

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA ARTICULACIÓN DE SUS VÍAS DE TUTELA: ¿EXISTE EFECTO VINCULANTE ENTRE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA Y LA RESOLUCIÓN JUDICIAL? ANÁLISIS SEGÚN LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y LA RECIENTE DIRECTIVA DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

M^a VICTORIA TORRE SUSTAETA
DOCTORA EN DERECHO

“El hecho de que la validez o invalidez de una situación jurídica pueda... derivar de una apreciación administrativa o judicial que se producirá en el futuro con efecto retroactivo, comporta una situación de incertidumbre peligrosa para la actividad económica”¹.

TRABUCCHI

Resumen.

Este estudio se centra en la interacción de las dos vías de aplicación del Derecho de la Competencia, esto es, el cauce administrativo y el cauce judicial, tomando como base la normativa española y las exigencias europeas, principalmente el Reglamento 1/2003, la Propuesta de Directiva del 11 de junio de 2013 y la Directiva que ha sido recientemente aprobada en fecha 26 de noviembre de 2014.

Se analizará en profundidad la articulación de ambas vías de tutela y sobre todo la problemática que existe en torno a la vinculación de la resolución judicial a la administrativa dictada por la correspondiente Autoridad Nacional de la Competencia que venía siendo avalada por el artículo 16 del Reglamento 1/2003 sobre la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia y el "principio de no contradicción" entre las resoluciones adoptadas.

¹ TRABUCCHI, A., “Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria della concorrenza”, *Riv. Dir. Civ.* 1973, pp. 509.

Palabras clave. Derecho de la Competencia, acciones por daños y perjuicios, aplicación judicial, aplicación pública, aplicación administrativa, normativa procesal española.

Abstract.

This contribution will explain the main current issues on the relation between public and judicial enforcement, matters analysed from the spanish legal system point of view and the european legal requirements, mainly the Council Regulation 1/2003, the Directive on Antitrust Damages Actions adopted on 11 June 2013 and the recently approved Directive on 26 November 2014.

The study will analyse the relation between both of these application ways and moreover the problem about the dependence of the judicial resolution to the National Competition Authority decision as the article 16 of the Regulation 1/2003 provides for the uniform application of Community competition law and the "non-contradiction principle" between the decisions contemplated.

Keywords:

Competition law, Antitrust damages actions, Private Enforcement, Public Enforcement, Spanish procedural rules.

1. INTRODUCCIÓN. LA COEXISTENCIA DE DOS VÍAS DE TUTELA PÚBLICA.

La necesidad de distinguir las dos sedes de actuación del Derecho de la Competencia deviene de la diversidad de intereses que tutelan cada una de ellas. Sin ánimo de sobreponer la una a la otra: “convendría precisar que la diferenciación clara de los dos ámbitos afectados opera a favor de la combinación complementaria de instrumentos y reacciones jurídicas: la aplicación pública satisface ciertamente el interés general al correcto funcionamiento del mercado, distorsionado por las

conductas infractoras objeto de prohibición y sanción; pero la aplicación “privada” satisface otro interés, el individual y concreto de los perjudicados directa o indirectamente que han experimentado una lesión patrimonial como consecuencia de la infracción”².

Ahora bien, conviene matizar desde el inicio lo que viene denominándose “aplicación privada”, importado directamente de la traducción literal de la expresión anglosajona “*private enforcement*”, ya que plantea en nuestra opinión un claro error de base y, consecuentemente, de enfoque o de perspectiva. La tensión generalizada que viene suscitándose entre las denominadas vías de aplicación de Derecho de la Competencia confronta al “public enforcement”, aludiendo a la vía de tutela administrativa (Comisión Europea, Autoridades Nacionales de la Competencia (ANC)) y a la bautizada “aplicación privada”, refiriéndose a la tutela ejercida por la vía jurisdiccional.

Pues bien, esta confrontación así planteada, deviene cuanto menos inexacta. Primero, porque desde el punto de vista de la naturaleza de los órganos aplicadores del Derecho de la Competencia se observa que tanto las ANC, en España la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC), como los órganos jurisdiccionales, ostentan naturaleza pública y no otra, aunque los primeros pertenezcan al poder ejecutivo y los segundos al judicial. Y es que, una “aplicación privada”, *strictu sensu*, no sería la judicial sino otro tipo de vía de resolución de conflicto, privada y extrajudicial, como podría ser la mediación o el arbitraje. Ahora bien, otra cosa será, que su aplicación sea de oficio o a instancia de parte. Como decía CAPPELLETTI, el derecho procesal es “derecho público”, aunque sirva para la tutela de los derechos privados, sin que entre ambas afirmaciones deba verse antinomia³.

² QUIJANO GONZÁLEZ, “Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial”, AA.VV., (VELASCO SAN PEDRO, L. A., ALONSO LEDESMA, C., Dirs.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p 492.

³ Por remisión de AUTOR SAIZ, A., *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Volumen 1, Ed. Universidad de Salamanca, 2000, pp. 133-134.

En este sentido, si algo debe ser precisado y advertido desde un principio es que, estando ambos cauces legitimados y habilitados para aplicar las normas de Defensa de la Competencia, esa potestad vendrá delimitada por los objetivos de una y otra vía, tutelando los intereses cuya salvaguardia les ha sido otorgada a cada una de ellas. Esto es, si el objetivo de la vía administrativa es tutelar el libre funcionamiento del mercado, en cuanto tutela del interés público, investigando y sancionando de oficio –al gozar del privilegio de autotutela y sin perjuicio de las denuncias a instancia del particular–, no se debería permitir que sus resoluciones puedan influir, en la manera en que se prevé que pueden hacerlo, sobre los pronunciamientos que emiten los órganos jurisdiccionales civiles, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, sobre los intereses privados de las partes en conflicto.

Partiendo de esta base, que se asienta en la naturaleza de sus competencias y de estas respecto de los intereses que tienen por objeto tutelar, consideramos más adecuado hablar de una concurrencia de competencias y de una falta de delimitación de las mismas, que de una contraposición de sus vías de protección propiamente, y menos distinguiéndolas como pública y privada, salvo que ello vaya referido a los dos tipos de intereses en juego: de un lado, el libre funcionamiento del mercado, exclusivamente, como bien jurídico público cuya tutela depende, en primer lugar, de la administración y, los intereses privados de los operadores económicos que hayan resultado afectados, cuya tutela dependerá exclusivamente de los órganos jurisdiccionales.

De este modo, a sabiendas de la delgada línea que separa las competencias de los órganos administrativos de la de los jurisdiccionales –claro es, no respecto de la condena a la reparación de los daños y perjuicios, pero sí respecto de la competencia para declarar el ilícito–, desde el momento en que el legislador delega en los órganos jurisdiccionales la responsabilidad potestativa de suspender el proceso cuando resulte necesario conocer la resolución administrativa, se está asumiendo (aunque no se reconozca expresamente), la posibilidad de una cierta “prejudicialidad administrativa”. Y ello, en tanto en cuanto “se viene enlazando el concepto de cuestión prejudicial con la cuestión de fondo, con la *res in iudicio deducta*, con la *res*

iudicata”⁴ En efecto, a tenor del artículo 42 párrafo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil “cuando lo establezca la Ley o lo pidan las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra, el Secretario judicial suspenderá el curso de las actuaciones, antes de que hubiera sido dictada sentencia, hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta, en sus respectivos casos, por la Administración pública competente, por el Tribunal de Cuentas o por los Tribunales del orden jurisdiccional que corresponda. En este caso, el Tribunal civil quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial”.

En este sentido, siendo que la LEC, en su artículo 434, atribuye a los jueces la potestad de suspender el proceso ¿podría entenderse a la luz de lo previsto por el artículo 42.3 que gozan las partes –en este caso el demandado– de la posibilidad de solicitar la suspensión del proceso? Y de ser así, ¿podría resultar ésta una buena estrategia procesal por parte del demandado? Con la suspensión del proceso ganaría, cuanto menos, más plazo de tiempo hasta que la decisión administrativa llegase a ser firme con todo lo que ello implica. Ahora bien, siempre asumiría el riesgo de ser sancionado duramente por la vía administrativa y, además, ser condenado por los daños y perjuicios producidos por su conducta anticompetitiva a posteriori.

En este orden de cosas, y aunque “cabe augurar que la reclamación privada y la actuación administrativa, no evolucionarán desconociéndose la una a la otra, quedando la primera subordinada a lo que se resuelva en la segunda, como consecuencia lógica de la identidad parcial de los temas que deben decidirse en el ámbito administrativo y en el civil, y de la concepción integrada del ordenamiento jurídico”⁵, en el presente estudio nos ceñiremos a analizar la hasta ahora facultad potestativa del Juzgador para suspender el proceso en caso de que se tenga conocimiento de que el órgano administrativo competente ha iniciado un procedimiento por la misma causa, si se trata propiamente de prejudicialidad administrativa y las implicaciones que esta potestad del juez puede tener para el proceso, sobre todo en tanto en cuanto tenga carácter devolutivo o no devolutivo.

⁴ SENÉS MOTILLA, C., *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

⁵ Véase, FONT I RIBAS, A., VILÀ COSTA, B., (dirs.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 15.

Esto es, si en el caso de que se considere necesario suspender el proceso para esperar la resolución del órgano administrativo, ésta tendrá efectos de cosa juzgada frente a terceros o no. Claro es que si no suspendiere el juez el proceso no producirá efectos de cosa juzgada –o al menos sí para ese determinado proceso, pero no frente a terceros, porque significaría que el juzgador no le otorga el valor “vinculante” a dicha resolución administrativa–.

A. BAJO LA ANTIGUA REGULACIÓN ESPAÑOLA: PROBLEMAS EN TORNO A LA NATURALEZA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

La problemática actual no constituye una novedad sino más bien una rémora que se arrastra de las regulaciones pasadas. Es por ello conveniente tener en cuenta la que venía constituyendo la eterna polémica en el panorama español, en cuanto a la ambigüedad de la naturaleza jurídica y de las competencias que se le atribuían al órgano que asumía el control de la competencia, el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia.

El extinto Tribunal de Defensa de la Competencia se configuraba como un organismo autónomo que, como establecía el artículo 20 de la antigua Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, ostentaba “personalidad jurídica pública diferenciada y autonomía de gestión en los términos establecidos en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y que, sin perjuicio de su adscripción administrativa, ejercía sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico.” No obstante, aunque tenía como fin general el de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mismos, protegiéndola mediante el ejercicio de las funciones de resolución, informe y propuesta que le venían atribuidas, parece ser que en ocasiones confundía su ámbito de aplicación público con el privado.

Bajo la anterior regulación no faltaron autores que, sobre la base del artículo 13.2 LDC de 1989, consideraron que las decisiones del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia que sancionaban un ilícito *antitrust*, en cuanto presupuesto

necesario para el ejercicio de la responsabilidad civil ante los tribunales civiles, tenían frente a estos carácter vinculante⁶.

Entre las competencias que se le atribuían al tribunal, –que a pesar de su denominación, era de naturaleza indudablemente administrativa–, existían ciertas facultades que llegaron a poner en entredicho las consecuencias jurídicas de sus resoluciones definitivas, y en mayor medida con relación al asunto que nos ocupa, el relativo a la imposición de una indemnización de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la LDC. Ya que el antiguo TDC parecía asegurarse algo más que su simple intervención en el ámbito público a través de las competencias que le eran otorgadas en el artículo 25, en concreto la prevista en el apartado “c” que le habilitaba para “aplicar en España los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción civil”⁷.

En efecto, hasta la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de junio de 2000⁸, la postura asentada por nuestro Tribunal había sido considerar que “la única autoridad competente para aplicar tanto el Derecho de la Competencia comunitario como el nacional era únicamente el llamado Tribunal de Defensa de la Competencia pues éstos, (entiéndase, los órganos jurisdiccionales) solo serían competentes para determinar la indemnización por los daños y perjuicios sufridos una vez recaída resolución firme en vía administrativa”⁹.

⁶ BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998, pp. 58-59.

⁷ En relación a lo dispuesto en el artículo 25, epígrafe “c” de la antigua Ley de Defensa de la Competencia 16/1989 y el artículo 24 “c” de la actual LDC se expresan en los mismos términos en cuanto a la aplicación del derecho derivado que se desprende de los artículos 81 y 82 del TCE. Como es sabido, y así lo recalca SALA ARQUER, J.M., tampoco cambia esta posibilidad de que las disposiciones contenidas en los artículos 101 y 102 del TFUE sean aplicadas tanto por la Comisión Europea como por los Estados miembros, que ya se recogía en la ley anterior prácticamente en los mismos términos. Lo que ha cambiado como hemos señalado es la norma comunitaria relativa a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE; esta norma es, en estos momentos, el Reglamento (CE) n° 1/2003. Con ella se ha dado por tanto un paso más en la descentralización del sistema de defensa de la competencia, al suprimirse el antiguo sistema de notificación previa de los acuerdos para los que se solicitase una exención con arreglo al artículo 81.3 del Tratado CE, materia que de este modo deja de ser una competencia exclusiva de la Comisión Europea (en “Sobre La aplicación en España de los artículos 81 y 82 del tratado CE y de su derecho derivado”, *Estudios y Comentarios Legislativos*, Aranzadi, Marzo de 2008).

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000, caso *DISA*, n° 540/2000.

⁹ BLANCO ORTIZ, L., *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, Volumen 4, Dykinson, 2010, pp. 173-174.

Esta línea jurisprudencial fue la marcada por las consideraciones efectuadas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993, asunto *CAMPSA*, que negaban la competencia de los jueces civiles españoles para declarar la nulidad de las conductas que se presumían restrictivas (en este caso, por abuso de posición dominante), y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, toda vez que la primera de estas declaraciones era de competencia exclusiva de la Comisión o del TDC y, la segunda, solo era procedente con posterioridad a la resolución administrativa que declaraba la ilicitud de la conducta.

Bajo la vigencia del artículo 13.2 de la Ley LDC 16/1989 la doctrina había interpretado mayoritariamente que “las partes y los terceros que pretendían la declaración de los efectos civiles derivados del incumplimiento de las normas de libre competencia, estaban sometidos a un doble procedimiento, uno de orden administrativo y otro de carácter judicial, y a soportar en caso de que se hubiese controvertido la decisión adoptada por la autoridad administrativa de competencia, nacional o autonómica, la espera de una resolución definitiva del asunto, pues la decisión administrativa debía ser firme para que fuese procedente la reclamación judicial”¹⁰. Criterio que venía denominándose “requisito de procedibilidad administrativa” que, en su condición de presupuesto procesal, mermaba la autonomía de la jurisdicción civil para conocer de las pretensiones resarcitorias haciéndolas depender de una resolución administrativa previa¹¹.

Tal y como se había indicado por la doctrina con base en lo dispuesto en el artículo 42.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y en relación al artículo 13.2

¹⁰ En este sentido, FERNÁNDEZ VICIÉN manifiesta que “en términos de tiempo, imponer un trámite previo a la acción de resarcimiento, supone una excesiva prolongación del tiempo de espera necesario para verse resarcido de los perjuicios sufridos, máxime cuando los efectos de las prácticas contrarias a la LDC pueden poner en peligro la viabilidad de las empresas afectadas”. Y es que de conformidad con lo previsto por el 13.2 de la Ley 16/1989 y a tenor literal de lo dispuesto en el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, de enero 20 de 2005, p. 27 “La aplicación de las normas nacionales de competencia por parte de los jueces requiere, con carácter previo, la firmeza de la declaración administrativa de existencia de existencia de una infracción de la LDC. Por tanto, solo es posible solicitar la nulidad y los daños y perjuicios derivados de un acto o acuerdo anticompetitivo tras acudir previamente a los órganos administrativos, con competencia exclusiva para la declaración de la existencia de conducta prohibida, obtener su relación en el plazo que corresponde y esperar a que cobre firmeza, lo que supone si es recurrida, esperar a que se agote la vía judicial” (“La eficiencia real del derecho de la competencia: la indemnización de los daños causados”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A. (Dir.) *La modernización del derecho de la competencia*, Madrid/Barcelona: Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2005, p.173-174.)

¹¹ Véase, ORTELLS RAMOS, M. y BELLIDO PENADES, R., *Las medidas cautelares en Derecho de la Competencia: la práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia y de los Tribunales civiles*, Valencia, 1999, pp. 51-61.

de la Ley 16/1989, constituía una cuestión de procedibilidad –esto es, cuando se trata de presupuestos que no inciden en el fondo ni en el contenido de la sentencia-, y no de una cuestión de prejudicialidad administrativa¹², cuando el proceso civil debía suspenderse a la espera de una decisión administrativa definitiva¹³.

No se trataba pues de impedir a la víctima el ejercicio de la acción civil, sino de hacer depender el proceso civil de la decisión administrativa pertinente que declarase la ilicitud de la conducta –cuestión esta que se examinará con exhaustividad en el último punto–.

B. EN LA ACTUALIDAD: LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC).

Con la entrada en vigor de la LDC de 15/2007 de 3 de julio, se otorgó la debida competencia a los Juzgados de lo Mercantil para conocer directamente tanto de las cuestiones derivadas de los artículos 101 y 102 del TFUE como de los preceptos 1 y 2, que no del 3, de la LDC, 15/2007. Esta última puntualización es necesaria a la vista de la discordancia existente entre la redacción de la disposición adicional primera de la LDC¹⁴ y el artículo 25 c) de la misma¹⁵, en tanto en cuanto

¹² Sobre las cuestiones prejudiciales resulta imprescindible la obra de SENÉS MOTILLA, C., *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996. Como señala la autora, la doctrina procesal viene vinculando el concepto de cuestión prejudicial con la cuestión de fondo, con la *res in iudicio deducta*, con la *res iudicanda*, por cuanto se refieren al fondo y determinan el contenido de la sentencia.

¹³ ORTELLS RAMOS/ BELLIDO PENADES, *ibidem*.

¹⁴ En virtud de la Disposición adicional primera de la LDC “de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la ley orgánica 6/1985, del poder judicial, los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente ley.”

¹⁵ Según el tenor literal del artículo 25 “La Comisión Nacional de la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia. En particular, podrá ser consultada en materia de competencia por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios profesionales, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales o de consumidores y usuarios. En todo caso, y en lo que al tema concierne, la Comisión Nacional de la Competencia dictaminará sobre:

“Criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la presente Ley deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente”; “Todas las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de esta Ley y el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea en

habilita a la CNMC a emitir informes cuando órganos jurisdiccionales así lo soliciten en caso de dificultades en la cuantificación de los daños producidos por las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3, cuando los órganos jurisdiccionales, según se prevé expresamente por Ley, solo son competentes para conocer las relativas a los preceptos 1 y 2 de la citada Ley¹⁶.

Por otra parte, la recientemente nombrada “Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia” –en adelante, CNMC–, agrupa las funciones relativas al correcto funcionamiento de los sectores supervisados por distintas comisiones¹⁷, esto es, el paso “del modelo uni-sectorial a un modelo multisectorial para sectores con industrias de red”¹⁸.

Con la fusión de las autoridades que representaban los sectores regulados, el debate sobre la coordinación entre los reguladores sectoriales y la CNC desaparece, y con ello se evitan problemas como los solapamientos en la aplicación de la LDC entre la CNMC y otros sectores –como la Comisión Nacional de Telecomunicaciones o la Comisión Nacional de Energía-Eléctrica¹⁹–. Cuestiones que trataba de coordinar el artículo 17 hoy derogado –junto con los artículos 12 y 40 y el Título III de la Ley de Defensa de la Competencia, también derogados, conforme a la disposición derogatoria apartado “e” de la Ley 3/2013–.

Teniendo en cuenta dicha agrupación de comisiones, respecto de las funciones de la CNMC, pueden clasificarse en dos vertientes. Siguiendo lo expuesto

cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales”; y cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar la Comisión Nacional de la Competencia de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.

¹⁶ Véase en este sentido, QUINTÁNS EIRAS, M. R., “Órganos y procedimiento en el Derecho español de Defensa de la Competencia” (capítulo VII), *Derecho español y comunitario de la Libre competencia*, Thomson- Aranzadi, Cizur menor, 2009, pp. 273 y ss. QUINTÁNS EIRAS, M. R., “Autoridades administrativas competentes para la aplicación de la Ley de defensa de la Competencia” *Noticias de la Unión Europea*, nº 300, enero-2010, p. 75 y 76.

¹⁷ Con la publicación de la Ley 3/2013 de 4 junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se agrupan la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

¹⁸ A la luz del preámbulo de la Ley 3/2013 de 4 de junio.

¹⁹ Véase al respecto, ALFARO AGUILA-REAL, J., “Las autoridades de competencia nacionales ante los sectores regulados y la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia al sector de la energía. La coordinación entre los organismos reguladores”, Coord. BECKER ZAUZUA, Cazorla Prieto, L., Martínez-Simancas Sánchez, J., Sala Arquer, J., *Tratado del sector eléctrico*, 2009, pp. 457-478.

en el capítulo II de la citada Ley (“Funciones”) la Comisión ejercerá, por un lado, funciones, con carácter general, “en el conjunto de mercados para la defensa y promoción de la competencia, remitiéndose para ello a las recogidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Por otro, y con carácter singular, en los sectores y mercados de las comunicaciones electrónicas y la comunicación audiovisual, los mercados de la electricidad y de gas natural, el sector postal, las tarifas aeroportuarias y determinados aspectos del sector ferroviario, donde la aplicación de la normativa de defensa de la competencia resulta insuficiente para garantizar la existencia de una competencia efectiva.

Ahora bien, aunque los problemas derivados de la aplicación simultánea entre la CNMC y otras comisiones, como la CNE o la CNT, puedan verse resueltos con dicha agrupación, habrá que ver como se desenvuelve la CNMC en la difícil tarea de saber aplicar, en cada caso, la teoría “*lex specialis derogat la lex generalis*”, si bien la existencia de regulación y aplicación por la autoridad competente no exime del cumplimiento de la ley antimonopolio que será aplicada por la Comisión Europea²⁰.

Siendo que la LDC sigue sirviendo de aplicación –dado que esta modificación no afecta al contenido sustantivo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y que permanece igual salvo en el esquema institucional de aplicación de la norma–, las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Partiendo de estas premisas, en aras a delimitar la actuación de la vía administrativa es importante destacar lo previsto por el artículo 53, donde se contempla el alcance de las resoluciones del Consejo de la CNMC²¹.

En su virtud, la CNMC ostenta, por un lado, facultades declarativas en tanto en cuanto podrá declarar la existencia de conductas prohibidas por la presente Ley o por los artículos 101 y 102 del TFUE y la existencia de conductas que, por su escasa

²⁰ ALFARO AGUILA-REAL., *op. cit.*, p. 461.

²¹ Véase, BAÑO LEÓN, J., M^a, “Del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas”, AAVV, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas, Navarra, 2012, pp. 899 y ss.

importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia; no resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas.

Por otro, –y siguiendo el régimen que se contemplaba para la CNC–, las resoluciones de la CNMC también podrán ser ejecutivas, ya que podrán contener: la orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado; la imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento (las condiciones estructurales solo podrán imponerse en ausencia de otras de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir condiciones de comportamiento, éstas resulten más gravosas para la empresa en cuestión que una condición estructural); la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público; la imposición de multas; el archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley y cualesquiera otras medidas cuya adopción le autorice esta Ley²².

Sin perjuicio de lo anterior, aunque el reconocimiento expreso por parte del legislador español sobre la capacidad de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de los asuntos relacionados con las normas de defensa de la competencia europea y española supuso un claro avance en su aplicación privada, los problemas siguen existiendo a falta de una regulación procesal específica.

La pretensión declarativa de ilicitud o no ilicitud -y, en su caso, la consecuente declaración de nulidad de la práctica o acuerdo correspondiente- o la pretensión de condena que tenga por objeto reclamar otros derechos subjetivos que se encuentren supeditados a la previa declaración de ilicitud, como puede ser la cesación o la reclamación de daños y perjuicios por la conducta prohibida, no siempre resultan ser competencia exclusiva de los tribunales a través del *imperium* que les ha sido atribuida por el Estado para administrar la justicia²³, sino también puede habersele atribuido a órganos administrativos, como a la CNMC.

En efecto, el artículo 53.1 de la LDC determina una serie de resoluciones de naturaleza declarativa y “ejecutiva”, literalmente, pudiendo en una misma resolución

²² Y todo ello sin perjuicio de las medidas cautelares que podrá adoptar a la luz del artículo 40. b. del Reglamento de Defensa de la Competencia.

²³ TAPIA FERNANDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La ley, Madrid, 2000, p. 130.

declarar una prohibición, una orden o la imposición de una multa²⁴. En concreto, entre las primeras se contemplan las resoluciones del Consejo de la CNMC que podrán declarar: La existencia de conductas prohibidas por la presente Ley o por los artículos 101 y 102 del TFUE (declaraciones de prohibición); la existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia (declaraciones de exención); que no resulte acreditada la existencia de prácticas prohibidas (declaración de inexistencia). Entre las segundas se hallan aquellas resoluciones de contenido condenatorio que están dirigidas a ordenar la cesación de las conductas prohibidas, a la imposición de condiciones u obligaciones determinadas y a la remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público²⁵.

Con todo, la actual LDC 15/2007 se expresa en su artículo 24, párrafo “c” en los mismos términos, otorgando a la CNMC la competencia para “aplicar en España los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea , ahora 101 y 102 del TFUE y de su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción civil”.

C. SIGUIENDO LAS PAUTAS DE LA UNIÓN: LA “PREVALENCIA” DE LA VÍA ADMINISTRATIVA SOBRE LA JUDICIAL.

El preámbulo del Reglamento (CE) 1/2003 establece que los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia salvaguardando los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones. Sin embargo, su función es -como literalmente expone el preámbulo a este respecto- “complementaria de la de las autoridades de competencia de los Estados miembros y, por lo tanto, es conveniente facultarlos para aplicar plenamente los artículos 81 y 82 del Tratado.”

Son múltiples las ocasiones en las que el TJUE ha intentado poner de manifiesto que “la iniciativa judicial privada y pública coexisten de forma

²⁴ Al respecto, BAÑO LEÓN, J., “El contenido de las resoluciones del consejo”, (Coord.) AA/VV., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas,, Navarra, 2012, p. 901.

²⁵ BAÑO LEÓN, J., “El contenido de las resoluciones del consejo”, *op. cit.* p. 901.

independiente. En principio tienen unas finalidades distintas, si bien pueden ser complementarias”. Las multas que la Comisión o las autoridades nacionales competentes en materia de defensa de la competencia pueden imponer constituyen, por un lado, sanciones y, por otro, forman parte de una política más general para dirigir el comportamiento de las empresas. Asimismo “cuando la Comisión impone multas, puede tener en cuenta, además de otros factores, los beneficios obtenidos, o en su caso, la ventaja financiera, todo ello al servicio del interés público, ajeno a posibles acciones de Derecho privado relativas al resarcimiento de daños y perjuicios y/o al deseo, en su caso, efectividad, de una mayor iniciativa judicial privada”²⁶.

En definitiva, lo que aquí interesa constatar es la incidencia o influencia que la decisión que se adopte en alguna de las dos sedes puede llegar a provocar en la otra²⁷, e incluso, la posibilidad de negar la continuidad de una de las dos actuaciones a la expectativa de la resolución que se alcance en la otra²⁸. Además se tendrán en cuenta tanto las normas que se planteaban en la Propuesta de Directiva del 11 junio de 2013²⁹ como las que definitivamente se han aprobado en la Directiva que acaba de entrar en vigor³⁰, si bien, del texto de la Propuesta que auguraba la “optimización de la interacción” de la vía pública y privada –si con esta última se está haciendo referencia a la tutela judicial– a la Directiva se han llevado a cabo ciertas modificaciones que dejan la puerta abierta a ciertas interpretaciones.

²⁶ Así se expone en las conclusiones del Abogado General en la Sentencia del TJCE del 13 de julio de 2006, asunto *Manfredi* y otros, C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619, apartado 64, donde se plantea la posibilidad de reconocer de oficio el derecho a cobrar una cantidad en concepto de daños punitivos.

²⁷ Sobre la importancia determinante que le otorgan los órganos jurisdiccionales a la coexistencia de un procedimiento administrativo y un proceso judicial véase la Sentencia del 12 de junio de 2012 del Juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona donde el propio juzgador se cerciora previamente sobre si existe o no algún procedimiento administrativo en materia de infracción de las normas de Defensa de la Competencia: “No parece que haya interferencia entre el presente procedimiento y una posible denuncia ante los organismos administrativos de defensa de la competencia en la medida en la que no consta la existencia de un expediente sancionador o de instrucción que pudiera determinar que respecto de unos mismos hechos pudiera haber pronunciamientos contradictorios”.

²⁸ Véase, BARONA VILAR, S., *Competencia desleal: Tutela jurisdiccional y extrajurisdiccional*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 1016 y ss., que estudiando exhaustivamente la tutela jurisdiccional civil de los actos de competencia desleal hace mención de los peligros que entraña la dualidad de sistemas de protección como el que acontece.

²⁹ Directiva 2014/104/UE del 26 de noviembre de 2014 relativa a las normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

³⁰ Véase el punto 2 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, 11.6.2013, COM (2013) 404 final, 2013/0185 (COD).

A. EL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO (CE) 1/2003: “LA IMPOSIBILIDAD DE ADOPTAR RESOLUCIONES INCOMPATIBLES”

El artículo 16 del citado Reglamento, dirigido a regular la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia, parece ser el detonante de todo lo que acontece en la medida en que dispone que, por un lado, “cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del Tratado”. Por otro, cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión.”

De ahí la discusión en torno a si los órganos jurisdiccionales nacionales de pronunciarse sobre demandas de reclamación de daños y perjuicios por infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE cuyo fallo contradiga una resolución firme que haya emitido, no solo, la Comisión Europea, sino también los actos firmes de las respectivas ANC³¹.

Como sigue indicando el precepto, esta exigencia será válida “sin perjuicio del derecho, y de la posible obligación³², de los órganos jurisdiccionales nacionales

³¹ Entiéndase por actos firmes, y de conformidad con lo previsto en el Libro Blanco de la Comisión Europea publicado en 2008, aquellas resoluciones que no hayan sido recurridas en plazo o sobre las cuales el demandado haya agotado la vía del recurso ante el órgano jurisdiccional correspondiente habiendo sido ratificada en apelación por el mismo, y solamente cuando se refiere “a las mismas prácticas y a la misma empresa o empresas en las cuales se acreditó la infracción ante la ANC o la instancia de revisión”.

³² Obligación, recuérdese en primer lugar, en tanto en cuanto los órganos jurisdiccionales son los encargados de perseverar la aplicación e interpretación uniforme del derecho en la Unión. Y en segundo lugar, en relación a la obligatoriedad de su planteamiento por el juez nacional, cuando se plantee una cuestión de este tipo ante un órgano jurisdiccional nacional, en principio dicho órgano

de pedir aclaración en la interpretación del artículo 81 o 82 de conformidad con el artículo 234 del Tratado CE”. Esto es, sin perjuicio de la facultad que ostentan los órganos jurisdiccionales nacionales³³ o cualquier otro órgano que, reuniendo el conjunto de elementos exigidos por el TJCE, pueda asimilar su naturaleza a la de un órgano jurisdiccional (apartados 29 al 37 de la Sentencia del TJCE del 31 de Mayo de 2005, Asunto C-53/03)³⁴, para plantear cuestiones prejudiciales³⁵, según dispone el artículo 267 del TFUE.

En este sentido, consideramos interesantes los pronunciamientos del TJCE acerca de la definición de “órgano jurisdiccional” que, ante la disparidad de los sistemas jurisdiccionales de la Unión³⁶, llega a extender tal condición incluso a los que no lo son (atendiendo a los criterios de nuestro ordenamiento jurídico). En las Sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, *Vaassen-Göbbels*, asunto C-61/65; de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa y otros*, asuntos acumulados C-110 a 147/98; y de 29 de noviembre de 2001, *De Coster*, asunto C-17/00 el Tribunal de Justicia tuvo que definir el concepto de “órgano jurisdiccional”, entendiendo como

podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, “si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”, siendo de carácter potestativo. Ahora bien, cuando se trate de un órgano jurisdiccional “cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno”, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal, en cuyo caso, como es obvio, el planteamiento deja de ser potestativo y se convierte en una obligación (SARRIÓN ESTEVE, J., El planteamiento de la cuestión prejudicial ante el tribunal de justicia por parte del órgano jurisdiccional español, p. 681). En la misma línea, ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2010, pág. 164.

³³ El TJCE señaló en la Sentencia *Vaassen-Göbbels*, de 30 de junio 1966, Asunto 61/65, que hay que considerar como órgano jurisdiccional a todo organismo permanente constituido conforme a la legislación nacional con competencia vinculante sometido a normas de procedimiento contradictorio que aplique normas jurídicas.

³⁴ Tal y como dispone el TJCE en su Sentencia del 31 de mayo de 2005, Asunto C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait)* y otros contra *GlaxoSmithKline pic y GlaxoSmithKline AEVE*, anteriormente *Glaxowellcome AEVE*, sobre la naturaleza del *Epitropi Antagonismou* (Comisión de Defensa de la Competencia griega) y su condición para plantear cuestiones prejudiciales, para que un órgano pueda plantear una cuestión jurisdiccional deben tenerse en cuenta ciertos elementos como son “el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. Además, solo pueden recurrir al Tribunal de Justicia aquellos órganos llamados a pronunciarse sobre un litigio que esté pendiente ante ellos en el marco de un procedimiento que deba concluir con una decisión de carácter jurisdiccional”. En este sentido el TJCE concluyó que el *Epitropi Antagonismou* (Comisión de Defensa de la Competencia griega) no se ajustaba a tales criterios.

³⁵ Sobre la naturaleza y finalidad de la cuestión prejudicial comunitaria desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico interno BARONA VILAR, S., “La cuestión prejudicial comunitaria”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, p., 1-26.

³⁶ Véase MANGAS MARTÍN, LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pág. 459.

elementos determinantes y aplicados con cierta laxitud “el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia”. A través de este amplio concepto, el TJCE ha admitido cuestiones planteadas por colegios profesionales llamados a adoptar decisiones de naturaleza jurisdiccional, jueces instructores, tribunales económico-administrativos españoles e incluso del Tribunal de Defensa de la Competencia español como se desprende de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 1992, en el asunto C-67/91.

Asimismo, siguiendo las directrices implantadas por el citado Reglamento se han pronunciado algunos órganos jurisdiccionales españoles –“es importante destacar, desde el punto de vista del sistema de fuentes, que, a tenor del Art. 16-1 del reciente Reglamento CE 1/2003 del Consejo, “...Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado...”³⁷ –corroborando la regla de no contradicción a pesar de lo que la misma implica–.

B. LA INFLUENCIA DEL REGLAMENTO (CE) 1/2003 EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA.

Otra muestra de la estrecha relación que les viene impuesta tanto a las ANC como a los órganos jurisdiccionales se manifiesta esta vez a través del artículo 16 de la Ley de Defensa de la Competencia española sobre la Cooperación con los órganos jurisdiccionales. Si bien sus apartados 1º y 2º disponen que tanto la Comisión Nacional de la Competencia como los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán aportar información o presentar observaciones por propia iniciativa a los órganos jurisdiccionales “sobre las cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o relativas a los artículos 1 y 2 de esta Ley, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil” –previsión que puede resultar claramente positiva para el demandante a

³⁷ Véase Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 22 de marzo de 2005.

efectos de prueba—, lo que resulta cuanto menos cuestionable es lo previsto en su tercer apartado en tanto en cuanto establece que “Los autos de admisión a trámite de las demandas y las sentencias que se pronuncien en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia se comunicarán a la Comisión Nacional de la Competencia en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Comisión Nacional de la Competencia habilitará los mecanismos de información necesarios para comunicar estas sentencias a los órganos autonómicos”. De estos términos se desprende más dependencia que cooperación.

En la misma línea se pronuncia el artículo 15 *bis* de la LEC, sobre “intervención en procesos de defensa de la competencia”, habilitando la presencia tanto de la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el proceso —ya que podrán intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia—. Con la venia del correspondiente órgano judicial, podrán presentar también observaciones verbales. A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que se les remitan todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate. A la luz de estas previsiones no se podrá negar la estrecha relación que mantienen ambas vías de tutela que incita, cuanto a menos, a plantearse la presencia de los órganos administrativos en los procesos civiles, algunas por iniciativa propia y otras, al menos, con la venia del correspondiente órgano jurisdiccional.

Pues bien, tomando como coordenadas los términos en los que se expresa el citado Reglamento y tomando en consideración las disposiciones nacionales como acto reflejo de las directrices impuestas por el legislador europeo —en este caso la regulación española—, se analizarán qué consecuencias implica para el proceso civil semejante articulación de la vía administrativa y la judicial.

2. EL ALCANCE –Y LA EXTRALIMITACIÓN- DEL PRINCIPIO DE “NO CONTRADICCIÓN” ENTRE UNA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Y UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL: LA EFICACIA DE COSA JUZGADA COMO LÍMITE A RESPETAR.

La ambigüedad con la que se contempla semejante cruce de competencias entre unos órganos y otros no ha dejado indiferente a la doctrina. Algunos lo resuelven afirmando que, “supuesta la jerarquía del interés público sobre el privado, es previo y preferente el conocimiento de la cuestión desde el punto de vista del Derecho Público Punitivo (en nuestro caso el Derecho Administrativo)”³⁸. De manera que la cuestión civil queda automáticamente subordinada a dicho pronunciamiento administrativo previo. No obstante, que esto “sea” de esta forma no significa que “deba ser así”.

No se trata pues de una vinculación bidireccional sino unidireccional que condiciona la resolución judicial a la administrativa y no al revés. Pues ¿En qué medida podría vincular a la correspondiente ANC una resolución de un órgano jurisdiccional sobre la ilicitud, o no, de una presunta práctica anticompetitiva? Siendo que no es lo mismo una resolución administrativa que haya devenido firme por haber transcurrido el plazo para recurrir, que la firmeza adquirida por la resolución jurisdiccional dictada por el juez contencioso-administrativo en fase de recurso. Principalmente, porque la primera tiene carácter administrativo y la segunda jurisdiccional.

Este carácter subsidiario, que en muchas ocasiones supedita la vía judicial a la administrativa, puede implicar ciertos inconvenientes o, si se prefiere, impedimentos tanto desde la perspectiva del propio justiciable, en el ejercicio de la tutela de los derechos privados afectados, como desde la óptica de la propia vía judicial como un remedio disuasorio viable y consolidado.

Así las cosas, partiendo de todo lo expuesto hasta ahora y teniendo en cuenta los problemas que tradicionalmente han caracterizado la conjugación de ambas vías, sobre todo en relación con la cuestionada prejudicialidad administrativa –artículo 42.1 LEC–, no extrañarán las consecuencias que pueden desprenderse de lo

³⁸ En este sentido, MEDRANO IRAZOLA, S. “El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideraciones del debate y contribución a la búsqueda de soluciones”, *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, Nº 210, 2000.

articulado por el Reglamento 1/2003 y lo dispuesto por la comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia.

El examen que va a desarrollarse a continuación se centra en la fuerza vinculante de la resolución administrativa emitida por la CE o una ANC y la resolución judicial del órgano jurisdiccional competente. Constituye el objeto de debate la asimilación de la función positiva o prejudicial del efecto de cosa juzgada, en sentido material, –elemento exclusivo del poder jurisdiccional ya que constituye uno de sus elementos identificadores, desde el punto de vista de la división de poderes y que debería parecer impensable para las resoluciones administrativas³⁹– por el efecto vinculante de las resoluciones administrativas de la CE y de las ANC.

A. LA EFICACIA DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.

Desde el panorama ofrecido por la lógica jurídica, las únicas posibilidades viables en las que una resolución administrativa podría extender sus efectos sobre un proceso civil posterior –en términos de cosa juzgada material– son, en principio, dos –y claro es que, ambas dos, parten del previo control jurisdiccional como premisa–, a saber:

1. Planteando en el ámbito del proceso civil una cuestión prejudicial contencioso-administrativa⁴⁰, (artículo 42 de la LEC) o;
2. Considerar extensible la resolución judicial recaída en el ámbito de un proceso contencioso- administrativo (por ser un recurso sobre un acto administrativo previo) –iniciado de modo independiente al proceso civil que pueda desarrollarse ulteriormente –ya que la cuestión prejudicial que se plantee en un proceso civil para con el mismo órgano tendrá mera naturaleza *incidenter tantum*, esto es, solo con respecto de ese proceso–.

³⁹ Al respecto, BOIX PALOP, A., *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, Madrid, 2004, p. 358 y ss., examina la reserva de jurisdicción en la Constitución española “el Tribunal Constitucional ha establecido la garantía de intangibilidad de las situaciones jurídicas individualizadas derivadas de decisiones judiciales definitivas, mediante el elemento de la cosa juzgada”.

⁴⁰ TAPIA FERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 157-159.

No obstante, parece que el artículo 434.3 de la LEC, en conjunción con el artículo 16.1 del Reglamento 1/2003 –sobre la “aplicación uniforme de la normativa comunitaria de defensa de la competencia”⁴¹–, prevé una tercera posibilidad distinta a las referidas: “suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de –nótese– un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas –un procedimiento administrativo y, por lo tanto, no un proceso contencioso-administrativo– y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal” (artículo 434.3 LEC).

A la vista de la influencia de la resolución administrativa -que se pronuncia sobre la ilicitud o licitud de la práctica, acuerdo o conducta objeto del expediente administrativo- en el proceso civil, cabe cuanto menos cuestionarse que si su tratamiento procesal y su influencia sobre la decisión judicial debería, en principio, ser la misma si se trata de una mera resolución administrativa que deviene firme por el transcurso del tiempo o, en cambio, si su firmeza ha sido corroborada y confirmada tras agotar la vía del recurso judicial (contencioso-administrativo).

Si esta regla imperativa se hace extensible a los órganos públicos encargados de su aplicación en el ámbito nacional, esto es, las ANC, se puede presumir que dicha resolución administrativa, siempre y en todo caso que sea firme, gozaría de efectos vinculantes e, indirectamente, siguiendo los postulados de la no contradicción con la resolución administrativa, condicionaría la decisión jurisdiccional en cuanto al objeto del asunto relativo a la existencia o no de una práctica contraria a la competencia. Lo que invita a preguntarse automáticamente si también lo hará

⁴¹ Recuérdese el tenor literal del artículo 16.1 del Reglamento 1/2003: Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia: “Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales.”

respecto de sus consecuencias. En concreto si la vinculación de la resolución administrativa a la judicial implica efectos de *facto* de cosa juzgada⁴², en el sentido material en cuanto a uno de los objetos del proceso, el referente a la declaración de nulidad de la práctica o acuerdo en entredicho. Y es que, solo en el supuesto en el que pudieren apreciarse efectos de cosa juzgada a la resolución administrativa –y, que de ser así no solo estaríamos ante una aberración jurídica sino ante un supuesto que debería dar lugar a la interposición por parte de los órganos jurisdiccionales de cuestión de inconstitucionalidad–, podría entenderse, e incluso justificarse, que debieran ser los órganos jurisdiccionales civiles (por quedar vinculados por la fuerza de cosa juzgada material de la resolución) y no los contencioso-administrativos los competentes para la revisión del acto “administrativo”.

A. LA COSA JUZGADA EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS DICTADOS POR LAS ANC.

En principio, la eficacia de la cosa juzgada en el marco de un proceso contencioso-administrativo no asume importantes peculiaridades⁴³. La diferencia entre un proceso civil a un proceso contencioso-administrativo no va más allá del objeto: que son actos o disposiciones administrativas no conformes a derecho y sobre los cuales se solicita la anulación o la nulidad de los mismos⁴⁴, sin perjuicio de las consecuencias subjetivas que esto puede implicar, esto es, la posible eficacia *erga omnes*, y no inter partes, cuando se trata de sentencias estimatorias que declaren contrarios a derecho ciertos actos o disposiciones administrativas como Decretos, Órdenes ministeriales, etc⁴⁵.

En este sentido, tratándose, en nuestro caso concreto, de actos dictados por órganos administrativos, como son las autoridades nacionales o autonómicas de Defensa de la Competencia siempre cabrá la posibilidad de la revisión jurisdiccional por vía del orden contencioso-administrativo.

⁴² DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada*, Centro de estudios Ramón Aceres, Madrid, 1991, p. 44.

⁴³ Al respecto, HINOJOSA MARTINEZ, E., “Extensión y límites de la cosa juzgada en lo contencioso-administrativo”, *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, pp. 365 y ss.

⁴⁴ DE LA OLIVA, *op.cit.*, pp. 122 y ss.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 128.

En el supuesto que nos atañe, es el artículo 48 (de los Recursos contra las resoluciones y actos dictados por el Presidente y por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia) de la Ley de Defensa de la Competencia el que prevé que solo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en los términos previstos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA). En este caso, el órgano competente para revisar los actos dictados el Presidente y por el Consejo de la Comisión será la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (disposición adicional cuarta, apartado tercero de la LRJCA) y, en caso de tratarse de las autoridades de defensa de a competencia autonómicas serán las salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA (artículo 10. j., de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Ahora bien, aquí deben delimitarse dos cuestiones. Primero, y desde el prisma jurídico-material, la repercusión que va a tener la decisión administrativa sobre la civil en cuanto al objeto: ya que a pesar de que el recurso recae sobre una resolución administrativa no se olvide que esta versa sobre la licitud o ilicitud de un “acuerdo, contrato” que viene amparado por el principio general de “la autonomía de la voluntad”, de manera que la administración pasa a fiscalizar actos de pura naturaleza privada. Y segundo, desde la perspectiva puramente procesal, no debe descuidarse la posible extensión a terceros del carácter de cosa juzgada de tal resolución que, como el caso emblemático de los consumidores no personados en el proceso contencioso-administrativo, impida el inicio de un proceso ulterior. Esta segunda cuestión, sobre la extensión de la *res iudicata* a sujetos no litigantes, encierra importantes consecuencias que pueden ser positivas o negativas en la medida en que les puedan beneficiar o perjudicar, sin haber sido oídos en uno u otro sentido ya que si se admite la proyección de una decisión con fuerza de cosa juzgada a sujetos no litigantes el principio de audiencia se ve negativamente mitigado y desprendido de toda garantía.

B. LA EFICACIA DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES ADMINISTRATIVAS DENTRO DE UN PROCESO CIVIL.

- I. PUNTO DE PARTIDA. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES SOLO PUEDEN TENER LUGAR ENTRE ÓRDENES JURISDICCIONALES, NO ENTRE ADMINISTRACIÓN Y JURISDICCIÓN.

Aunque suene a obviedad, quizás sea necesario recordar que la potestad administrativa, carece de la eficacia de producir cosa juzgada y el acto jurídico producto de la misma “se hallaría esencialmente expuesto a ser revisado y, en su caso, anulado, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional por los órganos que la tienen exclusivamente atribuida”⁴⁶.

Siguiendo el criterio interpretativo por la doctrina mayoritaria, “se entiende que quedan cubiertas por la cosa juzgada aquellas cuestiones que son presupuesto o pre-juicio de la resolución final”, aunque no fuera la concreta tutela pedida en aquel proceso, sino un presupuesto de la misma. Ahora bien, en el ámbito de un proceso civil desarrollado por la infracción de las normas de Defensa de la competencia, se entiende que se acudiría al instrumento procesal de la cuestión prejudicial si se solicitase por el Juzgado de Primera instancia o Juzgado de lo mercantil al orden contencioso-administrativo que resolviese, en todo caso, sobre una resolución administrativa firme, que se trataría de un acto dictado o bien por la Autoridad nacional o autonómica competente. Pero como bien estamos intentando anticipar aquí, lo que acontecerá en el proceso civil por infracción de las normas europeas de Defensa de la Competencia no se tratará ni se podrá equiparar a una cuestión prejudicial sino simplemente una cuestión “administrativa”.

II. DE LAS CUESTIONES ENTRE JUECES O TRIBUNALES Y CUALQUIER AUTORIDAD DEL ORDEN ADMINISTRATIVO: CONFLICTO DE JURISDICCIONES.

En su virtud, una cosa será la cuestión planteada en el ámbito de un proceso civil a otro órgano jurisdiccional que perteneciese al mismo (ya sea Juzgado de primera instancia o juzgado de lo mercantil) u otro orden jurisdiccional (en nuestro caso, al contencioso-administrativo) que pueda influir en la decisión, que recibirá el nombre de cuestión prejudicial y otra, muy diferente, que en el marco de un proceso civil pueda plantearse un “conflicto de jurisdicciones”, para lo que habrá que estar a lo dispuesto por la LO 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales⁴⁷. Pero no es de extrañar semejante confusión si se tiene en cuenta que tradicionalmente venían reguladas como “cuestiones previas” por la Ley de Conflictos

⁴⁶ Al respecto, ALLORIO, E., “Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria”, *Problemas de Derecho procesal*, Tomo II, Ed. Ejea, Buenos aires, 1963, pp. 3-46 y del mismo autor, “Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada”, *Problemas de Derecho procesal*, Tomo II, Ed. Ejea, Buenos aires, 1963, pp. 51-128.

⁴⁷ Véase BARONA VILAR, *Competencia Desleal...*, *Op. cit.*, pp. 1018-1020.

Jurisdiccionales de 1948⁴⁸. A pesar de su equívoca calificación legal, esta disposición no pretendía más que, precisamente, “impedir cualquier preponderancia que la administración pretendiera arrogarse sobre la jurisdicción”⁴⁹.

Recuérdese también, que “el proceso de conflictos es una vía jurídicamente regulada para resolver las contiendas que puedan surgir entre jueces o tribunales y cualquier autoridad del orden administrativo. Es ajeno a su ámbito propio todo cuanto se refiere al ejercicio de los poderes o facultades administrativas o de los poderes jurisdiccionales en cuanto no entrañen una invasión competencial que haya de hacerse valer en los términos de los artículos 4.º (defensa de una esfera de competencia) y 5.º (reclamar el conocimiento de un asunto), ambos de la Ley Orgánica 2/1987, de Conflictos Jurisdiccionales”⁵⁰.

Así pues, tras la derogación de la Ley de 1948 por la vigente Ley de Conflictos jurisdiccional de 18 de mayo de 1987 y la ausencia de ésta de toda mención al planteamiento de cuestiones administrativas⁵¹, nos llevaría a concluir, en palabras de SENÉS MOTILLA, “su carácter no devolutivo por aplicación analógica de la normativa aplicable a las cuestiones prejudiciales jurisdiccionales”, con la salvedad, añadía la autora, de “la constatación administrativa de situaciones jurídicas que, como la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, sirven de base a la acción civil indemnizatoria”⁵² –pues a la luz, por aquel entonces, de la sentencia del Tribunal Supremo, sala primera, de 30 de diciembre de 1993 que, recordemos, consideraba, hasta la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de junio de 2000⁵³, que “la única autoridad competente para aplicar tanto el Derecho de la Competencia

⁴⁸ El artículo 15 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1948 establecía “excepto en los juicios criminales, no será lícito a las autoridades administrativas invocar como fundamento de la inhibitoria cuestiones previas” (Véase SENÉS MOTILLA, *op. cit.*, 77 y ss.).

⁴⁹ PIETRO-CASTRO, L., *Derecho de tribunales*, Pamplona, 1986, pp.165-166.

⁵⁰ Véase, fundamento de derecho 5º, Sentencia de la sala de conflictos del Tribunal Supremo del 17 de diciembre de 2004.

⁵¹ Como señala MORCILLO MORENO, J., “a partir de la LOCJ de 1987 se mantiene el cauce por el que reconducir las eventuales contiendas entre la Administración y los Tribunales –aunque bajo la denominación, no ya de “cuestiones de competencia” sino de “conflicto de jurisdicción”- pero se elimina la posibilidad de sustentar el planteamiento de tal conflicto de jurisdicción en una cuestión de previa administrativa “quedando reservada tal vía –la del conflicto de jurisdicción- a las interferencias técnicas competenciales entre la Administración y los jueces” (Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales, La Ley, Madrid, 2007, p. 127.)

⁵² SENÉS MOTILLA, *op. cit.*, p. 77.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo, sala primera, de 2 de junio de 2000, caso DISA.

comunitario como el nacional era únicamente el llamado Tribunal de Defensa de la Competencia pues éstos, (entiéndase, los órganos jurisdiccionales) solo serían competentes para determinar la indemnización por los daños y perjuicios sufridos una vez recaída resolución firme en vía administrativa”⁵⁴ –.

Desprendidos de esta línea jurisprudencial, marcada por las consideraciones efectuadas en la Sentencia de 30 de diciembre de 1993, asunto CAMPSA, que negaban la competencia de los jueces civiles españoles para declarar la nulidad de las conductas que se presumían restrictivas (en ese caso, por abuso de posición dominante), y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios –en la medida en que la primera de estas declaraciones era competencia exclusiva de la Comisión o del TDC y, la segunda, solo era procedente con posterioridad a la resolución administrativa que declaraba la ilicitud de la conducta–, la situación ahora es otra, y quizás todavía más discutida que la anterior.

B. LA TRASCENDENCIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA MÁS ALLÁ DEL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.

A. LA REPERCUSIÓN DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DECLARATIVA EN EL PROCESO CIVIL.

A la vista de la cuestión suscitada en torno a la potestad de los tribunales para decidir si se suspende el proceso o no en caso de adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión, lo que a priori parece contemplarse como una posibilidad y cuya decisión descansa sobre los órganos jurisdiccionales, acaba convirtiéndose en una obligación, ya que no existe ninguna otra opción en el caso de que la decisión tomada por el tribunal vaya a contradecir la resolución de la Comisión Europea⁵⁵.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, sala primera, de 30 de diciembre de 1993, caso CAMPSA.

⁵⁵ En este sentido, GARRIDO RUIZ, F. "Novedades aportadas por el nuevo Reglamento N 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencias previstas en los arts. 81 y 82 TCE", que analiza las consecuencias del nuevo sistema instaurado con el Reglamento (CE) 1/2003 en relación con la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales y hace hincapié en las dificultades de los jueces al no disponer de los medios adecuados para recabar toda la información necesaria para la resolución del asunto, sus facultades limitadas de investigación y su imperante necesidad de mantener una estrecha colaboración con la Comisión y las ANC. Como sigue diciendo, todo ello puede implicar un cierto grado de desconfianza e inseguridad jurídica e incluso, cabría preguntarse si una colaboración en esos términos es compatible con el carácter independiente de los jueces nacionales (*Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, mayo/junio 2004, p. 79).

En efecto, de los términos que se desprenden de tal disposición pueden extraerse dos consecuencias claras. Por un lado, se está reconociendo expresamente la existencia de “prejudicialidad” administrativa que, en caso de procesos declarativos de condena donde se solicita la declaración de ilicitud de la conducta y la correspondiente nulidad del acuerdo junto con los daños y perjuicios producidos por esta, está condicionando claramente la potestad del órgano jurisdiccional a decidir sobre el primer objeto de la pretensión declarativa según lo resuelto por el acto administrativo. Y por otro lado, se podría llegar a considerar que tal resolución administrativa lleva implícito el ejercicio de ciertas funciones jurisdiccionales por el órgano administrativo en la declaración del ilícito *antitrust* que no le corresponden como tal en el contexto de un proceso civil.

La conjugación de las dos anteriores podría llevar a plantearnos si el demandado puede incoar un procedimiento administrativo paralelo en aras de paralizar el proceso civil que se haya iniciado contra él.

Tanto el Reglamento (CE) 1/2003 como las Comunicaciones emitidas por la Comisión Europea –sobre todo en relación con “la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE”⁵⁶–, así como las normativas nacionales que se han derivado de dichas disposiciones comunitarias, no parecen desvelar el verdadero trasfondo que este tipo de previsiones implican para el cauce jurisdiccional y que denotan claramente la existencia de una “prejudicialidad administrativa”⁵⁷. Véase por ejemplo el punto 12 de la citada Comunicación que, en línea con lo dispuesto en el artículo 16.1 del Reglamento plantea lo siguiente “Cuando el órgano jurisdiccional nacional llegue a una decisión antes que la Comisión, debe evitar la adopción de una decisión que no guarde coherencia con la contemplada por la Comisión”. Con este tipo de

⁵⁶ Las Comunicaciones en materia procesal relativas a la coordinación entre ambas vías de tutela son las siguientes: “Comunicación de la Comisión sobre la cooperación de la en la red de Autoridades de Competencia, (DOUE nº C 101/43 de 27 de abril de 2004), Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE (DOUE nº C 101/54, de 27 de abril de 2004), Comunicación de la comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del tratado CE, DOUE nº C 101/65 de 27 de abril de 2004 y Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones formales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) (DOUE nº C 101/78 de 27 de abril de 2004).

⁵⁷ SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret*, 1/2009 p. 26.

disposiciones se corre el riesgo de que “la independencia judicial pueda verse quebrantada por vincular su decisión a una resolución administrativa previa”⁵⁸.

Se pueden encontrar otras muestras significativas que constatan la relación de “cuasi-dependencia” entre la vía administrativa y la jurisdiccional. Sirva de nuevo de ejemplo la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE, cuyo punto 26, señala que, respecto de la interacción de los órganos jurisdiccionales con la Comisión Europea, “la Comisión puede denegar la transmisión de información a los órganos jurisdiccionales nacionales por razones superiores relacionadas con la necesidad de salvaguardar los intereses de la Comunidad o de evitar cualquier interferencia con su funcionamiento e independencia, en especial cuando obstaculice la realización de las tareas encomendadas a la Comisión (...)”⁵⁹.

B. LA SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA DICTAR SENTENCIA EN EL PROCESO CIVIL EN ESPERA DE UNA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE PRONUNCIE SOBRE LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DEL TFUE Y LOS ARTÍCULOS 1 Y 2 DE LA LDC.

Como se ha podido comprobar, la intervención de los órganos administrativos en el proceso es determinante desde el momento en el que se acepta, tácitamente, que la resolución administrativa trascienda hasta el punto de llegar a vincular la resolución judicial sobre el objeto de una pretensión declarativa del ilícito *antitrust*. Buena prueba de semejante intrusión administrativa en el proceso es la prevista por el apartado 3º del artículo 434 de la LEC⁶⁰.

⁵⁸ GUERRA FENÁNDEZ, A., CONTRERAS ALFONSÍN, M., “La interacción entre las actuaciones administrativas y las acciones civiles en el marco de la nueva ley de defensa de la Competencia”, *Noticias de la Unión Europea, Wolters Kluwer*, nº 300, enero 2010, pp. 67-69.

⁵⁹ Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE (2004/C 101/04) p. 54

⁶⁰ Recuérdese el artículo 434. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil añadido por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia “De la sentencia” cuando dispone que “se podrá suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Éste, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal”

De acuerdo con lo anterior, y en coherencia con lo previsto por el artículo 16 del Reglamento comunitario, esta posibilidad de suspensión de las actuaciones judiciales hasta que no se resuelva la vía administrativa conduce, cuanto menos, a replantearse la viabilidad del inicio de un proceso judicial directamente y sin resolución administrativa previa (*stand alone actions*), en tanto en cuanto puede conducir a ciertos problemas para el actor principal que tendrá que sufrir la suspensión del proceso a la espera de la resolución administrativa. Resolución, que deberá ser firme, lo que implica agotar todas las vías de recursos y lo que se traduce para el justiciable en una postergación del proceso y un perjuicio evidente para el actor o los actores.

A este respecto, algunos autores han llegado incluso a sustentar que, dado que el orden civil, en concreto los Juzgados de lo Mercantil, son los órganos jurisdiccionales habilitados para conocer de los asuntos relativos a la normativa de competencia, debería ser la jurisdicción civil, la competente para revisar las resoluciones administrativas de las ANC y no los del orden contencioso-administrativo⁶¹. Afirmación que si bien en un principio puede sonar descabellada, no lo debería ser tanto si se tiene en cuenta que la condena a los daños y perjuicios depende primero de la existencia o no de la conducta *antitrust* y después, de la prueba de la relación de causalidad entre la misma y los perjuicios.

Como ya se advirtió al comienzo de este punto, si este imperativo, al parecer categórico, se hace extensible a los órganos públicos encargados de su aplicación en el ámbito nacional, esto es, las ANC, puede afirmarse que dicha resolución administrativa, siempre y cuando sea firme, gozaría de efectos vinculantes e, indirectamente, siguiendo los postulados de la no contradicción con la resolución administrativa, condicionaría la decisión jurisdiccional en cuanto al objeto del asunto relativo a la existencia o no de una práctica contraria a la competencia. Lo que invita a preguntarse automáticamente si también lo hará respecto de sus consecuencias. En concreto si la vinculación de la resolución administrativa a la judicial implica efectos de cosa juzgada⁶², en el sentido material en cuanto a uno de los objetos del proceso,

⁶¹ ILLESCAS ORTIZ, R., “Ante una nueva Ley de defensa de la Competencia: jurisdicción, independencia, transparencia”, *Derecho de los negocios*, nº 188, 2006, pp. 1-4.

⁶² DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada*, Centro de estudios Ramón Aceres, Madrid, 1991, pp. 44 y ss.

el referente a la declaración de nulidad de la práctica o acuerdo en entredicho. Y es que, reiterando lo dicho, solo en el supuesto en el que pudieren apreciarse efectos de cosa juzgada a la resolución administrativa –y, que podría derivar en una cuestión de inconstitucionalidad–, podría entenderse, e incluso justificarse, que debieran ser los órganos jurisdiccionales civiles (por quedar vinculados por la fuerza de cosa juzgada material de la resolución) y no los contencioso-administrativos los competentes para la revisión del acto “administrativo”.

Aquí se evidencia una vez más el peligro de la relación de cuasi-dependencia existente entre la actuación del órgano jurisdiccional y la actividad administrativa que, como se ha podido comprobar, entre sus consecuencias se halla la de hacer depender la tutela judicial de los derechos privados del justiciable de una vía administrativa previa.

C. VALORACIÓN CRÍTICA: DE LA PROPUESTA A LA DIRECTIVA ¿QUÉ IMPLICARÍA PROCESALMENTE “EL EFECTO VINCULANTE”?

Llegado a este punto no interesa concluir sin antes observar el instrumento que recientemente acaba de aprobarse en el plano europeo. Nos referimos a la Directiva que entró en vigor el 5 de diciembre del 2014 y que determina algunas de las normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea⁶³.

Antes de contemplar cómo pretende abordar este asunto la nueva Directiva, cabría citar el artículo 9 de la Propuesta de Directiva del 11 junio de 2013⁶⁴, que se pronunciaba precisamente sobre el “efecto de las resoluciones nacionales”.

A tenor de dicho precepto, “cuando, en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado o la normativa nacional de la competencia, los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien en relación con acuerdos, decisiones o prácticas que ya hayan sido objeto de una resolución de

⁶³ De nuevo, véase la reciente Directiva 2014/104/UE del 26 de noviembre de 2014 relativa a las normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

⁶⁴ Véase la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, 11.6.2013, COM(2013) 404 final, 2013/0185 (COD).

infracción firme por parte de una autoridad nacional de competencia o de un órgano jurisdiccional nacional, los Estados miembros velarán por que estos órganos jurisdiccionales no puedan adoptar resoluciones contrarias a tales constataciones de infracción”. Todo ello sin perjuicio de los derechos y obligaciones en virtud del artículo 267 del TFUE y -dado que nos situamos en sede jurisdiccional-, “del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, del derecho de la defensa de conformidad con los artículos 47 y 48 de la Carta, ni del derecho a un juicio justo proclamado en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

Teniendo en cuenta el texto de la Propuesta, quedaría clara la vinculación de las resoluciones judiciales a las decisiones de la CE y las ANC –y en su caso, a las resoluciones que hayan sido revisadas por vía contencioso-administrativa, como sucede en España–. El ejercicio de las acciones civiles fundadas en la aplicación de los artículos 1 y 2 LDC ante los Juzgados de lo Mercantil se hallaría, de una manera u otra, supeditado al previo pronunciamiento de la CNMC⁶⁵ en la medida en que, por un lado se posibilita “suspender el procedimiento judicial cuando se tenga conocimiento por el tribunal de la existencia de un expediente ante la CNMC, la CE u otro órgano autonómico competente” –tal y como se contempla en el tercer párrafo del artículo 434 y el sexto epígrafe del artículo 465 de la LEC– y por otro se “velará para que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no contradigan una resolución previa respecto de una infracción”.

Ahora bien, observando la Directiva se comprueba que finalmente se optó por no incluir el texto de la Propuesta en su versión definitiva siendo el artículo 9 de la propuesta modificado y finalmente redactado como sigue:

"Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una Autoridad Nacional de la Competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia."

⁶⁵ SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret*, 1/2009, p. 26.

Lo que a priori puede comprobarse es, por un lado, la asimilación de una decisión de la ANC -en nuestro sistema, de carácter administrativo-, con una resolución judicial, otorgando a un acto administrativo la fuerza vinculante de una resolución judicial. Por otro, es la primera vez que se reconoce expresamente en una norma europea la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de las acciones de daños y perjuicios por infracciones anticompetitivas, asumiendo así un papel relevante en la aplicación del Derecho de la Competencia.

En cambio, nada dice sobre la posibilidad de que una resolución judicial contradiga lo establecido por una decisión administrativa anterior o al menos no parece que "considerar irrefutable" una resolución firme de una Autoridad Nacional de la Competencia o de un órgano jurisdiccional competente pueda significar o implicar lo mismo.

A tenor de la literalidad del artículo 9 de la Directiva y teniendo en cuenta el apartado 35 del preámbulo lo que parece expresar la norma es el valor de prueba "irrefutable" que se le otorga a la resolución que se presente en el marco de un proceso civil por daños y perjuicios ocasionados por una infracción antitrust -todo ello, sin hacer distinción entre la naturaleza administrativa o judicial de dicha decisión- pero no la imposibilidad de contradecir ese acto, como contemplaba de manera rotunda el artículo 9 de la propuesta. Así las cosas, por lo que a nuestro sistema respecta será, en la mayoría de ocasiones, de naturaleza administrativa ya que es nuestra CNMC como órgano administrativo quien se encarga de declarar y sancionar las conductas anticompetitivas.

A modo de conclusión, el inicio de un proceso civil por esta causa no debería, a nuestro juicio, hallarse supeditado a una resolución previa de la CNMC ni de manera imperativa ni, incluso, de manera potestativa.

Primero, porque a pesar de lo establecido en la reciente Directiva no existe disposición legal alguna que, de forma equivalente al artículo 16.1 Reglamento 1/2003 respecto del carácter vinculante de las Decisiones de la Comisión Europea, disponga expresamente que las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales, vinculen necesariamente a los Jueces de lo Mercantil en el enjuiciamiento de las

acciones civiles basadas en las mismas conductas⁶⁶, sino que solo serán consideradas como prueba irrefutable de la infracción. Y es que en este sentido, si bien la decisión de la CNMC constituye un acto administrativo, no puede o, al menos no debería, privar a la jurisdicción civil de su enjuiciamiento en la medida en que:

1. Tanto la vía administrativa como la vía judicial están habilitadas para declarar la ilicitud o licitud de los actos o conductas que se sometan a su valoración –ya sea de oficio, ante los órganos administrativos, o ya sea a instancia de parte, ante los órganos jurisdiccionales–
2. En el caso del citado artículo 9 de la propuesta de Directiva, el hecho de condicionar la resolución judicial a la administrativa, para evitar resoluciones contradictorias, otorgaba implícitamente a la resolución administrativa un efecto similar al de cosa juzgada material, en su sentido negativo –en tanto en cuanto excluye un segundo pronunciamiento posterior- y en su sentido positivo –en la medida en que se le otorga un valor prejudicial- que sería inadmisibles, por cuanto el efecto de cosa juzgada “es exclusivo de la jurisdicción”⁶⁷. El contenido definitivo de la Directiva opta por ser más sutil evitando así pronunciarse de manera explícita, como hacía el texto de la Propuesta, y no cierra las puertas a estas interpretaciones.

Segundo, y en nuestra opinión, porque solo cuando la decisión adoptada por la CNMC sobre la ilicitud de una conducta sea objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial que lo resuelva vinculará al Juez de lo Mercantil que conozca de las acciones fundadas en aquella misma conducta, como consecuencia de la eficacia de cosa juzgada material en sentido positivo o prejudicial. Entonces, y solo en ese caso, se produciría un efecto condicionante o prejudicial para el posterior pronunciamiento del Juez de lo Mercantil.

⁶⁶ Al respecto, SANCHO GARGALLO, *Op. cit.*, 26-27, señala que “otra cosa será su consideración como un instrumento de convicción de gran autoridad, que en su caso y por la complejidad que entraña un proceso de tales características, podría justificar la suspensión del procedimiento judicial hasta que se dicte la decisión de la CNMC, si ésta estuviere pendiente”.

⁶⁷ MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I, op. cit.*, p. 495-496.