

Facultad de Derecho y RR.II.

**Dr. Fernando Díez Estella**

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Asignatura: Competencia y mercado



## Unidad Didáctica 12. Aplicación privada del Dº de Competencia



GLOBAL CAMPUS  
NEBRIJA



**Fernando Díez Estella**  
Profesor

## Contenido

<u>1. Introducción</u>	<u>3</u>
<u>2. Complementariedad de la aplicación pública y privada</u>	<u>4</u>
2.1. La situación originaria: preeminencia del <i>public enforcement</i> .	4
2.2. La situación actual: el avance del <i>private enforcement</i>	6
2.3. Hacia dónde nos dirigimos: la complementariedad <i>public/private enforcement</i>	7
<u>3. La incidencia de la Directiva en nuestro ordenamiento</u>	<u>9</u>
3.1. Naturaleza extracontractual de la responsabilidad	10
3.2. Plazo de prescripción de la acción de reclamación	10
3.3. Causalidad y acreditación del daño; la defensa “passing-on”	11
3.4. Cuantificación del daño	12
3.5. “Prejudicialidad” de las decisiones de la autoridad de competencia	13
<u>4. La aplicación privada y los programas de clemencia</u>	<u>14</u>

## 1. Introducción

Como hemos visto en los capítulos precedentes de este curso, no puede decirse que el Derecho de Defensa de la Competencia sea una normativa “joven” en el conjunto de nuestro sistema jurídico; sin embargo, sí es cierto que no goza en nuestro país, ni en la mayoría de los países de nuestro entorno, así como en el marco de la Unión Europea, de la solera y tradición que caracterizan al ordenamiento civil, mercantil o procesal.

No es por ello infrecuente que esta peculiar rama del derecho, que siempre se ha situado entre el Derecho público –en tanto que regulación de carácter administrativo sancionador- y el Derecho privado –ya que afecta a relaciones jurídicas de carácter contractual, y actuaciones de los operadores en el tráfico mercantil- vaya evolucionando a base de incorporar categorías propias de aquellas ramas del Derecho.

Es el caso de la *Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*. En efecto, esta Directiva, que fue largamente esperada, y vino acompañada de una serie de documentos<sup>1</sup> de *soft law*, pretendía armonizar y mejorar la regulación –en los diferentes Estados miembros de la UE- de las acciones civiles que contemplan el resarcimiento patrimonial de quien se ha visto perjudicado por un ilícito anticompetitivo.

Como hemos visto en la Introducción (en el Tema 1 del programa), el ámbito antitrust ha estado caracterizado, desde sus comienzos, por una aplicación eminentemente pública, a cargo de entidades de diversa naturaleza jurídica, pero siempre pertenecientes al ámbito del Derecho administrativo sancionador. El objetivo perseguido era la detección y sanción de las conductas anticompetitivas, dejando el aspecto del resarcimiento patrimonial a los Jueces civiles –o mercantiles, en su caso-.

Por ello, esta Directiva supone una auténtica revolución en este ámbito, y ha sido ya calificada por la doctrina más atenta como un “giro copernicano”<sup>2</sup>, totalmente encomiable en cuanto a su finalidad y objetivos. A la vez, su trasposición a nuestro Derecho interno, a través del RD Ley 9/2017, de 26 de mayo («BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2017, páginas 42820 a 42872) ha exigido una serie de reformas de nuestro sistema legal de gran calado (ya que afecta a principios básicos y a instituciones configuradoras de nuestro Derecho Civil y Procesal) así como a un fino trabajo de resolver las problemáticas que se van a derivar de su articulación con el actual ordenamiento antitrust.

Para llevar a cabo este análisis, se seguirá el siguiente esquema: tras este epígrafe introductorio, se analiza, en el epígrafe II, la oportunidad y conveniencia de la proyectada reforma, en el contexto de una de sus finalidades declaradas<sup>3</sup>: la optimización de la complementariedad aplicación pública – aplicación privada del Derecho de Defensa de la Competencia. A continuación, en el epígrafe III, se apuntan las cuestiones esenciales que la

---

<sup>1</sup> Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, DOUE L 201 de 26 de Julio de 2013, p. 0060 – 0065.

<sup>2</sup> CANTOS, F.; CARRERA, E. y GONZALO, P., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita”, *Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia*, Editorial LA LEY, nº 36, Noviembre de 2013.

<sup>3</sup> Discurso del Comisario de Competencia y Vicepresidente de la Comisión Europea, Joaquín Almunia: “Antitrust Damages in EU law and policy”, *SPEECH / 13 / 887*, Colegio de Europa (Bruselas), 7 de noviembre de 2013.

propuesta de Directiva plantea, para analizar, en el epígrafe IV, con más detalle el que, sin duda, va a ser uno de los aspectos más controvertidos de la trasposición de la propuesta de Directiva a los ordenamientos nacionales, el acceso a la información obrante en el expediente administrativo, ante la autoridad de competencia, y las consecuencias auto-incriminatorias – para el proceso civil de daños y perjuicios- de haberse acogido al programa de clemencia.

## 2. Complementariedad de la aplicación pública y privada

### 2.1. La situación originaria: preeminencia del *public enforcement*.

Como ha quedado dicho en la introducción, los encargados de la aplicación –el *enforcement* de la normativa de Competencia en Europa y en España, han sido, desde sus orígenes (el Tratado de Roma de 1957 y la Ley 110/63, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, respectivamente) las autoridades públicas. En tanto en cuanto la defensa de la libre competencia se ha considerado siempre una prioridad pública, y el medio de asegurar el correcto funcionamiento del mercado, era razonable que su *enforcement* no se atribuyera a los Jueces y Tribunales civiles, que tutelan más bien intereses jurídico-privados.

Este sistema, que puede decirse que tanto a nivel comunitario como nacional ha funcionado adecuadamente, y ha conseguido notables logros en la lucha contra los cárteles y las conductas de abuso de posición dominante en el mercado, no tenía sin embargo previsto ningún mecanismo que asegurara el resarcimiento patrimonial de las empresas o particulares que se habían visto perjudicadas por dichas prácticas anticompetitivas.

En nuestro concreto ordenamiento jurídico –y lo mismo puede decirse del resto de Estados miembros de la UE- existían cauces procesales<sup>4</sup>, sí, para reclamar una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula. Sin embargo, ya desde la histórica sentencia en el asunto *Courage & Crehan*<sup>5</sup>, del año 2001, se había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, hoy rebautizado como TJUE) se había reconocido como un derecho esencial de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos. Este principio de la “plena compensación”, en consonancia con la resolución de 26 de marzo de 2009 del Parlamento Europeo<sup>6</sup> y los primeros pronunciamientos<sup>7</sup> que ha dictado a este

---

<sup>4</sup> Nos estamos refiriendo al antiguo artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establecía una suerte de “prejudicialidad” administrativa, de modo que sólo sobre la base de una Resolución firme de la Autoridad pública correspondiente podían los particulares entablar la acción de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil. Esto suponía un costoso, complejo e interminable proceso, calificado acertadamente por la doctrina como “el largo camino hacia el resarcimiento patrimonial”; *Vid.*, CREUS, A., “La privatización del Derecho de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 200 (1999), pág. 55.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros*, Rec. 2001 p. I-6297.

<sup>6</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2009, sobre el Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [2008/2154(INI)], *DOUE* nº C 117/E, de 6 de mayo de 2010, p. 161: “*las acciones de indemnización con arreglo al Derecho privado deben estar enfocadas al pleno resarcimiento económico del daño sufrido por el perjudicado*”.

<sup>7</sup> *Vid.*, entre otros, Asunto 68/79 *Hans Just v Danish Ministry for Fiscal Affairs* [1980] ECR 501; asunto 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio* [1983] ECR 3595; asuntos C-192/95 *Comateb and others v Directeur général des douanes et droits indirects* [1997] ECR I-165, C-295/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, ECR [2006] I-06619.

respecto el TJUE, se consagra ahora como uno de los pilares de la propuesta de Directiva.

Poco tiempo después de *Courage*, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfred*<sup>8</sup> desarrollaría aún más este principio, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust. Entre tanto la Comisión hacía sus propios esfuerzos legislativos, que se plasmaron en la publicación de un *Libro Verde*<sup>9</sup> en 2005, y en 2009 (tras recibir toda suerte de observaciones y comentarios, encargar a una serie de operadores económicos y jurídicos la elaboración de sesudos informes<sup>10</sup> sobre la cuestión, y la discusión sobre documentos de trabajo<sup>11</sup>) un *Libro Blanco*<sup>12</sup>, con propuestas de diversa índole orientadas a garantizar el acceso a mecanismos efectivos de resarcimiento patrimonial y que el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust* no se viera obstaculizado por las normativas nacionales, de carácter sustantivo o procedimental<sup>13</sup>.

Los resultados de estas iniciativas de la Comisión y la incidencia práctica de la jurisprudencia del TJUE fueron inicialmente totalmente insatisfactorios e insuficientes<sup>14</sup>. Según datos aportados por la propia DG COMP<sup>15</sup>, entre 2008 y 2012, sólo habían habido reclamaciones de daños en un 25% de las decisiones de la Comisión sancionando un cartel o una conducta abusiva, y además la práctica totalidad de estas acciones se han concentrado en Reino Unido, Alemania y Holanda.

En nuestro país, los autores que han estudiado esta materia en profundidad no dudaron en calificar, en esos primeros compases<sup>16</sup>, la aplicación privada del Derecho antitrust como en estado de “sub-desarrollo”<sup>17</sup>, y el número de acciones ejercidas como “escaso”<sup>18</sup>, siendo en

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

<sup>9</sup> *Libro Verde de Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, SEC (2005) 1732, 19 de diciembre de 2005.

<sup>10</sup> *Vid.*, inter alia, STUDY ON THE CONDITIONS OF CLAIMS FOR DAMAGES IN CASE OF INFRINGEMENT OF EC COMPETITION RULES. ANALYSIS OF ECONOMIC MODELS FOR THE CALCULATION OF DAMAGES, by Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, at 31 august 2004, en: [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/economic\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf)

<sup>11</sup> *The Discussion Paper of DG Competition on Damages Actions for Breach of Articles 81 and 82 EC*, en la web: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

<sup>12</sup> *Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2008) 0165, final.

<sup>13</sup> HERRERO SUÁREZ, C., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 3, Año 2008.

<sup>14</sup> *Vid.* un muy completo estudio de la evolución legal y jurisprudencial de esta problemática en SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret*, Barcelona, Febrero de 2009.

<sup>15</sup> Discurso del Director General de Competencia de la CE, Alexander Italianer, “*Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions*”, disponible en [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013\\_06\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf)

<sup>16</sup> RETORTILLO ATIENZA, O., “Primeros pasos de los tribunales españoles en la aplicación privada del derecho de la competencia. Especial referencia a la reclamación de daños en los casos de cárteles”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial LA LEY, nº 8, 2011, págs. 221 a 232.

<sup>17</sup> SANTOS LORENZO, S. y TURNER-KERR, J., “¿En estado de total subdesarrollo? la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 245, septiembre/octubre de 2006.

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ, C., “Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España” en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, Editorial LA LEY, nº 29, septiembre/octubre 2012, págs. 12 y ss.

aquel momento el ejercicio de acciones resarcitorias, la gran “asignatura pendiente”<sup>19</sup> en este ámbito. Estos trabajos no dudaban en señalar que no hay un motivo único por el que estas reclamaciones no habían tenido en nuestro país el éxito que se esperaba de ellas<sup>20</sup>. Sin embargo, y como veremos seguidamente, en los últimos años el desarrollo de la aplicación privada ha arrojado resultados muy satisfactorios, y podemos por tanto afirmar –con orgullo– que la propuesta de Directiva viene a caer en un terreno fértil y abonado para el florecimiento de las acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust*.

## 2.2. La situación actual: el avance del *private enforcement*

Efectivamente, las investigaciones empíricas<sup>21</sup> vienen a desmentir esa impresión de que en nuestro país la aplicación privada del derecho *antitrust* había fracasado por completo. En efecto, si bien es cierto que no han faltado unos momentos iniciales de cierta incertidumbre y confusión –que alcanzaba, ni más ni menos, al órgano competente<sup>22</sup> para conocer de este tipo de acciones–, puede ahora decirse que el sistema ha avanzado y adquirido un notable desarrollo.

La entrada en vigor el 1 de mayo de 2004 del Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre, de aplicación de las normas de competencia contenidas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la UE –según la redacción vigente, otorgada por el Tratado de Lisboa, artículos 101 y 102 del TFUE–, zanja por completo la discusión sobre el órgano competente, al reconocer expresamente la potestad de los jueces y tribunales civiles de los Estados miembros para aplicarlos directamente, y su capacidad objetiva para conocer de acciones de daños y perjuicios basadas en la infracción de dichos preceptos del Tratado, sin el requisito de procedibilidad de la existencia de una decisión administrativa previa, sino procediendo por sí mismos (lo que se conoce como acciones “*stand-alone*”)<sup>23</sup>.

Un ejemplo de este “avance imparable” del ejercicio de acciones indemnizatorias derivadas de ilícitos anticompetitivos lo encontramos en un sector que acumula un sinnúmero de pronunciamientos en esta materia: el de los contratos de abanderamiento, o de suministro de productos petrolíferos para su venta en estaciones de servicio.

---

<sup>19</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “El resarcimiento de los daños en la aplicación del Derecho antitrust, ¿la gran asignatura pendiente? Análisis de jurisprudencia reciente”, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.

<sup>20</sup> MARCOS, F., “¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una mirada a la experiencia española”, *Derecho de los Negocios*, nº 267, Enero-Febrero 2013, págs. 59-66. Si bien es cierto que este estudio señala que España es uno de los países de la UE con mayor número de pronunciamientos judiciales de aplicación privada, es verdad igualmente que siguen siendo pocos para los que podían generarse al hilo de las infracciones antitrust detectadas y sancionadas por la CNC, o que se ventilan ante los Jueces de lo Mercantil.

<sup>21</sup> MARCOS, F., “Competition Law Private litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Documento de Trabajo AJ8-22*, del Instituto de Empresa, de 26 de junio de 2013, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2351770>

<sup>22</sup> En el ámbito puramente procesal, se supera la anterior situación de confusión respecto a la capacidad de los tribunales del orden jurisdiccional civil para conocer este tipo de acciones, que desde la reforma por La Ley Orgánica 8/2003, de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial es atribuida (ex art. 86 ter 2.f) a los Juzgados de lo Mercantil, y como tal fue recogido por la vigente LDC 15/2007 en su Disposición adicional primera.

<sup>23</sup> *Vid.*, como un ejemplo entre otros muchos que podrían citarse a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, que resuelve el Recurso de Casación núm. 315/2004, relativo a un litigio que enfrentaba a las entidades mercantiles «RENTA VENCAN, SL» y «CANOVEN, SL» contra la petrolera “SHELL” por un contrato de suministro de productos petrolíferos. El juez civil declara con rotundidad el carácter anticompetitivo de algunas cláusulas de dicho acuerdo por infringir el art. 101 TFUE, sin necesidad de ningún pronunciamiento previo por parte de las autoridades administrativas.

Esta “saga” de resoluciones ha sido analizada en profundidad por otros autores, y a sus trabajos<sup>24</sup> nos remitimos para un estudio más detallado. Aunque ni mucho menos los conflictos se han terminado, y la litigiosidad existente entre los titulares de estaciones de servicio y las distribuidoras de carburantes permanece, y todavía va a seguir arrojando pronunciamientos tanto administrativos como judiciales, sí es cierto que una serie de Sentencias del Tribunal Supremo en el año 2010 clarificaron un poco un panorama que era jurídicamente muy confuso.

Se trata de las Sentencias<sup>25</sup> de los días 10 y 17 de noviembre de 2010, dictadas al hilo de los sucesivos recursos de casación contra la Resolución *Repsol*<sup>26</sup>, del entonces TDC. Al no tratarse del objeto específico de este trabajo, nos limitamos aquí a dejar reseñada esta cuestión, y nos remitimos igualmente a otros estudios<sup>27</sup> que las analizan en profundidad.

### 2.3. Hacia dónde nos dirigimos: la complementariedad *public/private enforcement*

El futuro deseado por las autoridades de competencia comunitarias, compartido posiblemente por las autoridades de competencia nacionales, y desde luego el que más favorecería la adecuada protección del mercado –en su conjunto- a la vez que el justo resarcimiento de los perjudicados –en concreto- por un ilícito antitrust, es sin duda ninguna un equilibrio integrador entre la aplicación pública y privada del Derecho de Defensa de la Competencia.

Así lo prevé la Directiva que venimos comentando en estas páginas, y así lo manifestó el Comisario Almunia en la intervención a que antes hemos hecho referencia: “*la propuesta [de Directiva] está diseñada para optimizar la interacción entre la aplicación pública que llevan a cabo las autoridades de competencia en Europa, y la aplicación privada que tiene lugar en los tribunales civiles*”<sup>28</sup>.

En este planteamiento, ambos modelos están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro, ya que además cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio –*deterrence*- a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva. Pensamos que este “equilibrio” es el que permitirá superar las objeciones<sup>29</sup> y las críticas<sup>30</sup>, que, naturalmente, se han puesto de manifiesto también por la doctrina más autorizada.

En efecto, en todos los debates previos a la aprobación de la Directiva 2014/104/UE se insistió infatigablemente en la complementariedad entre la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia, como sistemas que no están llamados a ser sustitutivo uno del otro. Esto corresponde al entendimiento de que cada uno tiene sus propios objetivos en

<sup>24</sup> ORDÓÑEZ, D., “La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho europeo de la competencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 19, Sección Artículos, Editorial LA LEY, Enero-Febrero 2011.

<sup>25</sup> Sentencias de la Sala de lo Contencioso (Sección 3ª) del Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 2010 (Rec. 5309/2007); de 10 de noviembre de 2010 (Rec. 1980/2008), y de 17 de noviembre de 2010 (Rec. 6188/2007).

<sup>26</sup> Resolución del TDC, de 11 de julio de 2001, Expte. 490/00, *Repsol*.

<sup>27</sup> YANES, P., “Aplicación privada *antitrust*, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de ciclo?”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 9, Editorial LA LEY, 2011, págs. 133 a 150.

<sup>28</sup> SPEECH / 13 / 887, Colegio de Europa (Bruselas), 7 de noviembre de 2013, *cit.*

<sup>29</sup> EGER, T. y WEISE, P., “Some limits to the Private Enforcement of Antitrust Law: A Grumbler’s view on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases”, *Global Competition Law Review*, Issue 4 (2010), págs. 151 a 159.

<sup>30</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia” en *InDret*, <http://www.indret.com>, Barcelona, julio de 2009.

el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio (*deterrence*) a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva.

Ello no impidió que desde el primer momento se cuestionara si el previsible desarrollo de las acciones de daños llevaría a un detrimento del *public enforcement*: “la aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma”<sup>31</sup>.

Así, en la sentencia *Sumal c. Mercedes*<sup>32</sup> señala el TJUE que: “*al igual que la aplicación de las normas de competencia de la Unión por las autoridades públicas (public enforcement), las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por infracción de tales normas (private enforcement) forman parte integrante del sistema de aplicación de estas normas, que tiene por objeto sancionar los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia y disuadirlos de incurrir en ellos*” (apartado 37).

Esta categórica afirmación se apoya explícitamente en la sentencia *Skanska*<sup>33</sup>, que también resuelve una cuestión prejudicial al hilo de las reclamaciones de daños antitrust. Como puede deducirse de la literalidad de la expresión, asigna a la aplicación privada la función disuasoria que siempre se ha considerado como propia (¿y exclusiva?) de la aplicación pública del Derecho de la Competencia.

En sus conclusiones a otro asunto similar, ya había manifestado el A.G. Wahl con toda rotundidad que: “*Al utilizar expresiones categóricas como derechos y eficacia del Derecho de la competencia de la Unión, el Tribunal de Justicia recalcó especialmente la función disuasoria de las demandas de indemnización de daños por infracción del Derecho de la competencia de la Unión*”<sup>34</sup>.

El actual sistema de *enforcement* “bifurcado” (público y privado) persigue por tanto la disuasión como objetivo principal, y también la compensación por los daños causados por las prácticas anticompetitivas de las prácticas anticompetitivas, que tiene efectos disuasorios. Como señala el AG Wahl, en las Conclusiones en *Skanska*: “*Ello se debe a que una demanda civil de indemnización por daños y perjuicios, al igual que la aplicación del Derecho de la competencia en el ámbito público por las autoridades de defensa de la competencia, también persigue —aunque por un mecanismo distinto— disuadir a las empresas de llevar a cabo comportamientos contrarios a la competencia. En efecto, como Vantaan kaupunki señaló, la aplicación en el ámbito público y la aplicación en el ámbito privado del Derecho de la competencia de la Unión forman parte de un sistema completo, aunque con dos ramas, que ha de considerarse como un todo.*” (Apartado 76).

Es más, como acertadamente señala el TJUE en el párrafo nº 41 de *Tráficos Manuel Ferrer*, “*el legislador de la Unión partió de la apreciación de que la iniciativa del sector público, es decir, de la Comisión y de las autoridades nacionales de la competencia, para combatir los comportamientos contrarios a la competencia no era suficiente a efectos de garantizar el pleno respeto de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, y de que debía facilitarse al sector privado la*

<sup>31</sup> CASTRO-VILLACAÑAS, D., “La transposición de la *Directiva de Daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en *Anuario de la Competencia* 2015, Ed. Marcial Pons, Madrid 2016, pág. 445.

<sup>32</sup> STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *Sumal, S. L., contra Mercedes Benz Trucks España, S.L.*, As. C-882/19 (ECLI:EU:C:2021:800).

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de marzo de 2019, As. C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros* (ECLI:EU:C:2019:204), apartado nº 45.

<sup>34</sup> Conclusiones del Abogado General Wahl, presentadas el 6 de febrero de 2019, Asunto C 724/17, *Vantaan kaupunki contra Skanska Industrial Solutions Oy NCC Industry Oy Asphaltmix Oy* (ECLI:EU:2019:100), nº 29.

*posibilidad de contribuir al cumplimiento de ese objetivo*". Este razonamiento está en el trasfondo del pionero pronunciamiento de 20 de febrero de 2019<sup>35</sup> del Magistrado Pastor, que integra en delicado equilibrio los principios de efectividad e indemnidad, junto con los de debido respeto al derecho de defensa del demandado.

Aplicación pública y privada son, por tanto, dos dimensiones de una misma realidad: la existencia de conductas contrarias a la libre competencia, que causan un perjuicio al mercado, a las empresas competidoras de las infractoras, y en última instancia -y en todo caso- a los consumidores. Citando la jurisprudencia PACCAR y otros<sup>36</sup>, lo sintetiza el TJUE en el apartado 42 de su sentencia *Tráficos Manuel Ferrer*:

*“Esta participación del sector privado en la sanción pecuniaria y, por ende, en la prevención de comportamientos contrarios a la competencia es tanto más deseable si se tiene en cuenta que no solo permite poner remedio al daño directo que la persona en cuestión alegue haber sufrido, sino también a los daños indirectos causados a la estructura y al funcionamiento del mercado, que no ha podido desplegar su plena eficacia económica, en particular en beneficio de los consumidores afectados”.*

Como ha señalado en una publicación doctrinal el magistrado que elevó la cuestión prejudicial que dio lugar a la STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*, “de alguna manera, debe considerarse también que la aplicación privada del derecho de la competencia coadyuva a la consecución de los fines de la aplicación pública de este derecho, que son los de inhibir conductas ilícitas”<sup>37</sup>. Otros autores van aún más allá, llegando a afirmar que la función disuasoria “es la que vertebra el sistema de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia”<sup>38</sup>.

### 3. La incidencia de la Directiva en nuestro ordenamiento

Como se ha señalado en la introducción, son muchos los aspectos que la Directiva plantea, que además de su intrínseco contenido “revolucionario”, implican necesariamente reformas de nuestro ordenamiento en diversas áreas, especialmente la civil –de responsabilidad por daños- y procesal. El análisis completo y exhaustivo de todas estas cuestiones excedería el objeto de este tema de la asignatura, por ello nos limitaremos en este epígrafe a dejarlas señaladas, para abordar en el siguiente el estudio concreto de uno de los temas que más interés ha suscitado.

Con un considerable retraso (enero de 2016) la Comisión General de Codificación envió al Ministerio de Justicia su propuesta de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia así como de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la transposición a nuestro derecho interno de la Directiva de Daños.

La Directiva de daños fue finalmente transpuesta a nuestro ordenamiento interno a través del RD Ley 9/2017, de 26 de mayo.

Así pues, de manera sintética y efectos meramente enumerativos, apuntamos a continuación cuáles son los aspectos problemáticos para mejorar la aplicación privada del Derecho de la

<sup>35</sup> Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

<sup>36</sup> STJUE de 10 de noviembre de 2022, As. C-163/21 (ECLI:EU:C:2022:863), apartado nº 56 y ss.

<sup>37</sup> PASTOR MARTÍNEZ, E., “Acciones «follow on»: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 317 (2020), pág. 16.

<sup>38</sup> MARTÍ MIRAVALLES, J., “Cuestiones sustantivas sobre las reclamaciones de daños en el marco del cártel de los fabricantes de automóviles”, en *Nuevos horizontes del Derecho de la Competencia*, Ed. Ateliers, Valencia 2021, pág. 18.

Competencia, que en gran medida se corresponden con las medidas que la Directiva plantea, y los correspondientes problemas de “encaje” jurídico en nuestro derecho:

### 3.1. Naturaleza extracontractual de la responsabilidad

Aunque pueda parecer sorprendente, una primera cuestión litigiosa ha sido la naturaleza, contractual o extracontractual, de la responsabilidad de los miembros del cartel, o los responsables de la conducta abusiva, por los daños causados por su conducta anticompetitiva.

La cuestión no es baladí, ya que –como veremos en el siguiente apartado, en relación con la prescripción- situarnos en uno u otro ámbito tiene importantes consecuencias procesales. En su Sentencia<sup>39</sup> de 8 de junio de 2012, en el asunto ACOR, el Tribunal Supremo ha zanjado la discusión, decantándose por la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, señalando sin ambages –y con referencias explícitas a la terminología y principios del derecho anglosajón- que la responsabilidad por infracciones antitrust caen bajo “*the law of torts*” y no bajo “*the law of contracts*”.

### 3.2. Plazo de prescripción de la acción de reclamación

Derivado de lo anterior, el plazo para la reclamación de daños, previsto por el artículo 1968.2 CC, es de un año, siendo el ‘dies a quo’ –la fecha en la que empieza a computarse este plazo- el día “en que pudieron ejercitarse” (art. 1969 CC), que es, en este caso concreto, desde que el afectado “tiene conocimiento del daño”. Al igual que en el tema de la naturaleza de la responsabilidad, también en éste ha habido un amplio debate doctrinal, y sobre todo práctico<sup>40</sup> (el plazo del art. 1968 empieza ¿con la incoación del expediente sancionador por parte de las autoridades de competencia? ¿con la adopción de una resolución sancionadora?). Además, ¿cómo operaban en este ámbito las sucesivas interrupciones y reanudaciones del plazo de prescripción que contempla el art. 1973 CC? La cuestión ha merecido el estudio por parte de la doctrina<sup>41</sup> más atenta, y parece haber quedado zanjada a partir de la sentencia<sup>42</sup> del Tribunal Supremo, de 4 de septiembre de 2013, en el asunto *Céntrica*.

En su pronunciamiento, el magistrado ponente no duda en invocar los principios de la propuesta de Directiva, que en su artículo 10.2 establece que “*el plazo de prescripción no empiece a transcurrir antes de que una parte perjudicada tenga conocimiento, o se pueda esperar razonablemente que haya tenido conocimiento, de lo siguiente: i) la conducta constitutiva de la infracción; ii) la calificación de tal conducta como infracción del Derecho de la competencia nacional o de la Unión; iii) el hecho de que la infracción le ocasionó un*

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 8 de junio de 2012, rec. núm. 2163/09.

<sup>40</sup> JIMÉNEZ LAIGLESIA, J., MASÍA, J., “Examen de cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España”, *Gaceta Jurídica de Unión Europea y de la competencia*, nº 30, noviembre-diciembre 2012.

<sup>41</sup> Véase, PÉREZ FERNÁNDEZ, P. & SCHREIBER, T., “Case comment: Judgment of the Spanish Supreme Court in Acor, (344/2012), 8 de junio de 2012”, *Global Competition Litigation Review* 1/2013, p. 37 a 41.

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 4 de septiembre de 2013, rec. núm. 2120/11. Este pronunciamiento tiene su origen en la la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 16 de julio de 2010 que estimó la excepción de prescripción alegada por la parte demandada sobre el argumento de que el *dies a quo* de ejercicio de la acción tuvo lugar desde que se produjo el acto dañoso, con independencia de que el acto siguiera produciendo daños con posterioridad. Se adujo que no se estaba teniendo en cuenta que de forma paralela se estaba tramitando un expediente administrativo-sancionador de las conductas por parte de las autoridades de competencia. La sentencia fue posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial de Bilbao.

*perjuicio, y iv) la identidad del infractor que haya causado ese perjuicio*". La propuesta de la Comisión Europea es (Artículo 10) un plazo de 5 años para ejercitar la acción desde que ha tenido conocimiento del daño sufrido por la infracción antitrust; su incorporación a nuestro derecho exigirá, naturalmente, la oportuna reforma del Código Civil.

Sobre el plazo de prescripción, y más ampliamente, el régimen temporal de aplicación de la Directiva, en casos -como el español- en que la transposición se hizo de forma tardía, y ello afecta de lleno al gran "caso" de nuestra época, el *cártel de los camiones*, recientemente se ha pronunciado el Abogado General Rantos, que en sus conclusiones de 28 de octubre de 2021, ante la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por la Audiencia Provincial de León, da respuesta a una serie de interrogantes en este ámbito.

### 3.3. Causalidad y acreditación del daño; la defensa "passing-on"

La aplicación del artículo 1902 CC obliga a acreditar la existencia de un daño en el que ejercita la acción resarcitoria. En el asunto que hemos ya reseñado, conocido como el *cártel del azúcar*, uno de los integrantes del acuerdo anticompetitivo alegaba en su recurso ante el TS –reiterando, en este punto, la argumentación que hizo ante la AP de Valladolid-, que las empresas demandantes no habían sufrido el daño, porque el sobre precio derivado del cártel del azúcar había sido repercutido a los consumidores finales (lo que se conoce como defensa "passing-on"<sup>43</sup>).

El origen de este asunto se remonta a la Resolución AZUCARERAS<sup>44</sup> del entonces TDC (Tribunal de Defensa de la Competencia), que declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1.a) LDC y el artículo 85.1.a) TUE, por parte de una serie de empresas azucareras<sup>45</sup>, consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996. El TDC impuso diversas sanciones a las empresas condenadas, y en particular a la mercantil *Acor* una multa de 151 millones de pesetas.

El recurso de apelación presentado por la empresa ante la Audiencia Nacional fue desestimado<sup>46</sup> por sentencia de 4 de julio de 2002, y el de casación ante el Tribunal Supremo, fue igualmente desestimado<sup>47</sup> por sentencia de 26 de abril de 2005. Una vez que la Resolución del TDC ganó firmeza administrativa, se presentó la correspondiente acción resarcitoria ante la Audiencia Provincial de Valladolid, que condenó<sup>48</sup> a la empresa ACOR a pagar a las empresas demandantes unas cantidades por un importe total de más de un millón de euros. En la sentencia que resuelve el recurso planteado contra este pronunciamiento, el Tribunal Supremo acoge enteramente el razonamiento de la sala de instancia, y desestima, al no considerar probado, como alegaba la empresa *Acor*, que las empresas afectadas por el cártel repercutieran el sobreprecio –la defensa "passing-on"- a su propia clientela.

En una fecha posterior, el Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Madrid dictó una sentencia<sup>49</sup>

<sup>43</sup> Cuestión que ha suscitado el máximo interés por parte de la doctrina; *Vid.*, entre otros, VELASCO, A. y HERRERO, C., "La passing-on defence, ¿un falso dilema?" en *La Aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 593-604; BERENQUER, L., "¿La piedra de Sísifo o el tejido de Penélope? Idas y venidas de la norma de la UE para la reclamación de daños en materia de competencia", *Anuario de la Competencia 2011-12*, Ed. Marcial Pons, Madrid (2013), págs. 42 y ss.

<sup>44</sup> Resolución del TDC, de 15 de abril de 1999, Expte. 426/98.

<sup>45</sup> Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación S.A., Sociedad General Azucarera de España S.A., Sociedad Cooperativa General Agropecuaria (ACOR) y Azucareras Reunidas de Jaén S.A.

<sup>46</sup> Sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª), de 4 de julio de 2002.

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 26 de abril de 2005.

<sup>48</sup> Sentencia de la AP Valladolid (Sección 3ª), de 9 de octubre de 2009, rec. 214/2009.

<sup>49</sup> Sentencia del JPI nº 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, Proc. Ord. 735/2007.

en la que se resuelve una demanda de estas mismas compañías (y algunas otras) contra la azucarera *EBRO PULEVA* consistente en el ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual por los daños causados a dichas empresas por el cartel sancionado en 1999 por el TDC. El pronunciamiento de 1ª instancia es favorable a los demandantes, y condena a la azucarera al pago de unas cuantiosas indemnizaciones por los daños causados; curiosamente, el recurso de apelación es admitido, y en sentido contrario a lo expuesto en el pronunciamiento de la AP de Valladolid, la AP de Madrid sí considera<sup>50</sup> que ha habido “passing-on”, con lo que niega el pretendido resarcimiento patrimonial a las empresas que se lo reclamaban a la azucarera *Ebro Puleva* (actualmente *Ebro Foods, S.A.*). El recurso de casación planteado ante el TS está pendiente de resolución, y todo apunta a que el pronunciamiento que ponga fin a esta discusión<sup>51</sup> será público en fechas próximas.

La Directiva “resuelve” (Capítulo IV, Artículos 12 a 15) la cuestión estableciendo una presunción *iuris tantum* a favor del comprador indirecto para que pueda alegar que ha sufrido parte del sobreprecio que le repercutió el comprador del producto cartelizado, y por tanto prospere su reclamación de daños.

### 3.4. Cuantificación del daño

Como puede fácilmente apreciarse, una vez resueltas las cuestiones que hemos ido mencionando anteriormente, y acreditado el daño sufrido por la víctima de la conducta anticompetitiva, y la responsabilidad por parte del infractor, llega la espinosa cuestión de establecer el *quantum* de la acción de resarcimiento patrimonial. En este aspecto los jueces civiles –y mercantiles- no pueden dejar de acudir a los informes de expertos económicos, pese a que en no pocas ocasiones se les ha reprochado su ininteligibilidad<sup>52</sup>, o las incomprensibles discrepancias de criterio pericial en aspectos puramente técnico-contables<sup>53</sup>, o los magistrados han hecho una labor de valoración más económica que jurídica de cuál de los dos informes –el del demandante o del demandado- les parecía más solvente<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Sentencia de la AP de Madrid (Sección 8ª), de 3 de octubre de 2011, rec. núm. 370/2010.

<sup>51</sup> TUDOR, C., “La admisión de la defensa passing-on en el cártel del azúcar: ensayo crítico sobre la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 8, Asunto 737/07”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial LA LEY, .nº 11, Madrid 2012, págs. 277 a 291.

<sup>52</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005, proc. ord. núm. 36/05, *Telefónica c. Conduit* (confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial, de 25 de mayo de 2006, núm. 73/2006, RJ 2006/1881): “A esta conclusión poco colabora el ininteligible informe pericial acompañado a la demanda como documento núm. 50, elaborado por don John Knox, tanto por su forma como por su contenido”.

<sup>53</sup> En este sentido, es de lo más elocuente el siguiente párrafo del Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del JPI nº 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, Proc. Ord. 735/2007.: “Si bien, y aún partiendo de la aplicación a las actoras de los precios derivados de la concertación referida, a tenor de las Resoluciones judiciales dictadas al respecto, lo cierto es que en la valoración del daño ocasionado no puede concluirse en que la efectuada por el perito D. Fernando Jiménez Latorre, a instancia de la actora, sea la adecuada, ya que ha sido controvertida por los peritos Dª Nadine Watson y Dª Soledad Pereiras Rodríguez, intervinientes a instancias de la demandada y se requerirían conocimientos técnicos, a la vista del discrepante criterio pericial para determinar si existiendo la relación de causalidad, la valoración efectuada es o no correcta, conforme a los elementos a los que atiende para llegar a sus conclusiones, carga de la prueba que incumbe a la actora conforme al artículo 217 de la L.E.C.”

<sup>54</sup> Sentencia del JMerc. nº 7 de Madrid, de 4 de marzo de 2010, núm. 64/2010. En el caso que enfrentaba a Sogecable contra CableEuropa, por los derechos de retransmisión de partidos de fútbol, es muy ilustrativo, el Fundamento Jurídico 3º, en el que bajo la rúbrica “El precio mínimo garantizado y el abuso de la posición de dominio”, su señoría va contraponiendo las virtudes y defectos respectivos de dichas pruebas periciales, denominadas en el texto del pronunciamiento como “Informe NERA” (que es el presentado por la parte demandante) y el “Informe LECG” (presentado por los demandados) en

Precisamente para facilitar esta labor, la Comisión publicó en junio de 2011 un documento orientativo para facilitar la cuantificación del daño en las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 TFUE<sup>55</sup>, al cual se remite la Directiva, para a continuación establecer (Artículo 16) una presunción de que los cárteles causan un daño, y facilitar así el ejercicio de la acción resarcitoria.

Nuestra propia CNMC, en un encomiable esfuerzo -pese a que ha sido muy discutido en muchos sectores- ha presentado en Diciembre de 2021 un texto preparatorio de su propia Guía de Cuantificación de daños derivados de ilícitos antitrust, que está en la actualidad siendo discutida.

A este respecto, la Sentencia<sup>56</sup> de la Audiencia Provincial de Burgos de 26 de julio de 2002, resuelve un recurso de apelación sobre una acción indemnizatoria<sup>57</sup>. El litigio civil da comienzo con la Resolución ASEMABYL<sup>58</sup> del entonces TDC, en la que se declaraba acreditada la existencia de una práctica prohibida, consistente en la aplicación de la decisión adoptada por la Asociación de Empresas de Ascensores de Burgos y Logroño de reparto del mercado de conservación y mantenimiento de ascensores en la ciudad de Burgos, y en localidades de su provincia, por una serie de empresas<sup>59</sup>. Sin embargo, se desestimó finalmente la demanda por considerar que no se habían cuantificado adecuadamente los daños<sup>60</sup>.

### 3.5. “Prejudicialidad” de las decisiones de la autoridad de competencia

El valor que, en el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas, se atribuya a las decisiones de la autoridad de competencia que se hayan dictado sobre ese asunto –en la gran mayoría de ocasiones<sup>61</sup>, las llamadas acciones “follow-on”, es precisamente la existencia de esa decisión lo que motiva el ejercicio de la acción resarcitoria- es un tema de la mayor trascendencia y complejidad.

Un ejemplo de esta problemática lo encontramos en la Sentencia<sup>62</sup> relativa a un caso que ya hemos mencionado con anterioridad, el asunto *Céntrica*, en esta ocasión el pronunciamiento es del Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona, que señala –en su Fto. Jco. 3º- que “*a diferencia de lo dispuesto en el artículo 16.1º del Reglamento 1/2003 en relación con las decisiones de la Comisión Europea, que son vinculantes incluso si son objeto de recurso, dado que disfrutan, en principio, de una presunción de legalidad mientras no hayan sido anuladas o revocadas la Ley de 2007 no contempla tal vinculación*”.

Sin embargo, el texto de la Directiva propone que las decisiones de los órganos administrativos, al igual que las Decisiones de la Comisión, sean “prueba fehaciente” (Artículo

---

atención a su autoría, que corresponde a dos de las consultoras económicas más importantes de las que operan en nuestro país.

<sup>55</sup> [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011\\_actions\\_damages/draft\\_paper\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_paper_es.pdf)

<sup>56</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Rec. núm. 356/2002, de 26 de julio de 2002.

<sup>57</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos, de 14 de marzo de 2002.

<sup>58</sup> Resolución de 23 de octubre de 1991, Expte. 267/90.

<sup>59</sup> “Zardoya Otis S.A.”, “Thyssen Boetticher S.A.”, “Ascensores Cenia S.A.”, “Ascensores Rycam S.L.”, “Schindler S.A.”, y “Orona S.C.L.”.

<sup>60</sup> Fundamento Jurídico 9º de la SAP Burgos: “ (...) *la pretensión indemnizatoria choca, en el presente supuesto, con defectos en el contenido de la demanda, y una absoluta falta de prueba por parte del actor, acerca de los datos sobre los que pudieran fijarse las indemnizaciones, que determinan, conforme se verá, la desestimación de la demanda en este particular*”.

<sup>61</sup> Así lo señala, con acierto, JIMÉNEZ-LA TORRE, F., “Las reclamaciones de daños por infracciones de Competencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Editorial LA LEY, Nº 25, La tercera de GJ, Enero-Febrero 2012.

<sup>62</sup> Sentencia del J.Merc. nº 2 de Barcelona, núm. 45/2010, de 20 de enero de 2011.

9) de la infracción antitrust ante el órgano judicial. ¿Qué ocurre entonces con la independencia judicial? ¿Cabe en nuestro derecho admitir esta suerte de “prejudicialidad administrativa”?

Somos de la opinión de que dicho artículo no tendrá fácil encaje en nuestro ordenamiento ya que las resoluciones administrativas nacionales siempre son revisables en vía contenciosa y no vinculan en ningún modo a los tribunales civiles. Incluso las sentencias firmes emanadas de la revisión jurisdiccional contencioso-administrativa que confirman las sanciones impuestas por las autoridades de competencia tampoco vinculan al tribunal civil en virtud del artículo 12 de la LOPJ<sup>63</sup>.

#### 4. La aplicación privada y los programas de clemencia

Una de las cuestiones que más polémica está suscitando la aplicación privada del Derecho de la Competencia es su interrelación con los programas de clemencia. Como hemos visto en el Tema 4, al hablar de los acuerdos colusorios, y especialmente de los de carácter horizontal –cárteles-, uno de los mecanismos de detección que más éxito ha tenido en los últimos años es precisamente este programa que “libera” de la sanción al que aporte información relevante sobre la existencia de este tipo de acuerdos.

En efecto<sup>64</sup>, al tratarse por definición de acuerdos secretos entre dos o más competidores, el éxito relativo a la implementación de programas de clemencia se ha producido de forma generalizada en los últimos años en numerosos ordenamientos jurídicos<sup>65</sup>. En la mayoría de ordenamientos jurídicos de defensa de la competencia está presente tanto la posibilidad de que este sector normativo se aplique por una autoridad administrativa o pública, derivándose una multa en el supuesto de que dicha autoridad hubiese logrado probar la existencia de un ilícito anticompetitivo, como directamente por aquellos sujetos perjudicados, la mencionada “aplicación privada”, incluyendo en esta segunda vertiente las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de las conductas ilícitas.

La Directiva de la Comisión mencionada persigue decididamente fomentar la aplicación privada en Europa<sup>66</sup>. Precisamente un fortalecimiento de los derechos de los particulares perjudicados como consecuencia de un ilícito anticompetitivo plantea la cuestión ineludible de

---

<sup>63</sup> “En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial”. Véase la sentencia de Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, de 19 de junio de 2013 (núm. 625/2008), dictada escasos días después de la publicación de la Propuesta de Directiva, y en la que se expresan reticencias sobre esta cuestión.

<sup>64</sup> Vid., el informe OCDE titulado *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, de 2002, en <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Este informe destaca que “la experiencia demuestra que un programa de clemencia bien estructurado puede aumentar drásticamente el éxito de la lucha contra los cárteles”. También en España se ha destacado que desde la entrada en vigor de los programas de clemencia en España, el 28 de febrero de 2008, los resultados que este instrumento ha ofrecido para la detección han sido hasta ahora “altamente positivos”. Vid. en este sentido GUZMÁN ZAPATER, C.: “El «programa de clemencia» en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica (The Leniency Program in the Spanish Competition Act: A Practical Vision)” en *Working Paper IE Law School*, AJ 8-188, de 31 de julio de 2012.

<sup>65</sup> En el año 2010 eran más de 50 jurisdicciones las que habían adoptado un programa de clemencia en su ordenamiento jurídico interno, incluyendo la Unión Europea, que también dispone de un programa de clemencia a nivel comunitario. Vid. en este sentido HAMMOND, S. D.: “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades”, discurso pronunciado el 25 de febrero de 2010 en Miami, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.htm>.

<sup>66</sup> En Estados Unidos, la aplicación privada supone, desde aproximadamente mediados del siglo XX, alrededor del noventa por ciento de los supuestos. Vid. en este sentido CUNEO, J. W.: “Differing Traditions” en FOER, A. A. y CUNEO, J. W. (Edits.): *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Cheltenham/ Northampton, 2010, pp. 27-36.

cómo la aplicación pública y la aplicación privada pueden complementarse para derivar en un resultado beneficioso para todos los interesados. En este sentido, un sistema integrado de aplicación pública-privada debe de buscar una vía para combinar de forma óptima los costes y beneficios de estos dos mecanismos de aplicación. En concreto, en España y en Europa, donde la aplicación privada está diseñada de tal manera que ha de complementar la aplicación pública, una evaluación de los costes y beneficios que ésta presenta se convierte en un elemento esencial de cara al diseño óptimo del sistema de aplicación de la normativa de defensa de la competencia.

Uno de los aspectos más problemáticos que se pueden plantear en la práctica en relación a la interacción entre la aplicación pública y la aplicación privada en esta materia es que un eventual incremento de las demandas de resarcimiento<sup>67</sup> afecte negativamente al uso de los programas de clemencia por parte de los infractores, permaneciendo en consecuencia los acuerdos interempresariales ocultos y sin poder ser sancionados por las autoridades de competencia<sup>68</sup>. En este sentido, el inconveniente que se podría plantear en la práctica es que los programas de clemencia, en caso de resultar exitosos y derivar en una exención total o en una reducción del importe de la multa, precisamente tendrían sólo efectos en la esfera de la multa impuesta por la autoridad de competencia, es decir, en relación al expediente sancionador administrativo.

Estos efectos favorables para la empresa que ha solicitado clemencia y que cumple los requisitos previstos para obtenerla<sup>69</sup> no afectarán a la eventual responsabilidad civil a la que la empresa infractora tendría que hacer frente como consecuencia de haber participado en un acuerdo anticompetitivo. De este modo, las declaraciones autoinculpatorias en el marco de un programa de clemencia podrían facilitar la interposición de demandas de resarcimiento de daños por parte de los perjudicados, teniendo este aspecto efectos disuasorios de cara al uso de dichos programas de clemencia<sup>70</sup>. Esta problemática se intensificaría en la práctica en los supuestos de demandas *follow-on*, es decir, aquellas demandas de resarcimiento de daños que para probar el hecho ilícito se fundamentan en una decisión previa de la autoridad administrativa competente en materia de competencia, y no tanto en el supuesto de las demandas *stand-alone*, que se interpondrían con independencia de un pronunciamiento por parte de dicha autoridad.

---

<sup>67</sup> En España destaca la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 8 de junio de 2012, en la que por vez primera el TS prevé una indemnización para los perjudicados del cártel del azúcar. Un comentario de la Sentencia está disponible en PÉREZ FERNÁNDEZ, P. y SCHREIBER, T.: "Judgment of the Spanish Supreme Court in Acor (344/2012) June 8, 2012" en *Global Competition Litigation Review*, nº 1, 2013, pp. 37-41.

<sup>68</sup> Vid. de forma desarrollada en PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: "La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos *antitrust*" en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 1, 2013, pp. 1-23, disponible en <http://www.indret.com/pdf/951.pdf>.

<sup>69</sup> En España, vid. Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia (BOE 16 de agosto de 2013). La Comunicación está disponible en <http://www.cncompetencia.es/Portals/0/PDFs/Docs/ComunicacionClemenciaAnexo2013.pdf>.

<sup>70</sup> Vid., por ejemplo en este sentido, HODGES, C.: "Competition Enforcement, Regulation and Civil Justice: What is the Case?" en *Common Market Law Review*, Vol. 43, nº 5, 2006, pp. 1381-1407, p. 1390, así como INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK: "Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases", Report to the ICN Annual Conference, Moscú, Mayo 2007, pp. 1-64.