

♦ **LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO ANTITRUST Y LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE ILÍCITOS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA¹:**

- I. **La construcción de un sistema de aplicación privada de las normas de libre competencia.**
- II. **El sistema de aplicación de las normas de libre competencia en Colombia.**

Ingrid Ortiz Baquero²

SUMARIO I. La construcción de un sistema de aplicación privada de las normas de libre competencia. 1. El proceso de privatización de la aplicación de la normativa antitrust. 1.1. La aplicación judicial del Derecho Comunitario de la Competencia (arts. 81 y 82 del TCE): Sus problemas, progresos y soluciones. 1.2. La aplicación judicial de las normas de defensa de la competencia en España. 1.2.1. La aplicación de las normas de libre competencia comunitarias (arts. 81 y 82 del TCE) por los jueces españoles. 1.2.2. La aplicación judicial de Derecho Español de la libre competencia: los avances de la LDC. II. El sistema de aplicación de las normas de libre competencia en Colombia. 2.1. Las autoridades competentes para aplicar las normas de libre competencia y para declarar los efectos civiles derivados de su infracción. 2.2. La aplicación judicial de las normas de libre competencia en Colombia: De la teoría a la práctica. 2.3. Entre dos espadas: Las ventajas y los inconvenientes de un sistema privado de aplicación de las normas de libre competencia. 2.4. La competencia de los árbitros en la aplicación de las normas de libre competencia. **CONCLUSIONES.**

INTRODUCCIÓN

♦ *Este artículo corresponde a una actualización de dos artículos previamente publicados en la revista.*

¹ El presente estudio tuvo como origen la investigación realizada sobre "La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y la valoración de las cláusulas de exclusividad en los regímenes de libre competencia europeo, español y colombiano", cuya primera y segunda parte se encuentran publicadas en la Revista E-mercatoria, en su volumen 6, Nos. 1 y 2. En razón de lo anterior, existen entre los dos estudios y sus publicaciones derivadas algunos puntos en común y otros de carácter complementario, si bien, su orientación es completamente diferente. El artículo que ahora se presenta pretende descubrir y destacar los relaciones entre el Derecho de Daños y el Derecho Antitrust, finalidad para la cual se ha estimado como necesario presentar en una primera parte la evolución de los sistemas de aplicación de las normas de libre competencia, haciendo especial énfasis en proceso de privatización, para luego ahondar en una segunda parte, -que será publicada en forma independiente- el tema de la responsabilidad civil derivada de los ilícitos antitrust.

² Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Comercial y magíster en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado de la misma Universidad. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente cursando el doctorado en Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid.

Tradicionalmente se ha considerado que la vulneración de las normas de libre competencia, defensa de la competencia o normas antitrust (todas estas expresiones se emplearán en este artículo con el mismo alcance pese a su diverso origen) afecta el **interés público**, pues su vulneración repercute de forma directa sobre las estructuras y sobre el adecuado funcionamiento del mercado y, por ende, sobre la actividad económica de todos los operadores o partícipes del mismo.

Pero además del interés público o general, el incumplimiento de las normas de libre competencia y, en concreto, la realización de acuerdos colusorios y/o abusivos, también pueden ocasionar daños que lesionan **intereses o derechos privados** y, en éste sentido, pueden constituirse en el fundamento de una reclamación de responsabilidad civil y de la eventual condena al pago de la indemnización de los perjuicios.

Y, justamente en este punto de la protección de los intereses privados se centra nuestro trabajo: Trataremos de establecer los supuestos en los cuales la vulneración de las normas de libre competencia confiere a la víctima (competidor o consumidor) el derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos, el alcance de la misma, los perjuicios indemnizables y su cuantificación y, en general, algunos de los problemas que derivan de la aplicación de los sistemas de clemencia en relación con los procesos de responsabilidad civil en el ámbito de la libre competencia.

El tema de la responsabilidad civil por ilícitos antitrust ha sido sin lugar a dudas el punto central del desarrollo y del progreso del antitrust Norteamericano³, en el cual, la indemnización de los daños se convierte en el móvil más importante para identificar y sancionar los comportamientos restrictivos. En Europa, sólo recientemente el tema ha ganado importancia, en primer lugar, debido a la aplicación de las disposiciones del Reglamento 1/2003 *“relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en*

³ F. PEÑA LÓPEZ. *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust. Colección de Estudios de Responsabilidad Civil*. Granada (España): Comares, 2002, p. XVIII: *“Todo lo contrario que en Europa sucede en el Derecho antitrust de la EE.UU. Este Derecho, «padre» de todos los ordenamientos continentales de defensa de la competencia, ha evolucionado fundamentalmente a través de las demandas de responsabilidad civil entabladas por los particulares afectados por una práctica restrictiva de la competencia”*. Vid. F. DE LA VEGA GARCÍA. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor*. Madrid: Civitas, 2001. p. 44, pie de página 15: *“Al margen de los procedimientos que pueden incoarse ante la Antitrust Division o, en su caso, ante la Federal Trade Commission, los perjudicados, conforme al Derecho Antitrust de EE.UU., pueden intentar reparar los daños causados a través de las llamadas Treble Damage Actions (...). La importancia del reconocimiento de esta clase de acciones radica principalmente en que los perjudicados van a recibir directamente la reparación del daño causado, sin tener que conformarse con la imposición de multas a los causantes del mismo. Además el sistema de las Treble Damages Actions motiva de forma especial a los perjudicados a acudir a los tribunales pues en caso de que se les conceda la tutela pedida adquirirán como regla general (pues existen excepciones) el triple de los daños causados por el comportamiento anticompetitivo”*. Sobre el sistema de reclamación de daños (treble damages) establecido en la Clayton Act. también puede verse J. PHEASANT, *“Damages actions for breach of the EC antitrust rules: The European Commission’s Green Paper”*, *European Competition Law Review –ECLR-*, 2006, Vol. 27, No. 7, p. 367; R. PARADA VÁZQUEZ, *“El sistema garantizador del derecho de defensa de la competencia”*. En: *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003, Cuadernos de Derecho Judicial*: Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2005, pp. 158-160 y en V. MARTÍNEZ MULERO. *“Defensa de la Competencia y Daños”*, *Revista de Derecho Mercantil -RDM-*, 2005, enero-marzo, No. 255, pp. 114-118.

los arts. 81 y 82 del Tratado⁴ (en adelante Reglamento 1/2003), en concreto de su artículo 6 y, en segundo lugar, en razón del incremento de las reclamaciones de este tipo de daños ante los tribunales tanto comunitarios como nacionales⁵.

El creciente interés por el tema ha impulsado a la Comisión Europea (en adelante la Comisión) a emprender distintas medidas para identificar de una parte los problemas que suscita la reclamación de este tipo de daños y, de otra, los factores que han impedido el adecuado avance del tema a nivel jurisprudencial y legislativo; como fruto de este esfuerzo se espera que la Comisión desarrolle una normativa a nivel comunitario que deberá ser expedida dentro de muy poco tiempo⁶.

El avance del tema en el orden supranacional ha venido a imbuir el desarrollo del tema en los ámbitos nacional⁷ y local, lo que a su vez ha forzado tanto a la doctrina como a los tribunales de los distintos Estados integrantes de la Unión Europea (UE) a emprender estudios sobre el mismo, con miras a establecer los mecanismos que podrían facilitar la reclamación de esta clase de daños y, desde luego, la obtención de sentencias más rápidas, más equitativas y, en general, más justas en favor de las víctimas.

El estudio y análisis de la responsabilidad civil por ilícitos antitrust envuelve fundamentalmente dos problemas, que a su vez son los ejes principales a través de los cuales se aborda y desenvuelve el análisis del tema en el presente artículo: En primer lugar, se encuentra el problema relativo a las autoridades competentes para definir o pronunciarse sobre los efectos civiles que derivan de la realización de una conducta contraria a las normas de libre competencia, en concreto, nos referiremos a la declaración de responsabilidad civil y a la indemnización de los daños y perjuicios, dejando de lado el tema de la nulidad absoluta, la cual deberá someterse a un análisis independiente; y, en segundo lugar, encontramos el problema referente a la identificación y la configuración de los elementos estructurales de la responsabilidad civil en el ámbito de los ilícitos antitrust⁸.

⁴ El Reglamento (CE) No. 1 de 2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2003, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE (en adelante Reglamento 1/2003) se publicó en el DOCE del 27.4.2004 y entró en vigor el 1 de mayo de 2004.

⁵ S. SANTOS LORENZO y P. TUNER-KERR. "¿En estado de total subdesarrollo? La aplicación privada de las normas de defensa en España", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia -GJUEC-*, 2006, septiembre-octubre, No. 245, p. 42 "Mientras en EEUU, alrededor del 90% de los asuntos de competencia se encauzan a través de la acción privada, en Europa este cauce se ha utilizado muy poco, de modo que la mayoría de los ilícitos de competencia se han venido persiguiendo a través de la acción pública".

⁶ Así, en el año 2004, la Comisión contrató la elaboración de un informe sobre las condiciones de las demandas de reclamación de daños y perjuicios derivadas de ilícitos antitrust en los ámbitos nacional y comunitario. Tras la presentación del informe, la Comisión publicó el Libro Verde sobre la materia, en el cual se plantean las distintas inquietudes y problemas en torno del mismo. Se espera que en el 2008 se publique el Libro Blanco a través del cual se presentarán las conclusiones obtenidas por la Comisión a partir de las observaciones recibidas de los distintos países y se definirá la necesidad de regular el tema a nivel comunitario. Los documentos más importantes pueden consultarse en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

⁷ En este trabajo nos referiremos exclusivamente a la situación de España.

⁸ Servirán al desenvolvimiento de estos dos problemas, la normativa Europea de libre competencia reformada por el Reglamento 1/2003 y sus normas complementarias y relacionadas; así mismo, la jurisprudencia de los Tribunales Comunitarios (Tribunal de Primera Instancia (en adelante TPI) y Tribunal de Justicia de las

El primero de los problemas mencionados, que podríamos considerar de carácter procesal, se resuelve en la misma línea de evolución que ha llevado el tema de la aplicación judicial o privada de las normas de libre competencia, al cual se dedicará la primera parte de este trabajo. El segundo, que en principio puede considerarse como un problema de carácter sustancial, plantea un mayor número de dudas, inquietudes y críticas, su análisis conforma la segunda parte del trabajo y tiene como base los cuestionamientos y las propuestas formuladas por la Comisión a través de su Libro Verde sobre *“Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”* (en adelante LV)⁹.

Aun cuando consideramos que quedan muchos pasos por dar dentro del proceso de regulación de la responsabilidad por ilícitos antitrust y, muchos más, para que la puesta en marcha del sistema arroje resultados, es de esperar, que los esfuerzos de la Comisión terminen por concretarse en un Reglamento o en una Directiva sobre el tema, la cual vendrá a marcar los derroteros a seguir por las legislaciones nacionales. Consideramos también que en el curso de este proceso constructivo que ya se encuentra en marcha, deberá aprovecharse la amplísima experiencia que sobre el tema existe en el Derecho Norteamericano, sin que ello signifique la aceptación de los que podemos calificar como “excesos” del modelo y, claro está, sin que los avances impliquen una renuncia a los principios y bases que siguen los sistemas de responsabilidad civil en los ordenamientos de tradición romano-germánica.

El reto, en nuestra opinión será conseguir una armonía y complementariedad entre el sistema público y privado de aplicación de las normas de libre competencia, a fin de incentivar el respeto por esta normativa, la conciencia sobre su importancia y los beneficios individuales y colectivos que se desprenden de su acatamiento. La adecuada regulación de la responsabilidad civil por ilícitos antitrust, se convierte, en este orden en una herramienta para promover el funcionamiento del sistema de aplicación judicial o privada y para incentivar la ingerencia de los particulares en esta área.

I. LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA DE APLICACIÓN PRIVADA DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA

En atención a los objetivos que desarrollan, a su fundamento, por ser normas de intervención del Estado en la economía y, esencialmente, por proteger el interés general que recae sobre el adecuado funcionamiento del mercado, se considera que las normas de libre competencia son disposiciones de orden e interés público, en consecuencia

Comunidades Europeas (en adelante TJCE)), algunas decisiones de los tribunales nacionales, el Libro Verde, sus anexos y los comentarios al mismo y, finalmente, los documentos (discursos y memorandos) que hasta la fecha ha elaborado la Comisión sobre el tema. En el ámbito español, además de la Ley 15 de 2007 de 3 de julio, en adelante LDC, se tendrán en cuenta algunas decisiones del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. En el caso del ordenamiento colombiano, además de la Ley 155 de 1959 y del Decreto 2153 de 1992, se tendrán en consideración los conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) y la jurisprudencia civil, constitucional y arbitral sobre temas de libre competencia.

⁹ Comunicación COM (2005) 672 final del 19.12.2005.

inderogables por acuerdo entre los particulares y por tanto aplicables no sólo a petición de parte interesada sino también de forma oficiosa¹⁰.

Han sido estas razones las que han justificado que la aplicación de las normas de defensa de la competencia, tradicionalmente haya sido encomendada a autoridades de carácter administrativo, a las cuales se ha confiado tanto la salvaguarda del orden público económico como la protección de la estabilidad y del adecuado funcionamiento del sistema de economía de mercado.

Por iguales motivos, se ha previsto que los procedimientos por contravención de esta normativa sean de carácter administrativo y que en caso de comprobarse la ilicitud del comportamiento, las autoridades puedan, además de ordenar el cese de las conductas, imponer multas -sancionatorias y/o coercitivas- tanto a las empresas (personas naturales o jurídicas) como a sus administradores¹¹. Así misma se ha previsto que en desarrollo de estos trámites administrativos se puedan adoptar medidas cautelares, aceptar los compromisos ofrecidos por los presuntos infractores y, si es del caso, revocar la autorización conferida a través de un Reglamento de Exención por Categoría (en adelante REC)¹².

Junto a todos estos efectos derivados de la naturaleza de orden público de las normas de libre competencia, se tiene admitido y establecido que la vulneración de esta normativa acarrea dos efectos que podríamos considerar de carácter civil o privado: (i) La nulidad absoluta del acuerdo restrictivo¹³ y, (ii) La indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta¹⁴. La regla general en este punto es que los efectos civiles sólo pueden ser declarados por un órgano jurisdiccional (juez o tribunal competente).

El tema de la responsabilidad y particularmente de las acciones indemnizatorias, ha tenido un desarrollo mucho más complejo que el relativo a la “nulidad absoluta”, al punto que se ha convertido recientemente en el centro de atención de la doctrina, que lo considera como una herramienta para complementar la acción de vigilancia y control de

¹⁰ STJCE de 14 de diciembre de 1995, asuntos C-430 y 431 de 1993, *Jeroen van Schijndel y Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*: “13. **Procede señalar que las normas sobre la competencia mencionadas por el órgano jurisdiccional nacional son normas imperativas, directamente aplicables en el ordenamiento jurídico nacional.** Debido a que, con arreglo al Derecho nacional, los órganos jurisdiccionales deben aducir de oficio los fundamentos de Derecho basados en una norma interna de naturaleza imperativa, que no han sido invocados por las partes, esta obligación se impone igualmente cuando se trata de normas comunitarias imperativas (véase, en particular, la sentencia de 16 de diciembre de 1976, *Rewe*, 33/76, Rec. p. 1989, apartado 5) (...) 15. Por tanto, se debe responder a la primera cuestión que, en un proceso que versa sobre derechos y obligaciones civiles de los que las partes disponen libremente, corresponde al Juez nacional aplicar las disposiciones de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado, incluso cuando la parte interesada en su aplicación no los ha invocado, en el supuesto de que su Derecho nacional le permita dicha aplicación”. (Negrillas fuera de texto).

¹¹ Ver arts. 4 a 10 del Reglamento 1/2003 y también art. 53 y 67 la LDC.

¹² Art. 29 del Reglamento 1/2003.

¹³ Art. 81.2 del TCE, art. 6.3 del CC y art. 1.2 de la LDC. La nulidad del acuerdo restrictivo puede acarrear la nulidad absoluta total o parcial del contrato al cual se encuentra incorporado.

¹⁴ Art. 1902 del CC.

las autoridades públicas (administrativas) y, por esta vía, en un instrumento para garantizar la observancia del principio de libre competencia¹⁵.

De las anteriores consideraciones resulta claro que en principio la aplicación de las normas de libre competencia involucra dos clases de autoridades diferentes (autoridades administrativas y autoridades judiciales), cuyas competencias, facultades y procedimientos obedecen también a finalidades distintas.

En efecto, mientras las autoridades administrativas son competentes para determinar las consecuencias y sanciones de esta naturaleza (órdenes y multas), actuando fundamentalmente en protección del interés general y del orden público económico; los órganos judiciales son los encargados de definir los efectos privados de la infracción, en particular, son competentes para declarar la nulidad del acuerdo y la responsabilidad civil del infractor, con el consiguiente deber indemnizatorio a su cargo, actuando en ambos supuestos de cara a la protección del particular lesionado¹⁶.

En principio este sistema no supuso ningún efecto nocivo; sin embargo, con el tiempo, de su desarrollo práctico devinieron una serie de problemas relativos a la competencia, la existencia de decisiones contradictorias entre las autoridades competentes y el desgaste de tiempo y de esfuerzos innecesario por parte de las víctimas, a veces incluso, con efectos lamentables para ellas mismas.

Quizás el mayor problema de la aplicación estricta de este sistema dual que venimos describiendo, fue el de condicionar la actuación del juez civil a la decisión previa de la autoridad administrativa, o lo que era igual, determinar que la demanda de nulidad o la reclamación de los daños y perjuicios sólo podía presentarse tras la decisión administrativa -en firme- que declaraba la infracción de las normas de libre competencia. Este problema en concreto ya ha sido superado tanto en el ámbito Comunitario como en el contexto Español, dentro de los cuales se ha legitimado la acción directa del juez, a quien se atribuye la condición de autoridad competente para aplicar las normas de libre competencia de manera directa o en forma consecutiva a la decisión administrativa. En Colombia, el tema aún no se ha debatido con la fuerza e insistencia necesaria, quizás porque no han existido reclamaciones en este sentido o quizás porque se ha aceptado casi sin discusión que el sistema de aplicación de las normas de libre competencia es de

¹⁵ S. MEDRANO IRAZOLA, Sabiniano, "El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideración del debate y contribución a la búsqueda de soluciones", *GJUEC*, 2000, noviembre-diciembre, No 210, p. 13 "(...) es común que junto a una perturbación o lesión del interés público los delitos o las infracciones administrativas dañen derechos individuales de personas concretas (...), y esos derechos merecen también la protección del Derecho. Pero éste es ya un ámbito distinto, no el propio del Derecho penal o administrativo sancionador sino el del Derecho civil, que disciplina las relaciones patrimoniales y en el que la intervención del poder público no se produce de oficio sino solamente a iniciativa del particular interesado. Son ámbitos perfectamente diferenciados, el de la sanción y el de la indemnización, que responden a estructuras distintas y a principios diversos, pero que se anudan en el propio sustrato fáctico que determina la aplicación de las respectivas normas jurídicas".

¹⁶ Ídem. "Y esta dualidad competencial relativa a las consecuencias de los mismos hechos o conductas constituye uno de los principales problemas de nuestra vigente normativa de Defensa de la Competencia. Problema no sólo teórico o técnico - jurídico sino de enorme trascendencia práctica". Vid también S. SANTOS LORENZO y TUNER-KERR, Op. Cit. p. 42.

carácter público restringiendo la actuación de los jueces a posteriori de la decisión de la SIC.

Estas consideraciones descriptivas y generales son el punto de partida del análisis que a continuación se desarrolla:

1. EL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ANTITRUST

Como ya antes se indicó, el problema fundamental de la aplicación de las normas de libre competencia fue por mucho tiempo la dualidad de autoridades competentes para definir efectos administrativos (públicos) y de otra los efectos civiles (privados) de la transgresión de esta normativa. Esta controversia aunque matizada por las reformas que comentaremos a continuación persiste en la actualidad, aunque al parecer cada vez más el panorama se aclara a favor de las víctimas (consumidores y competidores), es decir, con la finalidad de facilitar su intervención y la reclamación de los daños padecidos.

Por largo tiempo se consideró que los jueces no podían aplicar las normas de libre competencia en forma directa; luego, sólo podían aplicar esta normativa sí previamente una autoridad administrativa (Comisión o autoridad nacional de competencia) había declarado mediante acto administrativo en firme la ilicitud de la conducta.

En razón de este sistema, las partes afectadas por una conducta anticoncurrencial debían adelantar dos procedimientos independientes y de naturaleza diferente, uno ante la autoridad administrativa y otro ante el juez civil, estando este segundo proceso condicionado al éxito del primero. Para este momento, podemos afirmar que la labor del juez era simplemente de carácter ejecutivo.

Frente a este panorama la solución más sencilla y la más obvia consistió en admitir que junto a las autoridades administrativas (**aplicación pública de las normas de libre competencia**), los jueces y tribunales también tenían competencia para aplicar en forma directa las normas antitrust y para declarar los efectos que derivaban de su infracción. Surgió así el sistema de **aplicación privada del derecho antitrust** o la **aplicación judicial de las normas de libre competencia**, en virtud del cual las partes pueden solicitar al juez competente la aplicación directa e inmediata de esta normativa y consecuentemente la declaración de los efectos civiles que se derivan de su incumplimiento, sin que resulte necesario un trámite y una decisión administrativa de carácter previo. Bajo este sistema de aplicación privada, las autoridades administrativas conservan la facultad de investigar y sancionar (imponer multas) a los infractores de las disposiciones de libre competencia como guardianas del orden público económico.

Arribar a esta solución no ha sido un proceso sencillo, hay que reconocer que el progreso del tema se debió en gran parte a la jurisprudencia Comunitaria, la cual a través de la aplicación de los principios de Derecho Comunitario admitió ya desde el año 1974 el efecto directo de las normas de libre competencia sobre los Estados y los ciudadanos. De manera recientemente el mayor desarrollo del tema se debe al Reglamento 1/2003 cuyos

efectos vinculantes y directos son hoy por hoy la razón de la modernización de muchas de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia.

Bajo las nuevas disposiciones del Reglamento 1/2003 y de sus normas complementarias, tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia (de carácter administrativo), pueden aplicar las normas comunitarias (arts 81 y 82 TCE) ,sin embargo, no pueden definir los efectos civiles que derivan de su trasgresión¹⁷.

Además de estas autoridades, el art. 6 del Reglamento 1/2003 dispone expresamente que los jueces nacionales pueden -y en este punto radica la gran diferencia- aplicar en forma directa el Derecho Comunitario de la Competencia, es decir, aplicar los arts. 81 y 82 del TCE y definir seguidamente las consecuencias que se desprenden de su infracción sin que se requiera una decisión administrativa previa.

Vistas así las cosas, las víctimas de una conducta o comportamiento anticompetitivo pueden -y les será más conveniente hacerlo de este modo- acudir directamente al juez nacional y solicitar la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE y la consecuente declaración de nulidad del acuerdo y/o la indemnización de daños y perjuicios que deriven del incumplimiento de estas normas o, optar por adelantar los dos procedimientos uno de carácter administrativo y posteriori otro ante los jueces civiles.

El problema que plantea este nuevo sistema de aplicación judicial de las normas antitrust comunitarias, tiene que ver con el carácter vinculante de las decisiones judiciales frente a las autoridades nacionales de competencia, quienes como garantes del orden público económico conservan las facultades de investigar y de imponer sanciones cuando quiera que las conductas anticompetitivas restrinjan, eliminen o falseen la libre concurrencia en el mercado; y a contrario, el valor o la fuerza vinculante de las decisiones adoptadas por las entidades administrativas frente a los jueces nacionales quienes frente a un litigio particular deben definir si el acuerdo o el contrato íntegro es nulo y/o si existe responsabilidad civil a cargo del infractor.

Tras la adopción del Reglamento 1/2003¹⁸, se suscitó en España una situación de contradicción entre las normas nacionales y las disposiciones comunitarias, contradicción que se prolongó hasta la reciente expedición de la Ley 15 de 2007 de 3 de julio (en adelante LDC) la cual armonizó la legislación nacional con la comunitaria, en cuanto estableció un sistema de excepción legal, eliminó las exenciones particulares o singulares y reconoció la aplicación privada de las normas nacionales como ya lo había hecho el Decreto 2295 de 2004, respecto de las normas comunitarias.

¹⁷ Mas sobre la reforma introducida por el Reglamento 1/2003 y en concreto respecto de la competencia para aplicar las normas de libre competencia comunitaria puede verse en *"La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y la valoración de las cláusulas de exclusividad en los regímenes de libre competencia europeo, español y colombiano"*, cuyas partes primera y segunda han sido publicadas en la Revista E- mercatoria Vol. 6 Nos. 1 y 2 de 2007.

¹⁸ Como Derecho Comunitario derivado, el Reglamento 1/2003 tiene efecto inmediato y vinculante tanto para los Estados como para sus ciudadanos.

Tanto el proceso como la experiencia Europea y más específicamente la española pueden servirnos a efectos de comprender las causas, la necesidad, el grado de desarrollo necesario y las ventajas que pueden derivar de la implementación de un sistema de aplicación judicial sea entonces este el objetivo de revisar los detalles del proceso evolutivo aunque como ya lo anuncia

1.1. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA (ARTS. 81 Y 82 DEL TCE): SUS PROBLEMAS, PROGRESOS Y SOLUCIONES

En el ámbito comunitario el desarrollo del sistema de aplicación judicial de las normas antitrust se encuentra ligado estrechamente a la evolución del Derecho Comunitario y, en particular, al reconocimiento del principio del efecto directo de sus normas¹⁹.

Aunque desde sus inicios se consideró que el Derecho Comunitario era vinculante tanto para los Estados como para sus ciudadanos, sólo en una etapa reciente de su desarrollo se admitió el derecho de los particulares a invocar la aplicación de las normas comunitarias (que imponen obligaciones pero que también confieren derechos) ante los jueces nacionales, y la obligación de éstos de aplicar dichas normas tanto en los litigios en que es parte un Estado miembro como también en aquellos que se crean entre particulares. Esto se conoce como el **“principio del efecto directo del Derecho Comunitario”**.

Aunque el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ya venía reconociendo el efecto directo de las normas comunitarias en distintos ámbitos, tratándose de las normas de libre competencia este efecto sólo se reconoció de manera expresa en la sentencia de 30 de enero de 1974, asunto 127/1973, *BRT - SABAM*²⁰. En esta decisión, el Tribunal dejó establecido que los arts. 81 y 82 del TCE además de imponer obligaciones, creaban y conferían derechos a todos los particulares (ciudadanos de los Estados Miembros), quienes en consecuencia están legitimados para solicitar su aplicación y su eficacia ante los jueces y tribunales nacionales y ante los jueces comunitarios²¹.

¹⁹ Sobre el efecto directo de las normas comunitarias puede verse la STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto 26/1962, *Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*. También, J.L. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ et al. “Coordinación entre los tribunales, la Comisión y las autoridades nacionales en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE”. En: *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2005, p. 195 “(...) la doctrina del efecto directo de la que ha venido haciéndose eco el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (...), permitía a los Órganos jurisdiccionales nacionales aplicar los arts. 81.1 y 82 por constituir los mismos título normativo de atribución de derechos subjetivos para los particulares y producir, en consecuencia, efectos directos en las relaciones existentes entre los ciudadanos de la Comunidad, creadoras de derechos necesitados de tutela por los mencionados Órganos”.

²⁰ F. PEÑA LÓPEZ. Op. Cit., p. 8 menciona como anterior a la sentencia SABAM, la STJCE del 6 de febrero de 1972, *Brasserie de Haecht vs Wilkin – Janssen*.

²¹ E. HERRERA CUEVAS. “Aspectos procedimentales de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE por los jueces españoles. Estado de la cuestión”, *GJUEC*, 2006, No. 242, mayo, p. 27 “(...) desde la precitada STJCE de 30 de enero de 1974, asunto 127/73, *BRT-Sabam*, luego ratificado en jurisprudencia uniforme (STJCE de 3 de

De esta manera se reconocía el efecto directo de las normas comunitarias sobre los Estados y sus ciudadanos, y se atribuía paralelamente a los jueces nacionales la facultad para aplicar las normas comunitarias de libre competencia, reconociendo la importancia de esta función como complemento de la labor desarrollada por las autoridades administrativas en el control de los comportamientos restrictivos.

Posterior a esta decisión, se destacan las consideraciones hechas en las sentencias del TJCE de 28 de febrero de 1991, asunto C-234 de 1989 *Stergios Delimitis vs. Henninger Bräu AG*²² y de 18 de marzo de 1997, asunto C-282/95 P *Guérin Automobiles v Commission*²³, en las cuales se reiteró el efecto directo de los arts. 81 y 82 del TCE y, por consiguiente, el derecho de los particulares a solicitar su aplicación en los litigios privados²⁴.

También tiene especial relevancia la sentencia del TJCE del 1 de junio de 1999, asunto C-126 de 1997, *Eco Swiss*, en la cual se estableció la obligación de las autoridades judiciales nacionales de aplicar el art. 81 del TCE cuando deben pronunciarse sobre la eventual anulación de un laudo arbitral, en particular, si el recurso correspondiente está basado en la infracción de normas de orden público²⁵.

*febrero de 1976, asunto 63/75, Fonderies Roubaix; 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89, Delimitis; 30 de abril de 1998, asunto C-230/96 (...) Cabour S.A.; 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, Masterfoods Ltd. (...); 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/1999 Courage (...); STPI 18 de septiembre de 1992, asunto T-24/90, Automec), se afirma que los arts. 81 y 82 TCE producen efectos directos en las relaciones entre particulares, y engendran directamente a favor del justiciable, derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar, siendo que competencia para aplicar dichas disposiciones corresponde tanto a la Comisión como a los órganos jurisdiccionales nacionales, bien desde diferentes perspectivas". Sobre este tema también puede consultarse C. FERNÁNDEZ VICIÉN y I. MORENO TAPIA. "Un paso adelante en la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales: el asunto Courage", *InDret*, 2002, No. 01, enero, p. 7. www.indret.com.*

²² STJCE de 28 de febrero de 1991, asunto C-234 de 1989, *Stergios Delimitis vs. Henninger Bräu AG* "45. Por el contrario, la Comisión no dispone de competencia exclusiva para aplicar el apartado 1 del artículo 85 y el artículo 86. A este respecto, comparte con los órganos jurisdiccionales nacionales su competencia para aplicar estos preceptos. Como este Tribunal de Justicia precisó en la Sentencia de 30 enero 1974, *BRT* (127/73, Rec. pg. 51), el apartado 1 del artículo 85 y el artículo 86 producen efectos directos en las relaciones entre particulares y engendran directamente en favor del justiciable derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar".

²³ STJCE de 18 de marzo de 1997, asunto C-282/95 P *Guérin Automobiles v Commission* "39 Por otra parte, procede recordar que una empresa que se considere perjudicada por un comportamiento contrario a la competencia, siempre puede alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, especialmente cuando la Comisión decide no dar curso a su denuncia, los derechos que deduce del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 del Tratado, que producen efectos directos en las relaciones entre particulares (véase la sentencia de 30 de enero de 1974, *BRT y SABAM*, 127/73, Rec. p. 51, apartado 16)".

²⁴ Además de las mencionadas decisiones se destaca: Opinions of the Lords of Appeal for judgment in the cause *Inntrepreneur Pub Company (CPC) and others (original appellants and cross-respondents) v. Crehan* (original respondent and crossappellant) de 19 de julio de 2006.

²⁵ STJCE de 1 de junio de 1999, asunto C-126/1997 "36.-No obstante, con arreglo a la letra g) del artículo 3 del Tratado [actualmente, tras su modificación, letra g) del apartado 1 del artículo 3 CE], el artículo 81 CE constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del artículo 81 CE, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho. 37.-De ello se deduce que,

Conforme a las consideraciones anteriores, en aplicación del principio del efecto directo, si un juez nacional asumía competencia para aplicar los arts. 81.1, 81.2 y 82 del TCE no estaba obligado a suspender el proceso judicial en espera de ninguna decisión de carácter administrativo, salvo en caso de que tuviese serias dudas sobre el carácter restrictivo de la conducta y sobre su eventual autorización, evento éste en el cual podía optar por suspender el proceso a su cargo y esperar una decisión definitiva de parte de la Comisión o plantear una cuestión prejudicial al TJCE²⁶.

No obstante lo anterior, el problema para ese momento -antes de la expedición del Reglamento 1/2003- derivaba de la competencia exclusiva de la Comisión para aplicar el art. 81.3 del TCE. Por tanto, si las partes presentaban una solicitud de autorización singular del acuerdo restrictivo ante la Comisión, el proceso judicial de carácter nacional tenía que suspenderse a la espera de una decisión definitiva por parte de este órgano comunitario²⁷, con las consiguientes demoras, retardos e inseguridades que se derivaban de ello y con la consiguiente afectación de los intereses de quienes podían ser víctimas de un comportamiento de tal naturaleza²⁸.

También para ese momento, se discutía si la autorización de un acuerdo anticompetitivo (sistema de autorizaciones singulares) eliminaba las consecuencias dañinas que éste había ocasionado en el patrimonio de un particular, es decir, si a pesar de la autorización, la víctima podía reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos o, si por el contrario, la autorización era a su vez una eximente de responsabilidad²⁹.

en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 81 CE”.

²⁶ STJCE del 28 de febrero de 1991 C-234 de 1989 *Stergios Delimitis vs. Henninger Bräu AG* “50. Si, claramente, no se cumplen los requisitos de aplicación del apartado 1 del artículo 85 y si, por consiguiente, no existe ningún riesgo de que la Comisión se pronuncie en otro sentido, el Juez nacional puede continuar el procedimiento para resolver sobre el contrato controvertido. Lo mismo ocurre cuando no cabe duda alguna sobre la incompatibilidad del contrato con el apartado 1 del artículo 85 y, habida cuenta de los Reglamentos de exención y de las anteriores Decisiones de la Comisión, el contrato no puede, en ningún caso, ser objeto de una Decisión de exención conforme al apartado 3 del artículo 85”.

²⁷ *Ibíd.* “52. Si el órgano jurisdiccional nacional comprueba que el contrato impugnado cumple los requisitos formales y si considera, a la luz de la práctica seguida por la Comisión en la adopción de Reglamentos y Decisiones, que este contrato puede, llegado el caso, ser objeto de una Decisión de exención, el órgano jurisdiccional puede suspender el procedimiento o adoptar medidas cautelares, según lo previsto por su Derecho procesal nacional. Asimismo debe suspenderse el procedimiento o adoptarse medidas cautelares cuando existe el riesgo de Decisiones contradictorias en el marco de la aplicación del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86”.

²⁸ F. PEÑA LÓPEZ. *Ob Cit.*, pp. 39 y 40 “En efecto, en el sistema vigente cualquier particular que acuda a los órganos jurisdiccionales siempre corre el riesgo de que la tramitación de su pretensión relativa a un acto o acuerdo colusorio se paralice como consecuencia de la notificación del mismo a la Comisión a lo efectos de obtener una autorización singular. Si esto sucede, hemos visto que el Tribunal nacional, salvo cuando el incumplimiento de los requisitos del art. 81.3 del TCE fuese palmario, se verá constreñido a suspender el proceso pues la Comisión en virtud del art. 9.3 del Reglamento num. 17 es competente exclusivamente en esta materia”.

²⁹ Pensemos en el caso de un sistema de distribución con cláusulas de exclusividad que es autorizado aún a sabiendas del efecto de cierre de mercado y de la reducción de las ofertas para los consumidores que se derivan de su desarrollo. El punto es si las víctimas podrían pedir la indemnización de los daños padecidos o

En cuanto a los efectos civiles derivados de la conducta anticompetitiva, para este momento del proceso evolutivo, se podían apreciar claras diferencias entre la declaración de nulidad y la de responsabilidad civil, establecidas fundamentalmente por la jurisprudencia comunitaria:

Respecto de la nulidad no existían mayores discusiones ni problemas. Se admitía que el juez nacional competente para aplicar el art. 81.1, 81.2 y el art. 82 del TCE, pudiese declarar la nulidad absoluta del acuerdo restrictivo y los efectos derivados de la misma conforme a la legislación nacional. A este respecto pueden verse la sentencia del TPI de 18 de septiembre de 1992, asunto T- 24 de 1990 y las sentencias del TJCE de 28 de febrero de 1991, asunto C-234 de 1989, *Stergios Delimitis vs. Henninger Bräu AG* y de 30 de abril de 1998, asunto C-230 de 1996, *Cabour S.A.*³⁰.

Tratándose de la responsabilidad civil y la condena al pago de los perjuicios el tema no era tan simple. En un primer momento se consideró que los jueces nacionales sólo estaban autorizados para pronunciarse sobre el reconocimiento de los perjuicios en favor del particular lesionado cuando el trasgresor de la normativa comunitaria era un Estado miembro³¹. Esta postura reducía en forma considerable los beneficios que derivaban del “efecto directo de las normas comunitarias”, pues cuando el conflicto se suscitaba entre particulares, el juez sólo podía declarar la nulidad, pero no, ordenar el pago de los perjuicios en favor de la víctima de la conducta restrictiva.

Fue con la sentencia del TJCE de 16 de julio de 1999, asunto C-453/99 “*Courage*”, que se reconoció por primera vez y de forma expresa, el derecho de un particular a reclamar la indemnización de los daños sufridos como consecuencia de la vulneración de las normas comunitarias de libre competencia por parte de otro particular³². De conformidad con la sentencia, el derecho a la indemnización de los perjuicios le asiste o se reconoce incluso, a quien ha sido parte del acuerdo colusorio. En efecto se destaca de la citada sentencia:

si la autorización del acuerdo constituiría una eximente de responsabilidad en favor de los solicitantes de la autorización. No existe aún ninguna decisión sobre el tema.

³⁰ STJCE de 30 de abril de 1998, asunto C-230 de 1996, *Cabour S.A. et Nord Distribution Automobile SA v. Arnor Soco, SARL*, “51.- En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente declare la nulidad de una o varias cláusulas contractuales, debe añadirse que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase la Sentencia VAG France, antes citada, apartado 14), las consecuencias de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas contractuales incompatibles con el apartado 1 del artículo 85, respecto a todos los demás elementos del acuerdo o respecto a otras obligaciones que se deriven de él, no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Por lo tanto, corresponde también al órgano jurisdiccional remitente apreciar, conforme al Derecho nacional aplicable, el alcance y las consecuencias, para la totalidad de las relaciones contractuales, de la posible nulidad de determinadas cláusulas contractuales en virtud del apartado 2 del artículo 85”.

³¹ STJCE de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6 y C-9 de 1991, *Andrea Francovich, Danila Bonifaci y otros c. República de Italia*.

³² C. FERNÁNDEZ VICIÉN e I. MORENO TAPIA, Irene. Op. Cit., p. 8, señalan que el tema del reconocimiento de perjuicios por la vulneración de las normas comunitarias de competencia ya había sido tratado en el caso *Banks v. British Coal Corporation* por el abogado general Vangerven; sin embargo, -comentan- que en este caso el tema no fue abordado por el TJCE al considerar que la controversia debía resolverse de conformidad con el Tratado CECA y no con el Tratado CE.

*“24. De las consideraciones anteriores se desprende que cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado, incluso cuando sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia con arreglo a dicha disposición. 25 Por lo que atañe a la posibilidad de solicitar una reparación del perjuicio irrogado por un contrato o un comportamiento susceptibles de restringir o de falsear el juego de la competencia, procede recordar en primer lugar que, según jurisprudencia reiterada, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. pg. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990, *Factortame* y otros, C-213/89, Rec. pg. I-2433, apartado 19). 26 La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia”.* (Negrillas fuera de texto)

De acuerdo con las consideraciones de esta decisión, los perjudicados podían invocar ante el juez nacional la aplicación de la normativa comunitaria de competencia y simultáneamente perseguir la indemnización de los daños sufridos como consecuencia de la conducta anticompetitiva. Se reconocía así, el derecho a la indemnización como una consecuencia del efecto directo de las normas comunitarias³³.

En todo caso, el TJCE precisó -en la decisión que comentamos- que el derecho a la indemnización no era procedente cuando el solicitante había contribuido de forma significativa a la restricción de la competencia, siempre que así lo dispusiese la legislación nacional aplicable al caso³⁴. Con esta aclaración, el TJCE reconoce el principio según el

³³ *Ibíd* p. 10: “Siguiendo los mismos razonamientos utilizados en los procedimientos en que los particulares reclaman la reparación del daño sufrido a un Estado miembro, el TJCE reconoce que el derecho de reclamar indemnización por los perjuicios derivados de infracciones al derecho de la competencia es consecuencia del efecto directo de las disposiciones en causa. (...) El derecho a reparación emana, por tanto, directamente del Tratado CE y, como corolario, toda norma nacional que se oponga u obstaculice este derecho deberá ser excluida por el juez”.

³⁴ STJCE de 16 de julio de 1999, asunto C-453/99, *Courage*: “31 De la misma forma, el Derecho comunitario no se opone a que, con la condición de respetar los principios de equivalencia o de efectividad (véase la sentencia *Palmisani* (...)) el Derecho nacional deniegue a una parte, de la cual se haya comprobado que tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia, el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios de la otra parte contratante. En efecto, conforme a un principio reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que el Tribunal de Justicia ya ha aplicado (véase la sentencia de 7 de febrero de 1973, *Comisión/Italia*, 39/72, Rec. pg. 101, apartado 10), un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, cuando este último haya sido comprobado. 32 A este respecto, entre los elementos de apreciación que puede tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional competente debe mencionarse el contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes, así como, según señala con razón el Gobierno del Reino Unido, el poder de negociación y el respectivo comportamiento de ambas partes en el contrato. 33 En particular, incumbe al citado órgano jurisdiccional examinar si la parte que alega haber sufrido un perjuicio, en razón de la celebración de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas

cual nadie puede aprovecharse de su propia culpa, en este caso, de su propia conducta ilícita.

Con posterioridad a la sentencia “*Courage*”, destaca la decisión del TJCE de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295 de 2004 a C-298 de 2004, en la cual se reitera el efecto directo de los arts. 81 y 82 del TCE y el derecho que le asiste a cada individuo a demandar la nulidad del acuerdo restrictivo y a solicitar ante el juez competente la indemnización de los perjuicios sufridos³⁵; también señala esta sentencia, que en ausencia de reglas comunitarias, es el derecho nacional el que debe prescribir el juez competente y el procedimiento aplicables a los casos de reclamación de daños y perjuicios, debiendo las normas nacionales cumplir con los principios comunitarios de equivalencia y efectividad³⁶.

No obstante estos enormes progresos de la jurisprudencia, el problema fundamental seguía siendo la carencia de una norma que expresamente autorizara a los jueces nacionales la aplicación directa del Derecho Comunitario de la Competencia, una norma que además impusiera a los legisladores nacionales la obligación de definir el juez competente y los procedimientos adecuados para adelantar estas demandas y, que por sobre todas las cosas, zanjara la controversia sobre el efecto directo de los arts. 81 y 82 del TCE, que para ese momento sólo se reconocía por parte de la jurisprudencia.

El Libro Blanco para la modernización de las normas de libre competencia, puso de presente la necesidad de contar con una norma que en forma expresa reconociera la competencia de los jueces nacionales para aplicar los arts. 85 y 86 del TCE (hoy, arts. 81 y 82 del TCE), fundamentalmente, con el fin de evitar decisiones –por parte de los tribunales nacionales- en las cuales se negaba dicha aplicación y se exigía a la víctima el trámite de un procedimiento administrativo previo a la actuación judicial.

del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición”. Sobre este aspecto, Vid, C. FERNÁNDEZ VICIÉN. “La judicialización del Derecho Comunitario de la Competencia”, Anuario de Derecho de la Competencia, 2002, p. 201, considera: “El TJCE hace así suya –lo que no deja de ser sorprendente- aquella jurisprudencia americana que entiende reparables los perjuicios sufridos por particulares que, por su reducido poder de negociación, se ven obligados a aceptar cláusulas contrarias a las normas de competencia”.

³⁵ STJCE de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295 de 2004 a C- 298 de 2004 “60. Next, as regards the possibility of seeking compensation for loss caused by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition, it should be recalled that the full effectiveness of Article 81 EC and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 81(1) EC would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition (*Courage and Crehan*, cited above, paragraph 26). 61. It follows that any individual can claim compensation for the harm suffered where there is a causal relationship between that harm and an agreement or practice prohibited under Article 81 EC”.

³⁶ Ibid. “Secondly, as follows from paragraph 62 of this judgment, in the absence of Community rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to prescribe the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive directly from Community law, provided that such rules are not less favourable than those governing similar domestic actions (principle of equivalence) and that they do not render practically impossible or excessively” difficult the exercise of rights conferred by Community law (principle of effectiveness)”.

Luego de los debates propios de los procesos de reforma, se expide el Reglamento 1/2003, el cual, permite superar cualquier duda que sobre el tema pudiese existir a pesar de la claridad de las consideraciones de la sentencia *Courage*.

El nuevo Reglamento establece en su art. 6 la competencia de los jueces nacionales para aplicar el Derecho Comunitario de la competencia. Junto a esta disposición y como desarrollo de la misma se destaca la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, "*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 del Tratado CE*"³⁷.

Tanto el Reglamento 1/2003 como la Comunicación reconocen que la facultad de los jueces para aplicar las normas comunitarias de competencia (arts. 81 y 82 del TCE) puede adoptar distintas formas o manifestarse a través de diversos mecanismos³⁸.

Así mismo, destaca la Comunicación del 27 de abril de 2004, las diferentes ventajas que derivan de la aplicación directa de los arts. 81 y 82 del TCE por parte de los jueces nacionales, las cuales por demás, constituyen el soporte de la promoción o el impulso que sobre este nuevo sistema realiza la Comisión. Entre otras vale destacar las siguientes³⁹:

- i) Dado que los jueces además de aplicar las normas de libre competencia pueden conocer de las reclamaciones de pagos y del cumplimiento de obligaciones contractuales, las partes tendrán la ventaja de que una sola autoridad podrá resolver todos sus conflictos;
- ii) Los jueces pueden conceder en forma directa la indemnización de los daños y perjuicios incluso a quien ha sido parte del acuerdo restrictivo conforme lo estableció la sentencia "*Courage*";
- iii) Los jueces pueden aplicar de forma directa la sanción civil de la nulidad y las consecuencias que a la luz de la legislación nacional derivan de ella;
- iv) Generalmente los jueces nacionales se encuentran mejor situados para adoptar medidas cautelares en caso de ser necesaria su práctica;

³⁷ Publicada en el DOCE 2004 C 101/4, de 27 de abril.

³⁸ Ver la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, 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 del Tratado CE, apartados 2 y 7. Igualmente, pueden consultarse las observaciones que sobre el tema se hacen en la primera parte del Artículo "*La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y, en particular, la valoración de las cláusulas de exclusividad en los regímenes de libre competencia europeo, español y colombiano*", publicado en la Revista E-mercatoria, Vol. 6 No. 1 de 2007.

³⁹ Todas estas ventajas se encuentran descritas detalladamente en el documento "Damages actions for breach of the EC antitrust rules", COM (2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde, publicado en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

- v) Ante los jueces nacionales pueden invocarse tanto las normas comunitarias como las normas nacionales. En este caso, los jueces pueden abstenerse de aplicar las normas nacionales cuando estas resultan contrarias a las disposiciones comunitarias⁴⁰;
- vi) Normalmente los jueces pueden ordenar el reembolso de las costas al denunciante;
- vii) Toda vez que los jueces también pueden aplicar en forma directa el art. 81.3 del TCE, ya no habrá lugar a los retrasos que solían suscitarse cuando se tramitaba ante la Comisión una autorización de carácter individual⁴¹, lo cual dota de celeridad el procedimiento judicial.
- viii) En general, se considera que la aplicación privada de las normas de competencia contribuye al descubrimiento, identificación y sanción de comportamientos contra la libre competencia y por esta vía a una aplicación más directa⁴², más efectiva y más estricta de esta normativa⁴³ y, a largo plazo, en una medida disuasoria de tales conductas⁴⁴. Se considera por tanto, que la aplicación privada es complementaria de la aplicación pública o administrativa del derecho de defensa de la competencia⁴⁵.

⁴⁰ STJCE de 8 de junio de 2000, asunto C-258/98: “16 A este respecto, procede señalar que, según reiterada jurisprudencia, el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario tiene la obligación de velar porque dichas normas surtan pleno efecto, dejando de aplicar, si fuera preciso, por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que tenga que solicitar o que esperar la previa supresión de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional (véase la sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. pg. 629, apartado 24)”.

⁴¹ Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 del Tratado CE (2004/ C 101/05) DOCE del 27.4.2004, apartados 12 a 15.

⁴² N. KROES. “Enhancing actions for damages for breach of competition rules in Europe”. Speech/05/533, el cual puede consultarse en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> “It allows the victims of illegal anticompetitive behaviour to be **compensated for the loss** they have suffered. It is this which **makes the competition rules instantly relevant for citizens**. That instant relevance for citizens is something that enforcement by competition authorities can only rarely achieve. (...)”. Ver igualmente el documento “Damages actions for breach of the EC antitrust rules”, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde publicado en la misma dirección web antes indicada.

⁴³ N. KROES. “Damages actions for breaches of EU competition rules... Op cit. “On the other hand, national courts can rule on both substantive infringement and subsequent damages claims. Facilitating the bringing of such cases before national courts can considerably increase the overall enforcement of the European competition rules and thus the likelihood of competition law infringements being discovered and sanctioned”.

⁴⁴ Ver STJCE de 16 de julio de 1999, asunto C-453/99, *Courage* y STJCE de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295 de 2004 a C- 298 de 2004. También N. KROES, Neelie., Enhancing actions for damages (...) “In the first place, the threat of having to pay damages for the harm caused by an infringement of the competition rules has a **strong additional deterrent effect**. An effect over and above the sanctions that can be imposed via public enforcement. It can be reasonably expected that more private enforcement will lead to a higher level of compliance with the competition rules. Prevention is better than cure”.

⁴⁵ J. PHEASANT, John. “Damages actions for breach of the EC antitrust rules: Op. Cit., p 365. También N. KROES. “Enhancing actions for damages (...), “I am convinced, though, that more private enforcement does

- ix) Y, finalmente, quizás el beneficio o la ventaja más importante es que la aplicación privada de las normas antitrust contribuye a crear una cultura de competencia y estimula el crecimiento y desarrollo económico Europeo⁴⁶.

En este orden de ideas, bajo las normas actualmente vigentes, en un conflicto entre particulares, los jueces pueden aplicar en forma directa los arts. 81 y 82 del TCE y como consecuencia de ello pronunciarse sobre la validez o la nulidad de la totalidad del acuerdo o de parte del mismo e igualmente, sobre la responsabilidad civil del infractor y la procedencia de la indemnización de los perjuicios padecidos por las víctimas⁴⁷. Así las cosas, los jueces pueden aplicar los arts. 81 y 82 del TCE no sólo a título incidental sino con carácter principal, sin que ello implique que estos se arroguen la facultad de imponer sanciones de carácter administrativo -las cuales siguen en cabeza de las autoridades administrativas-, y sin que en ningún lugar su decisión impida la intervención de las autoridades públicas en salvaguarda del orden público económico⁴⁸.

Se discute también qué efectos tienen las decisiones de las autoridades administrativas nacionales respecto de las competencias de los jueces. En concreto se cuestiona si es posible que los jueces nacionales se pronuncien en sentido contrario a lo dispuesto en un acto o decisión administrativa.

Precisamente por estos cuestionamientos, para conseguir una aplicación coherente y sistemática del Derecho Comunitario de la competencia y con el fin reducir las posibles contradicciones entre las decisiones judiciales y administrativas, la Comunicación de 27

not equal less public enforcement. Rather on the contrary: my spontaneous feeling is that private enforcement is by nature complementary to and even strengthens the enforcement actions taken by competition authorities" Igualmente son importantes las consideraciones hechas por el TJCE en la sentencia de *Van Gend & Loos v Nederlandse administratie der belastingen*, asunto 26/1962.

⁴⁶ N. KROES. "The green paper on antitrust damages actions: empowering European citizens to enforce their rights".⁶ de junio de 2006, el cual puede consultarse en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> "But there's another objective behind our thinking too. Private enforcement of competition law has an important role to play in building the competition culture that we need to stimulate in order to fulfil our ambitions for economic growth in Europe". También sobre el tema pueden consultarse las declaraciones de la Comisaria Kroes en su discurso 05/533 citado anteriormente. C. FERNÁNDEZ VICIÉN. Op. Cit., p. 206 "Los órganos jurisdiccionales (...) constituyen el complemento necesario a la intervención de los poderes públicos -autoridades administrativas- por lo que se refiere a la defensa de la competencia. Garantes de intereses de distinta naturaleza, ambos ofrecen a los particulares distintas formas de reparación de sus derechos, que, lejos de excluirse, se complementan".

⁴⁷ L. GARRIDO ESPA. "Los Tribunales del orden civil y el Reglamento CE 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado constitutivo de la CE". En: *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: El Reglamento CE 1/2003*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2005, p. 80.

⁴⁸ E. HERRERA CUEVAS, Op. Cit, p 28: "La perspectiva de la intervención de las autoridades comunitarias y nacionales, administrativas y judiciales, resulta, así, diversa: a los órganos jurisdiccionales nacionales les corresponde tutelar los intereses privados protegidos por el efecto directo de esas normas, no así el interés público en el mantenimiento de la libre competencia, ya que esa función es competencia de la Comisión y del TJCE, en el plano del mercado común, y en el plano nacional español, del Tribunal de Defensa de la Competencia, y de los órganos jurisdiccionales a quienes se confía el recurso sobre la resolución de sus resoluciones".

abril de 2004 establece un conjunto de mecanismos a través de los cuales se materializa la cooperación recíproca entre los jueces nacionales y la Comisión⁴⁹. De acuerdo con lo establecido en la Comunicación, la cooperación y coordinación se da en doble vía, una parte de la Comisión y otra de parte de los jueces para con ésta⁵⁰. Estos mecanismos servirán de modelo al legislador español en cuanto a la coordinación y cooperación entre la Comisión Nacional de Competencia (en adelante CNC), las autoridades autonómicas y la labor desarrollada en este tema por parte de los jueces de lo mercantil⁵¹.

Lo cierto en todo caso es que estos mecanismos de cooperación no se encuentran exentos de críticas, ya que su funcionamiento parte de supuestos que no son siempre verídicos y que en ocasiones pueden generar una carga excesiva de trabajo para la Comisión, que era uno de los problemas que acusaba este órgano con anterioridad a la reforma y que pretendía solucionarse a través de ella⁵².

De frente a los mecanismos de cooperación y estas reglas de coordinación, la doctrina debate sí las facultades otorgadas a los jueces nacionales respecto de la aplicación de las normas de libre competencia también podría predicarse de los tribunales de arbitramento, considerando que los árbitros son particulares investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia y, sí en caso de que el procedimiento sea adelantado por un árbitro único o por un tribunal de arbitramento, cabría exigir el cumplimiento de los mecanismos de cooperación y de las reglas de coordinación que se han descrito anteriormente.

De lo previsto en la Comunicación del 27 de abril de 2004, resulta posible deducir que la Comisión no considera como órganos jurisdiccionales a los tribunales de arbitramento y

⁴⁹ Una explicación detallada de estos mecanismos y de su aplicación en el Derecho Español puede verse en J. L. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ et al. Op. Cit. pp. 205 a 212

⁵⁰ En relación con los mecanismos de coordinación y cooperación entre la Comisión y los Jueces nacionales y respecto de las reglas que deben presidir la aplicación de las normas de libre competencia de carácter comunitario, pueden consultarse las observaciones contenidas en la primera parte de la investigación sobre *“La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y, en particular, la valoración de las cláusulas de exclusividad en los regímenes de libre competencia europeo, español y colombiano”*, publicada en la Revista E-mercatoria, Vol. 6, No. 1 de 2007.

⁵¹ Respecto a los mecanismos de coordinación y cooperación en el ámbito español nos remitimos a las consideraciones hechas en la segunda parte de la investigación sobre *“La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y, en particular, la valoración de las cláusulas de exclusividad en los regímenes de libre competencia europeo, español y colombiano”*, publicada en la Revista E-mercatoria, Vol. 6, No.2 de 2007.

⁵² BENEYTO PÉREZ, José María. “Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86”, *GJUEC*, 1999, No. 202, agosto-septiembre, p. 16: *“Si (...) se entiende que los jueces nacionales deben interpretar los apartados 3 y 1 del art. 85 teniendo en cuenta los objetivos generales de la Unión, sin los que es difícil justificar una parte no desdeñable de la legislación y la práctica de la Comisión (...) entonces el riesgo de aplicación no uniforme y de renacionalización se agrava, excepto si la Comisión interviene frecuentemente ante los tribunales nacionales para garantizar la aplicación uniforme, lo que no parece sea precisamente la manera más eficaz de descargar a la DG IV de la pesada carga de su actual volumen de trabajo. Todo ello sin tener en cuenta las exigencias poco realistas que se imponen a los jueces ordinarios, de los que se espera que sean sin excepción alguna cualificados expertos en derecho comunitario de la competencia, cuenten con una aceptable formación económica y estén dotados además de los medios humanos y técnicos suficientes para llevar a cabo su delicada tarea de recopilación de la información, determinación de las pruebas, análisis y comprensión de los mercados, así como evaluación equilibrada de los arts. 85 y 86 en su conjunto”*.

en esta medida no autoriza que estos apliquen en forma directa los arts. 81 y 82 del TCE⁵³.

El TJCE sigue la misma línea de la Comisión y considera que los tribunales de arbitramento no son órganos judiciales por lo que les está vedada la interposición de cuestiones prejudiciales ante el TJCE y por ende también les está prohibido aplicar directamente los arts. 81 y 82 del TCE⁵⁴.

En contra de estas consideraciones podría afirmarse que los árbitros son verdaderos jueces, que la figura del arbitramento no sólo goza de reconocimiento a nivel nacional sino Comunitario e incluso Internacional, que para definir la validez de un acuerdo o la responsabilidad de un sujeto es indispensable que el juez-árbitro pueda establecer si éste ha actuado dentro de los legalidad o en forma contraria a las disposiciones de libre competencia, por lo que cohibir un análisis en este sentido limitaría de forma considerable e incluso eliminaría las ventajas que derivan de la celebración de un pacto arbitral.

En caso de admitirse la competencia de los árbitros para aplicar en forma directa las normas de competencia consideramos que éstos quedarían sometidos tanto a la normativa como la jurisprudencia comunitaria e igualmente vinculados por las reglas que guían la coherencia y unificación de la aplicación del Derecho Comunitario, de forma tal, que no podrían adoptar laudos contrarios a una decisión de la Comisión ni podrían revocar la inmunidad conferida por un REC.

Habría en todo caso que precisar si los árbitros podrían y/o deberían hacer uso de los mecanismos de cooperación (solicitud de información, solicitud de dictámenes, presentación de observaciones). En nuestro parecer, tales mecanismos sólo se encuentran dispuestos en favor de los órganos jurisdiccionales nacionales, es decir, de

⁵³ Comunicación del 27 de abril de 2004 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 del Tratado CE: "1. La presente Comunicación se refiere a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE cuando estos últimos aplican los artículos 81 y 82 CE. A efectos de la presente Comunicación, se entenderá por «órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE» (denominados en lo sucesivo «órganos jurisdiccionales nacionales») aquellos juzgados y tribunales de un Estado miembro de la UE que pueden aplicar los artículos 81 y 82 CE y están autorizados a presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de conformidad con el artículo 234 CE".

⁵⁴ Ver la STJCE de 23 de marzo de 1982, *Nordsee* que establece que un tribunal arbitral instituido por un convenio de Derecho Privado sin intervención de las autoridades no puede considerarse un órgano jurisdiccional nacional en el sentido del artículo 234 CE. Sobre el tema puede verse también la STJCE del 1 de junio de 1999, asunto C-126/1997, *Eco Swiss*, en la cual se reitera: "34.-A este respecto, el Tribunal de Justicia consideró, en los apartados 10 a 12 de la misma sentencia, que un tribunal arbitral convencional no constituye «un órgano jurisdiccional de un Estado miembro» en el sentido del artículo 234 CE dado que las partes contratantes no están obligadas, de hecho o de Derecho, a dirimir sus diferencias a través del arbitraje y que las autoridades públicas del Estado miembro de que se trate no están implicadas en la elección de la vía arbitral y no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante los árbitros". Y, sobre las características que deben cumplir los órganos para que consideren o puedan calificarse como judiciales a los efectos de la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, puede verse la STJCE de 30 de mayo de 2002, asunto C-518 de 1999.

aquellos que hacen parte del poder judicial del Estado de manera o en forma permanente⁵⁵.

Sobre la competencia de los árbitros para aplicar las normas de libre competencia, tuvo ocasión de pronunciarse el TJCE en la Sentencia de 1 de junio de 1999, asunto C-126 de 1997, a través de la cual se respondió una cuestión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos), a fin de que éste pudiese resolver el litigio relativo a la procedencia del recurso de anulación interpuesto contra un laudo arbitral por ser contrario al orden público, y en concreto, por ser nulo con carácter absoluto el contrato de licencia que había dado origen al procedimiento al contravenir las normas de libre competencia.

Respecto de la competencia arbitral, los puntos claves de la sentencia son en nuestro criterio, en primer lugar, si los árbitros dentro del proceso arbitral -de haber sido propuesto el tema por las partes o haberse abordado en forma oficiosa- podrían haberse pronunciado sobre la nulidad del contrato de licencia por contravenir éste el art. 81 del TCE y, en segundo lugar, si en tal caso sería además procedente la anulación del laudo por vulneración del art. 81 del TCE, cuando las partes dentro del procedimiento arbitral no hubiesen planteado la nulidad del contrato de licencia con base en la citada norma comunitaria⁵⁶.

Desafortunadamente la sentencia no profundiza sobre la facultad de los árbitros para aplicar las normas de libre competencia. Las conclusiones del TJCE se centran en reconocer la competencia de los jueces nacionales para aplicar en forma directa el art. 81 del TCE, como norma de orden público, cuando quiera que estos deban decidir sobre la anulación de un laudo arbitral sometido a su examen.

Cabe esperar que este panorama restrictivo frente al arbitraje cambie, dado el auge de los mecanismos alternos de solución de conflictos y dada la competencia de los árbitros en otros temas que también involucran la aplicación de normas de orden público.

⁵⁵ E. HERRERA CUEVAS. Op. Cit. p. 31, haciendo referencia a la STJCE de 30 de mayo de 2002, asunto C-518/1999, como aquella en la cual se establecieron los elementos que permiten definir qué órganos tienen naturaleza jurisdiccional, considera: "(...) Se trata de tener en cuenta un conjunto de elementos, como: a) el origen legal del órgano; b) su permanencia; c) el carácter obligatorio de su jurisdicción; d) el carácter contradictorio del procedimiento ante el mismo; e) la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas; f) su independencia".

⁵⁶ STJCE de 1 de junio de 1999, asunto C-126 de 1997: la primera cuestión plantado por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) fue: "«1) ¿En qué medida los principios establecidos por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 14 de diciembre de 1995 (TJCE 1995229), Van Schijndel y Van Veen (asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Rec. pg. I-4705) son aplicables por analogía si, en el caso de un litigio relativo a un convenio de Derecho privado que no es dirimido por los órganos jurisdiccionales nacionales sino por árbitros, las partes no han invocado el artículo 85 del Tratado CE (LCEur 198618) y los árbitros no están facultados, con arreglo a las normas procesales nacionales vigentes, para aplicar de oficio dicha disposición? (...)3) ¿Está también obligado a ello el Juez neerlandés, a pesar de las normas procesales neerlandesas definidas en el apartado 4.5 de esta Resolución (según las cuales los árbitros tienen la obligación de no excederse de los límites del litigio y de atenerse a su misión), cuando la aplicabilidad del artículo 85 del Tratado CE ha quedado al margen del procedimiento arbitral y, por tanto, los árbitros no se han pronunciado sobre ella?

1.2. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

Por la dualidad normativa existente en España, se hace necesario distinguir entre la aplicación judicial de las normas comunitarias y la aplicación judicial de las normas nacionales, diferenciando además, entre un antes y un después de la expedición del Reglamento 1/2003.

La expedición del mencionado Reglamento hizo evidente una situación de incompatibilidad y contradicción entre la normativa nacional y la comunitaria⁵⁷, que se hacía más patente o evidente en punto a la aplicación de las normas de libre competencia. En efecto, si bien, con anterioridad al Reglamento y con mayor fuerza después del mismo, se reconoció, primero a nivel jurisprudencial y, luego, a nivel legal la aplicación privada o judicial de los normas comunitarias (art. 81 y 82 del TCE), no existía una previsión en igual sentido tratándose de las normas nacionales, cuya aplicación se consideraba correspondía a título principal únicamente a las autoridades administrativas (inicialmente al Servicio de Defensa de la Competencia –SDC- y al Tribunal de Defensa de la Competencia -TDC- y posteriormente también a las autoridades autonómicas de competencia), siendo la intervención judicial a *posteriori* y únicamente a título incidental.

Aunque la incompatibilidad entre uno y otro ordenamiento fue subsanada en relación con la aplicación judicial de los arts. 81 y 82 del TCE, al reconocer el legislador español la competencia de los jueces de lo mercantil para aplicar en forma directa estas disposiciones; en torno a la aplicación de las normas nacionales la incoherencia prolongó aún después de la expedición y la entrada en vigencia del Reglamento Comunitario y sólo vino a superarse con la Ley 15 de 2007 –LDC-

Nos detenemos en este punto a fin de resaltar los hitos más importantes de la evolución hasta llegar al sistema actualmente vigente.

1.2.1. La aplicación de las normas de libre competencia comunitarias (arts. 81 y 82 del TCE) por los jueces españoles

Inicialmente, en España no se reconocía la facultad de los jueces para aplicar en forma directa ni el Derecho Comunitario de la competencia (para ese momento referido únicamente a la aplicación del art. 81.1 y art. 82 del TCE) ni el Derecho Español de la libre competencia (LDC y demás normas reglamentarias de la misma).

Se consideraba que las facultades de los jueces en esta materia, estaban limitadas a la revisión de las decisiones proferidas por las autoridades administrativas (aplicación indirecta). Por esta razón, el Tribunal Supremo (en adelante TS) teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 13.2 de la Ley 16/1989, estimaba como necesario que la víctima de un comportamiento restrictivo o abusivo actuara en primer lugar ante la autoridad administrativa competente y, sólo una vez definida la situación ante ella y siempre que se

⁵⁷ Aun antes del Reglamento 1/2003 existía una incompatibilidad entre la jurisprudencia comunitaria relativa al efecto directo de los arts. 81 y 82 del TCE y la jurisprudencia nacional sobre estos temas.

hubiese declarado la infracción, se reconocía el derecho de actuar ante el juez para solicitar la declaración de los efectos civiles que se desprendían del comportamiento contrario a las disposiciones de libre competencia.

Por consiguiente, los jueces no podían aplicar en forma directa las disposición de libre competencia y además sólo podían declarar los efectos civiles de la infracción - responsabilidad y nulidad- tras una declaración administrativa en firme sobre la ilicitud de la conducta.

No obstante lo anterior, destacan algunas decisiones de las Audiencias Provinciales en las cuales se admitió la aplicación de las normas comunitarias sin intervención previa de las autoridades administrativas (SDC y TDC). En este sentido pueden verse la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante SAP) de Burgos del 24 de abril de 1989 y la SAP de Badajoz del 29 de noviembre del mismo año.

Pero fue sólo hasta el año 2000, con la sentencia de 2 de junio, caso *DISA*⁵⁸, que el TS reconoció de forma expresa la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para aplicar en forma directa el Derecho Comunitario de la competencia (arts. 81.1 y 82 del TCE), siempre que ello fuese necesario para decidir sobre la nulidad de un acuerdo sometido a su juicio y valoración⁵⁹, es decir, siempre que la intervención o la aplicación judicial fuese indirecta.

⁵⁸ Sentencia pronunciada dentro del trámite del recurso de casación No. 2355/95 y con ponencia de Don Francisco Marín Castán.

⁵⁹ STS de 2 de junio de 2000, pronunciada dentro del trámite del recurso de casación No. 2355/95 con ponencia de Don Francisco Marín Castán: *“Si bien es cierto que el Juez nacional no tiene competencia para ordenar que se ponga fin a la infracción que ha podido comprobar ni para imponer multas a las empresas que la hayan cometido, como puede hacer la Comisión, le corresponde, no obstante, aplicar, en las relaciones entre particulares, el apartado 2 del artículo 85 del Tratado. Al prever expresamente esta sanción civil, el Tratado pretende que el Derecho nacional dé al Juez la facultad de proteger los derechos de las empresas víctimas de prácticas contrarias a la competencia»*. Sentencia de 18 de septiembre de 1992, caso *Automec Srl*, asunto T-24/1990, apartados 90, 92 y 93). (...)«En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente declare la nulidad de una o varias cláusulas contractuales, debe añadirse que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase la sentencia VAG France, antes citada, apartado 14), **las consecuencias de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas contractuales incompatibles con el apartado 1 del artículo 85 respecto a todos los demás elementos del acuerdo o respecto a otras obligaciones que se deriven de él, no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Por lo tanto, corresponde también al órgano jurisdiccional remitente apreciar, conforme al Derecho nacional aplicable, el alcance y las consecuencias, para la totalidad de las relaciones contractuales, de la posible nulidad de determinadas cláusulas contractuales en virtud del apartado 2 del artículo 85**». (Sentencia de 30 de abril de 1998, caso *Cabour, SA*, C-230/1996, ap. 51). (...)C) **Acerca de la competencia de esta Sala para declarar en su caso la nulidad de pleno derecho del contrato litigioso. Le corresponde como juez nacional de un Estado miembro que debe por tanto aplicar el ordenamiento comunitario si entiende que el contrato litigioso no cumple las condiciones de exención del Reglamento 1984/1983 y que tampoco podría ser nunca objeto de una exención individual otorgada por la Comisión, habrá de declarar la nulidad, aunque con el alcance que proceda según el Derecho español**”. Las negrillas son del texto. Comentando la sentencia FERNÁNDEZ VICIÉN, Cani, Op. Cit., p. 189 afirma: *“(...) la sentencia de Tribunal Supremo Español (...) en el asunto DISA, ha puesto punto final a aquella jurisprudencia, hasta ese momento vigente, que ignoraba flagrantemente el concepto de efecto directo de las disposiciones comunitarias en el ámbito del Derecho de la competencia y que, por ello, se constituía en principal obstáculo de las reclamaciones de daños derivados de las infracciones de la competencia”*.

En la decisión *DISA* como en otras posteriores, tuvo clara influencia la jurisprudencia comunitaria sobre el tema, así como la doctrina y jurisprudencia nacional que apoyaba los pronunciamientos de los Tribunales Comunitarios⁶⁰.

El cambio en la línea jurisprudencial producido a raíz de la sentencia *DISA*, fue continuado por otras decisiones del TS, entre las cuales cabe destacar la sentencia de 2 de marzo de 2001,⁶¹ y la sentencia de 15 de marzo de 2001⁶², en las cuales se reconoció el efecto directo y vinculante de los REC comunitarios para los jueces españoles⁶³.

Como ya se mencionó, el Reglamento 1/2003, puso fin a la discusión sobre el tema, al establecer en su art. 6 la competencia de los jueces nacionales para aplicar la normativa comunitaria de libre competencia. La aplicación de los arts. 81 y 82 de TCE puede suscitarse tanto a título principal como de forma eventual, siendo en todo caso procedente sin restricciones la aplicación directa. Así pues las partes pueden elegir entre acudir a la autoridad administrativa o judicial, como lo indicamos anteriormente es posible que se decante por al segunda alternativa ante la posibilidad de solicitar en forma simultánea ante el juez la indemnización de los daños y perjuicios o la nulidad total o parcial del acuerdo.

Para dar cumplimiento a esta disposición comunitaria, en España, con ocasión de la expedición de la Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio, para la reforma concursal, que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) se añadió el artículo el 83 ter, en cuyo numeral 2, literal f) se estableció como competencia de los jueces de lo mercantil conocer y adelantar los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE⁶⁴.

Ante la eventual existencia de procedimientos paralelos sobre los mismos hechos, adelantados de manera simultáneamente o consecutiva ante la Comisión o los órganos

⁶⁰ Vid. R. ESTUPIÑÁN CÁCERES, "El Resarcimiento de daños y perjuicios derivado de ilícitos antitrust: problemática que plantea y posibles soluciones", *GJUEC*, 2004, No. 230, abril-mayo, p. 71. En todo caso se precisa que la STS de 2 de junio de 2000, trataba de la aplicación de normas comunitarias -arts. 81 y 82 del TCE- y por tanto de la concreción del efecto directo de esta normativa.

⁶¹ STS de 2 de marzo de 2001 con ponencia de Don Alfonso Villagómez Rodil: "*Conviene decir de inmediato que los Reglamentos Comunitarios resultan obligatorios, siendo directamente aplicables en cada uno de los estados miembros desde su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, ostentando por tanto supremacía sobre el Derecho interno español (artículo 189 del Tratado de Roma), ya que su aplicación es prioritaria, incluso a las leyes, lo que no sucede con las Directivas, que, en términos generales y sin dejar de lado las decisiones interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sólo imponen dictar normas internas para llevar a cabo su aplicación. De este modo el Reglamento citado ha de ser respetado, dada su imperatividad, en lo relativo al ámbito negocial previsto respecto a la distribución comercial en exclusiva de automóviles que relaciona a fabricantes o concedentes con los concesionarios designados*".

⁶² Sentencia dictada dentro del trámite del recurso de casación No. 524/1996 con ponencia de Don Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

⁶³ J. M^º DE EIZAGUIRRE. Cit., p. 349, menciona en forma adicional sobre el tema las sentencias del TS de 24 de junio de 2002 y de 18 de septiembre de 2003.

⁶⁴ Ley Orgánica del Poder Judicial 8/2003 de 9 de julio, art. 83 ter "2. *los juzgados de lo mercantil conocerán, así mismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de (...) f) De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea*".

administrativos nacionales (SDC y TDC) y ante los juzgados de lo mercantil⁶⁵, el legislador español acogió mediante el RD 2295 de 2004 la aplicación de los mecanismos de colaboración y de coordinación que estaban regulados tanto en el Reglamento 1/2003 como en la Comunicación de 27 de abril de 2004, *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 del Tratado CE*⁶⁶. La vigencia de esta reglamentación se ha prorrogado tras la expedición de la LDC, a la espera de que el Gobierno la actualice.

Así mismo, siguiendo el Reglamento 1/2003 y la Comunicación sobre la colaboración de la Comisión con los órganos jurisdiccionales, se dispuso que los jueces de lo mercantil no tendrían competencia para imponer multas ni para retirar el beneficio de exención concedido a través de un REC comunitario o nacional, al ser éstas, decisiones de exclusiva competencia de las autoridades administrativas (nacionales y autonómicas).

Tras el Con posterioridad a la expedición de las normas comunitarias y con fundamento en ellas, los jueces mercantiles han venido aplicando de forma directa las normas comunitarias; en este sentido, se afirma que *“(...) se han remitido a la Comisión Europea (...) 20 sentencias en la que se ha aplicado el artículo 81 y/o 82 del Tratado CE. Sin embargo, según fuentes de los propios juzgados de lo mercantil, existen al menos 40 sentencias adoptadas en aplicación de estos preceptos”*⁶⁷.

Se destacan como de particular importancia en el tema las siguientes decisiones judiciales⁶⁸:

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil No. 4 de Madrid de 19 de octubre de 2005,
- Sentencia del Juzgado de lo mercantil No. 5 de Madrid de 15 de abril de 2005.
- Sentencia del Juzgado de lo mercantil No. 5 de Madrid⁶⁹ de 25 de enero de 2006.

⁶⁵ S. MARTÍNEZ LAGUE. “La aplicación judicial de los artículos 81 y 82 CE a partir del 1 de mayo de 2004”, *GJUEC*, 2004, No. 231, mayo-junio, p. 9: *“La aplicación del Derecho de la competencia a título principal por los jueces –lo que la doctrina anglosajona denomina “private enforcement”- nos plantea, naturalmente, la posible coexistencia de dos procedimientos -uno civil y otro administrativo- versando sobre los mismos hechos y aplicando el mismo Derecho. Es decir la posibilidad de procedimientos paralelos, ya sean simultáneos o sucesivos. Tal paralelismo está justificado porque uno y otro persiguen la protección de intereses distintos: en el procedimiento administrativo se trata de salvaguardar intereses públicos (el mantenimiento de la competencia), en el proceso civil, intereses privados (impedir y resarcir el daño que la conducta causa a los particulares)”*.

⁶⁶ En relación con los mecanismos de coordinación y cooperación entre la Comisión y los Jueces nacionales y respecto de las reglas que deben presidir la aplicación de las normas de libre competencia de carácter comunitario, pueden consultarse las observaciones contenidas en la primera parte del Artículo *“La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y, en particular, la valoración de las cláusulas de exclusividad en los regímenes de libre competencia europeo, español y colombiano”*, publicada en la Revista E–mercatoria, Vol. 6, No. 1 de 2007.

⁶⁷ S. SANTOS LORENZO y TUNER-KERR. Op. Cit., p. 45.

⁶⁸ Las referencias jurisprudenciales han sido facilitadas por el Profesor Ricardo Alonso Soto (catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid) quien en la actualidad realiza un seguimiento de las decisiones judiciales relacionadas con la aplicación de las normas de libre competencia comunitarias y nacionales por parte de los jueces de lo mercantil.

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil No. 5 de Madrid de 11 de noviembre de 2005.
- Sentencia del Juzgado de los Mercantil No. 1 de Sevilla de 29 de julio de 2005.
- Auto de 21 de marzo de 2006 del Juzgado de lo Mercantil No. 3 de Madrid, mediante el cual se ordenó la suspensión provisional de la Oferta Pública de Adquisición (OPA) lanzada por Gas natural sobre Endesa.
- La SAP de Madrid de 25 de mayo de 2006, *Conduit Europe, S.A. vs. Telefonica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España*;

Pese a estos considerables avances en la materia, subsisten dentro del ordenamiento español algunas dificultades relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, por parte de los jueces mercantiles, entre otras, las siguientes:

- i) Si como lo señalamos, el juez mercantil no tiene competencia para retirar la inmunidad conferida por un REC, en caso de que la conducta colusoria o abusiva esté amparada por un Reglamento, será siempre necesario adelantar dos procedimientos: Uno ante la entidad administrativa competente, con el propósito de que se levante la protección o la dispensa del Reglamento y otro ante el juez mercantil para reclamar la nulidad y/o la indemnización de perjuicios. En otros términos, en estos asuntos, se mantendría el antiguo esquema procesal de carácter dual, con los efectos negativos relativos a la duración y el desgaste de recursos para la víctima.
- ii) Alguna parte de la doctrina considera que el juez de lo mercantil carece de los poderes de investigación que se encuentran atribuidos a las autoridades administrativas, lo cual puede dificultar la labor de aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. Tendrá por ejemplo mayores dificultades al momento de identificar los mercados relevantes, las situaciones o condiciones de desarrollo de los mismos, la razonabilidad económica de algunas conductas a efectos de la aplicación del sistema de excepción regulado en el art. 81.3 del TCE⁷⁰ y en todo caso todas aquellas circunstancias relativas a aspectos económicos como la noción de eficiencia.
- iii) Otro problema deriva de la falta de claridad sobre los efectos que pueden tener la aceptación de compromisos por parte de la Comisión y de la CNC respecto de las decisiones de carácter judicial relativas a comportamientos que pueden calificarse como ilícitos antitrust.

Es claro que la aceptación de los compromisos dirigidos a eliminar los efectos anticompetitivos de una conducta genera efectos positivos en relación con la protección del interés público o general; sin embargo, esto no resulta tan claro

⁶⁹ Estos casos son citados por S. SANTOS LORENZO y TUNER-KERR. Op. Cit., pp. 46 y 47. No obstante, debe señalarse que en el caso de *Conduit Europe, S.A. vs. Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España*, los autores sólo mencionan la sentencia del 11 de noviembre de 2005 del juzgado de lo mercantil No. 5 de Madrid, sentencia cuya apelación ya ha sido resulta por la Audiencia Provincial mediante la decisión mencionada en el texto *supra*.

⁷⁰ S. SANTOS LORENZO y TUNER-KERR. Op. Cit., p. 48.

respecto de la eventual lesión de los intereses o derechos privados que pueden eventualmente resultar afectados por la conducta ilícita.

Aun cuando el Reglamento 1/2003 reconoce que la aceptación de compromisos no afecta la facultad de los jueces para aplicar los arts. 81 y 82 del TCE y, por tanto, en principio, no impide que estos puedan declarar los efectos civiles que se derivan de la infracción de las normas de libre competencia⁷¹; en mi parecer, tratándose de la responsabilidad civil, la aceptación de compromisos y el cierre de la investigación sin sanciones para los investigados -eventuales responsables-, podría impedir la prueba de la conducta ilícita y por esta vía la declaración de la responsabilidad.

La aplicación práctica de estas disposiciones pondrá a los jueces de frente al problema, habremos pues de esperar las soluciones que estos implementarán.

1.2.2. La aplicación judicial de Derecho Español de la libre competencia: los avances de la LDC

En cuanto a la aplicación judicial de las normas de libre competencia de carácter nacional, la situación ha sido totalmente diferente a la descrita anteriormente. Hasta hace pocos meses, se discutía si tal aplicación era o no procedente, si bien la jurisprudencia nacional había dado algunos pasos en sentido afirmativo, la incertidumbre sobre el tema sólo ha venido a ser despejada tras la expedición de la nueva LDC del año pasado.

Habremos por consiguiente de comentar la situación anterior a la Ley 15 de 2007 –LDC- y posteriormente los avances que ésta ha supuesto en el campo de la privatización de la aplicación del derecho antitrust español.

Bajo la vigencia de la Ley 16/1989 se consideraba que la aplicación directa de las normas de libre competencia correspondía a las autoridades administrativas quedando la intervención judicial limitada a la declaración de los efectos civiles de la infracción, que conforme al art. 13.2 sólo resultaba procedente a posteriori de la actuación administrativa que había concluido con la declaración de ilicitud de la conducta⁷². Aunque el art. 13.2 de

⁷¹ Considerandos 13 y 22 del Reglamento 1/2003. Vid. También L. GARRIDO ESPA. Op. Cit., p. 93 “*El pronunciamiento de los tribunales de justicia sobre el carácter prohibido de los acuerdos o prácticas conforme a los arts. 81 y 82 subsiste incluso cuando la Comisión ha puesto fin a su procedimiento imponiendo a las empresas, conforme al art. 9, el carácter obligatorio del compromiso que éstas hayan propuesto para superar las objeciones de la Comisión*”.

⁷² R. ESTUPIÑÁN CÁCERES, Op Cit., p. 66 indica: “*Mayoritaria y tradicionalmente, tanto al amparo del art. 13.2 de la vigente LDC como del art. 6 de la LEPRC de 1963 se ha interpretado que para los posibles perjudicados por cualquier ilícito antitrust puedan reclamar los eventuales daños y perjuicios ante la jurisdicción civil deben esperar a que la declaración de tal ilícito sea en firme en vía administrativa (TDC) y, en su caso, jurisdiccional (Jurisdicción contencioso –administrativa)*”. En igual sentido C. FERNÁNDEZ, VICIÉN, “*La eficiencia real del derecho de la competencia: la indemnización de los daños causados*”,. En: Santiago Martínez Lage y Amedeo Petittò Juan (Dirs). *La modernización del derecho de la competencia*. Madrid – Barcelona: Fundación Rafael del Pino y Marcial Ponds, 2005, p.173, que refiriéndose al art. 13.2 de la Ley 16/1989 señala: “*De la literalidad del precepto se deduce que es necesario acudir previamente al TDC para obtener la declaración de ilicitud de un acto concreto y, posteriormente a la acción civil para ejercitar la acción*”.

la Ley 16/1989 no se refería a la nulidad, jurisprudencialmente se había extendió su cobertura a este supuesto, de forma tal que también en estos casos se exigía la realización de un procedimiento administrativo previo a la acción de declaración de nulidad del contrato o de parte del mismo.

En torno a este punto, son de particular importancia las consideraciones efectuadas en la sentencia de 30 de diciembre de 1993, sentencia CAMPSA, en la cual se dispuso que los jueces civiles españoles carecían de competencia para ordenar el cese de las conductas restrictivas (en el caso bajo examen, el cese del abuso de posición dominante), y la consiguiente 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, sólo era procedente con posterioridad a la resolución administrativa que declaraba la ilicitud de la conducta.

La sentencia rechazó el argumento expuesto por la parte demandante en el sentido de considerar que la decisión administrativa era un asunto de prejudicialidad. Para el TS las competencias del TDC tenían carácter exclusivo, por lo que su decisión (acto administrativo), respecto de la acción de reclamación de perjuicios, era un requisito de procedibilidad y no de simple prejudicialidad⁷³.

de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de dicho daño. La declaración de ilicitud por parte del TDC se erige así como condición de procedibilidad para poder acudir a la jurisdicción civil”.

⁷³ STS de 30 de diciembre de 1993 “*TERCERO.- Examinando la cuestión desde el plano del Derecho interno español, no ofrece dudas el carácter administrativo de la actividad del Estado dirigida al mantenimiento del orden público económico uno de cuyos instrumentos técnico-jurídicos es la Ley 110/1963, de 20 julio, sobre «Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia», (...)Dada la neta separación que existe entre Administración y Jurisdicción, lo que determina que ésta no pueda conocer de aquellas materias que entran en el ámbito competencial de la Administración (sin perjuicio de la revisión jurisdiccional de los actos de la Administración), no puede hablarse, como se hace en el recurso, de que nos hallamos ante una cuestión prejudicial entendida como un juicio judicial que deba formarse, con carácter previo, para poder formular el juicio definitivo sobre la cuestión que se decide en el asunto principal, y que es el tenido en cuenta por el art. 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al decir que «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente», precepto que, fundado en el principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 de la Constitución) no permite extender la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales a asuntos o materias de la competencia exclusiva o privativa de la Administración, como son las relativas a la declaración que se solicita en el apartado primero del suplico de la demanda sobre la existencia de prácticas abusivas por parte de la demanda al explotar su posición de dominio en la totalidad o parte del mercado y que se le dirija una intimación para que cese en ella -art. 15.1 a) de la Ley 110/1963-; es decir, no nos encontramos ante un asunto atribuido a la competencia de un órgano jurisdiccional de un determinado orden y sobre cual pueda conocer otro órgano de otro orden jurisdiccional distinto, a los efectos previstos en el citado art. 10.1. De todo ello, ha de concluirse que no resultan competentes los Juzgados y Tribunales de orden jurisdiccional civil para conocer de la pretensión contenida en el apartado primero del suplico de la demanda, por ser competencia privativa de la Administración del Estado y, dentro de ésta, del Tribunal de Defensa de la Competencia”. Vid. H. BROKELMANN. “Conflictos y soluciones en la administración paralela administrativa y judicial”. En: Santiago Martínez Lage y Amedeo Petibò Juan (Dirs). *La modernización del derecho de la competencia*, Dirs. Madrid-Barcelona: Fundación Rafael del Pino y Marcial Ponds, 2005, p. 96 quien comentando la decisión CAMPSA señala: “Según esta jurisprudencia, los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil carecerían de competencia para conocer de una demanda fundada, a título principal, en una violación de las normas de la competencia, puesto que los órganos administrativos -ya sea la Comisión o el TDC- disponen de competencias privativas para conocer de dichas materias”.*

Tratándose de las normas comunitarias y desconociendo la jurisprudencia sobre el efecto directo, el TS consideró que los jueces nacionales sólo podían aplicar los arts. 85 y 86 del TCE (actuales 81 y 82 del TCE) a título incidental y no en forma principal como era el caso planteado por los demandantes⁷⁴. Se afirmó, que la aplicación directa y a título principal de las normas comunitarias correspondía únicamente a la Comisión y al TDC y por tanto eran ellas las que debían declarar el cese de las conductas⁷⁵.

Tratándose de la **indemnización de perjuicios** la sentencia mencionada estableció que la competencia para su declaración correspondía a la jurisdicción civil, siempre y cuando existiese una decisión previa y en firme del TDC o de la jurisdicción contenciosa administrativa por medio de la cual se declarase la infracción⁷⁶.

En relación con **declaración de nulidad**, además de la decisión CAMPSA -que venimos comentando- hay que destacar las consideraciones hechas por el TS (Sala Primera) en sentencia de 4 de noviembre de 1999, en la que reiteró que los órganos jurisdiccionales civiles carecían de competencia para declarar la nulidad de un contrato en el cual ha podido existir un abuso de posición dominante, cuando no existía una decisión administrativa previa del TDC que declarase la ilicitud del comportamiento⁷⁷.

⁷⁴ C. FERNÁNDEZ VICIÉN. Op. Cit., p. 194 *“El TS haciéndose un confuso eco de la opinión del Abogado General Mayras, estimó en CAMPSA que los demandantes invocaban las normas comunitarias a título principal y que, por tanto, dicha competencia no le correspondía en tanto que órgano jurisdiccional del orden civil. Al rechazar entrar a analizar el asunto sometido a su análisis y confirmar las sentencias de instancia, el TS desconoció el efecto directo del derecho comunitario en el ámbito que nos ocupa”*.

⁷⁵ *Ibíd.* *“De todo lo expuesto, no puede llegarse a la conclusión de ser competente un Juzgado de orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda inicial de los presentes autos en la que, respecto al pedimento primero del suplico, se pretende la aplicación a título principal del art. 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, pues si en la citada jurisprudencia se reconoce la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales que no pertenezcan a «las jurisdicciones especialmente encargadas de aplicar la legislación nacional sobre la competencia o de controlar la legalidad de esta aplicación por parte de las autoridades administrativas» [en nuestro sistema judicial, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a tenor del art. 124.2 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto de 4-3-1965) y reformado por Real Decreto 2574/1982, de 24 septiembre] para la aplicación directa de los arts. 85.1 y 86 del Tratado, tal aplicación ha de ser a título incidental, no a título principal como se pide en la demanda ya que en este caso, la aplicación de las tan repetidas normas comunitarias queda reservada a la Comunidad si ha iniciado un procedimiento a tenor del art. 9.3 del Reglamento 17, o, en otro caso, al Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el Real Decreto de 29-8-1986”*.

⁷⁶ STS de 30 de diciembre de 1993 *“En cuanto a las pretensiones indemnizatorias ejercitadas en los apartados dos y tres del suplico de la demanda, si bien es cierto que, de acuerdo con el art. 6 de la Ley de 20-7-1963, corresponde su conocimiento a los órganos jurisdiccionales del orden civil, es menester que el ejercicio de esas acciones de resarcimiento haya sido precedido de una resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia (en su caso, de la decisión de la Comisión de la Comunidad Económica Europea) en que se haya declarado la existencia de las prácticas restrictivas de las competencias prohibidas, de las que nacen los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pide constituyendo, por tanto, esa resolución un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción indemnizatoria cuya falta impide a los Juzgados y Tribunales entrar en el conocimiento de las mismas, sin que sea admisible la interposición de demandas «ad cautelam» y para el caso de que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de esas prácticas restrictivas prohibidas”*.

⁷⁷ STS de 4 de noviembre de 1999: *“En ambos fallos se defiende la misma doctrina: aunque a efectos prejudiciales cada orden jurisdiccional pueda conocer de asuntos que no le están atribuidos privativamente, esta facultad «no permite extender la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales a materias de la competencia exclusiva o privativa de la Administración, como son las relativas a la existencia de prácticas abusivas al*

Aunque con posterioridad el TS en sentencia de 2 de junio de 2000 admitió la aplicación judicial del derecho antitrust, sólo lo hizo en referencia a los arts. 81 y 82 del TCE y no en relación con las normas nacionales españolas, por lo que las conclusiones de la mencionada sentencia tienen un alcance que se limita al Derecho Comunitario.

De lo anterior se desprende que la situación ha venido siendo mucho más compleja respecto de la indemnización de daños y perjuicios que en relación con la declaración de nulidad, pues respecto de aquélla la decisión administrativa previa se ha considerado como un requisito de procedibilidad (art. 13.2 Ley 16/1989), mientras respecto de la nulidad se ha llegado a admitir -aun cuando sólo sea por alguna parte de la doctrina- la aplicación de un sistema de prejudicialidad⁷⁸.

A pesar de las decisiones del TS antes comentadas y de la posición de la doctrina mayoritaria, existía un sector minoritario que interpretaba de forma diversa el art. 13.2 de la Ley 16/1989 y, que consideraba que esta disposición admitía la reclamación de daños y perjuicios ante el juez civil sin necesidad de una decisión administrativa previa por parte del TDC. En apoyo de esta interpretación se alegaba en primer lugar, el tenor literal del art. 13.2 y en concreto la acepción “podrá” que utilizaba la norma, a partir de la cual se deducía el carácter potestativo y no obligatorio del proceso administrativo; así mismo, se afirmaba con base en lo dispuesto en la LOPJ y en particular en lo previsto en el art. 10.2 de esta Ley, que el art. 13.2 de la Ley 16/1989 se refería a un asunto de prejudicialidad y no de procedibilidad; así mismo se afirmaba que la sentencia CAMPSA había sido proferida bajo la vigencia del art. 6 de la LRPRC (Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia -110 de 1963-) y del antiguo Reglamento del TDC y no bajo el imperio de art. 13.2 de la Ley 16/1989⁷⁹. Finalmente, apoyan su tesis con base en

explotar una posición de dominio en el mercado». La Sala sostiene, con referencia al art. 15.1 a) de la Ley 110/1963 que no resultan competentes los Juzgados y Tribunales del Orden Jurisdiccional Civil para conocer de las controversias sobre restricción de la competencia, por ser de competencia privativa de la Administración del Estado (conforme a los arts. 7 y 10 de la Ley de 20-7-1963). (...) Por ello el problema de si «United International Pictures Sociedad Regular Colectiva» se prevaleció de su posición de dominio en el mercado de la distribución cinematográfica imponiendo de forma indirecta (obligando a proyectar más películas que las que permitía el espacio temporal contratado) condiciones comerciales no equitativas (art. 6 de la Ley) alimenta una polémica que no puede ser enjuiciada por los órganos de la jurisdicción civil, siendo por ello revocable la sentencia impugnada que declaró la nulidad de los contratos suscritos, atribuyéndose facultades deferidas por la Ley al Tribunal de Defensa de la Competencia”.

⁷⁸ S. MEDRANO IRAZOLA. Op. Cit. pp. 20 y 21 “La declaración de nulidad de negocios jurídicos civiles y, especialmente, las consecuencias inter partes de tal declaración son asuntos íntegra y privadamente entregados al ámbito de la competencia material de la jurisdicción civil. Siendo esto así, dicha declaración de nulidad podrá hacerse valer ante los órganos de dicha jurisdicción por medio de acción o (más probablemente) por vía de excepción opuesta por la parte que se ve compelida judicialmente al cumplimiento de un acuerdo de esta índole. La declaración de nulidad precisará, como es natural, apreciar si el acto o negocio cuestionado incurre en las prohibiciones de la LDC lo que puede hacer el juez civil al amparo del referido art. 10.1 de la LOPJ [Ley Orgánica del Poder Judicial]. Y no existe en esta caso una norma que imponga para esta declaración requisito de procedibilidad alguno”.

⁷⁹ C. FERNÁNDEZ VICIÉN. “La eficiencia real del derecho de la competencia: la indemnización de los daños causados”, Op. Cit., p.176: “En consecuencia, cabe pensar que la atribución exclusiva de la aplicación de la ley al TDC es más bien resultado de la tradición jurisprudencial existente bajo la vigencia de la normativa anterior. Ello es más evidente, si cabe al apreciar que la actual LDC, a diferencia de la anterior, nada dice –ni, por ende, prescribe requisito de procedibilidad alguno- sobre la declaración de nulidad de los actos contrarios a la misma, cuya competencia corresponde naturalmente a los jueces”. F. DE LA VEGA GARCÍA, Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Op. Cit., p. 354 considera que el art. 6 de la LRPRC y

las consideraciones hechas por el TS en la sentencia de 2 de junio de 2000, en relación con los arts. 81 y 82 del TCE⁸⁰, las cuales hacen extensivas a la legislación y al ámbito nacional.

Otra parte de la doctrina, consideraba con base en lo dispuesto en el art. 43.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que lo dispuesto en el art. 13.2 de la Ley 16/1989 era un supuesto de prejudicialidad administrativa, es decir, un supuesto en el cual el proceso civil debía suspenderse a la espera de una decisión administrativa definitiva⁸¹. Bajo esta tesis se afirmaba que a la víctima no debía impedírsele el ejercicio de la acción civil (de nulidad y/o de responsabilidad civil), estando eso si, el fallo judicial suspenso hasta tanto la autoridad administrativa adoptaba una decisión sobre la infracción de las normas de libre competencia⁸².

Además de las anteriores tesis y con el fin de evitar todos los problemas que derivaban de la duplicidad de procedimientos (administrativo y judicial), la doctrina también planteó como vía alterna para la reclamación de los daños y perjuicios padecidos, la formulación de una demanda civil por actos de competencia desleal, a través de la acción prevista en el art. 18.5 de la LCD y, en concreto, invocando la realización de una conducta constitutiva de la “violación de normas” (art. 15 de la LCD⁸³). Se afirmaba que si las normas que protegen los intereses particulares son las normas de competencia desleal (LCD), lo lógico es que a través de ellas se defiendan este tipo de intereses, cuando quiera que estos resulten lesionados por un comportamiento contrario a la libre competencia⁸⁴. En este mismo sentido, alguna parte de la doctrina, sostuvo que no era

el art. 13.2 de la Ley 16/1989 admiten la interpretación según la cual la decisión administrativa sólo es relevante a efectos del cómputo de la prescripción de la acción civil. En efecto señala: “(...) La utilización de la expresión *podrán inducir a pensar que la declaración del TDC puede ser considerada relevante únicamente a efectos del inicio del cómputo del plazo de prescripción y, por tanto, no representa un presupuesto esencial para interponer una acción de responsabilidad civil derivada de ilícitos antitrust*”.

⁸⁰ En apoyo de esta tesis R. ESTUPIÑÁN CÁCERES. Op. Cit., pp. 73 y 74.

⁸¹ Sobre una interpretación alternativa del art. 13.2. de la Ley 16 de 1989 puede verse S. MEDRANO IRAZOLA, Sabiniano. Op. Cit. pp. 17 a 19 quien aboga por considerar que lo dispuesto en ésta norma es en realidad un supuesto de prejudicialidad y no un requisito de procedibilidad. Ver también al respecto la doctrina citada por I. RODRÍGUEZ DÍAZ, “El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios”, *GJUEC*, 2003, noviembre- diciembre, No. 228.

⁸² Esta tesis tenía la ventaja de permitir que la víctima además de iniciar el proceso civil pudiese interrumpir la prescripción de la acción y solicitar dentro del proceso civil la práctica de medidas cautelares tendientes a garantizar el eventual pago de los perjuicios padecidos. Sobre el tema de la prejudicialidad pueden verse, entre otras, la SAP de Guipúzcoa del 4 de septiembre de 2001 y SAP de Baleares del 21 de febrero de 2003.

⁸³ LCD “artículo 15. 1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa. 2. **Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial**”. Negrillas fuera de texto.

⁸⁴ Ver I. RODRÍGUEZ DÍAZ. Op. Cit., pp. 40 y 41: “Por otro lado, hemos señalado que tanto la LDC como la LCD protegen los mismos intereses pero no es menos cierto que una norma establece los mecanismos necesarios para proceder al sancionamiento de las conductas que, por afectar de manera sensible la competencia en el mercado resultan contrarias al interés público, mientras que la otra regula las acciones y procedimiento a seguir atendiendo principalmente a la tutela de los intereses particulares. Es por esto mismo que. Lo lógico, cuando nos encontremos ante un ilícito antitrust, lo persigamos como ilícito desleal si conlleva

necesario acudir a la “violación de normas” y que bastaba para poder obtener la indemnización de los perjuicios, con promover la acción de competencia desleal con base en el art. 5 de la LCD⁸⁵.

Lamentablemente estas vías alternas de judicialización de las normas de libre competencia a través de la aplicación del art. 15 y/o del art. 5 de la LCD, generaban las mismas dificultades que se desprendían de una interpretación literal del art. 13.2 de la Ley 16/1989, toda vez que en estos casos el juez que conocía de la demanda por actos de competencia desleal debía establecer si había existido una infracción de la LDC, con lo cual se estaría nuevamente frente a la dificultad de saber si tal examen o constatación podía hacerse en forma directa o si en todo caso debía esperarse una decisión administrativa en firme. De las autoridades competentes. Adicionalmente, la aplicación de ésta solución estaba condicionada a la prueba de los “fines concurrenciales” del acto y el propósito de “adquirir una ventaja significativa en el mercado” según lo dispuesto en el art. 2 de la LCD y, que además de ello, con la conducta de que se trate se hubiesen lesionado los intereses de los competidores y/o de los consumidores, hechos estos que no siempre resultarán fáciles de demostrar⁸⁶.

Lo cierto todo era que bajo la vigencia del art. 13.2 de la Ley 16/1989 y de la interpretación mayoritaria que de esta norma había hecho la doctrina, 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 judicial⁸⁷.

daños a competidores y/o consumidores, pues es la LCD y no la LDC la que establece los instrumentos destinados a ello”.

⁸⁵ Para solucionar los inconvenientes que derivan de la aplicación del art. 15.2 LCD, I. RODRÍGUEZ DÍAZ. Op. Cit., p. 40. Isabel, propone “En nuestra opinión todo acto contrario a la LDC por infringir los arts. 1 y 6 es un acto de competencia desleal. (...). Pero ha sido un error, por resultar infructuoso, tratar de perseguir un ilícito antitrust acudiendo al art. 15.2 de la LCD. Por tanto debemos utilizar otros preceptos donde encaje la conducta en cuestión o, en su defecto, la cláusula general del art. 5 de la LCD (...). Al decidir ahora un juez que una conducta es desleal, lo hace basándose en que infringe la LCD (excluido en art. 15.2) sin atender para nada si además contraviene la LDC que, para él, es irrelevante”.

⁸⁶ *Ibíd.* Op. Cit., p. 41 “Para proceder contra los actos descritos en la LDC no basta con decir sin más que son actos desleales, siendo además necesario que cumplan una serie de requisitos descritos en el art. 2 de la LCD, a saber: que se realicen en el mercado y que tengan un fin concurrencial”.

⁸⁷ Art. 13.2 de la Ley 16/1989 y también 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, sólo 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”. También al respecto C. FERNÁNDEZ. La eficiencia real del derecho de la competencia... Op. Cit., p.174 manifiesta: “En términos de tiempo, al 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”.

En todo caso, hay que reconocer que una vez se identificó el problema derivado de la aplicación del art. 13.2 de la Ley 16/1989, el legislador español intentó dar una solución al mismo agregando mediante la Ley 52/1999 un apartado tercero al mencionado artículo. Sin embargo, este intento resultó infructuoso pues esta disposición lo único que hizo fue hacer aún más compleja la situación de la víctima sin arrojar luces sobre el tema del requisito de procedibilidad.

Tras el Reglamento 1/2003, la situación siguió en términos generales siendo igual. Sin embargo, las expedición de la normas que daban cumplimiento al Reglamento comunitario, hicieron innegable la incoherencia entre el régimen de aplicación de las normas comunitaria y la aplicación de las disposiciones de la Ley 16/1989, pues, mientras se admitía y promovía la aplicación por parte de los jueces mercantiles de las normas comunitarias (arts 81 y 82 del TCE), éstos se encontraban impedidos para aplicar las normas nacionales.

En este escenario, la mayoría de los operadores económicos optaron por invocar –en cuanto ello era posible- la aplicación de las disposiciones el TCE, a fin de conseguir acceder al sistema de aplicación privada y a sus ventajas. Quienes quedaban sometidos a las normas nacionales en condiciones de evidente desventaja debían seguir el régimen imperante, es decir, por cumplir con el esquema del doble procedimiento.

Esta incoherencia vino a ser resuelta con la expedición de la nueva LDC. La disposición adicional primera de la LCD, siguiendo el art. 6 del Reglamento 1/2003, establece la competencia de los jueces de lo mercantil para aplicar los arts. 1 y 2 de la Ley. Este nuevo sistema de aplicación privada o judicial de las disposiciones de libre competencia, otorga un papel protagónico a los particulares, quienes en adelante podrán optar por solicitar la aplicación directa de esta normativa ante las autoridades administrativas o ante los jueces de lo mercantil, en este último caso, con la ventaja evidente de poder solicitar de forma consecutiva la declaración de los efectos civiles derivados de la infracción (nulidad y responsabilidad).

Bajo este nuevo régimen, los jueces de lo mercantil pueden aplicar en forma directa a título principal o incidental las disposiciones referentes a los acuerdos colusorios y a los comportamientos abusivos, en tal sentido, podrán declarar la infracción e igualmente la pronunciarse sobre nulidad o la responsabilidad a cargo del infractor sin que en ninguno de estos casos se requiera de una decisión administrativa previa, aunque, desde luego las partes podrán optar por esta vía si lo consideran mejor para sus intereses.

Al igual que en el contexto comunitario y siguiendo sus disposiciones como modelo regulatorio, el legislador Español adopta un conjunto de mecanismos que permiten coordinar las acciones de los jueces de lo mercantil con las competencia que en esta materia corresponden a la CNC y a las diferentes autoridades autonómicas, y que igualmente permiten dar cumplimiento a los deberes que en este sentido imponen las normas comunitarias a las autoridades nacionales de competencia. También cabe destacar que la nueva LDC ha introducido importantes reformas en las normas de procedimiento civil, con el fin de garantizar la efectividad de los mecanismos de

coordinación y solventar los problemas de orden procesal y de competencia entre los jueces civiles y los mercantiles⁸⁸.

Existen en la actualidad muchas expectativas positivas sobre el éxito de este nuevo sistema de aplicación de las normas de libre competencia. Es de esperar, que la aplicación pública se reduzca o que en general su desarrollo sea consecuencia de la aplicación privada. El mayor protagonismo de los particulares en la aplicación de la LDC, deberá, en teoría, incrementar el control de las conductas restrictivas y del abuso de posición dominante, permitiendo que la acción de las entidades administrativas (CNC y autoridades autonómicas) se oriente a la revisión y control de las conductas de mayor relevancia.

Quedan en todo caso varios puntos en la mira del legislador y de la doctrina, que tienen como fin la consolidación del sistema de aplicación judicial: El primero se refiere a la mayor capacitación de los jueces de lo mercantil en los asuntos referentes al análisis económico, indispensable a la hora de aplicar las disposiciones sobre ilicitud antitrust y más específicamente aquellas que permiten definir la antijuridicidad de las conductas. En segundo lugar, habrá que esperar cómo funciona el sistema de excepción legal a efectos de definir si es necesario establecer algunas pautas y límites al mismo. Y, en tercer lugar, en relación directa con la segunda parte de este artículo deberán definirse reglas sobre el tema de la responsabilidad civil derivada de ilícitos antitrust (daños indemnizables, cuantificación, acciones colectivas etc.) y la relación de estas disposiciones con los sistemas de clemencia. Finalmente consideramos, que el nuevo sistema significa un paso al frente en un nuevo proceso de acercamiento de lo antitrust a lo desleal, que impone el reto de reexaminar la separación de estos dos ámbitos del derecho de la competencia.

Aunque somos positivos como la mayor parte de la doctrina, sólo la aplicación práctica del sistema arrojará un balance sobre su éxito o su necesaria readaptación o reforma.

Veamos entonces cuál es el panorama del tema en Colombia y si resulta posible plantear la adopción de una reforma como la anteriormente descrita y si tal hipótesis arrojaría ventajas dentro de nuestro sistema de libre competencia.

2. EL SISTEMA DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA

En Colombia, la libre competencia es un derecho con rango constitucional y de naturaleza colectiva y conforme lo señala la Corte Constitucional y la doctrina, es igualmente un principio orientador del sistema de economía de mercado.

Para preservar este derecho-principio y por ende el bienestar general que se desprende de su aplicación⁸⁹, se ha dispuesto la intervención del Estado en la Economía con fines

⁸⁸ Una descripción general de estos mecanismos de coordinación y cooperación puede verse en la segunda parte del trabajo de investigación sobre *“La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y la valoración de las cláusulas de exclusividad en los regímenes de libre competencia europeo, español y colombiano”*, publicada en la Revista E-mercatoria, Vol. 6, No. 2 de 2007.

⁸⁹ Concepto de la SIC No. 03050734 de 31 de Julio de 2003: *“(…) la protección de la competencia se desprende de la idea de que la prosperidad económica está estrechamente ligada con el desarrollo de la libre*

específicos que van desde la regulación y promoción, hasta la represión y la sanción de conductas que perturban el ejercicio y desarrollo de este derecho.

Una de las formas que adopta esa intervención del Estado en la economía nacional es la de establecer los límites dentro de los cuales los particulares pueden desarrollar su derecho a competir libremente. Esta regulación se encuentra contenida fundamentalmente en las normas de promoción de la competencia, de prohibición de las prácticas restrictivas y, en las normas que proscriben las conductas de competencia desleal.

Nos referiremos únicamente a las normas de libre competencia o de defensa de la competencia, aun cuando algunas de las conclusiones aplicarse también al tema de la competencia desleal.

2.1. LAS AUTORIDADES COMPETENTES PARA APLICAR LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA Y PARA DECLARAR LOS EFECTOS CIVILES DERIVADOS DE SU INFRACCIÓN

Al igual que en Europa y España, en Colombia, la aplicación de las normas de libre competencia tradicionalmente ha sido encomendada a autoridades de naturaleza administrativa. En este orden, puede afirmarse que nuestro legislador optó por un modelo público de aplicación del derecho antitrust, en el cual, la intervención judicial, por regla general, sólo se produce *a posteriori* de las actuaciones y de las decisiones de las autoridades administrativas y, únicamente, en cuanto las conductas restrictivas hayan lesionado intereses privados y las víctimas hayan promovido las acciones civiles pertinentes. Como más adelante los veremos, este sistema “público” ha venido siendo matizado tanto por la jurisprudencial –fundamentalmente la arbitral- como por la doctrina.

En la escogencia del modelo público de aplicación de las normas de libre competencia han sido determinantes diversos factores, entre ellos: (i) el modelo de economía de mercado de carácter mixto establecido en la Constitución Política, en virtud del cual junto a la libre competencia económica (art. 333 C.P.) se establece la intervención del Estado en sectores determinados y con fines específicos (art. 334 C.P.); (ii) También ha sido definitivo el reconocimiento del interés público que recae sobre el funcionamiento del mercado en condiciones de libre competencia (iii) Las facultades judiciales que se han atribuido a las entidades administrativas y (iv) El carácter especializado de las entidades administrativas con competencias en la materia.

En este orden de ideas, se ha considerado que la defensa de la competencia debe estar encomendada a una autoridad administrativa que actuando revestida de facultades de esta naturaleza tenga a su cargo la protección y mantenimiento del orden público económico; esta autoridad con competencias generales en la materia es la SIC a la cual corresponden, entre otras, las funciones de velar por el cumplimiento de las normas de

empresa. En este sentido, el Estado mantiene la dirección de la economía haciéndose responsable que en su desarrollo se guarden los principios de nuestra organización política. En ese contexto se entienden las facultades de inspección, vigilancia y control atribuidas al Presidente de la República y otras instancias”.

promoción de la competencia así como la de adelantar los procedimientos de investigación y sanción a que haya lugar en caso de violación de estas disposiciones (arts. 1, 2 y 44 del Decreto 2153 de 1992⁹⁰;⁹¹).

Además de la SIC, vigilan el cumplimiento- las normas de libre competencia y/o también aplican esta normativa dentro del ámbito de sus competencias sectoriales, entre otras, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (arts. 14, 34, 98 y 133 de la Ley 142 de 1994, la Superintendencia de Puertos y Transporte (art. 22 de la Ley 1 de 1991), La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (art. 74 de la Ley 142 de 1994 y Resolución No. 036 de la CRT, Resolución No. 13 de 1994)⁹².

En el curso de los procedimientos a su cargo, la SIC actúa revestida de facultades administrativas y sometida a las normas que rigen los procedimientos de esta naturaleza⁹³. Conforme a estas normas, además de declarar la infracción, puede ordenar el cese o la modificación de la conducta restrictiva así como imponer las multas que estime necesarias tanto a la empresa como a su director, administrador o representante legal⁹⁴.

⁹⁰ Decreto 2153 de 1992:

“Artículo 1. Naturaleza.- La Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal”.

“Artículo 2o. Funciones.- La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios. (...)”.

“Artículo 44. Ámbito funcional.- La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante”.

⁹¹ Concepto de la SIC No. 02069605 de 17 de Septiembre de 2002: “Las atribuciones de esta Entidad se predicen, entonces, respecto de las conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas que se desarrollen en todos los sectores, salvo en los casos en que esta facultad haya sido conferida a otra autoridad. Por ello, se ha sostenido que la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con una cláusula general de competencia en esta materia”. Ver también los Conceptos Nos. 98063456 de 5 de febrero de 1999, 02047694 de 27 de Junio de 2002 y 02007014 de 13 de Marzo de 2002.

⁹² Sobre el tema puede revisarse la compilación de las normas de competencia realizadas por el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. www.centrocedec.org.

⁹³ Art. 54 del Decreto 2153/1992. En la aplicación de las normas de competencia desleal, la SIC puede hacer uso de sus facultades administrativas o actuar como entidad administrativa revestida de facultades jurisdiccionales (art. 143 y 144 de la Ley 446 de 1998 y Sentencias de la Corte Constitucional C-384 de 2000 C-1641 de 2000, C-649 de 2001), en otros términos, en los procesos por competencia desleal, además de las facultades administrativas conferidas por el Decreto 2153/1992, la SIC también dispone de competencias o atribuciones jurisdiccionales.

⁹⁴ Decreto 2153/1992 arts. 2 num. 2, 4 nums. 4, 13, 15 y 16. También D. DE LA CRUZ CAMARGO. “Legitimados en los procesos por prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal”, *Revista CEDEC – Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*, 2004, No. V, p. 300: “como órgano adscrito al Ministerio

No obstante su amplia gama de facultades, ni la SIC ni las demás autoridades administrativas con competencias en la materia, se encuentran facultadas para declarar los efectos civiles que derivan de la infracción de las normas de libre competencia; tanto la nulidad de los acuerdos como la responsabilidad civil, que pese a estar reconocidos no se encuentran reglamentados, requieren siempre de declaración judicial.

A la **nulidad** se refiere única e indirectamente el art. 46 del Decreto 2153/1992, al señalar que *“En los términos de la ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”* (negrilla fuera de texto). De esta disposición se deduce que los acuerdos restrictivos de la competencia son nulos con carácter absoluto.

Respecto de la **responsabilidad civil** no existe referencia legal ni en la Ley 155 de 1959 ni en el Decreto 2153 de 1992; sin embargo, con base en las disposiciones del C.C. y en concreto de lo dispuesto por el art. 2341⁹⁵, se puede afirmar el derecho a reclamar los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de un ilícito antitrust, pues como quedo dicho en la introducción de este artículo, la violación de las normas de libre competencia además de afectar el interés público, puede lesionar los intereses y derechos de uno o varios particulares, causando daños tanto de naturaleza patrimonial como extrapatrimonial que deben ser objeto de resarcimiento. En todo caso valga en este punto señalar, que la SIC ha admitido, aunque escuetamente, el derecho tal indemnización⁹⁶.

Así las cosas, habrá que establecer si en Colombia las víctimas de una conducta anticompetitiva (competidores y/o consumidores) pueden acudir ante el juez y solicitar la aplicación directa las normas de libre competencia y la consecuente declaración de los efectos civiles, o si como ocurría en España bajo la vigencia del art. 13.2 de la Ley 16/1989, sería necesario desarrollar un proceso administrativo previo sin el cual no sería procedente la actuación judicial.

de Comercio Industria y Turismo. La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad administrativa encargada de velar por la observancia de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal. Para el logro de este cometido, a la Superintendencia la ley se le ha investido de facultades administrativas que le permiten investigar los comportamientos que puedan infringir las normas que regulan la libre competencia en los mercados e imponer las sanciones del caso”. Las facultades de inspección y vigilancia sobre el mercado pueden ejercerse incluso, cuando la empresa o la persona de que se trata se encuentra sometida a la inspección, vigilancia y control de otra Superintendencia, siempre que, como es lógico, no exista una norma especial que atribuya a dicha autoridad una competencia específica en esta materia Vid. Concepto de la SIC No. 02047694 del 27 de Junio de 2002: “Al tenor de la norma anterior es claro que, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad general para velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y de imponer las sanciones por su violación a todos los actores del mercado, independientemente del sector económico al que pertenezcan y a pesar de que estén sometidos a la inspección, vigilancia y control de otras entidades, salvo que una norma de carácter legal le confiera expresamente dicha facultad a otra autoridad administrativa”.

⁹⁵ Art. 2341 del C.C. *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.*

⁹⁶ Concepto de la SIC 03034267 del 13 de Mayo de 2003 *“1.2 Prácticas comerciales restrictivas. En materia de prácticas comerciales restrictivas, el fundamento de tal indemnización también lo constituye el artículo 2341 del código civil, y los mismos deben ser solicitados ante la justicia ordinaria”.*

2.2. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA.

Venimos afirmando que el legislador Colombiano optó por un sistema de aplicación del derecho antitrust de carácter público. Corresponde ahora matizar tal afirmación, contrastando el funcionamiento que teóricamente sigue en un modelo de aplicación pública o administrativa con la realidad práctica, reflejada en nuestra jurisprudencia y la doctrina sobre el tema.

Bajo el modelo “público” puro, las autoridades administrativas son las únicas que pueden aplicar en forma directa las normas de libre competencia, constatar su infracción y, de ser el caso, adoptar las medidas necesarias para restablecer el adecuado funcionamiento del mercado e imponer las sanciones respectivas. Sólo una vez ha sido declarada la infracción, el particular lesionado por la conducta antitrust puede acudir ante el juez y solicitar que se declare la nulidad del acuerdo y la responsabilidad civil del infractor.

De esta forma, la víctima está sometida a un doble procedimiento, uno de orden administrativo y otro de carácter judicial. El acto administrativo en firme o la sentencia contencioso administrativa definitiva, constituyen un requisito de procedibilidad de las acciones civiles.

Bajo este sistema, además de los problemas propios de la dualidad procesal, la víctima queda en situación de indefensión en caso de prescripción de la acción o de caducidad de la facultad sancionatoria de la entidad administrativa, toda vez que estos casos no se dispone del acto administrativo sancionatorio. Adicionalmente, en un sistema como el que teóricamente describimos los efectos que sobre el proceso civil tendría la revocación del acto administrativo que ha servido de base a las demandas civiles debería ser un supuesto obligatoriamente regulado.

En Colombia el tema no se ha abordado con la profundidad que merece. Cabe por tanto preguntarnos si el modelo teórico “público” que hemos descrito, se aplica en sentido estricto o si éste admite fisuras o adaptaciones en nuestro entorno, pero sobre todo, cabe preguntarnos si no estamos de hecho, frente a un sistema de carácter mixto, que establece como regla general la aplicación pública pero que admite también, en determinados casos, la aplicación judicial o privada de las normas de libre competencia.

Aunque las tendencias del Derecho Comunitario y español pueden orientar nuestro análisis sobre el *statu quo*, así como las reflexiones sobre las particulares del sistema privado sus ventajas; estas experiencias no pueden ser definitivas al momento de considerar la conveniencia de la implementación de un sistema judicial en el contexto social y jurídico colombiano, pues otras son nuestras realidades y necesidades, pero sobre todo, otra es nuestra tradición y experiencia en la materia.

Así las cosas, se hace necesario responder algunos interrogantes a efectos de definir en qué estado de cosas se encuentra la aplicación del derecho antitrust en Colombia y cuáles son sus perspectivas de desarrollo, así debemos cuestionarnos sobre lo siguiente: Pueden los jueces civiles aplicar en forma directa las normas de libre competencia?, es o

no necesario adelantar un procedimiento administrativo previo a la demanda judicial de nulidad o responsabilidad civiles por ilícitos antitrust?

La resolución de estos interrogantes involucra a su vez otros cuestionamientos importantes: Pueden los jueces aplicar las normas de libre competencia cuando esta función conforme a la legislación vigente corresponde a una entidad administrativa?; Son las funciones de la SIC referentes a la aplicación de las normas de libre competencia de carácter exclusivo?; resulta necesario que una norma jurídica atribuya a los jueces la aplicación directa de las normas de libre competencia para que estos puedan actuar en consecuencia o basta con la práctica judicial?, es procedente la aplicación de estas disposiciones a título incidental?

La respuesta a estos cuestionamientos aun cuando sea con carácter parcial o indirecto estará, en parte en las normas legales, en parte en la evolución jurisprudencial y en parte en la escasa doctrina sobre el tema.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que dentro del ordenamiento jurídico colombiano, existen diferentes supuestos en los cuales la aplicación judicial de las normas de libre competencia es admisible. Entre estos supuestos tenemos los siguientes:

- (a) Los jueces (tribunales contencioso- administrativos) aplican las normas de libre competencia cuando conocen de los recursos interpuestos contra las decisiones administrativas de la SIC o de otras entidades administrativas. En este caso, la aplicación de las normas de libre competencia es siempre por vía indirecta, por lo que este supuesto, en principio, no hace más reafirmar la vigencia de un sistema “público” de aplicación de las normas de libre competencia.
- (b) Las víctimas de una conducta restrictiva de la competencia pueden requerir la indemnización de los daños y perjuicios a través de una acción de competencia desleal que puede promoverse o bien ante la SIC o ante el Juez Civil del Circuito, en estos casos estaremos ante una aplicación judicial de las normas de libre competencia. El supuesto es claro: Para efectos de lograr que el juez aplique las normas de libre competencia en forma directa, la víctima puede alegar la realización de una conducta desleal, en concreto, la violación de las normas de libre competencia (art. 18 de la Ley 256 de 1996⁹⁷) y solicitar seguidamente la indemnización de los daños causados con el comportamiento (art. 20 de la Ley 256 de 1996). Las víctimas obtienen de esta forma, no sólo una orden judicial de cesación de la conducta restrictiva sino también la indemnización de los daños y perjuicios padecidos⁹⁸.

⁹⁷ Artículo 18 LCDC “Violación de normas. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa”.

⁹⁸ Si la SIC han actuado en el procedimiento por conductas de competencia desleal, en uso de sus facultades jurisdiccionales, podrá declarar la existencia de perjuicios, pero la liquidación de los mismos requerirá necesariamente de un incidente de judicial con este objeto. Concepto 03034267 del 13 de mayo de 2002.

En este caso, la aplicación judicial de las normas de libre competencia es una consecuencia necesaria de la invocación de las normas de competencia desleal. Será necesario que la víctima invoque que ha existido una “violación de normas” y que pruebe todos los elementos de esta conducta para que la autoridad administrativa o el juez pueda aplicar las normas de libre competencia. El problema en este punto consiste en definir si resulta necesaria una decisión de la SIC para acreditar la violación de las normas de libre competencia, pues de ser así, volveríamos al comienzo del problema, es decir, retornaríamos a la discusión de si es necesario o no un acto administrativo previo o una sentencia contencioso administrativa que declare la infracción de las disposiciones antitrust, con lo que a pesar de su apariencia esta vía no deja de tener laberintos.

- (c) Los jueces aplican las normas de libre competencia cuando conocen y tramitan las acciones populares o las acciones de grupo en los términos previstos en la Ley 472 de 1998 (art. 34). El juez puede aplicar las normas de libre competencia a fin de constatar si existe un peligro o un daño contingente al derecho colectivo a la libre competencia económica (acción popular) o para determinar si la infracción de esta normativa ha generado un daño a un conjunto de personas que debe ser resarcido (acción de grupo)⁹⁹. En este caso, el juez interviene con fines preventivos y con fines sancionatorios, pero siempre en protección de los intereses de una colectividad.

De estos supuestos se desprenden dos consecuencias: De una parte, que **la aplicación judicial de las normas de libre competencia no es un supuesto extraño en el ordenamiento colombiano** y de otra, que en nuestro ordenamiento **el “sistema público” no se desarrolla en forma pura y presenta, por el contrario, importantes matices**, que son consecuencia de la creciente importancia del tema de libre competencia en nuestro país y de la aproximación cada vez más fuerte de los particulares a su aplicación¹⁰⁰.

En segundo lugar, a efectos de responder los interrogantes planteados, hay que destacar que **la jurisprudencia arbitral ha admitido y justificado la aplicación judicial o privada de las normas antitrust**.

Este hecho no significa ni que los argumentos que ha empleado la jurisprudencia sean todos y siempre correctos y/o adecuados, ni tampoco que la aplicación judicial-arbitral de las normas de libre competencia signifique *per se* la admisión de un sistema judicial dentro de nuestro ordenamiento como el sistema más conveniente o acorde a nuestras necesidades, por lo que habrá que analizar las ventajas y desventajas del mismo.

⁹⁹ El Laudo proferido el 18 de marzo de 2002, por el tribunal de arbitramento que dirimió las controversias entre Cellular Trading de Colombia Ltda., Cell Point y Comunicación Celular S.A., Comcel “*Se puede también citar la competencia otorgada por la Ley 472 de 1998 a los jueces, para conocer acciones populares de protección del derecho colectivo a la libre competencia económica y ordenar las medidas tendientes a cesar la vulneración, las cuales no requieren previa decisión de la superintendencia mencionada, ni prevén exclusividad alguna en su favor*”.

¹⁰⁰ *Ibíd.* “*Así, la superintendencia se encuentra facultada para aplicar la ley en ejercicio de funciones administrativas, en defensa del interés público y del derecho colectivo a la libre competencia. Por su parte, el tribunal arbitral aplica dichas normas por petición de parte y en interés particular*”.

En el Laudo proferido el 18 de marzo de 2002, por el tribunal de arbitramento que dirimió las controversias entre *Cellular Trading de Colombia Ltda.*, *Cell Point* y *Comunicación Celular S.A.*, *Comcel*, se exponen varios argumentos con base en los cuales se sustenta la competencia judicial-arbitral para pronunciarse sobre la existencia de una situación de abuso de posición dominante y, específicamente, sobre la existencia de actos de discriminación en contra del demandante. Los argumentos más importantes a favor de la aplicación judicial expuestos fueron: Revisemos algunos de estos argumentos a efectos de valorarlos:

- (a) Según el laudo, los árbitros al igual que los jueces se encuentran sometidos al imperio de la ley (art. 230 C.P.), por lo que pueden pronunciarse sobre el incumplimiento de una norma nacional imperativa como son las normas de libre competencia.
- (b) El Tribunal Arbitral afirma como sustento de su competencia que “(...) *el inciso 4º del artículo 333 de la Constitución Política antes citado, ordena al Estado evitar o controlar el abuso de la posición dominante en el mercado. En la medida que los árbitros administran justicia en nombre de la República de Colombia, también son destinatarios del mandato de controlar dicho abuso dentro de la órbita de su competencia, y en consonancia con las pretensiones y las excepciones presentadas al proceso*”. Y no es admisible, en la medida en que se desconoce que la función de intervención a cargo del Estado no se realiza únicamente a través de los órganos judiciales sino también a través de la acción de las entidades administrativas.
- (c) Se afirma que la competencia de la SIC no es una competencia exclusiva, toda vez que no existe una norma que disponga tal circunstancia, como tampoco existe una norma que exija una decisión administrativa previa para poder acudir al procedimiento judicial.

Aun cuando el Tribunal Arbitral consideró que dados los hechos y las pruebas del caso había existido un abuso de posición dominante de la empresa demandada y en concreto, actos de discriminación en contra de la sociedad demandante, lo cierto es que la indemnización de perjuicios en favor de ésta se ordenó en razón del incumplimiento contractual y no en razón de la conducta restrictiva de la competencia. De esto podría concluirse que en el caso bajo examen más que un abuso de posición dominante en el mercado se suscitó un abuso de posición dominante contractual o más genéricamente un abuso del derecho, que condujo a la sociedad convocada a incumplir las obligaciones que había asumido en virtud del contrato de agencia celebrado con la convocante, en otros términos, lo importante o definitivo para la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias no fue la conducta de abuso de posición dominante en sí misma sino los incumplimientos contractuales que derivaron de ella. La pregunta que nos surgen es qué habría sucedido si las conductas discriminatorias no suponen la trasgresión de un deber o compromiso contractual?, la respuesta de los árbitros habría sido semejante?, se habría condenado también a la indemnización de perjuicios?¹⁰¹.

¹⁰¹ Una vez declarado el abuso de posición dominante por el Tribunal de Arbitramento en el caso Cell Point, nada se dice en el Laudo arbitral sobre la eventual competencia de la SIC para pronunciarse de oficio o por

En el mismo sentido de las observaciones anteriores, vale la pena destacar las consideraciones hechas en el Laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Intercelular de Colombia S.A. y Bellsouth de Colombia S.A. en el cual nuevamente y pese a las pretensiones de Intercelular se consideró que el “abuso” no se refería a las restricciones de la competencia dentro del mercado sino a una situación contractual. En efecto se afirmó: “48. Como punto de partida **el tribunal debe consignar que el “abuso de la posición dominante” más que alusión a relaciones contractuales, hace referencia a una situación de mercado que afecta la libre competencia. (...) 49. En el caso de vínculos contractuales, como el que es materia de este proceso, mas que de “abuso de una posición dominante”, debe hablarse del “abuso del derecho”, —expresamente reprimido en el artículo 830 del Código de Comercio— figura que, correspondiente al desarrollo jurisprudencial y doctrinario emprendido para morigerar los excesos en el ejercicio de prerrogativas individuales, debe, en todo caso, analizarse de manera cuidadosa para no incurrir en apartamientos injustificados del principio pacta sunt servanda” (Negrillas fuera de texto).**

En este orden de ideas resulta: (i) Que la jurisprudencia arbitral defiende un sistema privado de aplicación de las normas antitrust fundamentalmente argumentando que las competencias de la SIC en la aplicación de estas disposiciones no es exclusiva y que tanto los jueces como la administración pueden y deben dar cumplimiento al mandato dispuesto en el art. 333 de la C.P.; (ii) Que la aplicación de las normas de libre competencia se realiza en forma directa pero a título incidental y no directo, es decir, que la intervención de juez —en este caso de los árbitros- se solicita a efectos de que ellos declaren que ha existido un incumplimiento contractual, que el contrato es nulo total o parcialmente o que el infractor es responsable de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima, declaraciones para las cuales se hace necesario que estos establezcan previamente si ha existido o no que ha existido una infracción de las normas de libre competencia.

En tercer lugar, en orden a responder los cuestionamientos atrás indicados, hay que destacar que **la escasa doctrina sobre el tema se inclina por admitir la aplicación judicial directa de las normas de libre competencia.**

En efecto, A. MIRANDA LONDOÑO parece admitir la aplicación judicial directa de las normas de libre competencia y se decanta por un sistema de prejudicialidad. Así, el citado profesor, distingue entre dos situaciones: Si al momento en que se pretende la nulidad y/o la reclamación de perjuicios cursa ante la SIC o ante el juez administrativo un procedimiento dentro del cual se debate precisamente la existencia de una restricción indebida a la competencia, se debe plantear ante el juez civil una prejudicialidad y por tanto éste debe suspender el proceso hasta tanto no se adopte una decisión definitiva en aquéllos. En este sentido afirma: “*como se puede observar, el presupuesto de la prejudicialidad en el caso que nos ocupa, es la existencia de una investigación de la SIC, o de un proceso contencioso administrativo sobre la nulidad de los actos de la SIC. En estos casos el proceso deberá suspenderse mientras que la autoridad de la competencia*

petición de parte, respecto de la conducta que se le imputaba a la empresa demandada ni sobre la facultad de esta entidad para imponer las sanciones pertinentes (multas) tanto a la empresa como a sus representantes legales.

y/o el juez administrativo adoptan una decisión. Una vez que la SIC y/o el juez administrativo se hayan pronunciado, podrá continuar el proceso civil, cuyo objetivo es la determinación de la existencia de perjuicios ocasionados por las conductas violatorias del derecho de la competencia. No corresponde al juez civil entrar a considerar sobre el carácter anticompetitivo de los actos, puesto que dicho aspecto se debe encontrar demostrado dentro del proceso por la decisión de la SIC y/o del juez administrativo”¹⁰². Si por el contrario, no existe en trámite ningún procedimiento ante la SIC ni ante el juez administrativo, no operará la prejudicialidad y el juez civil podrá aplicar en forma directa las normas de libre competencia, en este sentido el mencionado doctrinante indica: “Naturalmente que puede presentarse el caso de que la SIC no haya adelantado su investigación. En este evento, el juez civil entrará a decidir sobre los aspectos relacionados con el derecho de la competencia así como con aquellos referentes a la indemnización de los perjuicios”¹⁰³.

Cabe, en todo caso preguntarnos si en el primer supuesto -cuando resulta procedente la prejudicialidad-, la decisión administrativa resulta siempre vinculante para el juez y de ser así cuál sería su fundamento, o si por el contrario, sería posible que el juez civil se separase de la decisión administrativa de la SIC o de cualquier otra entidad de este orden y pronunciase su condena en sentido diferente.

Conforme a las consideraciones anteriores podemos resumir algunos rasgos generales de lo que ha sido la experiencia en materia de aplicación privada de las normas antitrust en Colombia:

- (i) Existen varios supuestos legales en los cuales se admite y se regula la aplicación judicial de las normas de libre competencia. Igualmente, tanto la doctrina como la a jurisprudencia arbitral admiten este sistema.
- (ii) Hasta el momento la aplicación directa de las normas de libre competencia por parte de los jueces ha sido siempre una aplicación a título incidental y no principal; es decir, que se ha admitido que los jueces aplican estas disposiciones siempre y cuando la infracción de esta normativa resulta ser un supuesto previo y necesario para definir y pronunciarse sobre las peticiones de las partes relativas al cumplimiento de un contrato, la nulidad total o parcial del mismo o la responsabilidad civil del infractor,
- (iii) Si, como parece arrojar la práctica, se admite la aplicación directa a título incidental, no sería necesario agotar ningún procedimiento administrativo como condición previa a la actuación judicial. En consecuencia, los jueces podrían aplicar las normas de libre competencia y definir consecuentemente los efectos de su infracción.
- (iv) En ningún caso la aplicación de las normas de libre competencia por parte de los jueces significa o implica la exclusión de la competencia de las autoridades

¹⁰² A. MIRANDA LONDOÑO. “El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”, *Revista CEDEC – Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*, No. III, Bogotá, Edit. Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 145.

¹⁰³ Ídem.

administrativas para imponer sanciones administrativas a su cargo (multas). De manera que, junto a las sanciones civiles el infractor podría verse compelido al cumplimiento de multas coercitivas y sancionatorias. Incluso, si las partes llegan a un arreglo sobre los efectos civiles derivados de su trasgresión, la entidad administrativa conserva la facultad de tramitar de oficio una investigación sobre los comportamientos restrictivos y la potestad de imponer multas.

- (v) A pesar de los avances en la materia, no existen antecedentes de aplicación directa y a título principal de las normas de libre competencia por parte de los jueces, es decir, no existen casos en los cuales las partes hayan solicitado y los jueces hayan procedido sin más, a declarar la infracción de las normas de competencia. Es posible que ante una eventual acción en este sentido, las víctimas tuviesen que afrontar alegaciones de incompetencia tanto de parte de los jueces como de quien tiene la calidad de demandado. Por esta razón, consideramos que en este aspecto, habría que detenerse a analizar con detalle el alcance de las competencias de la SIC, a efectos de determinar si son o no exclusivas en lo referente a la declaración de la existencia de la infracción.

En conclusión estamos legalmente frente a un sistema público de aplicación de las normas de libre competencia, que admite la aplicación judicial indirecta de las normas de libre competencia y la aplicación directa de las mismas pero a título incidental. Es por tanto de hecho un sistema de carácter mixto.

No obstante estas consideraciones, es posible que se argumente e insista en que la aplicación de las normas antitrust es un asunto de competencia exclusiva de las entidades administrativas, sin que hasta el momento se hayan conferido legalmente atribuciones sobre este tema a los jueces, a contrario de lo que ha ocurrido en materia de competencia desleal (Ley 256/196). En contra de esta posible crítica, nos adelantamos a señalar que la naturaleza de orden público de las normas de libre competencia es ya un argumento fuerte para que se admita su aplicación por parte de los jueces, aplicación que incluso sería procedente de oficio. A esta defensa, habría desde luego que agregar el hecho de que las normas de libre competencia no sólo protegen el interés público sino que junto a éste, protegen intereses y derechos de los particulares para cuya defensa y protección se requiere la intervención judicial; también cabría alegar que no existe una norma que expresamente señale que las competencias de la SIC son en esta materia exclusivas y excluyentes; también a favor del sistema judicial podrían invocarse todas las ventajas referidas entre otras a la inmediatez y la sencillez que se logra con un sistema judicial así como el más rápido y efectivo resarcimiento de los daños y las lesiones infligidas en el patrimonio particular de la víctima.

2.3. ENTRE DOS ESPADAS: LAS VENTAJAS Y LOS INCONVENIENTES DE UN SISTEMA PRIVADO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA.

Hemos mencionado que en el ordenamiento Colombiano estamos de hecho frente a un sistema mixto de aplicación de las normas de libre competencia, que admite, aunque ninguna norma así lo establezca, la actuación judicial, por lo que resulta importante

determinar las ventajas y la problemática que tendría que afrontarse en caso de llegarse a optar por establecer legalmente un sistema judicial que junto a la aplicación directa a título incidental admitiese la aplicación a título principal.

En Colombia, la aplicación judicial o privada de las normas de libre competencia y, en particular, la reclamación y condena al pago de daños y perjuicios, constituye en nuestra opinión, una forma complementaria de la acción pública y la protección administrativa que ejerce el Estado -sobre el adecuado funcionamiento del mercado- a través de la SIC y demás autoridades sectoriales competentes.

Adicionalmente, la implementación y regulación de un sistema privado o judicial podría convertirse en una medida disuasoria de los comportamientos contrarios a la libre competencia, pues los infractores además de estar obligados al pago de las multas tendrían que considerar el riesgo de asumir cuantiosas condenas de daños y perjuicios, riesgo que si bien existe actualmente sería más intenso a partir de la implementación del sistema judicial.

Además de lo anterior, el sistema privado o judicial podría permitir una aplicación más dinámica y más allegada a los intereses de los particulares e igualmente decisiones más justas y rápidas para las víctimas de los comportamientos restrictivos.

Cabe considerar que una regulación detallada de las acciones de grupo como la existente en Colombia, permite además en el ámbito de la responsabilidad por ilícitos antitrust reducir los costos procesales en los casos de reclamaciones de daños cuyas cuantías son exiguas, lo que dota de mayor coherencia un sistema privado y facilita las actuaciones colectivas o conjuntas de las víctimas frente a los jueces competentes.

No obstante estas ventajas, hay que tener en cuenta los cuestionamientos y las críticas que se formula al sistema judicial o privado de aplicación del derecho de la libre competencia, los cuales se refieren en esencia a su origen y sustrato, y sobre ellos valgan los comentarios que siguen:

El sistema de aplicación privada surgió en Estados Unidos con la Clayton Act, dentro de la cual se dispuso el derecho de las víctimas a entablar las *treble damage actions*, es decir, a obtener el triplo de los daños sufridos como consecuencia de la infracción de la normativa antitrust. A partir de esta disposición el derecho Norteamericano se ha desarrollado principalmente con fundamento en las demandas de los particulares y en las acciones de grupo, cuya motivación principal no es la protección de los intereses privados o el restablecimiento del orden económico, sino sobre todo, la posible condena al pago del triplo de los daños realmente padecidos. Así las cosas, resulta que tanto en su origen como en su desarrollo, el sistema privado atiende a las finalidades del antitrust Norteamericano, pero sobre todo, a la cultura de la exaltación del litigio y de las condenas de daños y perjuicios que en la mayoría de los casos resultan excesivas¹⁰⁴.

¹⁰⁴ V. MARTÍNEZ MULERO. "Defensa de la Competencia y Daños", *RDM*, 2005, No. 255, enero-marzo, p. 116 agrega: "(...) la adopción del modelo privado y específicamente la posibilidad de entablar la *Treble Action* no deja de plantear importantes problemas en la consecución de una defensa efectiva y eficiente de la competencia. Tales problemas derivan de las consecuencias públicas que conlleva desplazar los costes de la actividad de defensa de la competencia sobre sujetos privados que actúan en persecución de un interés de idéntica naturaleza".

Por tanto, en caso de establecer un sistema privado deberán adoptarse los mecanismos necesarios para no incurrir en los excesos que en nuestro concepto existen dentro del sistema americano¹⁰⁵.

De otra parte, hay que tener en cuenta que un sistema privado atiende fundamentalmente a intereses de esta naturaleza y que por tanto puede dejar de lado o minusvalorar la protección del interés público que resulta esencial a un sistema jurídico dentro del cual la competencia no sólo es un derecho constitucional sino un principio orientador de la actividad económica y del modelo de economía de mercado.

Siendo así las cosas, debemos descartar la aplicación de un sistema judicial de carácter puro y decantarnos por un sistema mixto, dentro del cual las autoridades administrativas conservan la defensa del orden público económico y las facultades de imponer sanciones frente a los comportamientos restrictivos y abusivos.

Además de estos inconvenientes hay que considerar que la introducción de un sistema judicial o privado de aplicación de las normas de libre competencia puede suscitar diversos problemas prácticos, derivados fundamentalmente de la carencia de mecanismos de coordinación entre las funciones a cargo de las entidades administrativas y las funciones de los jueces y, la falta de precisión sobre los efectos que tienen las decisiones de unas autoridades sobre las facultades y potestades de las otras¹⁰⁶.

Por tanto, consideramos necesario en primer lugar dictar una norma que regule el tema de forma expresa en particular la aplicación judicial a título principal, con lo cual se evitarán discusiones y se dará certeza a los particulares sobre las posibles vías de acción.

En segundo lugar, nuestra opinión es que dada la especialidad y complejidad que a veces encierra la aplicación de las normas de libre competencia, sería conveniente además de regular las competencias asignarlas a jueces especializados en materia comercial o de no ser estos posible, adoptar mecanismos especiales de capacitación judicial sobre temas económicos y de mercado, con el fin de evitar que se diluya la ventaja de la especialización que derivaba de la implementación y el desarrollo de un sistema público.

En tercer lugar, sería necesario establecer un conjunto de reglas para coordinar las acciones entre los jueces y las autoridades administrativas así como para definir los efectos de las decisiones de unas y otras. En este orden, por ejemplo, se podrían crear mecanismos de comunicación sobre las investigaciones a cargo de cada una de las autoridades, la colaboración permanente en el desarrollo de los procesos bajo su

¹⁰⁵ Una advertencia en sentido similar formuló la Comisión dentro del "Damages actions for breach of the EC antitrust rules", COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexa al Libro Verde en el cual indicó: "47. *The US system is often perceived as encouraging unmeritorious or vexatious litigation. This system should be examined carefully and lessons drawn from it, as well as from the experiences of other foreign jurisdictions in this field, as appropriate. The protection of rights deriving from Community competition law is important, but it is also important to keep excessive litigation in check and to try to achieve some form of moderation in the enforcement system*".

¹⁰⁶ Por ejemplo, no se ha establecido si un juez puede decidir en forma contraria a la SIC o si ésta puede sancionar una conducta que ha sido considerada válida y lícita dentro de un proceso judicial.

competencia y en relación con los efectos de las decisiones se podría establecer que la decisión de la autoridad administrativa (SIC) sobre la existencia de una infracción sea vinculante para el juez y, que por tanto éste no puede separarse de aquélla, lo cual sería además coherente con la presunción de legalidad de los actos administrativos o, que en todo caso dicha decisión tuviese efectos probatorios dentro del proceso civil. Igualmente, en los casos en que la SIC hubiese conferido una autorización individual o colectiva a la luz de lo previsto en el párrafo 1 del art. 1 de la Ley 155 de 1959 reglamentado en la Circular Única de la SIC, así como en el caso de que se hubiesen aceptado las garantías presentadas en el curso de los procedimientos por infracción de las normas de competencia (num. 12 del art. 4 y en el inc. 4 del art. 52 del Decreto 2153/1992), debería admitirse el carácter vinculante de estas decisiones para el juez civil, a efectos de que no pudiese proferir condenas cuando las conductas ya han sido legalmente autorizadas o cuando se ha cerrado la investigación en razón del compromiso ofrecido por los presuntos infractores, salvo que las partes incumplieren los términos de la autorización o el de la aceptación de las garantías.

Finalmente, considero que en caso de admitirse y regularse legalmente un sistema judicial, también sería necesario establecer y regular los mecanismos que permitieran coordinar las funciones de la SIC con las funciones que desempeñan otras autoridades sectoriales, y la de éstas en su conjunto con las decisiones de los jueces.

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, sería conveniente mantener como hasta ahora lo ha hecho la Unión Europea y como es previsible que lo haga España, un sistema de aplicación de las normas de libre competencia de naturaleza mixta, en el cual tanto las funciones desempeñadas por las autoridades administrativas como aquellas desarrolladas por los jueces en razón de las demandas presentadas por los particulares, son igualmente importantes, no excluyentes, y sobre todo, complementarias¹⁰⁷.

2.4. LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA.

Hechas las consideraciones anteriores, el cuestionamiento que sigue es si las competencias que en materia de aplicación de las normas de libre competencia se asignan a los jueces, también deberían atribuirse a los árbitros.

Lo primero es señalar como ya se hizo en los numerales anteriores, que en Colombia no existe una disposición legal que establezca la competencia de los jueces para aplicar en forma directa las normas de libre competencia; existen, eso sí, antecedentes legislativos, jurisprudenciales y opiniones doctrinales que admiten tal aplicación, aunque en la práctica

¹⁰⁷ En este sentido son ilustrativas las consideraciones del excomisario Mario Monti quien afirma : *"Private actions before national courts should, of course, remain complementary to the public enforcement of EC competition law. The role of the public authorities will continue to be of critical importance in detecting anti-competitive practices such as hard core cartels"* en *"Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation"*, Speech/04/403 el cual puede consultarse en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

ésta sólo se haya suscitado a título incidental, es decir, en cuanto tal aplicación es esencial para definir las pretensiones principales de las partes.

Lo cierto es que la eventual implementación de un sistema judicial de aplicación de las normas antitrust no es por sí sólo motivo suficiente para entender que dicha competencia deba extenderse igualmente y en forma automática a los árbitros, pues desde siempre las competencias de estos han estado limitadas por razones materiales y temporales¹⁰⁸. Bajo esta perspectiva general debe entenderse el análisis que se expone a continuación.

El artículo 116 de la C.P. dispone “(...) *Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*”. (Negrillas fuera de texto). Esta norma constitucional es la base de la regulación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y, dentro de ellos, del arbitramento.

Conforme a lo dispuesto en la norma, tanto la jurisprudencia como la doctrina han establecido que el arbitramento en su forma y contenido se encuentra regulado por la ley y, que dentro de dicha regulación se encuentran establecidos las materias o los asuntos que se consideran arbitrables¹⁰⁹, es decir, los límites materiales para que este mecanismo resulte operativo.

En este orden de ideas, tanto la jurisprudencia civil como constitucional han estimado que el arbitramento sólo procede sobre todas aquellos asuntos o materias “(...) *susceptibles de transacción que se susciten entre personas capaces legalmente y que puedan disponer de los derechos en conflicto* (...)”¹¹⁰.

¹⁰⁸ Sentencia de la Corte Constitucional, T- 057 de 1995 “No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral.”

¹⁰⁹ Sentencia de la Corte Constitucional, C-431 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara “Ya se ha expresado que el arbitramento surge por voluntad de las partes de someter un conflicto ante un tercero -árbitro-, habilitado por ellas para proferir un fallo en derecho o en equidad, **en los términos que determine la ley**. De esa manera, entonces, es a la ley a quien corresponde determinar: a) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia en la condición de árbitros; b) los límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia, y c) sus funciones y facultades, que son las mismas que tienen los jueces ordinarios”.

¹¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional, No. C-294 de 1995. En igual sentido Sentencia de la Corte Constitucional, No. C-347 de 1997: “Finalmente, estima la Corte que el arbitramento internacional reglamentado por la ley 315 de 1996, no versa únicamente sobre asuntos comerciales. No, como la ley no establece limitación ninguna, al arbitraje internacional **pueden someterse también controversias civiles, siempre y cuando ellas se refieran a derechos sobre los cuales tengan las partes facultad de disponer y que sean susceptibles, por lo mismo, de transacción**”. (Negrillas fuera de texto); Sentencia de la Corte Constitucional C-242 de 1999 “**Las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición**” (Negrillas fuera de texto) y, sentencia de la Corte Constitucional C- 1436 de 2000 “De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros”. También sobre el tema el Laudo arbitral mediante el cual se dirimieron las controversias entre Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A. Sacsá vs. Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil: “Para el cumplimiento de este cometido, es preciso tener presente que la competencia del tribunal de arbitramento no solamente se encuentra limitada por el carácter temporal de su atribución, sino también

Es a partir de la regulación legal del arbitramento y de la jurisprudencia sobre su importancia y sus límites que se plantean dos opiniones contrarias:

Algunos consideran que los árbitros al igual que los jueces podrían aplicar en forma directa las normas de libre competencia, sin que para el efecto resulte necesario una decisión administrativa previa de parte de la SIC o de la entidad sectorial respectiva. Bajo esta doctrina, establecido un sistema de aplicación judicial o privado de las normas de libre competencia, tanto los jueces como los árbitros pueden conocer y tramitar asuntos que envuelven de forma directa la aplicación de esta normativa y decidir en consecuencia sobre los efectos que derivan de su infracción.

Otros, por el contrario, consideran que al ser las normas de libre competencia de orden público y en consecuencia no susceptibles de derogación por acuerdo entre particulares ni de transacción, en principio, su aplicación por parte de los árbitros no sería procedente¹¹¹. Lo que podría arbitrarse en todo caso, serían los efectos patrimoniales que derivan de la vulneración de estas normas, es decir, las restituciones a que hubiere lugar como consecuencia de la nulidad y la indemnización de daños y perjuicios en caso de que haberse producido daños.

Acogemos esta segunda opinión por las razones que a continuación se exponen:

Bajo las normas vigentes la aplicación de las normas de libre competencia está confiada esencialmente a autoridades de carácter administrativo y excepcionalmente a los jueces, por lo que no sería aceptable que mediante un pacto arbitral los particulares alteraran este orden competencial. Incluso, en caso de admitirse la implementación de un sistema judicial de aplicación de las normas de libre competencia, ello no tendría indefectiblemente que conducir a admitir o aceptar la competencia de los árbitros, pues como lo indicamos, desde siempre han existido diferencias entre las competencias que se atribuyen a los jueces y los asuntos arbitrables. No debe perderse de vista que aún cuando el artículo 116 de la C.P admite la administración de justicia por particulares, ésta no es ni puede ser en ningún caso la regla general.

Atendiendo las funciones asignadas a la SIC y la finalidad misma de las normas de libre competencia a través de las cuales el Estado interviene en la economía y garantiza el ejercicio del derecho a la libre competencia¹¹² y, en general, el interés público que existe

por la naturaleza del asunto litigioso comprometido; en efecto, la eficacia de la cláusula compromisoria y de manera más general del pacto arbitral, se debe examinar bajo la óptica del "test" de arbitrabilidad objetiva, según el cual, solamente pueden someterse a arbitraje aquellas controversias respecto de las cuales las partes pueden disponer, toda vez que involucran derechos cuya disputa no tiene que ser inevitablemente resuelta por los órganos jurisdiccionales del Estado".

¹¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional, C-1436 de 2000 "Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia **no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público**, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos". (Negrilla fuera de texto).

¹¹² Puede verse Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera, febrero 23 de 2000, "(...) no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas del poder público, de las cuales no puede válidamente la

sobre el adecuado funcionamiento del mercado, la aplicación de estas normas no puede confiarse a quienes sólo aplican justicia de forma transitoria, sino que debe reservarse a las entidades administrativas y a los jueces entendiendo por tales aquellos que hacen parte de la estructura del Estado de manera permanente.

En este orden de ideas, el proceso arbitral sólo sería procedente si la infracción de las normas de libre competencia ha sido definida previamente por la SIC o la entidad sectorial competente mediante acto administrativo en firme o a través de una decisión definitiva de la jurisdicción contencioso administrativa o una decisión judicial previa. En caso contrario, formulado ante el tribunal arbitral esta clase de pretensiones, éste podría o bien declararse incompetente o bien suspender el proceso a la espera de que se produzca una decisión de parte de la autoridad competente.

Por lo demás, en ningún caso la decisión arbitral podrá significar la pérdida de competencia de la SIC o de las entidades sectoriales para imponer sanciones pecuniarias por vulneración de la libre competencia.

Lo que sí podría llegar a discutirse es si en caso de haberse declarado la infracción y de haberse impuesto una multa, podría el Tribunal Arbitral separarse de la decisión administrativa, por ejemplo, al considerar que el contrato es válido o que no ha existido un comportamiento ilícito. La jurisprudencia ya ha definido el tema, al señalar el carácter obligatorio de los actos administrativos en firme y la presunción de validez que los acompaña, lo cual, en nuestro parecer impediría que un tribunal arbitral pudiese desconocer su alcance y contenido¹¹³.

administración desprenderse o renunciar, en la medida que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y de negociación de tales materias. (...)“En tal virtud, como el ejercicio de poder público no es una materia susceptible de transacción, no es posible que la justicia arbitral pueda decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley... ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de este tipo de actos, y menos restarle eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción. Sentencia de la Corte Constitucional C- 1436 de 2000 “Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política”.

¹¹³ Sentencia de la Corte Constitucional 1436 de 2000 “Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. en este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. el pronunciamiento en este

Hay en todo caso que recordar que algunos Tribunales de Arbitramento convocados para dirimir conflictos sobre el desarrollo, ejecución y cumplimiento de contratos, principalmente de distribución mercantil, se han declarado competentes para aplicar las normas de libre competencia y así lo han declarado¹¹⁴, lo cual no excluye su reproche.

CONCLUSIONES

Una vez hecho este recorrido por la evolución del tema, podemos concluir preliminarmente que la aceptación e implementado del sistema de aplicación privada en el ámbito Europeo y Español es apenas el comienzo de un nuevo reto para los jueces nacionales y las autoridades administrativas con competencias en la materia, las cuales tendrán a su cargo el deber de conseguir una aplicación armónica y coherente tanto el Derecho comunitario como del nacional.

Lo que es un punto significativamente positivo del nuevo sistema, es el rol que se atribuye a los particulares en el control de los comportamientos restrictivos. Las acciones privadas (nulidad y responsabilidad) se convierten en mecanismos complementarios de la acción pública y se espera que en poco tiempo sean el eje principal de la aplicación de las normas de libre competencia, lográndose un control del mercado y una mayor funcionalidad de las actuaciones publicas que podrán concentrarse en las conductas decididamente graves para el mercado. El éxito de este nuevo papel asignado a los particulares requerirá de un mayor esfuerzo inicial para difundir la naturaleza, el alcance y la funcionalidad del antitrust.

En Colombia, pese al modelo de aplicación pública de las normas de libre competencia escogido por el legislador, existen distintos supuestos de aplicación privada de esta normativa, lo que hace que el nuevo sistema no sea extraño ni a los operadores económicos ni a los jueces nacionales. La regulación legal del sistema judicial o privado de aplicación de las normas de libre competencia dotaría de seguridad el desempeño de la labor judicial y la actividad de los particulares. El ideal, consiste en lograr la armonía y la complementariedad entre el sistema privado y el público, de manera que además de la acción de la SIC como autoridad administrativa, los particulares contribuyan al control de los comportamientos restrictivos a través de las demandas de nulidad y de responsabilidad civil.

Parte del éxito del sistema mixto de aplicación de las normas antitrust tanto en Europa como en España y Colombia resulta de la creación de medios de coordinación, colaboración y comunicación entre las autoridades administrativas y judiciales, medios que deberán gozar de la flexibilidad suficiente para adaptarse a los cambios que la práctica requiera.

campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna”.

¹¹⁴ Argumentos tomados del Laudo arbitral proferido en el conflicto entre Cellular Trading de Colombia Ltda., Cell Point y Comunicación Celular S.A., Comcel.