nacional ya que en su Disposición adicional primera se reconoce expresamente la competencia de los Jueces de lo mercantil para aplicar los artículos 1 y 2 de la LDC. La posterior Ley Orgánica 1372007, de 19 de noviembre, modificó el artículo 86-ter-2-f LOPJ atribuyendo a los Jueces de lo Mercantil competencia para conocer de “los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia.”

Los Jueces de lo mercantil pueden ya aplicar de forma directa tanto a título principal como incidental las disposiciones referentes a los acuerdos colusorios y a los comportamientos abusivos (comunitarias y nacionales). Ahora pueden declarar la infracción, ordenar la cesación de las conductas y la remoción de los efectos contrarios al interés público y pronunciarse sobre la nulidad absoluta de los acuerdos o contratos colusorios y la responsabilidad del infractor, sin que ninguno de estos pronunciamientos esté sujeto a una decisión administrativa de carácter previo.

4.- La experiencia de los jueces españoles en la aplicación de las normas de libre competencia.

En términos generales podemos considerar que la mayoría de las sentencias dictadas con posterioridad a *Disa* reconocen con base en el principio del efecto directo de las normas comunitarias la facultad de los jueces españoles para aplicar de forma directa la normativa comunitaria sobre la competencia.

Gran parte de estas resoluciones se refieren a contratos complejos que se refieren a relaciones de distribución comercial (concesión, distribución y agencia) y relaciones de venta, usufructo y/o arrendamiento referidos a la explotación de las estaciones de servicio que tienen su origen en los contratos celebrados entre las empresas productoras de combustible y sus arrendatarios y/o agentes o revendedores.

En estos litigios se suscitan básicamente dos cuestiones: 1.-) la naturaleza de la relación contractual (contrato de agencia o no contrato de agencia); 2.-) la ilicitud de las conductas o de los pactos suscritos: por ejemplo, cláusulas de no competencia, pactos de exclusividad, cláusulas de fijación de precios de reventa y exención en caso de estar amparado en un REC 2790/1999.

Varias de las decisiones coinciden en precisar que la aplicación judicial de las normas de libre competencia no puede emplearse para eludir los compromisos contractuales adquiridos o para transgredir el alcance de los mismos.

Se observa en muchos casos la siguiente secuencia en el razonamiento: examen del cumplimiento de los supuestos para la aplicación de las normas comunitarias, verificación de si la conducta cumple con los supuestos para calificarse como restrictiva y, finalmente, si la misma se puede considerar exenta o no. A continuación se definen las consecuencias jurídico-privadas derivadas de la conducta ilícita.

Existen menos sentencias sobre aplicación de las normas nacionales de competencia porque solo hasta la aprobación de la vigente LDC se ha regulado de forma expresa la competencia de los Jueces de lo mercantil en este ámbito.

Se han suscitado en ocasiones cuestiones relativas a la falta de competencia objetiva cuando frente a la presentación de una demanda de cumplimiento de contrato ante un Juzgado de Primera Instancia se ha opuesto vía excepción o vía demanda reconvenzional la infracción por parte del contrato de las normas antitrust.

Destacan sentencias recientes fundadas en el abuso de posición dominante por parte de empresas que ostentaban antes una situación de monopolio (SJM Barcelona-2 20 de enero de 2011 y SJM Madrid-8 24 de marzo de 2010) y de actual régimen de monopolio (SJM Alicante-3 26 de marzo de 2012).