



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN

CURSO ACADÉMICO 2015-2016

TÍTULO

**LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA
COMPETENCIA. Origen, Desarrollo y Problemas derivados
de su implantación práctica.**

WORK TITLE

**PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW. Origin,
development and problems of its practical implementation**

AUTOR/A: Manuel Del Val Rodríguez

DIRECTOR/A: Julio Álvarez Rubio

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	3
II. ORIGEN	4
1. NACIMIENTO EN ESTADOS UNIDOS	4
A. LA SHERMAN ACT	5
B. LOS DAÑOS TRIPLES Y LAS ACCIONES COLECTIVAS	6
2. DESARROLLO Y APLICACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA	7
A. REGLAMENTO (CE) Nº 1/2003, DEL CONSEJO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2002 RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 81 Y 82 DEL TRATADO	9
B. 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	11
3. IMPLANTACIÓN EN ESPAÑA: ORIGEN Y DESARROLLO	13
A. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA	14
B. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA NACIONAL	15
III. PROBLEMÁTICAS	17
1. DUALIDAD JURISDICCIONAL	17
A. LOS TIPOS DE ACCIONES	17
B. LA VINCULACIÓN A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA	19
2. LA DIFICULTAD EN EL ACCESO A LAS PRUEBAS	21
A. LOS SISTEMAS DE CLEMENCIA	23
B. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS	25

3. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO CAUSADO.....	27
A. EL CRITERIO DE LA MAYOR FLEXIBILIDAD DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	32
4. LA DEFENSA “ <i>PASSING-ON</i> ”	34
A. REQUISITOS SEGÚN EL TRIBUNAL SUPREMO.....	36
IV. CONCLUSIONES.....	38
V. BIBLIOGRAFÍA.....	40
Legislación y Jurisprudencia Citadas.....	41

I. INTRODUCCIÓN

El conocido como derecho de la competencia constituye una sección jurídica propia cuyo objetivo final es el de garantizar el correcto funcionamiento de los mercados conforme a las normas de la libre competencia; de esta manera la meta a alcanzar implica evitar que los entes participantes en el mercado lo alteren deliberadamente en su favor, corrompiendo así su competitividad natural.

Deriva de este razonamiento la idea clásica de que el derecho de la competencia es, a todas luces, un derecho de naturaleza pública, pues la vulneración del mismo repercute en las estructuras del mercado y, consecuentemente, en todos los operadores partícipes en él.

Sin embargo, la infracción de esta normativa puede -y en la mayoría de los casos lo hace- afectar a intereses privados, normalmente por la provocación de daños y perjuicios en aquellos otros operadores del mercado que han visto alterada su situación económica debido a la infracción cometida por otros; es en esta situación en la cual se produce el fenómeno que vamos a abordar en el presente estudio, que es, ni más ni menos, el de la aplicación privada del derecho de la competencia.

A estos efectos se realizará un seguimiento de la citada figura desde su origen en los países de tradición anglosajona basada en el *common law*, más concretamente en Estados Unidos -lugar en el que se ha alcanzado el mayor desarrollo de la misma-, pasando por su aplicación y desarrollo en nuestros sistemas, tanto el europeo como el español; consecuentemente, se abordarán las diferentes problemáticas que se han originado por la implantación de esta figura en los sistemas de nuestro entorno, finalizando el presente trabajo con las conclusiones extraídas por el abajo firmante.

II. ORIGEN

1. NACIMIENTO EN ESTADOS UNIDOS

El origen del Derecho de la Competencia, tal como se conoce en el marco europeo, está circunscrito de forma inequívoca en los Estados Unidos; es por ello que autores como Peña López han denominado al derecho de la competencia estadounidense como el “padre de todos los ordenamientos continentales de defensa de la competencia”.¹

Si bien es importante matizar que, aunque ambos derechos provengan de la misma raíz, su posterior desarrollo ha sido totalmente diferente, llegándose a conformar a día de hoy como dos derechos diametralmente opuestos. Esta diferencia abismal estriba en que, mientras el derecho de la competencia europeo se decantó por una visión eminentemente pública del mismo, dirigida a la defensa del orden público económico y centrando su desarrollo en las multas impuestas por los organismos administrativos en aplicación de su facultad sancionadora, el derecho de la competencia estadounidense basó su desarrollo y evolución en las demandas interpuestas por los particulares víctimas de las prácticas anticompetitivas realizadas por las empresas, particulares que lo que buscan no es más que el resarcimiento e indemnización de los daños que les han producido dichas prácticas².

Estas demandas por responsabilidad civil ejercidas por los particulares en base a su derecho a la indemnización por daños -es decir, la figura de la aplicación privada de la competencia sobre la cual se basa el presente estudio- constituyen en Estados Unidos el 90% de los casos en los que se aplica el derecho de la competencia en dicho país³.

Así, mientras en Estados Unidos la indemnización de los daños producidos por la infracción de las normas de la competencia es considerada el móvil más importante para identificar y sancionar dichos comportamientos restrictivos de la competencia, en el seno de la Unión Europea esta práctica ha empezado a ganar importancia hace

¹ PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust. Colección de Estudios de Responsabilidad Civil*, Ed. Comares, Granada (España) 2002, pág. 18.

² *Ibid.*, pág. 18.

³ PÉREZ FERNÁNDEZ, P., “¿Aplicación pública o aplicación privada del derecho de la competencia?”, *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*. Número 11. 2011, págs. 3-22.

relativamente poco por dos motivos: en primer lugar por la aplicación de las disposiciones inicialmente del Reglamento 1/2003, y posteriormente de la Directiva 2004/104/UE; y en segundo lugar, por el progresivo incremento que han sufrido en los últimos años el número de reclamaciones interpuestas, tanto ante las jurisdicciones nacionales como ante la europea, con la finalidad de reclamar los daños sufridos por culpa de prácticas anticompetitivas⁴.

A. LA SHERMAN ACT

Estados Unidos es, como ya se ha dicho anteriormente y tal como expresa Salvador Roldán “el paradigma de la aplicación privada y de la judicialización”⁵, pues aunque existen autoridades cuya labor se ciñe a la vertiente pública del derecho antitrust -la División Antitrust del Departamento de Justicia o la Comisión Federal de Comercio (conocida como la *Federal Trade Commission*)- en la práctica se ha extendido eminentemente la vertiente privada del mismo.

Fue la *Sherman Act* de 1890 -la cual debe su nombre al Senador Sherman (Ohio), pues fue el responsable de presentarla en el Congreso en su momento⁶- la ley que dio comienzo al Derecho de la Competencia tal y como lo conocemos en la actualidad, y en la cual se reconoció por vez primera la aplicación privada de este derecho, y por ende la posibilidad de indemnización de los daños y perjuicios derivados de los ilícitos anticompetitivos; capacidad que volvió a ser recogida con posterioridad en la *Clayton Act* de 1914.⁷

Dicho reconocimiento de la vertiente práctica se encuentra en la sección séptima de la *Sherman Act*, cuando establece que:

“Any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful by this act, may

⁴ ORTIZ BAQUERO, I. S., “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”, *Revista e-mercatoria*. Volumen 7. Número 1. 2008, págs. 193-255.

⁵ SALVADOR ROLDÁN, R., “La reclamación de daños y perjuicios por infracción del derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. Número 226. 2003, págs. 71 ss.

⁶ MORLES HERNÁNDEZ, A., *Curso de derecho mercantil*. Tomo I, Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (Venezuela) 2007, pág. 459.

⁷ ORTIZ BAQUERO, I. S., *op. cit.*, págs. 193-255.

sue therefor in any circuit court of the United States in the district in which the defendant resides or is found, without respect to the amount in controversy, and shall recover three fold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney's fee."⁸

La *Sherman Act* contiene, pues tal y como puede observarse en el extracto anteriormente citado, uno de los pilares fundamentales del Derecho de la Competencia estadounidense, el fin disuasorio de sus normas, es decir la finalidad punitiva o de castigo de los infractores que guía la actuación *Antitrust* en el ordenamiento americano, y cuyo mayor exponente no es otro que los "*Treble Damages*" o Daños Triples que justamente se encuentran recogidos en el extracto anteriormente mencionado y que pasaremos a explicar en el apartado siguiente.

B. LOS DAÑOS TRIPLES Y LAS ACCIONES COLECTIVAS

Los Daños Triples, o "*Treble Damages*", suponen una gran ventaja a favor de las personas perjudicadas por las infracciones contra el Derecho de la Competencia, pues obligan a compensar a los afectados con el triple del daño sufrido; es por ello que esta facultad a favor de las víctimas de ilícitos anticompetitivos es uno de los factores más importantes a la hora de asegurar el cumplimiento de la normativa en materia de competencia.

A esta ventaja han de añadirse además, como mecanismo de disuasión, las Acciones Colectivas o "*Class Actions*"⁹, pues dichas acciones suponen que -mediante un sistema "*opt-put*"- todos aquellos perjudicados por la infracción pasen a formar parte automáticamente del conjunto de personas en nombre de las cuales se promueve la reclamación de daños.¹⁰

Estas medidas generan, en suma, la obligación de pago de indemnizaciones cuya cuantía puede ser -y en muchos casos es- demasiado elevada para la empresa infractora, lo que conlleva "de facto" que, a ojos de las empresas, la opción de violar la normativa suponga en numerosas ocasiones un coste demasiado alto.

⁸ The Sherman Anti-Trust Act (1890) Section 7.

⁹ Incluidas en la Regla N°23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles de los Estados Unidos (*Federal Rules of Civil Procedure*)

¹⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *op. cit.* pág. 13.

En conclusión, y tal como expresa Salvador Roldán, “El éxito del Derecho de la competencia en Estados Unidos radica, en buena medida, en que su violación resulta generalmente muy costosa para las empresas que hubiesen cometido alguna infracción, teniendo en cuenta las cuantiosas indemnizaciones a las que tienen que hacer frente”¹¹; todo lo contrario a lo que ocurre con el derecho de la competencia en el continente europeo, pues el principio de enriquecimiento injusto se encuentra tan enraizado que es inconcebible un sistema como el de los daños triples o las multas desorbitadas estadounidense; el principio a seguir ya no es por tanto la disuasión mediante la alta onerosidad de las indemnizaciones, sino la protección del interés público mediante multas administrativas y un sistema de indemnización o resarcimiento de los daños causados, sin posibilidad de sobrecompensación de los mismos.

Es por tanto en la esencia de los ordenamientos europeo y americano donde se encuentra la respuesta de la masificación de reclamaciones privadas por daños en Estados Unidos -motivada como ya se ha visto por las facilidades para implementarlas y los altos beneficios que tienen para quienes las interponen- y, a su vez, de la ínfima implantación que ha tenido en el viejo continente -pues conllevan, al menos a priori, un gran coste para el reclamante a cambio de una baja tasa de éxito-.

2. DESARROLLO Y APLICACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

En el continente europeo, el derecho de la competencia moderno, proveniente de Estados Unidos, tuvo una implantación más tardía, pues no sería hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando se iniciase la creación y desarrollo por parte las potencias europeas de un sistema normativo dedicado a la defensa de la libre competencia.

La Segunda Guerra Mundial se convierte, por ende, en el hito histórico con el que da comienzo el desarrollo del derecho de la competencia a nivel europeo, pues es con la finalización de la misma cuando, a la vista de destrucción ocasionada en los países europeos combatientes, los Estados Unidos promueven su plan de ayuda para

¹¹ SALVADOR ROLDÁN, R., *op. cit.*, pág. 71 ss.

paliar las consecuencias de la Guerra, el de sobra conocido *Plan Marshall*; la importancia de este acontecimiento radica en que dicho plan exigía el cumplimiento de una serie de condiciones para su aplicación, entre las que se encontraba la necesidad de que se prohibiesen las prácticas monopolísticas en suelo europeo, así como que también se prohibiese la creación de cárteles en el mercado; son esos condicionantes lo que obligan a las potencias europeas a importar la normativa “*Antitrust*” americana en aras de lograr la ansiada ayuda.

En palabras de Garrigues Y Díaz Cañabate, “El derecho de defensa de la competencia llega a Europa en las mochilas de los soldados norteamericanos”¹², en referencia a que es con las Leyes de Descartelización de la economía alemana -las cuales fueron ratificadas por las potencias vencedoras- con las que se inicia la recepción de la normativa estadounidense y, por tanto, la creación del nuevo ordenamiento jurídico de defensa de la competencia¹³.

En Europa, el desarrollo de vertiente judicial (o privada) del derecho de la competencia se encuentra íntimamente relacionado desde su origen con el desarrollo de la naturaleza comunitaria del continente; concretamente, la piedra angular para la evolución de este derecho ha sido el reconocimiento del principio de efecto directo de las normas comunitarias¹⁴.

En el caso concreto de las normas comunitarias de defensa de la libre competencia -que es el que ocupa al presente estudio-, el reconocimiento de este efecto directo sobre las mismas se produjo a raíz de los casos *Brasserie de Haecht* de 6 de febrero de 1973 y *BRT/SABAM* de 30 de enero de 1974, que fueron dirimidos por el antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; ello a pesar de que el mismo principio ya había sido reconocido con anterioridad en relación con otras materias jurídicas¹⁵.

Sin perjuicio de que las citadas sentencias fueran las primeras en reconocer el efecto directo a favor de la normativa antitrust comunitaria, es la Sentencia del Caso

¹² GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, J., “*La defensa de la competencia mercantil*”. Ed. Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid (España). 1964.

¹³ PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *op. cit.* pág. 14.

¹⁴ ORTIZ BAQUERO, I. S., *op. cit.*, págs. 193-255.

¹⁵ *Ibid.*, págs. 193-255.

*Courage*¹⁶ la que es considerada verdaderamente decisiva para la figura de la aplicación privada del derecho de la competencia; esto es debido, por un lado, a que en dicha sentencia se reconoce de forma explícita la legitimidad para plantear acciones de daños y perjuicios por ilícitos anticoncurrenciales, incluso a favor de aquellos sujetos que se hubiesen visto por algún motivo obligados a firmar un contrato cuyas disposiciones contraviniesen las normas del derecho de la competencia¹⁷.

Además, por otro lado, el Tribunal rompe una lanza a favor de esta figura jurídica recordando que *“La plena eficacia del art. 85 TCE y el efecto útil de la prohibición se verían en entredicho si no es posible solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o práctica contraria a la competencia”* y que *“las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”*; menciones que sirvieron de forma unívoca para fomentar el desarrollo de una figura que hasta entonces carecía de verdadera entidad.

Finalmente, todas estas disposiciones jurisprudenciales cristalizaron en el Reglamento 1/2003 de 16 de Diciembre de 2002, el cual es considerado como la norma “modernizadora” del sistema jurídico de defensa de la competencia a nivel europeo, y cuyo estudio pormenorizado se abordará en el siguiente subepígrafe.

A. REGLAMENTO (CE) Nº 1/2003, DEL CONSEJO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2002 RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 81 Y 82 DEL TRATADO

A pesar de la existencia, como ya se ha relatado, de numerosas resoluciones jurisprudenciales a favor de la aplicación privada del derecho de la competencia y de su desarrollo, y aunque dichos pronunciamientos habían supuesto un enorme progreso al respecto, seguía existiendo un vacío legislativo, lo que provocaba que la situación del

¹⁶ STJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd. Vs. Bernard Crehan*.

¹⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *op. cit.* pág. 15.

resarcimiento privado de los daños ocasionados por infracciones de la normativa competencial se encontrase, en cierto sentido, incompleta.

De este hecho se percató el legislador comunitario de la época que, ante la percepción de dicha ausencia, puso en marcha el mecanismo legislativo para lograr colmar esa laguna que quedaba pendiente.

El problema más relevante derivado de la inexistencia normativa era la falta de una disposición expresa a favor de los jueces ordinarios de los Estados Miembros que los autorizase para conocer de aquellas pretensiones fundadas en los actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE); en otras palabras, faltaba una normativa que facultase a los jueces nacionales para conocer y aplicar de forma directa la normativa comunitaria en materia de defensa de la competencia.

Ya en el Libro Blanco y en las discusiones posteriores al mismo se ponía de relieve la necesidad imperante de dicha norma que autorizase a los jueces nacionales, ya no solo porque esa fuese la línea marcada por la jurisprudencia europea, sino porque mediante la misma podrían evitarse aquellas resoluciones de los órganos nacionales en las cuales se denegaba la aplicación directa de la normativa “*Antitrust*”, requiriendo al particular que perseguía el resarcimiento de los daños provocados la culminación del trámite administrativo previo a la actuación judicial, sin la cual se denegaba cualquier oportunidad de reclamación judicial; fue fundamentalmente con esta idea en mente con la que los legisladores europeos promulgaron el Reglamento 1/2003.¹⁸

El Reglamento 1/2003 faculta a cualquier autoridad, ya sea judicial o administrativa, para conocer todas aquellas pretensiones que estuvieren fundadas en las normas del derecho de la competencia; además establece el denominado “principio de aplicación uniforme”, que no permite a los jueces dictar resoluciones que, o bien sean incompatibles con decisiones existentes de la Comisión, o puedan llegar a serlo con decisiones cuya adopción esté prevista por dicho órgano; por último, este Reglamento dota al ordenamiento de un sistema de coordinación entre las diferentes autoridades administrativas de la competencia y los órganos jurisdiccionales, cuando aplican de

¹⁸ ORTIZ BAQUERO, I. S., *op. cit.*, págs. 193-255.

forma directa el derecho de la competencia europeo, sistema en el cual se incorporaba la novedosa figura del “*amicus curiae*”.¹⁹

Tras este Reglamento que, como puede observarse a través de este rápido repaso, supuso un antes y un después en el derecho de la competencia en el marco europeo, fue elaborada la Directiva 2014/104/UE, cuyo estudio pormenorizado pertenece al próximo subepígrafe del presente estudio.

B. 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

Durante los años siguientes a la Sentencia del Caso *Courage* y a la posterior normativa comprendida en el Reglamento 1/2003, tanto la Comisión como los Tribunales a nivel europeo han continuado con el desarrollo del *private enforcement*, es decir, de la vertiente privada del derecho de la competencia comunitario, promoviendo lo que autores como Jiménez Serranía han pasado a denominar “cultura del *private enforcement*”²⁰.

Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos por promover la aplicación privada del derecho de la competencia, la aplicación práctica real de la misma era prácticamente nula; lo cual era debido en gran medida a las enormes dificultades que habían de superar los particulares en aras de obtener el resarcimiento civil de los daños que se les hubieran provocado; estos obstáculos, tanto de carácter procesal como sustantivo, se convertían

¹⁹ GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., “*Acciones de responsabilidad por daños anticompetitivos y la responsabilidad de las autoridades públicas. La figura del amicus curiae en España*”, Barcelona, 2012, disponible en <http://www5.poderjudicial.es/CDA2012/CDA2012-10-ESP.pdf>. Página visitada el 29/07/2016

²⁰ JIMÉNEZ SERRANÍA V., “La Directiva 2014/104/UE de acciones por daños al derecho de la competencia: un comentario crítico”, *Revista Ars Iuris Salmanticensis*. Volumen 3. Número 2. 2015, pág. 153.

en la mayor parte de las ocasiones en barreras infranqueables que impedían el acceso de los consumidores y de las pequeñas empresas a la facultad que les otorga el *private enforcement*.

La preocupación por la existencia de la realidad fáctica anteriormente descrita condujo a la Comisión Europea a revisar de nuevo el sistema jurídico del derecho de la competencia en el aspecto dedicado a la salvaguarda de los intereses privados; de este modo, se pusieron en marcha dos trabajos: en primer lugar se investigaron e identificaron las principales dificultades del sistema, las cuales fueron recogidas en el Libro Verde de 2005 sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (en adelante “Libro Verde”); posteriormente, en segundo lugar, y con obstáculos más relevantes ya sobre la mesa, se llevó a cabo la elaboración de una batería de sugerencias e ideas dirigidas precisamente a paliar dichos problemas y a garantizar, de ese modo, el cumplimiento del ámbito privado del derecho de la competencia por parte de todos los Estados Miembros; estas medidas fueron a su vez recogidas en el Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (en adelante “Libro Blanco”).²¹

En los citados textos se evidenciaron como dificultades más relevantes para la aplicación práctica del *private enforcement* a nivel europeo las siguientes: el principal problema para los potenciales demandantes de resarcimiento -los cuales expresaron sus opiniones, al igual que el resto de interesados, en la consulta pública que se realizó a raíz de la publicación del Libro Blanco- era el acceso a las pruebas, vitales para poder llevar a buen puerto la reclamación, pues dichas pruebas, en muchas ocasiones, se encuentran en manos de las propias compañías infractoras, con lo que la carga de la prueba se convertía verdaderamente en un muro insalvable; en segundo lugar, se identificaron como problemas tanto la falta de uniformidad y claridad respecto a la denominada “defensa *passing-on*” en los diferentes Estados Miembros, como idéntica carencia frente al procedimiento de valoración de los daños provocados, pues ambas dificultades provocaban una suerte de *forum shopping* respecto de la aplicación privada del derecho de la competencia en el territorio europeo; por último, fueron solicitadas por los grupos interesados tanto la posibilidad de implementar acciones de carácter grupal,

²¹ JIMÉNEZ SERRANÍA V., *Op. Cit.* pág.154.

como el establecimiento de un control estricto de la injerencia de las acciones privadas respecto de mecanismos propios de las autoridades administrativas, concretamente respecto a los programas de clemencia.

Todas estas patologías del sistema -que serán estudiadas en profundidad en los siguientes apartados del estudio- y el afán por ponerles fin dieron como resultado la creación de la nueva normativa de la Unión Europea acerca de la aplicación privada de la competencia, 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.

Por último, cabe mencionar que el mecanismo normativo de la directiva fue escogido frente al resto de los existentes “debido a la importante diversidad existente entre las diferentes jurisdicciones de los países miembros”, tal y como explica Jiménez Serranía²².

3. IMPLANTACIÓN EN ESPAÑA: ORIGEN Y DESARROLLO

Tradicionalmente se venía entendiendo en nuestro país que el Derecho de la Competencia era de naturaleza pública, sin previsión de que el mismo pudiese abordarse desde la óptica de los intereses particulares; sin embargo, esta situación clásica ha ido dejándose de lado progresivamente en favor de una apertura hacia la figura de la aplicación privada de tal derecho a raíz de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales y legislativos tanto a nivel nacional como europeo.

Una de las cuestiones que ha de tenerse en cuenta a la hora de abordar la implantación y el desarrollo del Derecho Privado de la Competencia es la existencia en nuestro país de una dualidad normativa, pues se encuentran en funcionamiento de forma simultánea tanto las normas comunitarias en materia competencial como las normas nacionales en esa misma cuestión; a raíz de esta característica del sistema se vuelve preciso dividir el estudio entre ambos órdenes jurídicos, si bien entendiendo que el

²² JIMÉNEZ SERRANÍA V., *Op. Cit.* pág.155.

origen en ambos casos es el mismo pues, como ya se ha indicado más arriba, en un inicio no estaba reconocida en nuestro país la capacidad de los jueces para aplicar de forma directa ni las normas europeas ni tampoco las españolas, pues su conocimiento estaba única y exclusivamente encomendado a las autoridades nacionales de la competencia, de naturaleza administrativa.

A. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA

Respecto al ámbito europeo, cabe decir, como ya se apuntaba en los epígrafes anteriores, que el gran problema residía en la inaplicación del efecto directo de las normas europeas en materia de competencia, de forma que no se permitía a los órganos jurisdiccionales el conocimiento sobre los asuntos que basaban sus pretensiones en dichas disposiciones.

Hubo que esperar hasta el año 2000 para que el Tribunal Supremo declarase de forma expresa en su Sentencia del denominado Caso DISA²³ la capacidad de las autoridades judiciales para conocer de litigios cuyas pretensiones estuvieran fundadas en las normas comunitarias de defensa de la competencia, o lo que es lo mismo, para que fuese aceptado en nuestro país el efecto directo de dichas normas.

Esta sentencia -que venía a corregir la pasada resolución de ese mismo tribunal en el llamado Caso CAMPSA en la cual se inaplicaba flagrantemente el efecto directo del Derecho de la Competencia comunitario no permitiendo a los órganos jurisdiccionales aplicar de forma directa dicho derecho- afirmaba que:

*“por el contrario, la Comisión no dispone de competencia exclusiva para aplicar el apartado 1 del art. 85 y el art. 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 de enero de 1974, BRT (127/1973, Recurso pag. 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”.*²⁴

A pesar de que hubo otros pronunciamientos relevantes para el desarrollo y la aplicación directa de la normativa comunitaria de la competencia por parte de los

²³ STS de 2 de junio de 2000, Caso DISA.

²⁴ STS de 30 de diciembre de 1993, *Isidoro R.S.A. et al v. Campsa*.

órganos judiciales en nuestro país, como por ejemplo la Sentencia del Caso *Courage*, que ya ha sido explicada en epígrafes anteriores, el hito que ha de destacarse por encima del resto por haber marcado un punto de inflexión fue el de la adopción y entrada en vigor del Reglamento 1/2003, el cual, como ya ha quedado explicado anteriormente, terminó de una vez por todas con esta problemática otorgando absoluta capacidad para conocer de pleitos basados en la normativa de defensa de la competencia comunitaria a cualquier autoridad, ya fuese administrativa -como era tradición que viniese siendo- o judicial.

La inclusión en nuestro sistema jurídico del Reglamento 1/2003 provocó “de facto” la renovación de la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial en aras de atribuir a los novedosos juzgados de lo mercantil la capacidad para aplicar de forma directa el Derecho de la Competencia europeo.

B. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA NACIONAL

El Derecho de la Competencia era para el sistema jurídico español, tal y como ya se ha indicado, materia exclusiva de la rama pública del Derecho; tal era así que, en palabras de García Bernaldo De Quirós, “la Ley de Defensa de la Competencia de 1989²⁵ era una ley de naturaleza administrativa, que se aplicaba por órganos administrativos y cuyas resoluciones eran susceptibles de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.²⁶

El artículo 13.2 de la citada Ley disponía lo siguiente:

“Artículo trece. Otras responsabilidades y resarcimiento de daños y perjuicios. 2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles.”

De tal manera que los órganos judiciales no podían aplicar el Derecho de la Competencia nacional más que a modo de revisión de las resoluciones previas en sede contencioso-administrativa, y solo pudiendo otorgar la indemnización prevista por los

²⁵ Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 170 de 18 de julio de 1989)

²⁶ GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., *Op. Cit.*

daños y perjuicios ocasionados por un ilícito anticompetencial en los casos en los que existiese una resolución administrativa previa y firme que afirmase la existencia de la infracción cometida²⁷.

Este sistema provocaba que los sujetos interesados en oponer las acciones civiles de reclamación de daños -las cuales tenían que ser de manera forzosa “*follow-on claims*”, que son las que se oponen basándose en una resolución administrativa previa, pues las “*stand-alone claims*”, que son aquellas que se oponen de manera independiente a la posible resolución administrativa, estaban legalmente imposibilitadas- tenían que pasar por un doble procedimiento: primero ante la autoridad administrativa que dirimiese acerca de la existencia o no de la infracción y, en caso afirmativo, ante la autoridad judicial que había de conceder la indemnización; un doble filtro que, como es obvio, dificultaba la realización de estas acciones ya no solo por su lentitud sino también por los sobrecostes que suponía el tener que iniciar dos procedimientos distintos²⁸.

La entrada en vigor del Reglamento 1/2003 resultó ser, en cierta medida, el empujón que necesitaba el sistema para renovar la antigua concepción del Derecho de la Competencia nacional abanderado por la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, pues esta norma no hizo sino poner de manifiesto la notoria incongruencia que suponía que los órganos judiciales españoles pudieran aplicar de forma directa las normas europeas en materia competencial pero no tuvieran adjudicada esa misma facultad sobre las normas de su propio país.

Es por tanto la nueva Ley de Defensa de la Competencia de 2007²⁹ la que, finalmente, elimina la exigencia de una previa resolución administrativa firme para que los órganos judiciales pudiesen conocer de las reclamaciones por daños y perjuicios derivadas de violaciones de la normativa de defensa de la competencia nacional; es por ello que la entrada en vigor de esta ley ha de considerarse como punto de inflexión en el desarrollo y modernización del derecho *Antitrust* español.

²⁷ GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., *Op. Cit.*

²⁸ ORTIZ BAQUERO, I. S., *op. cit.*, págs. 193-255.

²⁹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Publicada en el BOE núm. 159, de 04/07/2007.

III. PROBLEMÁTICAS

1. DUALIDAD JURISDICCIONAL

Uno de los mayores problemas asociados a la puesta en práctica en el ámbito privado de la materia de la libre competencia ha venido siendo, desde hace tiempo, la dualidad presente en el sistema, entendida como la existencia, por un lado, de resoluciones administrativas de carácter público que, con ánimo de salvaguardar los intereses públicos, sancionan a los sujetos infractores de la normativa *Antitrust*; y, por otro lado, de sentencias judiciales en el orden civil que persiguen el resarcimiento de los daños causados por esos mismos sujetos infractores, siendo por ende su objetivo la protección de los intereses privados de los sujetos afectados.

Este sistema paralelo en el cual la competencia para conocer sobre conductas anticompetenciales está otorgado de forma dual, si bien para dos ámbitos distintos (el judicial y el administrativo), ha generado conflictos entre estos dos ordenamientos sobre todo en base a la existencia, o no, de sometimiento a las resoluciones administrativas por parte del órgano judicial que va a aplicar la vertiente privada del derecho de la competencia, lo cual fue visto por parte de la doctrina como una evidente limitación de la independencia judicial.

A. LOS TIPOS DE ACCIONES

Precisamente a raíz de la existencia de este sistema dual, pueden encontrarse en el derecho privado de la competencia dos tipos de acciones -las cuales están importadas del *private enforcement* estadounidense- que pueden ejercitarse ante los órganos judiciales competentes: las acciones “*follow-on*” y las acciones “*stand-alone*”.

La diferencia entre ellas estriba en la existencia o inexistencia de una resolución administrativa previa al inicio de la vía privada y en que, al declarar la existencia de una infracción del derecho de la competencia por parte de un sujeto participante en el mercado, esta funciona como base de las pretensiones de aquellos que reclaman indemnizaciones frente a ese sujeto por los daños y perjuicios derivados de su infracción.

Las acciones “*follow-on*” son, por tanto, aquellas acciones interpuestas ante la jurisdicción civil a colación de una resolución previa de carácter administrativo en la cual se ha decretado la violación del derecho de libre competencia; es evidente que, por esa misma característica definitoria, este tipo de acción es el que tiene una mayor probabilidad de éxito, pues la resolución administrativa proporciona un expediente completo acerca del alcance de la infracción cometida y los sujetos culpables de cometerla, ergo se aligera la carga de la prueba del demandante de indemnización, facilitando en última instancia su desarrollo a favor del resarcimiento y centrando el trabajo a realizar por el órgano jurisdiccional únicamente en la existencia o no de daño y en la cuantía del mismo.

A *sensu contrario*, las acciones “*stand-alone*” son aquellas que el particular interpone ante la jurisdicción civil en aras de reclamar por los presuntos daños causados, pero sin contar con el apoyo de la resolución administrativa previa; estas acciones independientes son, por razones opuestas a las esgrimidas en el párrafo anterior, menos viables de cara a lograr un resultado favorable al reclamante, pues el juzgado tiene que dirimir, en primer lugar, si efectivamente se produjo una violación de las normas de la libre competencia por parte de los sujetos demandados y, en segundo lugar, y solo en el caso de que dicha primera parte concluyese con un resultado afirmativo, si se produjo un daño concreto a los reclamantes por causa de dicha violación y la extensión de dicho daño.

Conviene traer a colación el estudio realizado por el autor Marcos Fernández³⁰ en el cual analizó un total de 323 casos de reclamaciones privadas basadas en el Derecho de la Competencia interpuestas en España entre los años 1999 y 2012; entre las conclusiones más interesantes que pueden extraerse de este estudio cabe destacar, en primer lugar, que la inmensa mayoría de esas reclamaciones siguieron el modelo “*stand-alone*” (tal como expresa el autor dichas acciones constituyen el 94% de las estudiadas), siendo únicamente 18 de esas 323 acciones “*follow-on*”; a pesar de esta abismal diferencia numérica es preciso poner de relieve lo que ya se apuntaba antes, que, en comparación con las acciones aisladas o independientes, las acciones “*follow-on*” tienen un alto porcentaje de éxito (son el 66,7%, es decir, consiguieron un pronunciamiento afirmativo 12 de las 18 estudiadas), sin embargo, de las 305 acciones

³⁰ MARCOS FERNÁNDEZ, F., “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *Revista ICE*, Número 876. 2014, págs. 91-104.

“stand-alone” estudiadas solo tuvieron éxito 73, es decir, un porcentaje de éxito de aproximadamente el 24%. Nos encontramos, en conjunto, sólo con 85 reclamaciones con un pronunciamiento favorable de las 323 estudiadas, es decir, un porcentaje bastante alto de fracaso, que ronda el 73%.

Por último, hay que hacer hincapié en que, de todas las reclamaciones estudiadas por Marcos Fernández únicamente una de ellas estaba interpuesta por consumidores frente a una empresa, la cual tal como dice el autor “fracasó en el inicio de su tramitación judicial”.³¹

B. LA VINCULACIÓN A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

La Directiva 2014/104/UE, de la que ya se ha hablado anteriormente, introduce en su Artículo 9, de forma novedosa, el efecto vinculante de las resoluciones administrativas emanadas de las autoridades nacionales de la competencia respecto de las reclamaciones por daños que pueden ejercitarse frente a los órganos jurisdiccionales nacionales.

“Artículo 9 Efecto de las resoluciones nacionales: 1. Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia”

De esta manera, la moderna legislación europea que busca dotar de mayor importancia a la aplicación privada del Derecho de la competencia, avanza un paso más rompiendo con los sistemas tradicionales vigentes en gran parte de los Estados Miembros, entre los cuales se encuentra España.

No obstante, aunque expresamente no existe una disposición legal que implemente en nuestro derecho el efecto vinculante de las resoluciones expedidas por las autoridades nacionales de la competencia, tal y como sí lo hace la Directiva europea -pues ello rompería según parte de la doctrina con el principio constitucional de

³¹ MARCOS FERNÁNDEZ, F., “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *Revista ICE*, Número 876. 2014, pág. 98

independencia de los organismos judiciales recogido en el Artículo 117.1 de nuestra Constitución³²-, hay que poner de manifiesto que ello no ha sido óbice para que el Tribunal Supremo, en su sentencia sobre el Caso del Cártel del Azúcar³³, pusiese un pie en la dirección marcada por la citada Directiva realizando un cierto reconocimiento a las resoluciones administrativas en materia competencial.

Esta sentencia -recibida en la doctrina como modernizadora del sistema de la aplicación privada del Derecho de la Competencia- establece en su Fundamento de Derecho Tercero, respecto al efecto vinculante, que:

“Únicamente en cuanto a la fijación de hechos puede producirse tal efecto, pues la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica”

Precisa además el Tribunal supremo que:

“esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada”

Este reconocimiento, siquiera parcial, del efecto vinculante de las resoluciones administrativas en la materia que ocupa el presente estudio, tiene como razón de ser, además de “principios elementales de lógica tanto jurídica como extrajurídica”, la defensa del principio fundamental de seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva, que han de primar en nuestro ordenamiento; en palabras del Tribunal Supremo:

“la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios. Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas”

³² Constitución Española de 1978 (BOE núm. 311, de 29/12/1978).

³³ STS 5819/2013 de 7 de noviembre del 2013.

Pone de relieve el citado Tribunal que la vinculación a los hechos ya fijados por una resolución previa tiene, además, mayor importancia si cabe en un sistema como es el que nos ocupa, un sistema basado esencialmente en las acciones “*follow-on*”, que precisamente fundan su pretensión en los hechos ya admitidos por pronunciamiento anterior a la interposición de la reclamación; viene así el Tribunal Supremo a romper una lanza a favor del sistema de la aplicación privada del derecho de la competencia, remando en el mismo sentido en el que lo hace la corriente legislativa europea.

Cabe concluir este apartado dejando patente que, si bien la sentencia del Tribunal Supremo extractada más arriba lleva a pensar en un sistema español de *private enforcement* similar al promovido por la Unión Europea -a su vez importado en la normativa *Antitrust* americana- el criterio jurisprudencial general y la línea legislativa actualmente adoptada están, en palabras de Jiménez Serranía³⁴ “aún lejos de otros, como el británico, donde se reconoce un efecto vinculante a las decisiones emanadas de una autoridad nacional de competencia”; por lo que no es difícil imaginar los grandes cambios legislativos que tendrán que suceder en España para poder aplicar de forma efectiva el sistema implantado por la Directiva 2014/104/UE.

2. LA DIFICULTAD EN EL ACCESO A LAS PRUEBAS

Es de sobra conocido que, a la hora de interponer cualquier tipo de reclamación, la labor de recabar las pruebas oportunas para apoyar los argumentos que se esgrimen ante el tribunal tiene una importancia vital de cara a lograr un pronunciamiento favorable; precisamente la importancia de la labor probatoria se encuentra magnificada en el ámbito de la aplicación privada del derecho de la competencia, puesto que tales reclamaciones exigen para su correcto desarrollo la realización de un análisis fáctico y económico cuanto menos profundo y complejo.

En este sentido, en la aplicación privada del derecho de la competencia ostentan una posición privilegiada las resoluciones adoptadas por las autoridades de la competencia, pues, como ya se ha explicado, el sistema está primordialmente basado en las acciones “*follow-on*” (ello sin perjuicio de que puedan interponerse las acciones

³⁴ JIMÉNEZ SERRANÍA, V., *Op. Cit.*, pág.167.

“*stand alone*”); sin embargo, el expediente administrativo, aunque de gran importancia, no completa *per se* el requisito exigido al demandante de la carga probatoria.

Ha de añadirse, además, que, tal y como expresa la Directiva 2014/104/UE en su Considerando número 15, “los litigios por infracciones del Derecho de la competencia se caracterizan por una asimetría de información”; en otras palabras esto supone que, en la mayor parte de los casos, las pruebas necesarias para que la reclamación de daños y perjuicios prospere se encuentran exclusivamente en manos de aquellas empresas ante las que se interpone la reclamación, de forma que ni son ni pueden ser conocidas por los particulares reclamantes, pues no se encuentran siquiera al alcance de los mismos.

Es por esta situación asimétrica a nivel probatorio y por la importancia capital que ostentan las propias pruebas en casos con una realidad tan compleja, que el acceso a las mismas se ha convertido en uno de los mayores obstáculos para los particulares a la hora de interponer una reclamación indemnizatoria de los daños ocasionados por una violación de las normas de la libre competencia.

La propia Directiva 2014/104/UE, con el objetivo de solventar el que era uno de los problemas más acuciantes a la hora de la puesta en práctica del sistema de “*private enforcement*” europeo -el acceso a las pruebas fue uno de los problemas cuya solución fue más reclamada por los demandantes potenciales en la realización del Estudio del Impacto sobre la Proposición de Directiva³⁵-, otorga a los jueces en su artículo 5 la facultad de ordenar la exhibición a petición de la parte demandante ya no solo de pruebas concretas sino también de categorías completas de pruebas, facultad que puede ejercitar tanto frente a la parte demandada como frente a un tercero; siendo preciso, eso sí, que semejante poder sea ejercido junto a un estricto control jurisdiccional de la proporcionalidad y necesidad de las pruebas solicitadas, aspectos ambos que deberán estar motivados por la parte solicitante en la propia solicitud de exhibición.

“Artículo 5 Exhibición de las pruebas

1. Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos relativos a acciones por daños en la Unión y previa solicitud de una parte demandante que haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción por daños, los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar que la parte demandada o un

³⁵ JIMÉNEZ SERRANÍA, V., *Op. Cit.*, pág.154.

tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder, a reserva de las condiciones establecidas en el presente capítulo. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar a la parte demandante o un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado.

2. Los Estados miembros velarán por que sus órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar la exhibición de piezas específicas de prueba o de categorías pertinentes de pruebas, lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada.

3. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales limiten la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado.”

A. LOS SISTEMAS DE CLEMENCIA

El nuevo sistema implantado por la Directiva 2014/104/UE respecto del acceso a las pruebas persigue facilitar a los particulares la información que precisan para fundamentar las pretensiones de su reclamación, ya que en la mayor parte de las ocasiones se encuentra en manos de las propias empresas demandadas -trata por ende de eliminar la desigualdad posicional palmaria que se presenta en el ámbito de la información entre el empresario y los particulares reclamantes-, si bien la propia Directiva establece limitaciones en su artículo 6 a dicha facultad de exhibición en base a la proporcionalidad exigida respecto a documentación sensible o cuya publicidad puede acarrear un mayor perjuicio que el beneficio perseguido; entre estos documentos sobre los que no puede basarse una reclamación de exhibición se encuentran los relativos a los programas de clemencia.

*“Artículo 6 **Exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia.** 6. Los Estados miembros velarán por que, a efectos de las acciones por daños, los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas: a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, y b) las solicitudes de transacción.”*

El sistema de clemencia es una de las armas más poderosas con la que cuentan las autoridades administrativas, tanto a nivel nacional como europeo, ya que “contribuyen a la detección, la persecución eficiente y la imposición de sanciones de las

infracciones más graves del Derecho de la Competencia”³⁶; habiéndose convertido, además, en los instrumentos esenciales en la lucha contra los Cárteles -definidos en la Ley de Defensa de la Competencia como: todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones³⁷ - puesto que la naturaleza secreta de los mismos provoca que sean una de las pocas herramientas capaces de aportar las pruebas necesarias para su desarticulación.

El funcionamiento de estos sistemas es muy simple, se basan en otorgar exenciones y reducciones de las sanciones a la empresa cartelista que ponga en manos de las autoridades defensoras de la libre competencia las pruebas suficientes para que dicha institución pueda llevar a cabo el desmantelamiento del cártel en el cual la empresa delatora participaba, siendo mayor el incentivo para el primer participante que coopere y disminuyéndose progresivamente respecto a los consiguientes cooperadores.

Parte de la doctrina ha definido la esencia de estos sistemas mediante el aforismo “no hay honor entre ladrones”³⁸; a la vez que también se ha relacionado a los programas de Clemencia con “La Teoría de Juegos”, concretamente con el conocido “Dilema del Prisionero”³⁹ a través del cual se explica que el pensamiento lógico por separado adoptado por varios sujetos -en el Dilema se trata de dos prisioneros encarcelados por separado a los cuales se les da la oportunidad de delatar al otro a cambio de una rebaja en la condena- desembocará en que cada uno adopte la decisión que más beneficios le reporte a él mismo, sin tener en cuenta aquella decisión que aun siéndole menos beneficiosa de forma individual, tiene un mayor beneficio a nivel colectivo.

³⁶ Considerando 26 de la Directiva 2014/104/UE.

³⁷ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 04/07/2007). Disposición adicional 4ª. 2.

³⁸ BORREL ARQUÉ, J. R., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J. L., ORDÓÑEZ DE HARO, J. M., “Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia”. *Revista ICE*. Número 876. 2014., pág. 17.

³⁹ YANES YANES, P., “Confidencialidad y Clemencia en la Directiva de Daños: una aproximación”. *Estudios Sobre el futuro Código mercantil: libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*. Ed. Universidad Carlos III de Madrid. Getafe (España). 2015, pág. 1141.

B. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

Otro de los supuestos junto a los sistemas de clemencia que provoca un encontronazo con la línea adoptada por la Directiva 2014/104/UE acerca del acceso a las pruebas, y más concretamente acerca de la posibilidad de los particulares afectados de reclamar indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos, es el de la denominada terminación convencional de las resoluciones administrativas.

Esta figura jurídica ha de entenderse como una forma atípica para la terminación de los expedientes administrativos, siendo la forma ordinaria aquella en la que la autoridad administrativa competente resuelve finalmente el expediente administrativo en curso.⁴⁰

La terminación convencional consiste en otorgar al sujeto contra el cual se dirige el expediente administrativo por la presunta violación de las normas *Antitrust* la facultad de presentar ante el órgano decisor un conjunto de compromisos, mediante los cuales el supuesto infractor pretende solventar los efectos que pudieran haberse derivado de la conducta, presuntamente anticompetitiva, que está siendo investigada por la Autoridad administrativa; de esta forma, si la autoridad administrativa competente entendiese dichos compromisos como suficientes y adecuados para lograr la satisfacción de todos los posibles efectos producidos, y a su vez suficientes para satisfacer el interés público afectado, convertiría dichos compromisos en vinculantes para el solicitante de la terminación convencional, a riesgo de que, de incumplir dichos compromisos, el sujeto incurriría en una infracción muy grave, lo que le acarrearía mayores perjuicios.

La característica fundamental de este modo de finalización del expediente administrativo radica en que el cierre de dicho expediente se produce sin la efectiva acreditación de la infracción por parte del presunto infractor, ergo no le es impuesta ningún tipo de sanción; este incentivo es suficiente para que las empresas que pudiesen verse afectadas a través de la resolución ordinaria de un expediente administrativo de una autoridad de la competencia, busquen la resolución del mismo pactando con dicho organismo a través de esta vía, lo que “de facto” da como consecuencia una satisfacción

⁴⁰ CALLOL, P., MANZARBEITIA, J., JUNYENT, R., “La terminación convencional en procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia: una consideración práctica”. *Práctica Mercantil para Abogados*. Madrid. Mayo de 2012.

total de la cuestión, tanto de la propia empresa beneficiada, como de los intereses particulares afectados que verán reparados los posibles daños producidos, y además también del interés público del Derecho de la Competencia, pues se resuelve en mucho menos tiempo, reduciendo de forma muy importante los costes y la incertidumbre respecto al resultado.

Es por este motivo que la terminación convencional está siendo progresivamente cada vez más utilizada tanto por las empresas que la reclaman en un mayor número de ocasiones, como por parte de las autoridades administrativas, más proclives en los últimos años a su admisión como forma precoz de finalización del expediente.

No obstante, de esta figura deriva, como ya se apuntaba al inicio del epígrafe, un importante problema respecto a la aplicación privada del derecho de la competencia, y más concretamente respecto al acceso al expediente administrativo como modo de prueba, pues a pesar de que dicho expediente haya finalizado sin imponer sanciones ni determinar la efectiva existencia de una infracción, sí es probable que en dicho expediente se encuentre documentada una profunda investigación acerca de la existencia de dicha infracción, lo que en teoría podría conllevar la utilización de ello como prueba en procesos por daños y perjuicios.

A este respecto hay que añadir que la terminación convencional puede ser, tal como apuntan Callol, Manzarbeitia y Junyent, “un arma de doble filo”⁴¹ puesto que, si bien limita las posibles actuaciones judiciales -al no existir una acreditación de la violación de las normas de la competencia la resolución administrativa puede ser utilizada para una acción *follow-on* si bien con un índice de éxito mucho menor-, es posible acceder, mediante el mecanismo de la exhibición de pruebas establecido por la Directiva 2014/104/UE, al expediente administrativo para fundamentar sobre él las pretensiones de una acción de reclamación de daños y perjuicios.

Esta última posibilidad se encuentra favorecida por el hecho de que el expediente administrativo sujeto a terminación convencional no se contempla entre los documentos sobre los cuales no puede realizarse una solicitud de exhibición de prueba -contenidos en el citado artículo 6.6 de la Directiva- al contrario de lo que pasaba con las informaciones relacionadas con un programa de clemencia.

⁴¹ CALLOL, P., MANZARBEITIA, J., JUNYENT, R., *Op. Cit.*

En aras de solventar este posible problema -el hecho de que a pesar de no estar sujetos a ninguna sanción los presuntos infractores se vean incurso en procesos por reclamación de daños y perjuicios- la Comisión Nacional de la Competencia ha publicado una Comunicación en la cual invita a los potenciales solicitantes de esta vía de finalización de los expedientes a que realicen la solicitud de terminación convencional cuanto antes, valorando positivamente que la pronta presentación de la misma.

“En este sentido, a la hora de adoptar la decisión de iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional se tiene en cuenta que la misma permita un ahorro de trámites de instrucción y acortar los plazos de resolución del expediente, a fin de posibilitar una rápida implementación de los remedios que ponen fin a la situación de restricción de la competencia detectada. Por este motivo, la CNC valorará muy positivamente que la propuesta de terminación convencional se presente cuanto antes una vez incoado el expediente sancionador, con el fin de que permita garantizar el interés público que reclama el art. 52 de la LDC”⁴²

En conclusión, la presentación temprana de la solicitud cumpliría dos objetivos: por un lado, el apuntado por la CNC en la comunicación, el ahorro de trámites y la consiguiente reducción de los plazos de resolución del expediente; y, por otro lado, si la solicitud es presentada nada más conocerse las acusaciones -tal y como promueve la CNC-, el expediente administrativo terminaría antes de contener pruebas eficaces contra la empresa solicitante.

3. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO CAUSADO

Es requisito *sine qua non* para lograr la estimación de una reclamación por daños y perjuicios en el ámbito civil -evidentemente lo es también cuando dicha reclamación trae causa de una presunta violación de las normas de la libre competencia- que el órgano jurisdiccional competente ratifique, no solo la existencia del daño provocado por la infracción de las normas, sino también que especifique la medida en la cual dicho daño ha afectado a la presunta víctima.

⁴² Comunicación de la CNC Sobre Terminación Convencional de Expedientes Sancionadores publicada en Octubre de 2011. Apartado 20.

La cuantificación del daño -es decir, la concreción de la extensión del mismo y del perjuicio causado a la víctima- se convierte por tanto en parte esencial de cualquier reclamación en base al “*private enforcement*”; ergo la labor probatoria dirigida a clarificar esa cuestión asume, en palabras de Trotta “un valor decisivo en el sucesivo juicio resarcitorio promovido en sede civil, ya que cabe esperar que el juez ciertamente no pueda reconocer el derecho al resarcimiento de un daño que, en efecto, el actor no haya sido capaz de probar que ha sufrido (o que no haya conseguido circunscribir adecuadamente a los fines de su cuantificación)”⁴³.

En este sentido se manifiesta la Directiva 2014/104/UE al expresar que “una parte perjudicada que haya demostrado haber sufrido un perjuicio como consecuencia de una infracción del Derecho de la Competencia aún debe demostrar la magnitud del daño sufrido para poder obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios”⁴⁴.

Si bien, este requisito probatorio contiene en el ámbito del Derecho de la Competencia dos importantes obstáculos que pueden convertirlo, “de facto”, en una barrera insalvable para los particulares reclamantes de indemnización por daños y perjuicios a raíz de la violación de las normas de la libre competencia.

En primer lugar, la realidad fáctica que ha de examinarse para estimar la medida concreta del daño se caracteriza por su complejidad, por lo que suele ser de imperiosa necesidad la aplicación de complicados modelos económicos para su estudio, algo altamente costoso.

En segundo lugar, la información sobre la realidad compleja anteriormente descrita no suele encontrarse -por si fuese poco- al alcance de los particulares, potenciales reclamantes, pues impera en este sector del Derecho una desigualdad posicional entre los particulares afectados y las empresas infractoras, desigualdad que se traduce, tal y como ya quedó apuntado en epígrafes anteriores, en una asimetría de información entre las partes.

Ante un problema de semejante envergadura -Jiménez Serranía no duda en calificarlo como “una de las cuestiones más complejas que deben abordarse en la

⁴³ TROTTA, A., “*Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell’ AGCM e della Commissione*”, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*. Ed. L.F. Pace Jovene editore. Nápoles. 2013, pág.365

⁴⁴ Directiva 2014/104/UE. Considerando 45.

elaboración de las demandas de derecho de la competencia”⁴⁵ - el legislador europeo ha seguido dos líneas de actuación claramente diferenciadas:

Por un lado, la Comisión ha redactado una Guía práctica⁴⁶ en la cual se recogen diferentes métodos y procedimientos de cuantificación del daño que se han venido desarrollando tanto a nivel económico como jurídico práctico, todo ello en aras de permitir un amplio acceso a la información requerida para cuantificar de forma correcta el daño producido, y servir así de ayuda tanto a los órganos jurisdiccionales encargados de realizar la cuantificación, como a las partes implicadas en reclamaciones de daños y perjuicios derivadas de la aplicación privada del derecho de la competencia.

No obstante, es preciso apuntar que la Guía anteriormente mencionada, si bien goza de gran utilidad para la resolución del problema derivado de la cuantificación del daño, no es un documento vinculante, por lo que la aplicación de sus disposiciones no es de carácter preceptivo; ello deriva, como es obvio, de que la intención final que subyace en su realización no es el establecer un modelo de cuantificación del daño armonizado para todos los Estados Miembros, sino que su función es simplemente la de servir como ayuda, tanto a los jueces como a las partes.

Por otro lado, la Directiva 2014/104/UE contiene diferentes disposiciones encaminadas a paliar la dificultad probatoria inherente a la realidad fáctica y contrafáctica de los casos basados en el Derecho de la Competencia; disposiciones que se estudiarán a continuación siguiendo el orden marcado por los artículos de la citada norma.

En primer lugar, el artículo 3 de la norma europea recoge el derecho de cualquier persona, ya sea física o jurídica, al pleno resarcimiento de los daños que pudieran habersele provocado por la infracción de las normas de la competencia.

*“Artículo 3 **Derecho al pleno resarcimiento.***

1. Los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio.”

⁴⁵ JIMÉNEZ SERRANÍA, J., *Op. Cit.*, pág.170

⁴⁶ Guía práctica que acompaña la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2013/C 167/07)

Este principio, reconocido por vez primera en la Sentencia del Caso *Courage*, aúna como elementos de la indemnización el daño emergente, el lucro cesante y el pago de los intereses que se hubiesen generado.

“2. El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.”

Por último cabe apuntar que el presente artículo introduce un último apartado en el cual -quizás con el ánimo de evitar una importación de los *treble damages* estadounidenses y el funcionamiento basado en la disuasión del potencial infractor- se prohíbe tajantemente la posible existencia de una sobrecompensación, es decir, articula en el tercero de sus incisos la prohibición general del enriquecimiento injusto.

“3. El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo.”

En segundo lugar, el artículo 4 de la Directiva establece los principios de efectividad y equivalencia, que en la práctica se traducen en la obligación de que las normas relativas a la aplicación privada del derecho de la competencia se trasladen al ordenamiento del Estado Miembro de forma tal que no resulten en su aplicación difíciles o imposibles de implementar, y además en la obligación de que dichas normas relativas a las reclamaciones por daños y perjuicios en el ámbito del derecho de la competencia no sean en su aplicación menos favorables que las normas nacionales también dirigidas al resarcimiento de los daños y perjuicios.

“Artículo 4 Principios de efectividad y equivalencia.

De acuerdo con el principio de efectividad, los Estados miembros velarán por que todas las normas y los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciben y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios, ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia. De acuerdo con el principio de equivalencia, las normas y procedimientos nacionales relativos a las acciones por daños derivados de infracciones de los artículos 101 o 102 del TFUE no serán menos favorables a las presuntas partes perjudicadas que los que regulan las acciones nacionales similares por daños causados por infracciones de la normativa nacional.”

La importancia de este artículo respecto a la cuantificación del daño estriba en que, tal y como establece el Considerando 46 de la presente Directiva, no existen normas a nivel europeo que armonicen los criterios de cuantificación de los daños producidos, con lo cual han de ser las normas nacionales las que colmen dicha laguna; ergo es vital que dichas normativas nacionales respeten escrupulosamente los principios citados para lograr la eliminación del obstáculo que puede suponer la cuantificación del daño a nivel probatorio.

Por último, acudiendo ya al articulado de la Directiva expresamente dirigida al problema de la cuantificación del daño, el artículo 17 de la norma establece, por un lado, una ratificación de los principios recogidos en el artículo 4 al exigir que ni la carga de la prueba ni los estándares de la misma puedan conllevar “de facto” una imposibilidad material de ejercer el derecho al completo resarcimiento reconocido en el artículo 3; por otro, establece el artículo una obligación material a favor de los órganos que han de juzgar los asuntos de esta naturaleza en tanto ordena a los Estados Miembros que dichos órganos puedan, por si mismos, determinar el montante del daño que se haya producido.

“Artículo 17 Cuantificación del perjuicio.

1. Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles.”

Además este artículo incluye dos consideraciones de enorme importancia: en primer lugar, estipula una presunción *iuris tantum* a favor de los particulares reclamantes en tanto en cuanto recoge que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios -presunción que al ser *iuris tantum* puede desacreditarse a través de las vías probatorias oportunas-; la razón que subyace en la presunción deriva, en palabras de Jiménez Serranía, “del carácter secreto de los cárteles, que provoca una asimetría en la

información, con la consecuente dificultad en la obtención de pruebas del perjuicio que sufren las víctimas”⁴⁷

“2. Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción.”

En segundo lugar, el artículo 17 reconoce en su tercer apartado la capacidad de las Autoridades Nacionales de la Competencia de actuar como *amicus curiae* en los casos de aplicación privada de la competencia, pudiendo de este modo ofrecer su ayuda al órgano judicial para realizar la cuantificación del daño.

“3. Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos relativos a reclamaciones de daños y perjuicios, una autoridad nacional de la competencia pueda ofrecer, previa petición de un órgano jurisdiccional nacional, asesoramiento a este en el tema de la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios, si dicha autoridad nacional de la competencia considera adecuado tal asesoramiento.”

A. EL CRITERIO DE LA MAYOR FLEXIBILIDAD DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como ya se ha explicado, el Tribunal Supremo “modernizó” el Derecho de la Competencia español en su Sentencia del Caso del Cártel del Azúcar, permitiendo la recepción de la aplicación privada del derecho de la competencia de forma muy similar a como se estaba realizando en la Unión Europea.

Entre las cuestiones que el Tribunal Supremo dirime en dicha Sentencia se encuentra la de la forma correcta de cuantificar los daños presuntamente causados a la víctima de la violación de las normas de la competencia.

A este respecto el Tribunal Supremo ratifica en primer lugar el derecho al pleno resarcimiento recogido en el artículo 3 de la Directiva 2014/104/UE -si bien en aquel momento esta norma aún se encontraba en un estadio de “propuesta de directiva”, hecho que no fue óbice para que el Tribunal Supremo siguiese la línea doctrinal marcada por ella-, este reconocimiento se realiza a lo largo de su argumentación, por ejemplo cuando expresa que “Otra solución sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva

⁴⁷ JIMÉNEZ SERRANÍA, J., *Op. Cit.*, pág.158

que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado⁴⁸, refiriéndose a la posibilidad de desacreditar un informe pericial que afirma la existencia de los daños basándose única y exclusivamente en que dicho informe es inexacto.

Es precisamente a raíz de esa inexactitud que el Tribunal Supremo acoge como factible una mayor flexibilidad en el criterio para aceptar las valoraciones por daños; esta concepción del Tribunal deriva de la premisa de que realizar una “reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita”⁴⁹ es materialmente imposible, puesto que es una característica inherente a todas las valoraciones de daños y perjuicios en tanto en cuanto se basan en una proyección hipotética de la realidad, pretendiendo de esta manera establecer qué habría ocurrido de no haberse cometido la conducta ilícita juzgada -es lo que la Directiva 2014/104/UE denomina como la comparación entre la “situación fáctica” y la “situación hipotética contrafáctica”-.

El Tribunal Supremo se adhiere a este respecto a la solución establecida por la futura Directiva para esta dificultad, en tanto en cuanto expresa lo siguiente.

“Para la propuesta, esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio.”

De esta forma el Tribunal Supremo reconoce a los jueces un mayor poder de decisión respecto a la estimación del daño, y establece a su vez como requisitos del informe pericial, dirigido a probar la existencia y cuantificación del daño, que formule una hipótesis razonable que se encuentre, además, fundada sobre datos contrastables y no erróneos; eliminando de esta forma el requisito de la exactitud respecto de dicha prueba.

No obstante hay que matizar, a modo de conclusión, que el poder de decisión otorgado a los órganos competentes para juzgar los casos de aplicación privada del derecho *Antitrust*, no conlleva “de facto” la capacidad de tomar decisiones fuera de toda lógica y motivación jurídica; ergo si bien la imposibilidad material permite justificar una actuación más laxa por parte del juzgador, eso no significa que estén permitidas las decisiones totalmente arbitrarias por parte de dicho órgano.

⁴⁸ STS 5819/2013 de 7 de noviembre del 2013. Fundamento de Derecho Séptimo.

⁴⁹ *Ibid.* Fundamento de Derecho Séptimo.

4. LA DEFENSA “PASSING-ON”

La “*passing-on defense*”, también conocida como “repercusión de sobrecostos” o “repercusión aguas abajo” constituye un método de defensa ante las reclamaciones de daños y perjuicios incurridas en un procedimiento de “*private enforcement*”.

Esta defensa consiste en que, en caso de que el sujeto reclamante, afectado por la presunta violación de las normas de la libre competencia realizada por el demandado, haya repercutido parte del daño en los subsiguientes estadios de la cadena de producción, ese daño repercutido habrá de ser deducido de los daños y perjuicios reclamados; incumbiendo al demandado la carga de probar que, efectivamente, el reclamante ha evitado o minimizado el daño repercutiendo el mismo aguas abajo.

Un ejemplo paradigmático de esta situación sería aquel en el que una empresa, a la que llamaremos “A”, participa en un cártel por el cual se pactan los precios de la materia prima que suministra para que superen los precios de mercado, siendo así que otra empresa, a la que llamaremos “B”, compradora directa de la primera en tanto en cuanto utiliza la materia prima que vende A para producir el bien que vende en el mercado, sufre un sobrecoste en su cadena de producción; ese sobrecoste se traduce lógicamente en un daño para B, si bien esta empresa puede, o bien asumir ese sobrecoste, siendo víctima del daño producido por la práctica cartelista, o bien repercutir ese sobrecoste a sus propios clientes (que serán a la vez sus compradores directos y compradores indirectos de A) mediante una subida de los precios de sus productos. Es en el último de los dos casos en los cuales actúa la defensa de repercusión de sobrecostos evitando que, en este caso B, reciba una indemnización por unos daños que realmente no ha sufrido.

Esta figura defensiva se sustenta en dos pilares: por un lado en el principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto, puesto que evita que el reclamante que haya repercutido los daños reciba una indemnización que lógicamente no se merece; y, por otro lado, en el principio de que cualquier persona, con independencia de la relación que tenga con la otra parte (es decir, ya sea comprador directo o indirecto), pueda reclamar al infractor los daños y perjuicios sufridos -principio que ya fue recogido en la Sentencia del Caso *Courage*-.

Estos principios fundamentales de la defensa “*passing-on*” se recogen en el artículo 12 de la Directiva 2014/104/UE.

“Artículo 12 Repercusión de sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento

1. Para garantizar la plena efectividad del derecho al resarcimiento pleno establecido en el artículo 3, los Estados miembros velarán por que, con arreglo a las disposiciones previstas en el presente capítulo, el resarcimiento de daños y perjuicios pueda reclamarlo del infractor cualquiera que los haya sufrido, con independencia de que se trate de un comprador directo o indirecto, y se eviten indemnizaciones muy por encima de los daños y perjuicios causados al demandante por la infracción del Derecho de la competencia, así como la falta de responsabilidad del infractor.”

Por otro lado, es el artículo 13 de la Directiva el que reconoce de forma expresa la posibilidad de interponer por parte del demandado, a modo de argumento defensivo, el hecho de que el demandante no haya sufrido de forma palmaria los posibles daños derivados de la actuación anticompetitiva; es decir, reconoce concretamente la posibilidad de interponer la defensa “*passing-on*”.

“Artículo 13 Defensa basada en la repercusión de sobrecostes

Los Estados miembros garantizarán que el demandado por daños y perjuicios pueda invocar como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros.”

Por último, es importante poner de relieve que la citada normativa incluye en su artículo 14 una presunción *iuris tantum* a favor de los compradores indirectos que pretenden reclamar por daños y perjuicios, en base a la cual ha de entenderse que el sobrecoste ha sido transferido a estos sujetos cuando los mismos prueben ciertos extremos -la esencia de la presunción es eliminar la dificultad que supondría para un comprador indirecto, normalmente consumidores particulares, probar que el sobrecoste se le ha repercutido a él a través de la cadena de producción y distribución del bien-.

“Artículo 14 Compradores indirectos

2. En la situación a que se refiere el apartado 1, se considerará que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste si dicho comprador indirecto demuestra que: a) el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado, y c) el comprador indirecto

adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran.”

A. REQUISITOS SEGÚN EL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, en su Sentencia del Caso del Azúcar⁵⁰, reconoce la posibilidad de aplicar en el derecho nacional la defensa por la repercusión de sobrecostes aguas abajo en las reclamaciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, al entender que esta figura defensiva garantiza el respeto al principio que veda el enriquecimiento injusto, ya que, como se ha dicho, no es razonable indemnizar a quien materialmente no ha sufrido el daño que reclama.

Entiende el Tribunal que han de cumplirse dos requisitos de forma cumulativa para que pueda admitirse por parte de un Tribunal español la defensa “*passing-on*”.

En primer lugar, que la carga probatoria que ha de sustentar la defensa “*passing-on*” ha de recaer, como no puede ser de otra forma, en el demandado, puesto que “Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obstan el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega.”⁵¹.

En segundo lugar, que la carga de la prueba que recae sobre el demandado no se ve satisfecha probando únicamente la existencia de una repercusión de los sobrecostes aguas abajo por parte del demandante, sino que es necesario que se pruebe también que, mediante dicha repercusión, la parte actora ha conseguido evitar todos los daños que de otra forma le habría provocado la violación de las normas de la libre competencia.

Este aumento de la carga de la prueba trae causa del alcance efectivo que la defensa “*passing on*” tiene para el Tribunal Supremo; según el Tribunal no puede hablarse de esta figura defensiva como una mera “repercusión de precios en el sentido de incremento del precios en el mercado aguas abajo en proporción al incremento de precios sufrido en el mercado aguas arriba”, pues lo que ha de ser repercutido por el reclamante para que tenga éxito esta medida defensiva no es el incremento en el precio,

⁵⁰ STS 5819/2013 de 7 de noviembre del 2013.

⁵¹ *Ibid.* Fundamento de Derecho Quinto.

sino el daño, en tanto en cuanto, como ya se ha dicho, la esencia de la defensa “*passing-on*” es evitar el enriquecimiento injusto de aquel que reclama aun habiendo evitado el daño; ergo si a pesar de repercutir el sobrecoste mediante una subida de precios aguas abajo el reclamante no ha logrado evitar, ya sea de forma total o parcial, el daño provocado -por ejemplo por haberse producido a causa de dicha subida de los precios una significativa bajada del volumen de ventas- dicho sujeto seguirá teniendo derecho a ser indemnizado.

De esta forma, entiende el Tribunal que, si bien “la elevación de los precios de los productos que elaboraban las demandantes” es “un requisito necesario para que la repercusión del daño haya tenido lugar”, tal hecho objetivo “no es suficiente”.

Esta carga de la prueba magnificada que impone el Tribunal Supremo, mucho más exigente que la establecida en la Directiva 2014/104/UE demuestra, en palabras de autores como Jiménez Serranía, que aún es necesario “un paso más para que la legislación española se alinee con la europea.”⁵²

⁵² JIMÉNEZ SERRANÍA, V., *Op. Cit.*, pág.170

IV. CONCLUSIONES

La aplicación privada del Derecho de la Competencia ha ido progresivamente introduciéndose, cada vez de forma más palmaria, en los sistemas jurídicos del viejo mundo, estableciéndose a día de hoy como una figura vital para el continuo desarrollo del Derecho de la Competencia continental.

Desde las primeras incursiones del “*private enforcement*” en territorio europeo a través de la importación de las normativas americanas ya consolidadas, hasta la Directiva de la Unión Europea 2014/104/UE, la aplicación privada del derecho *Antitrust* ha significado la transformación de un Derecho otrora de naturaleza pública sin posibilidad de discusión, en un Derecho mixto, a caballo entre su tradicional vertiente pública y su vertiente más moderna y novedosa, la privada.

Es importante poner de relieve a este respecto que, a la vista de todo lo explicado en el presente estudio, la figura de la aplicación privada del Derecho de la Competencia -o “*private enforcement*” tal y como la denominaron sus creadores estadounidenses- no ha provocado una degradación del Derecho regulador de las normas de la competencia, ni se ha provocado una transgresión de la esencia propia del mismo, sino más bien todo lo contrario.

La aplicación privada del Derecho de la Competencia ha dotado a esta rama jurídica de una mayor presencia y relevancia a nivel social, en tanto en cuanto ha permitido dar voz a los particulares víctimas de las prácticas anticompetenciales de las empresas, los cuales no veían en absoluto satisfechos sus intereses con la mera imposición de multas administrativas a las empresas infractoras.

El Derecho de la Competencia funciona por tanto a día de hoy de forma completa, articulando un sistema que satisface todos los intereses implicados en los casos de violación de las normas reguladoras de la competencia; puede afirmarse sin ningún género de duda que las vertientes pública y privada de este sector de nuestro ordenamiento jurídico no funcionan como vías contrapuestas, entorpeciendo cada uno la labor de la otra, sino que lo hacen como figuras complementarias la una de la otra, de cuya suma se obtiene el nivel más alto de protección de las normas que rigen el mercado y, a su vez, de todos y cada uno de los entes participantes en el mismo.

No obstante lo anterior, y a pesar de que la regulación que emana de la Unión Europea ha permitido alcanzar -mediante su trasposición a los ordenamientos nacionales- un alto nivel de modernización y desarrollo al Derecho de la Competencia, aún quedan grandes cuestiones que abordar para que pueda hablarse de una incorporación completa y exenta de problemas de la figura jurídica de la aplicación privada del Derecho de la Competencia.

Muchas de estas cuestiones pasan por avanzar un paso más allá a favor de los consumidores como entes partícipes del mercado, pero sobre todo como grandes perjudicados -ya sea de forma directa o indirecta- por la comisión de prácticas empresariales anticompetitivas; si bien la Directiva 2014/104/UE les ha dotado de potentes mecanismos y herramientas para hacer valer sus derechos ante las violaciones normativas perpetradas por las grandes empresas, falta aún un importante camino por recorrer que pasa por establecer mecanismos efectivos de oposición, demandas colectivas que faciliten el cobro de las indemnizaciones en casos que afecten a una gran colectividad de particulares, y que proporcionen a los grupos de consumidores afectados verdadera capacidad de presión judicial sobre las grandes empresas, hasta ahora insensibles a los daños que pudieran provocar.

En conclusión nos encontramos, bajo la opinión personal de quien suscribe el presente estudio, ante una figura decisiva para el equilibrio del libre mercado y el control de la actuación de las empresas en el mismo, figura que si bien ha tenido un inicio prometedor no ha hecho más que rascar las capas más superficiales de su completo potencial; estamos por ende en la senda correcta de la reformulación de un Derecho de la Competencia que se había quedado anquilosado, inútil para satisfacer las demandas que la sociedad hacía tiempo que venía exigiendo; no obstante esta obra solo acaba de empezar, y hará falta de un mayor esfuerzo y desarrollo para lograr superar los problemas que supondrá su inclusión en los diferentes ordenamientos nacionales.

Un Derecho de la Competencia desarrollado y competente ha de ser un objetivo prioritario en un mundo como el actual, en el cual todo está regido y fundamentado en el correcto funcionamiento de un mercado cada vez más globalizado; y ese desarrollo pasa necesariamente por el completo desarrollo de su vertiente privada.

V. BIBLIOGRAFÍA

BORREL ARQUÉ, J. R., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J. L., ORDÓÑEZ DE HARO, J. M., “Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia”. *Revista ICE*. Número 876. 2014.

CALLOL, P., MANZARBEITIA, J., JUNYENT, R., “La terminación convencional en procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia: una consideración práctica”. *Práctica Mercantil para Abogados*. Madrid. Mayo de 2012.

GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., “*Acciones de responsabilidad por daños anticompetitivos y la responsabilidad de las autoridades públicas. La figura del amicus curiae en España*”, Barcelona, 2012, disponible en <http://www5.poderjudicial.es/CDA2012/CDA2012-10-ESP.pdf>. Página visitada por última vez el 29/07/2016.

GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, J., “*La defensa de la competencia mercantil*”. Ed. Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid (España). 1964.

JIMÉNEZ SERRANÍA V., “La Directiva 2014/104/UE de acciones por daños al derecho de la competencia: un comentario crítico”, *Revista Ars Iuris Salmanticensis*. Volumen 3. Número 2. 2015.

MARCOS FERNÁNDEZ, F., “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *Revista ICE*, Número 876. 2014.

MORLES HERNÁNDEZ, A., *Curso de derecho mercantil. Tomo I*, Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (Venezuela) 2007.

ORTIZ BAQUERO, I. S., “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”, *Revista e-mercatoria*. Volumen 7. Número 1. 2008.

PEÑA LÓPEZ, F., La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust. Colección de Estudios de Responsabilidad Civil, Ed. Comares, Granada (España) 2002.

PÉREZ FERNÁNDEZ, P., “¿Aplicación pública o aplicación privada del derecho de la competencia?”, Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales. Número 11. 2011.

SALVADOR ROLDÁN, R., “La reclamación de daños y perjuicios por infracción del derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. Número 226. 2003.

TROTTA, A., “*Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell’ AGCM e della Commissione*”, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*. Ed. L.F. Pace Jovene editore. Nápoles. 2013.

YANES YANES, P., “*Confidencialidad y Clemencia en la Directiva de Daños: una aproximación*”. *Estudios Sobre el futuro Código mercantil: libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*. Ed. Universidad Carlos III de Madrid. Getafe (España). 2015.

Legislación y Jurisprudencia Citadas

THE SHERMAN ANTI-TRUST ACT. 1890. (La Ley Sherman)

FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE (reglas federales de procedimientos civiles de los estados unidos)

STJUE de 20 de septiembre de 2001, Courage Ltd. Vs. Bernard Crehan

STS de 2 de junio de 2000, Caso DISA.

STS de 30 de diciembre de 1993, *Isidoro R.S.A. et al v. Campsa*.

LEY 16/89, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (BOE 170 de 18 de julio de 1989)

LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (BOE núm. 159, de 04/07/2007)

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 (BOE núm. 311, de 29/12/1978)

STS 5819/2013 de 7 de noviembre del 2013, Caso del Cártel del Azúcar.

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.

COMUNICACIÓN DE LA CNC Sobre Terminación Convencional de Expedientes Sancionadores publicada en Octubre de 2011. Apartado 20.

GUÍA PRÁCTICA QUE ACOMPAÑA LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2013/C 167/07)