

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA
Y LOS JUECES

Directores

Santiago MARTÍNEZ LAGE y Amadeo PETITBÒ JUAN

Asistentes al tercer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia

- ALCOLEA, José Miguel
Director Servicios Jurídicos de los Negocios Iberdrola
ALFARO, Jesús
Catedrático de Derecho Mercantil Universidad Autónoma de Madrid
- ALLENDESALAZAR, Rafael
Abogado Martínez Lage & Asociados
ALONSO SOTO, Ricardo
Catedrático de Derecho Mercantil Universidad Autónoma de Madrid
ARAUJO, Marcos
Abogado Garrigues
ARMENGOL, Oriol
Abogado Pérez-Llorca
ARRIBAS, Alberto
Magistrado Juez Juzgado n.º 5 de lo Mercantil de Madrid
BENEYTO, José M.ª
Director Instituto de Estudios Europeos- Univ. San Pablo/CEU Madrid
BERASATEGUI, Javier
Vicepresidente Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia
BERENGUER, Luis
Presidente Tribunal de Defensa de la Competencia
BIKANDI, Joseba Andoni
Vocal Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia
BROKELMANN, Helmut
Abogado Martínez Lage & Asociados
BUSTELO, Carlos
Presidente Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid
CALLOL, Pedro
Abogado Allen Overy
CALVIÑO, Nadia
Adjunta al Director General de la Competencia (Concentraciones) Comisión Europea
CREUS, Antonio
Abogado DLA Piper
CRUCELEGUI, Juan Luis
Presidente Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia
- DÍEZ ESTELLA, Fernando
Coordinador de la Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia Universidad Antonio de Nebrija de Madrid
ECHARANDIO, Edorta
Juez Juzgado n.º 2 de lo Mercantil de Bilbao
ESCRIBANO, Pedro
Magistrado del Gabinete Técnico Tribunal Supremo
FERNÁNDEZ DE ARAOZ, Alejandro
Abogado Araoz & Rueda
FERNÁNDEZ, Cani
Abogado Cuatrecasas
FOLGUERA, Jaime
Abogado Uría & Menéndez
FRANCO, Lluís
Presidente Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia
GARAYO DE ORBE, Manuel
Abogado del Estado Audiencia Nacional
GARCÍA DE LA CALZADA, Marta
Secretaria General Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid
GARCÍA MONTEYS, Rafael
Secretario Tribunal de Defensa de la Competencia
GARCÍA-VALDECASAS, Rafael
Juez Tribunal de Primera Instancia de las CE
GONZÁLEZ, M.ª Jesús
Vocal Tribunal de Defensa de la Competencia
GONZÁLEZ, Enrique
Abogado Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton
GRAU, Susana
Técnico Dirección Gral. Defensa de la Competencia Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia
GUERRA, Antonio
Director Tribunal de Defensa de la Competencia
HERNÁNDEZ, Pablo
Director de los Servicios Jurídicos SGAE
IGARTUA, Íñigo
Abogado Gómez Acebo & Pombo
- JIMÉNEZ, Fernando
Director Asociado NERA
JIMÉNEZ-LAIGLESIA, José M.ª
Abogado DLA Piper
MARTÍNEZ LAGE, Santiago
Abogado Martínez Lage & Asociados
MERINO, Ana
Técnico Dirección Gral. Defensa de la Competencia Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia
MONTES GAN, Vicente José
Subdirector Fundación Rafael del Pino
ODRIOZOLA, Miguel
Abogado Clifford Chance
ORDÓÑEZ, David
Magistrado Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 4 de Oviedo
ORTIZ, Luis
Abogado Garrigues
PADILLA, Jorge
Managing Director LECG
PASCUAL, Carlos
Director General de Competencia Servicio de Defensa de la Competencia
PEDRAZ, Mercedes
Magistrada Audiencia Nacional
PETITBÒ, Amadeo
Director Fundación Rafael del Pino
SALOMÉ, Santos
Abogado Freshfields
SOLDEVILA, Santiago
Magistrado Audiencia Nacional
SORIANO, José Eugenio
Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Extremadura
TORRES-FERNÁNDEZ, Juan José
Abogado del Estado Tribunal Supremo
TRILLO, Ramón
Presidente Sala de lo Contencioso-Administrativo Tribunal Supremo
VALDÉS, Ángel
Abogado Lupicinio Eversheds
VARELA, José Antonio
Presidente Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia

SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE
AMADEO PETITBÒ JUAN
(Directores)

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

FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO

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

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbò Juan (dirs.)

© Los autores

© Fundación Rafael del Pino

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

ISBN: 978-84-9768-419-4

Depósito legal: M. 2007

Diseño de la cubierta: Álvaro Reyero

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal

Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2007

*Al juez Richard A. Posner,
pionero en el análisis económico
del Derecho*

ÍNDICE

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

	<u>Pág.</u>
Introducción al estudio de la jurisprudencia revisora de las resoluciones administrativas en materia de abuso de posición de dominio en España, <i>por Marcos Araujo</i>	113
Problemas específicos de la revisión judicial de las multas, <i>por Santiago Soldevila</i>	135
Prácticas unilaterales, normas de competencia, y revisión judicial: una primera mirada desde la EU, <i>por Christian Ahlborn, David S. Evans y Jorge Padilla</i>	157
 LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE CONCENTRACIONES 	
Revisión judicial de autorizaciones y prohibiciones en materia de concentraciones, <i>por Ramón Trillo</i>	181
El estándar del control judicial en materia de concentraciones, <i>por Rafael García-Valdecasas</i>	195
La revisión judicial en materia de concentraciones y el análisis económico, <i>por Nadia Calviño</i>	215
El resarcimiento de los daños y perjuicios en materia de concentraciones, <i>por Enrique González</i>	233
 LAS MEDIDAS CAUTELARES 	
Las normas de defensa de la competencia: medidas cautelares en su aplicación judicial directa, <i>por Jaime Folguera y Borja Martínez Corral</i>	251
Revisión judicial de las medidas cautelares administrativas, <i>por Francisco Cantos y Salomé Santos</i>	269
Medidas cautelares judiciales en expedientes sancionadores de defensa de la competencia, <i>por David Ordóñez</i>	285
Medidas cautelares y control de concentraciones, <i>por Juan Jiménez Laiglesia y José M.^a Jiménez Laiglesia</i>	329
ANEXOS	347

INTRODUCCIÓN DE LOS DIRECTORES DE LA OBRA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Santiago MARTÍNEZ LAGE

Amadeo PETITBÒ JUAN

Co-Directores de la obra