

SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE  
AMADEO PETITBÒ JUAN  
(Directores)

**EL DERECHO  
DE LA COMPETENCIA  
Y LOS JUECES**

FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID 2007 BARCELONA

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>INTRODUCCIÓN DE LOS DIRECTORES DE LA OBRA .....</b>	11
<b>PALABRAS DE INTRODUCCIÓN AL TERCER SEMINARIO DE DERECHO Y ECONOMÍA DE LA COMPETENCIA DE LA FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO, por Luis Berenguer Fuster...</b>	15
<b>LA APLICACIÓN JUDICIAL DIRECTA</b>	
La aplicación paralela por los jueces y las autoridades administrativas: posibles contradicciones y formas de evitarlas, <i>por Alberto Arribas.</i>	23
La articulación en el proceso judicial español de los mecanismos de cooperación entre los jueces y las autoridades administrativas, <i>por Edorta Echarandio .....</i>	35
La indemnización de los daños y perjuicios, <i>por Helmut Brokelmann ...</i>	53
El análisis económico en el razonamiento judicial: la valoración de los daños, <i>por Fernando Jiménez Latorre, Eduardo Prieto Kessler y Daniel Domínguez.....</i>	75
<b>LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES SOBRE CONDUCTAS PROHIBIDAS</b>	
La revisión judicial en materia de acuerdos prohibidos, <i>por Cani Fernández .....</i>	97

	<u>Pág.</u>
Introducción al estudio de la jurisprudencia revisora de las resoluciones administrativas en materia de abuso de posición de dominio en España, <i>por Marcos Araujo</i> .....	113
Problemas específicos de la revisión judicial de las multas, <i>por Santiago Soldevila</i> .....	135
Prácticas unilaterales, normas de competencia, y revisión judicial: una primera mirada desde la EU, <i>por Christian Ahlborn, David S. Evans y Jorge Padilla</i> .....	157

### **LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE CONCENTRACIONES**

Revisión judicial de autorizaciones y prohibiciones en materia de concentraciones, <i>por Ramón Trillo</i> .....	181
El estándar del control judicial en materia de concentraciones, <i>por Rafael García-Valdecasas</i> .....	195
La revisión judicial en materia de concentraciones y el análisis económico, <i>por Nadia Calviño</i> .....	215
El resarcimiento de los daños y perjuicios en materia de concentraciones, <i>por Enrique González</i> .....	233

### **LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Las normas de defensa de la competencia: medidas cautelares en su aplicación judicial directa, <i>por Jaime Folguera y Borja Martínez Corral</i> .....	251
Revisión judicial de las medidas cautelares administrativas, <i>por Francisco Cantos y Salomé Santos</i> .....	269
Medidas cautelares judiciales en expedientes sancionadores de defensa de la competencia, <i>por David Ordóñez</i> .....	285
Medidas cautelares y control de concentraciones, <i>por Juan Jiménez Laiglesia y José M.ª Jiménez Laiglesia</i> .....	329
<b>ANEXOS</b> .....	347

## INTRODUCCIÓN DE LOS DIRECTORES DE LA OBRA

La **Fundación Rafael del Pino** celebró el 20 de noviembre de 2006, su Tercer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, continuando así la serie iniciada hace dos años, que goza ya de un merecido prestigio y que ha dado lugar a la publicación de dos excelentes volúmenes (*La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, 2005 y *El abuso de la posición de dominio*, 2006), co-editados por la Fundación y la prestigiosa editorial Marcial Pons, al igual que la presente obra.

El Seminario del año 2006 ha tenido como tema *El Derecho de la Competencia y los Jueces*. No pasará desapercibido a ningún lector avisado que el enunciado del tema parece algo forzado. Podríamos, naturalmente, haber elegido un título más sencillo, y probablemente esperado: *La aplicación judicial del Derecho de la Competencia*. No lo hemos hecho así por dos razones. En primer lugar, porque no queríamos limitarnos al estudio de la relativamente novedosa aplicación del Derecho de la Competencia por los tribunales ordinarios. Queríamos incluir también en nuestros trabajos la ya mucho más rodada revisión judicial de las decisiones administrativas —comunitarias y nacionales— en materia de competencia. En segundo lugar, y muy directamente relacionado con esta última observación, el enunciado elegido desea subrayar que al reflexionar sobre la revisión judicial hemos querido hacerlo desde una perspectiva específica: los problemas particulares, distintos de los que deben afrontar las Administraciones, que presenta esta revisión para los jueces encargados de llevarla a cabo.

En esta doble vertiente, pero con un mismo criterio de estudio, el tema propuesto es de gran actualidad, ofrece diversas perspectivas y suscita cuestiones, creemos, no suficientemente estudiadas hasta ahora.

Comenzamos por analizar la que frecuentemente se llama «aplicación privada» del Derecho de la Competencia, que no es otra cosa que la aplicación directa de estas normas por los jueces. El fenómeno es reciente a este lado del Atlántico —en Estados Unidos lleva practicándose desde hace más de un siglo— y, particularmente, en España donde sólo desde fecha reciente los jueces de lo mercantil son competentes para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE y, en un futuro muy próximo, cuando entre en vigor la inminente nueva Ley de Defensa de la Competencia, lo serán también para la aplicación de las normas nacionales. Alberto ARRIBAS y Edorta ECHARANDIO han contribuido al debate con sendas ponencias sobre los problemas que provoca la posible aplicación paralela de estas normas por los jueces y las Administraciones y sobre la articulación procesal en nuestro Derecho de los mecanismos de cooperación entre unos y otras. El tema capital de la indemnización de los daños causados a los particulares por las infracciones a las normas de la competencia, materia en la que ya han recaído algunas sentencias en los últimos meses, ha sido abordado por Helmut BROKELMANN. Y, para rematar esta primera mesa, Fernando JIMÉNEZ LATORRE defendió el análisis económico que es esperable de un razonamiento judicial.

La segunda y tercera mesa fueron dedicadas a los dos grandes temas materiales del Derecho de la Competencia —conductas prohibidas y concentraciones— examinados, naturalmente, desde la perspectiva específica del Seminario: problemas que pueden plantearse en la revisión por los tribunales de las decisiones administrativas. Cani FERNÁNDEZ y Marcos ARAUJO presentaron la problemática inherente a la revisión de las decisiones sancionadoras, Santiago SOLDEVILA estudió los problemas particulares que suscita la revisión de las sanciones económicas, y, finalmente, Jorge PADILLA reflexionó, e hizo reflexionar, acerca de cuál puede ser el «óptimo normativo» en estas materias, en función del ámbito que quiera atribuirse a la revisión judicial.

Para tratar de las concentraciones económicas contamos con un grupo excepcional de panelistas. Ramón TRILLO, Rafael GARCÍA-VALDECASAS y Nadia CALVIÑO, cada uno desde la perspectiva que les proporciona su singular atalaya (Tribunal Supremo, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y Comisión Europea) compartieron con los demás participantes sus reflexiones acerca del control judicial de las decisiones administrativas sobre concentraciones y los límites a los que debe circunscribirse, en particular, el denominado «error manifiesto en cuestiones económicas complejas». Enrique GONZÁLEZ, por su parte, abordó la muy interesante y actual cuestión de los daños y perjuicios que pueden reclamar las empresas a las Administraciones públicas como conse-

cuencia de la revocación de sus decisiones en materia de concentraciones.

Finalmente, la última mesa estuvo dedicada a un problema trascendental en la aplicación efectiva del Derecho y, muy particularmente, en nuestra disciplina: las medidas cautelares. Las correspondientes a la aplicación judicial directa fueron estudiadas por Jaime FOLGUERA, las relativas a la revisión judicial de las decisiones administrativas por David ORDÓÑEZ y J. JIMÉNEZ-LAIGLESIA y la revisión judicial de las medidas cautelares que puede pronunciar la propia Administración, por Francisco CANTOS.

Al igual que en años anteriores, los ponentes seleccionados destacan por desarrollar su actividad en los diversos ámbitos en los que se estudia y practica nuestra disciplina, tanto en su vertiente jurídica como económica. Este año la singularidad del tema elegido nos ha permitido contar con un notable grupo de jueces y magistrados que ejercen importantes responsabilidades jurisdiccionales, entre ellos el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y un Juez del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Nos sentimos muy honrados con su participación.

Recientemente, los tribunales comunitarios y nuestros jueces y tribunales nacionales han adoptado notables y —por qué no decirlo— polémicas resoluciones sobre concentraciones y sobre prácticas prohibidas. Todas ellas han sido objeto de estudio en nuestro Seminario con la objetividad y el rigor que caracteriza nuestros encuentros. *Sine ira et studio*, como quería Tácito.

La complejidad de las cuestiones económicas sometidas a la consideración de los jueces en los procedimientos de aplicación del Derecho de la Competencia estuvo presente a lo largo de todos los debates. ¿Puede la complejidad de una cuestión económica justificar un límite jurisdiccional, como parece sugerir el enunciado de cierta jurisprudencia comunitaria? La conclusión de los debates creemos que la resumió muy acertadamente Ramón TRILLO: los jueces no pueden dejar de pronunciarse sobre una cuestión económica compleja, por su complejidad, y corresponderá a los abogados la tarea de exponerla de manera que llegue a ser comprensible y enjuiciable. Cosa distinta es el ámbito de discrecionalidad que los tribunales, particularmente en su función revisora, deban reconocer a las distintas Administraciones que aplican estas normas.

Las ponencias presentadas han sido, como en años anteriores, objeto de amplio debate con los demás ponentes y con otros participantes. Los autores que lo han juzgado oportuno han podido retocar sus textos iniciales, antes de darlos a la imprenta, para tomar en cuenta las aportaciones surgidas de las discusiones.

En los anexos publicamos la lista de participantes (incluidos los que no son autores de ponencias) y las instrucciones impartidas a los mismos. Ello permitirá a los lectores conocer cómo se ha organizado el Seminario y cómo se han elaborado los textos que tenemos la satisfacción de prologar.

Santiago MARTÍNEZ LAGE

Amadeo PETITBÒ JUAN

Co-Directores de la obra

## **PALABRAS DE INTRODUCCIÓN AL TERCER SEMINARIO DE DERECHO Y ECONOMÍA DE LA COMPETENCIA DE LA FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO**

A la hora de redactar estas palabras de introducción en el Tercer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, que organiza la **Fundación Rafael del Pino** y dirigen con acierto Amadeo PETITBÒ y Santiago MARTÍNEZ LAGE, no puedo ocultar que concurren en mí ciertos sentimientos encontrados.

Mi primer sentimiento es el de satisfacción. Y satisfacción porque este Seminario se haya consolidado y ya hayamos llegado a la tercera de sus celebraciones. No cabe ninguna duda que, a estas alturas, el Seminario de Derecho y Economía de la Competencia se ha convertido en un acontecimiento de la máxima importancia en el mundo de los estudiosos de los problemas de la competencia, tanto desde el punto de vista económico como jurídico y, en consecuencia, poder inaugurarlos no puede producirme más que satisfacción.

Pero junto a ese sentimiento he de reconocer una cierta sensación de nostalgia. Los directores han tenido la deferencia de contar conmigo, como ponente, en las dos primeras ocasiones en las que se ha celebrado este Seminario, y he de confesar que echo de menos esa clase de participación. Es cierto que cuando se tienen ciertas responsabilidades, expresar opiniones sobre temas controvertidos puede resultar delicado, aun cuando se haga constar con un asterisco que las opiniones son simplemente personales. Y quien me conoce sabe que no acostumbro a ser aséptico a la hora de expresar opiniones teóricas, lo cual siempre puede resultar problemático.



El Seminario de Derecho y Economía de la Competencia de la **Fundación Rafael del Pino** se ha caracterizado, en años anteriores, por el acierto al elegir los temas monográficos. Su primera edición estuvo centrada en el proceso de modernización de las normas de la competencia, en momentos en los que, por una parte, estaba concluyendo el profundo proceso de reforma del Derecho comunitario de la competencia, y, por otra, se había abierto, con la elaboración del Libro Blanco, el debate sobre la reforma de la Ley española. No cabe duda alguna que la celebración del Seminario contribuyó, de forma significativa, a la profundización de ese debate.

La elección del tema del segundo de los seminarios fue, si cabe, tan acertada como la primera. Y debo señalar no sólo el acierto de su elección, sino también un cierto sentido de la anticipación, al plantear los problemas relacionados con un concepto, a menudo controvertido, como es el de abuso de la posición dominante. Y fue cierta la anticipación porque se encontraba en ciernes el debate sobre la revisión de la interpretación del art. 82, que aunque se conocieran ciertos documentos sobre los intentos de la Comisión Europea para reconsiderar el alcance del concepto, su auténtico «big-bang» fue la conferencia de la Comisaria Kroes en la Universidad Fordham en Nueva York en septiembre de 2005, en la que pronunció aquellas palabras que levantaron tanto revuelo: «*me gustan las estrategias comerciales agresivas, aunque sean realizadas por un operador dominante, si los beneficiarios son los consumidores*». La revisión de los criterios para la aplicación del abuso de posición dominante sigue abierta, pero para ese debate la literatura española de la competencia puede disponer de un nuevo instrumento, que es la publicación de las ponencias del Seminario.

Como no podía ser menos, el acierto ha presidido igualmente la elección de este tercer Seminario, que lleva el sugestivo título de *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, que consta de cuatro mesas con temas tan sugerentes como plenos de actualidad.

La cuestión relativa a la aplicación privada del Derecho de la competencia siempre ha constituido un tema recurrente. Desde que en diciembre de 1993 el Tribunal Supremo dictara aquella sentencia CAMPSA, que con frecuencia ha sido insuficientemente entendida, hasta la modificación de su doctrina en el año 2000 por la sentencia DISA, igualmente del Tribunal Supremo, los comentarios que han sido publicados en las publicaciones especializadas han sido prácticamente incontables. Si tal es así, no es menos cierto que la publicación del Reglamento comunitario 1/2003, en la medida en la que potencia la aplicación judicial, supuso el fin de cualquier interpretación contraria a la aplicación judi-

cial del Derecho (al menos el comunitario) de la competencia. Y, además, el texto del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia anunciaba la desaparición de los obstáculos que impedían, o al menos dificultaban, la aplicación de las normas anti-trust nacionales fundamentalmente mediante la derogación del tan criticado art. 13.2 de la Ley de 1989. Pero lo cierto es que, en aplicación del Reglamento Comunitario, se han producido un buen número de sentencias de los Juzgados de lo Mercantil, y ello aconseja realizar el análisis de su contenido y, fundamentalmente, comprobar si han existido contradicciones entre las autoridades judiciales y administrativas, o si los mecanismos de cooperación y coordinación entre ambas previstos en el Reglamento 1/2003 han funcionado adecuadamente. Y de la misma manera, la primera de las mesas de este Seminario permitirá analizar los mecanismos de cooperación previstos en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, que incluyen novedades importantes, tales como la reforma de nuestra legislación procesal, y de su consideración se podrán obtener, sin duda, conclusiones importantes para el futuro funcionamiento de tales mecanismos, algunas de las cuales están presentes en el debate actualmente abierto como consecuencia de la publicación por la Comisión Europea del Libro Verde.

Un alcance diferente tiene el contenido de la segunda de las mesas redondas, en la medida en la que no supone el análisis de la cuestión de la aplicación privada del Derecho de la competencia, sino que se dedica a plantear las cuestiones relativas a la revisión judicial de las conductas prohibidas. Si analizamos el contenido de buena parte de los estudios que se publican en nuestro país sobre la aplicación del Derecho de la competencia, se puede observar que la doctrina citada suele limitarse a la contenida en las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, sin tener en cuenta cuál ha sido el resultado de la revisión judicial de tales Resoluciones. Es cierto que se han realizado esfuerzos para analizar el contenido de tales revisiones, entre los que destacan los trabajos del profesor SORIANO y la magistrada PEDRAZ, pero el dificultoso acceso a un adecuado seguimiento de tales resoluciones y de las sentencias recaídas en los procedimientos de revisión, limita el estudio detallado de la doctrina jurisprudencial. Desde la óptica del TDC, ésta ha sido una situación a la que se ha intentado poner solución, como pone de manifiesto que en las Memorias anuales se recojan referencias detalladas a las sentencias recaídas en el año correspondiente, o bien por el hecho de que se encuentre en ciernes un proyecto, llevado a cabo conjuntamente por el Tribunal y el Consejo General del Poder Judicial, para asegurar el fácil acceso y difusión de las sentencias recaídas en los recursos interpuestos contra las Resoluciones del TDC. Y resulta preciso reconocer que alguna sentencia recientemente dictada (me refiero, como fácil-

mente puede comprenderse, a la sentencia sobre la resolución «los Planes Claros») por el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto importantes diferencias de apreciación entre el Tribunal Supremo y el TDC sobre el abuso de posición dominante y las relaciones entre los arts. 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. Es cierto, por otra parte, que la próxima y previsible desaparición del expediente de autorización singular hace innecesario el planteamiento de las cuestiones derivadas de la revisión jurisdiccional de las resoluciones recaídas en esos expedientes, cuestión puesta de manifiesto en una reciente sentencia de la Audiencia Nacional.

No menos actualidad tiene la tercera de las mesas de este Seminario, en la medida en la que analiza las revisiones judiciales de las resoluciones en materia de concentraciones. En el año 2002, tres sentencias dictadas por el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea habían adoptado criterios diferentes a los de la Comisión en el campo del control de las concentraciones, poniendo de manifiesto una de las cuestiones más delicadas cuando se anula una decisión de la autoridad de competencia en ese campo, es decir, cómo se repone la situación cuando el criterio del órgano jurisdiccional es diferente del de la autoridad que ha autorizado o denegado una concentración. Y no resulta necesario recordar que la cuestión goza de una candente actualidad en nuestro país, derivada de una decisión del Tribunal Supremo en la concentración entre Gas Natural y Endesa. En ese apartado se analizarán los límites de la revisión jurisdiccional en el control de concentraciones, que permite recordar el debate, que resultó tremendamente apasionante y apasionado, que tuvo lugar hace algunos años entre nuestros administrativistas sobre el papel de la revisión jurisdiccional de las decisiones administrativas y si los Tribunales podían simplemente revisar las decisiones de la Administración o tenían la facultad incluso de sustituirlas, dictando una nueva resolución, cuestión igualmente puesta de manifiesto en la sentencia de la Audiencia Nacional, referida a un expediente de autorización, a la que he hecho mención anteriormente. Y plantear la cuestión relativa a la indemnización de daños y perjuicios derivados de la revisión judicial en materia de concentraciones, resulta igualmente de gran actualidad, cuando las empresas a las que la Comisión Europea vetó su concentración en alguna de las decisiones posteriormente anuladas por el Tribunal de Primera Instancia, han iniciado una reclamación multimillonaria contra la Comisión por haber vetado indebidamente su concentración. Y hay una cuestión que igualmente debe ser objeto de análisis. El Tribunal de Primera Instancia ha permitido una cierta dosis de discrecionalidad, al amparo de la revisión jurisdiccional, en las decisiones de la Comisión Europea en materia de control de concentraciones, al menos referida al

análisis económico realizado, pero debe plantearse si ese criterio es trasladable al Derecho español. El actual y al previsiblemente futuro. En cuanto al sistema actualmente vigente, podríamos preguntarnos si esa discrecionalidad en los análisis económicos se le permite al Tribunal de Defensa de la Competencia, como órgano especializado, o bien al Gobierno. Y en cuanto al futuro, si se permitirá únicamente a la Comisión Nacional de Competencia, o también incluso al Gobierno, cuando discrepe del informe de ésta, aun cuando si analizamos los motivos por los que el Gobierno puede separarse de la Resolución de la Comisión Nacional —razones de interés público— la respuesta en este segundo caso parece estar más clara que en el primero. Y también podría plantearse, fundamentalmente para, si se juzga oportuno, introducir un mecanismo de corrección en la nueva Ley si los jueces de lo Mercantil pueden entrar a juzgar un posible acuerdo que ha dado lugar a una concentración. La respuesta, sea positiva o negativa, debería tener acogida en el texto de la Ley. La seguridad jurídica así lo exige.

Finalmente, la última de las mesas del Seminario se dedicará al análisis de las diversas cuestiones que se pueden plantear con la adopción de medidas cautelares, tanto en el supuesto de la aplicación de las normas de la competencia por los jueces de lo Mercantil, como las adoptadas por los órganos jurisdiccionales en el supuesto de recurso interpuesto contra las resoluciones de las autoridades administrativas de la competencia, sea el Tribunal en los expedientes sancionadores, sea el Gobierno en los expedientes de concentración. En el segundo de estos campos, la actualidad está garantizada por el Auto dictado por el Tribunal Supremo en el controvertido expediente de concentración a que se hacía referencia en el apartado anterior, pero, en términos genéricos, la procedencia de analizar las medidas cautelares está en íntima relación con la efectividad de las resoluciones en materia de competencia. Es cierto que, en materia de conductas, la suspensión cautelar de las resoluciones en su conjunto (indudablemente no me refiero a la parcial, especialmente referida a las multas, que es la que acostumbran a adoptar los Tribunales) puede afectar a la efectividad de las resoluciones; y, en caso contrario, la supuesta sentencia que anulara la resolución, podría encontrarse con la imposibilidad de la restitución de la situación anterior. Ahí queda el debate y el necesario equilibrio, al que hacía referencia CALAMANDREI, entre la rapidez y la seguridad, que siempre está presente en el procedimiento de medidas cautelares. Por último, debe ponerse de manifiesto que no se ha considerado oportuno incluir ningún tema en relación con las medidas cautelares administrativas, especialmente en el marco de la reforma de la Ley, indudablemente porque la cuestión ya fue objeto de análisis en el primero de estos Seminarios en la ponencia de Juan Manuel FERNÁNDEZ.

Éste es un Seminario que analiza problemas del Derecho y la Economía de la Competencia, y buena prueba de ello es que, y ello debe resaltarse en reconocimiento al acierto de sus directores, incluso cuando trata de aspectos tan marcadamente jurídicos como los de este año, en tres de las cuatro mesas se han incorporado ponentes que analizarán los aspectos económicos de las cuestiones analizadas. Se pone así de manifiesto una realidad cada día más palpable: la aplicación del Derecho de la competencia no resulta posible sin realizar un profundo análisis económico de las cuestiones sometidas a consideración. Y actuando de tal manera con la incorporación de ponentes economistas a debatir sobre temas tan marcadamente jurídicos, desde este Seminario se señala una forma adecuada de hacer las cosas.

Luis BERENGUER FUSTER