



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

## **TRABAJO FIN DE GRADO**

**Grado en Derecho**

**Curso 2013/2014**

# **LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: OBJETIVOS ACTUALES Y ALGUNOS RETOS A SUPERAR**

**Nombre del estudiante: Gonzalo Alonso Cabezas**

**Tutora: Pilar Martín Aresti**

**Julio**

**2014**



# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
I. LOS ORÍGENES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU APLICACIÓN PRIVADA.....	6
1- <i>Del derecho a competir al deber de competir</i> .....	6
2- <i>El Derecho de la Competencia en Europa</i> .....	9
3- <i>La aplicación privada del Derecho de la Competencia</i> .....	11
4- <i>La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España</i> .....	14
II. SITUACIÓN ACTUAL DE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: PLANTEAMIENTO DE RETOS Y PROBLEMAS .....	16
III. BREVE RESEÑA ACERCA DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS ACCIONES EJERCITABLES POR LOS PERJUDICADOS POR ILÍCITOS ANTITRUST EN ESPAÑA .....	20
1- <i>Acciones de nulidad contractual</i> .....	21
2- <i>Acciones de cesación de actos anticompetitivos y prohibición de reiteraciones futuras</i> .....	22
3- <i>Acciones de responsabilidad civil</i> .....	24
3.1- Pretensión de resarcimiento conforme a la responsabilidad extracontractual originada en los contratos.....	24
3.2- La aplicación del régimen previsto en el art. 1902 CC.....	25
IV. EL OBJETIVO DEL PLENO RESARCIMIENTO DE LOS AFECTADOS POR UN ILÍCITO ANTITRUST.....	29
1- <i>La figura de la passing-on</i> .....	29
1.1- Perspectiva económica .....	29
1.2- Perspectiva jurídica .....	30
2- <i>El cártel del azúcar</i> .....	32
3- <i>Passing-on en la Propuesta de Directiva</i> .....	33
V. OPTIMIZACIÓN DE LA INTERACCIÓN ENTRE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA .....	35
1- <i>Los programas de clemencia. Planteamiento del problema</i> .....	35
2- <i>El caso Pfleiderer y la jurisprudencia posterior</i> .....	38
2.1- Inseguridad jurídica y <i>fórum shopping</i> .....	39
2.2- <i>¿Aplicabilidad del test de Pfleiderer según cada Estado miembro? El asunto Donau Chemie</i> ..	40
3- <i>El panorama que consolida la Propuesta de Directiva</i> .....	41
4- <i>Otras medidas de la Propuesta de Directiva</i> .....	42
5- <i>La situación actual en España</i> .....	44
CONCLUSIONES.....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	48

## **INTRODUCCIÓN.**

El trabajo que se presenta tiene por objeto desgranar el origen y la evolución de la llamada aplicación privada del Derecho de la Competencia, así como los problemas a los que ésta se enfrenta, algunas soluciones que se han aportado y los senderos por los que puede transitar en un futuro. El Derecho de defensa de la Competencia siempre ha sido considerado como una rama jurídica que sólo atañe a las empresas pero, puesto que éstas concurren en un mercado que es lugar de encuentro entre partes oferentes y demandantes, se antoja capital la adecuada articulación de los medios de defensa de estos últimos cuando sufran daños derivados de la actuación anticompetitiva de las primeras. Para el tratamiento del tema es requisito necesario valerse de la escasa pero importante legislación española y de la Unión Europea dedicada a la regulación del Derecho de la Competencia, y recurrir sobre todo a la ingente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que aún hoy sigue teniendo una gran relevancia como hilo conductor tendente a la eficacia de la aplicación privada. Por otro lado, es la doctrina nacional e internacional la que facilita detectar ineficiencias y proponer soluciones, permitiéndonos tener en cuenta también cuestiones de Derecho comparado.

El trabajo se estructura de la siguiente forma: en primer lugar, aborda la ineludible tarea de contextualizar históricamente los primeros pasos del Derecho de la Competencia en general y de la aplicación privada en particular, resonando de fondo su inspiración estadounidense (I). A continuación, trata la situación actual en la Unión Europea, dedicando una atención especial a la Propuesta de Directiva de 16 de junio de 2013, que ha definido la hoja de ruta de la aplicación privada para los próximos años al concretar los dos objetivos fundamentales que ha de perseguir (II). Para una mejor comprensión de estos objetivos y los obstáculos que dificultan su consecución, es necesario previamente exponer el abanico de acciones a las que los demandantes privados, empresas y clientes, pueden recurrir en España para defender sus pretensiones ante el perjuicio sufrido por una infracción del Derecho de la Competencia (III) y los problemas derivados de las mismas. Entrando en el análisis de los objetivos, el trabajo examina el primero de ellos, consistente en la búsqueda de la plena compensación de las víctimas de ilícitos antitrust, para cuya consecución habrá que superar una serie de retos entre los cuales nos detendremos en la cuestión de la admisión o no de la figura de la

*passing-on* (IV). Por otro lado, la Propuesta también busca la optimización de la relación de la aplicación privada con la aplicación pública; a propósito del grado de cumplimiento de este objetivo, el trabajo concluye con una referencia al encaje de los efectivos programas de clemencia (V).

# **I. LOS ORÍGENES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU APLICACIÓN PRIVADA.**

## ***1- Del derecho a competir al deber de competir.***

Incluso la más elaborada de las teorías dentro de las ciencias sociales es incapaz de captar la totalidad de los matices y claroscuros que se esconden detrás del comportamiento humano. A veces también sucede que aquéllos que interpretan dichas teorías no toman en consideración que sólo una lectura profunda y posterior reflexión acerca del conjunto de la obra de un autor nos da el contexto adecuado para entenderlo en su totalidad. Un poco de ambas cosas le ocurrió incluso a pensadores de la talla del economista escocés Adam Smith, que con su revolucionaria obra "Una investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones" (1776) concibió la idea de que el bienestar general en una sociedad se lograría a través de la búsqueda por parte de cada particular de su propio interés en el mercado. Al concurrir en éste, cada sujeto se ve inclinado, "como movido por una mano invisible" a la estipulación de los precios adecuados para una asignación eficiente de recursos y productos, alcanzándose eventualmente el bienestar. Por tanto, y de acuerdo con esta tesis, no es necesario un orden impuesto desde fuera, el mercado se autorregula, siendo la expresión de este proceso la competencia perfecta.

Con la Revolución Francesa, radical en lo político y liberal en lo económico, estas ideas se pusieron en práctica al instaurarse el principio de libre acceso al ejercicio de cualquier actividad económica bajo la proclamación de la libertad de comercio e industria; asumiendo que todos los sujetos son iguales ante la ley, se entendió que cualquier ciudadano puede iniciar una actividad mercantil o industrial, fijando libremente las condiciones de su ejercicio. Surge pues la libertad de competencia, el derecho a competir, que según Smith llevaría al bienestar social. Sin embargo, nada más lejos de la realidad; a finales del siglo XIX, Europa se ve inmersa en una etapa conocida como la crisis del Estado liberal. Ello se explica porque desde el punto de vista económico, se pone de manifiesto el carácter fundamentalmente hipotético del modelo de la competencia perfecta. El modelo liberal estaba pensado para explicar el funcionamiento de mercados de carácter neutral, lo que conllevaría que ninguno de los operadores económicos puede influir por sí mismo en el precio y el resto de las condiciones, debido a que no existen barreras de entrada y salida en el mismo,

participan un gran número de demandantes y oferentes que ponen a la venta productos homogéneos, todos los participantes poseen información completa y gratuita de las condiciones del mercado para tomar las decisiones correctas y no se dan costes de transacción de los productos.

Estas condiciones se dan actualmente en un número muy reducido de mercados<sup>1</sup>, pero no están presentes en la inmensa mayoría de los mismos, por lo que la competencia en ellos no podrá ser perfecta sino naturalmente imperfecta, es decir, no todos los operadores económicos estarán en las mismas condiciones y algunos de ellos tendrán capacidad de hacer valer su influencia en el mercado, que ya no será medido por la mano invisible. El éxito de los sujetos que concurren en el mercado dejará de depender sólo de su eficiencia, por lo que la competencia, “el esfuerzo de las empresas por obtener una ventaja en el mercado mediante la mejora de la oferta dirigida a la clientela”<sup>2</sup>, se ve seriamente dañada.

Por otra parte, las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho obligan a tutelar otro tipo de intereses siempre en evolución, como son la protección de los consumidores y el fomento de la innovación (a través de, por ejemplo, los Derechos de Propiedad Intelectual), determinados por la política económica de cada momento<sup>3</sup>.

Y es que si descendemos a lo real podemos observar que los empresarios, si quieren obtener beneficios y mantenerse en el mercado en un sistema donde esté presente la competencia, deben preocuparse por el progreso tecnológico, estudiar a su clientela, reducir costes, perfeccionar sus productos... Los incentivos que tienen los empresarios para evitar los riesgos y esfuerzos que conlleva el sistema competitivo son elevados, por lo que es una tendencia y consecuencia natural de la libertad de competir el que sus titulares decidan no ejercerla, llegando a acuerdos para reducir o eliminar la competencia entre ellos. Una segunda actitud recurrente en sintonía con la primera es la del empresario que, encontrándose en la posición dominante en un mercado, por ejemplo por la existencia de barreras de entrada, decida abusar de dicha situación. Esto

---

<sup>1</sup> Baste pensar en el mercado de algunos productos agropecuarios y el de algunos títulos valores.

<sup>2</sup> GARCÍA CACHAFEIRO, F., “Fundamentos del derecho de la libre competencia”, *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español* (coord. por M.P. Bello Martín-Crespo y F. Hernández Rodríguez), Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 37-64.

<sup>3</sup> MARTÍN ARESTI, P., "Derecho antitrust y protección de los bienes inmateriales", *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo I (dir. por J. A. García Cruces), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 1006.

trae como consecuencia que los empresarios aumentarán su beneficio económico, pero a costa del perjuicio del conjunto de la sociedad, que ya no podrá disfrutar de una eficiente asignación de recursos, pues éstos serían capturados por dichos empresarios, dificultando el crecimiento y el progreso tecnológico. En este sentido, como expone Bercovitz Rodríguez-Cano, "uno de los mayores enemigos del sistema competitivo son las propias empresas"<sup>4</sup>.

No se dan las condiciones para que la lógica interna del mercado consiga una competencia perfecta y el bienestar social, a ello se suma el hecho de que los propios operadores económicos, en aras de su propio beneficio, renieguen del sistema competitivo, y que además haya de garantizarse la satisfacción de otros intereses y valores propios de un Estado Social y Democrático de Derecho. Resultan indudables las ineludibles y manifiestas relaciones entre en el Derecho y la economía; si hay un espacio en el que convergen ambos de un modo claro es aquél en el que las unidades económicas empresariales, en una actuación ya sea monopolística o pactada, condicionan no sólo el propio sistema económico sino también derechos civiles, laborales y sociales de los ciudadanos con proyección incluso, en casos muy radicales, en el ámbito de la corrupción política y económica. Si el propio juego económico del mercado no puede proporcionarle a éste el orden necesario, se hace precisa la intervención estatal para la consecución de dicho orden. Es así como se entiende que el Derecho debe jugar su papel como garante de la libre competencia en el mercado. Y lo hace sumando al derecho a competir la obligación de competir, es decir, mediante la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia. Siendo la competencia perfecta imposible, el objetivo es conseguir una competencia efectiva o practicable<sup>5</sup>, que a día de hoy se erige un bien jurídico protegido de primera magnitud para el buen funcionamiento del mercado y todos sus participantes, véanse el art. 3.1 b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en España la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*. Con este espíritu las autoridades públicas ponen en marcha así el Derecho de la Competencia o Derecho Antitrust.

---

<sup>4</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 297.

<sup>5</sup> *Workable competition*, como más adelante diría el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entre otras en su STJCE de 21 de febrero de 1973, as. 6-72, *Continental Can*. Nuestro Tribunal Constitucional se refiere a este modelo en su STC 208/1999, de 11 de noviembre (EDJ 1999/33366), FJ 3º c).

La evolución de esta convergencia entre Derecho y economía de mercado fue gradual, y sus primeros pasos se dieron en suelo estadounidense a finales del siglo XIX, puesto que su tejido industrial y tecnológico estaba más desarrollado que el europeo y era más proclive a la generación de situaciones poco competitivas como los *trust*, que eran conglomerados de empresas del mismo sector que fijaban y elevaban precios a voluntad, redundando en un enorme perjuicio al ciudadano y a los competidores. Desde entonces y hasta la actual tensión regularización-desregularización de la economía<sup>6</sup>, han existido hitos importantes a los que inexorablemente tenemos que hacer referencia.

En primer lugar, como ya se apuntaba, fue la *Sherman Antitrust Act* la partida de nacimiento del Derecho de la Competencia, con su publicación el 2 de julio de 1890 por Estados Unidos, en su lucha contra monopolios y cárteles como el del vacuno o la *Standard Oil* de Rockefeller. Esta breve disposición, que aún hoy en día está en vigor, declaró ilegal "todo contrato, asociación en la forma de trust o de otra índole, o colusión en restricción del tráfico mercantil o el comercio entre los diversos Estados o con naciones extranjeras"<sup>7</sup>. Por otro lado, también prohibió las llamadas prácticas de monopolización por parte de los empresarios, inspirando la prohibición del abuso de posición de dominio de las legislaciones europeas.

## ***2- El Derecho de la Competencia en Europa.***

El desembarco de este nuevo Derecho en el viejo continente fue algo más tardío, puesto que los acuerdos horizontales eran una forma habitual de organizar la economía e incluso "contaban con el beneplácito de los poderes públicos"<sup>8</sup>. Tras la devastación sufrida en Europa a causa de la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos contribuyó a su reconstrucción con el *European Recovery Plan*, más conocido como Plan Marshall, cuyo montante total de unos 13000 millones de dólares estaba condicionado, entre otras cuestiones, a la prohibición de los cárteles y monopolios, pensando concretamente en los sectores del carbón y el acero, considerados responsables del rearme alemán en el período de entreguerras. Sea como fuere, puede decirse, siguiendo al jurista madrileño

---

<sup>6</sup> Véase a este respecto BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 159-161.

<sup>7</sup> Disponible en la página de web del *Legal Information Institute* de la Cornell University Law School: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/2>

<sup>8</sup> ORTIZ BLANCO, L.; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.; IBÁÑEZ COLOMO, P.; LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 2008, p.21.

Joaquín Garrigues, que los principios americanos de la legislación antitrust penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania. Por esta razón Alemania dio comienzo en Europa a la lucha por la libre competencia en el mercado.

Ese duro díptico bélico que Europa tuvo que vivir también la embarcó en la búsqueda de un proyecto común, que acabaría cristalizando en la actual Unión Europea, y que en 1957 comenzó bajo el nombre de Comunidad Económica Europea (CEE) con los Tratados constitutivos de Roma. En los objetivos enunciados en el art. 3 podemos localizar en el apartado g) la búsqueda de "un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado", evidenciándose una primigenia preocupación comunitaria por la intervención de las autoridades públicas en la materia, pues para esa "solidaridad de hecho" que pretendía Schuman<sup>9</sup> era imprescindible la integración económica y la creación de un mercado común, donde la competencia debía estar presente.

Este objetivo se expresó en los arts. 85 y 86 TCE<sup>10</sup>, que recogen las dos prohibiciones fundamentales que van perfilando ese deber de competir<sup>11</sup>. El art. 101 TFUE estipula la prohibición de las denominadas prácticas colusorias, es decir, de los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que, afectando al comercio entre los Estados miembros, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior; ello se completa con una lista ejemplificativa de conductas prohibidas y con la declaración de que dichas conductas serán nulas de pleno derecho. Por su parte, el art. 102 TFUE prohíbe la explotación abusiva por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado interior o una parte sustancial del mismo, añadiendo una nueva serie de ejemplos; no se prohíbe el monopolio o la posición dominante, sino el abuso de dichas situaciones en el mercado.

---

<sup>9</sup> Declaración Schuman, de 9 de mayo de 1950, disponible en: [http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_es.htm)

<sup>10</sup> Desde el 1 de mayo de 1999, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, pasaron a ser los arts. 81 y 82 TCE, para constituir finalmente en la actualidad los arts. 101 y 102 del TFUE desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de enero de 2010. A partir de ahora me referiré a la redacción actual.

<sup>11</sup> A ellas habría que sumar, aunque no son objeto de este Trabajo, el control de concentraciones, con un mecanismo ex ante estipulado en el Reglamento 139/2004, del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, y el régimen de ayudas públicas, que recogen los arts. 107 a 109 TFUE.

En un principio, la aplicación de las prohibiciones establecidas Derecho de la Competencia estaba encomendada a órganos y procedimientos de carácter administrativo y sancionador, bajo la forma de la conocida como "aplicación pública del Derecho de la Competencia" (*public enforcement*), quedando los tribunales en este ámbito encargados del papel de la revisión judicial de las resoluciones administrativas para la aplicación de los preceptos en cuestión. La aplicación pública del Derecho de la Competencia se atribuye a la Comisión de la Unión Europea, órgano administrativo encargado de velar por la homogénea y efectiva aplicación de esta rama jurídica en la Unión Europea. En el caso de España, la aplicación de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* (LDC), que recoge para el mercado español las mismas prohibiciones que los arts. 101 y 102 TFUE, está encomendada a la recientemente creada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)<sup>12</sup>.

El ámbito de aplicación de ambos órdenes normativos, comunitario y nacional, no es necesariamente excluyente sino que puede llegar a ser cumulativo. Todo depende del mercado afectado por la práctica restrictiva, así pues si sólo alcanza al mercado nacional, se aplicará la legislación del Estado que resulte afectado, mientras que si llega a tener efectos sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros, se aplicará el Derecho de la Unión Europea. Si se afecta a ambos mercados conjuntamente, se aplicarán ambos Derechos, en virtud de la teoría de la doble barrera que consagró el TJCE en su Sentencia de 13 de febrero de 1969, asunto *Walt Wilhelm*.

### ***3- La aplicación privada del Derecho de la Competencia.***

Dejando a un lado la aplicación pública del Derecho de la Competencia, es necesario constatar que en el mercado no sólo existen intereses públicos dignos de protección, esto es, la protección de la competencia para garantizar el adecuado funcionamiento del mercado como asignador eficiente de recursos y así conseguir el bienestar social, sino que también encuentran su lugar intereses privados, representados por los derechos subjetivos de los particulares, que pueden verse afectados por las actuaciones contrarias a la competencia. La protección de estos intereses ha de garantizarse por la vía judicial más que por la administrativa, pues ésta en ningún caso tiene la capacidad de compensar

---

<sup>12</sup> Con origen en la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Como expone su Disposición Adicional 2ª.1, sustituye a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

a las víctimas por los perjuicios económicos sufridos. Con base en esta idea, se va construyendo la otra gran punta de lanza del Derecho de la Competencia como es la de su aplicación privada (*private enforcement*). La aplicación privada del Derecho de la Competencia consiste en el reconocimiento a los particulares de la facultad para acudir a los tribunales buscando fundamentalmente la nulidad de los acuerdos anticompetitivos<sup>13</sup> y el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de las conductas ilícitas por parte de los infractores<sup>14</sup>. La conflictiva relación entre ambas modalidades de aplicación, pública y privada, ha marcado la evolución del Derecho de la Competencia en las últimas décadas, con cada vez mayor presencia del aspecto privado.

En aras de una efectiva aplicación del Derecho de la Competencia, la Unión Europea ha sustentado tradicionalmente la idea de que el protagonismo de los tribunales ordinarios no deba limitarse a la mera función de revisores judiciales. El punto de partida ha de ser el principio de efecto directo del Derecho Comunitario, que genera derechos y obligaciones, no sólo frente a los Estados miembros, sino también frente a los particulares. Así lo reconoció el TJCE en su Sentencia de 30 de enero de 1974, asunto *SABAM/BRT*, especificando que las infracciones de los actuales arts. 101 y 102 TFUE tienen efecto directo en las relaciones entre particulares "que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger". Y además se otorgó a estos órganos jurisdiccionales, puesto que tratan de defender los intereses privados y no directamente los públicos, independencia de la Comisión a la hora de aplicar las normas de la competencia, no siendo necesario un previo pronunciamiento de la misma para la actuación judicial. Pese a que en el Tratado de la Comunidad Europea no se preveía la competencia de los tribunales ordinarios para aplicar este Derecho, el TJCE la admitió recurriendo al art. 101.2 TFUE, que recoge la sanción de nulidad de las conductas prohibidas. Se concluyó esto ya en la década de los setenta, al hilo de la STJCE de 6 de febrero de 1973, asunto *Brasserie de Haecht*, profundizándose en esta idea posteriormente, con las STJCE de 28 de febrero de 1991, asunto *Delimitis*, y STPI de 18 de septiembre de 1992, asunto *Automec*, en las cuales se argumentaba que, al prever la nulidad, el Tratado busca que el Derecho nacional habilite a los jueces ordinarios para

---

<sup>13</sup> Principalmente pensando en el caso de las conductas recogidas en los arts. 101 TFUE y 1 LDC, aunque como veremos también la jurisprudencia admite la nulidad respecto a los abusos de posición de dominio que se manifiestan a través de un contrato.

<sup>14</sup> En referencia a los arts. 101 y 102 TFUE y 1 y 2 LDC.

proteger los derechos de las víctimas de estas infracciones, por lo que el juez se erige en "el encargado de velar por la legalidad comunitaria"<sup>15</sup>.

Un paso adelante muy importante a nivel jurisprudencial fue sin duda la STJCE de 20 de septiembre de 2001, asunto *Courage*, pues, siguiendo a Fernández Vicién y Moreno-Tapia:

"Hasta *Courage* las decisiones de los jueces comunitarios que han establecido el derecho a reparación como elemento intrínseco de la eficacia directa del Derecho comunitario han sido dictadas en procedimientos en los que un particular reclamaba a un Estado miembro la responsabilidad de éste por violación del Derecho comunitario, pero no reclamaciones entre particulares."<sup>16</sup>

Se reconoce pues la protección de los derechos subjetivos de un particular dañados por un incumplimiento del Derecho de la competencia cometido por otro particular, incluso si el primero fue partícipe de dicho incumplimiento por ser parte del contrato infractor, siempre que no tenga una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia; se trata de proteger así a las partes débiles de los contratos, que no cuentan con suficiente poder económico y capacidad negociadora. Además, se admite que las acciones de daños y perjuicios constituyen un arma más para la defensa de la efectiva competencia en la Unión Europea, en este caso en manos de los particulares. Es perfectamente lógico, pues un empresario tendrá menos incentivos de violar las normas de competencia si sabe que, en su caso, puede enfrentarse tanto a una sanción administrativa como a una indemnización privada. Desde el punto de vista de la efectividad de la aplicación del Derecho de la Competencia, esto implica que las aplicaciones pública y privada de estas normas ni son compartimentos estancos ni discurren en paralelo, sino que el interés público de garantía del funcionamiento del mercado está presente en mayor o menor medida en las dos.

Pese a que todas estas conclusiones podrían deducirse de una interpretación de los arts. 101 y 102 TFUE, faltaba un reconocimiento expreso de carácter normativo que recogiera las vicisitudes de este creciente *private enforcement*. La plasmación de las ideas de *Courage* finalmente encontró reflejo en el *Reglamento (CE) 1/2003 del*

---

<sup>15</sup> SANCHO GARGALLO, I., "Aplicación privada de las normas antitrust", *Tratado de Derecho de la Competencia...*, *op. cit.*, p. 909.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ VICIÉN, C.; MORENO-TAPIA, I., "Un paso adelante en la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales: el asunto *Courage*", *InDret*, enero de 2002, p. 6, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/074\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/074_es.pdf).

*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. Se consagra un régimen aplicable por los jueces nacionales y formado por las denominadas *stand alone actions*, pues se puede reclamar la nulidad del acto y una indemnización de daños y perjuicios sin necesidad de previa decisión administrativa, y las *follow on actions*, que se interponen en pos de una indemnización tras una previa decisión administrativa o judicial firme que ya haya declarado la ilicitud y nulidad del acto (art. 6)<sup>17</sup>.*

#### ***4- La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España.***

La derogada LDC 16/1989, en su art. 13, encadenaba necesariamente el ejercicio de acciones de daños y perjuicios en los tribunales a una previa decisión firme de carácter administrativo o jurisdiccional que determinara la ilicitud de la conducta. Advierte Sancho Gargallo<sup>18</sup> del distinto tratamiento que a este respecto recibían las normas de la competencia de origen comunitario frente a las nacionales, pues en el caso de las primeras se entendía que no hacía falta previo pronunciamiento de la Comisión declarando el ilícito. Ello motivó que, por lo menos a nivel doctrinal, se suavizara la rigidez de la interpretación del art. 13 LDC, entendiéndose que el empleo de esta vía directa también se permitía para las normas nacionales. Aún así, en el caso de la normativa comunitaria de competencia, los tribunales españoles eran muy reticentes a su aplicación directa, pese al efecto directo de los arts. 101 y 102 TFUE que había declarado en repetidas ocasiones el TJCE. Solía emplearse la vía indirecta del art. 15.2 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD), que se refería a la deslealtad de conductas por infracción de normas, donde naturalmente podían incardinarse las relativas a la competencia, lo cual facultaba a los demandantes a ejercitar las acciones que prevé el art. 32 LCD.

Sea como fuere, lo que hasta el momento no eran más que meras discusiones doctrinales se trasladó al ámbito jurisprudencial de la mano de la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000, caso *DISA*, que reconoció competentes a los Juzgados de Primera Instancia para declarar la nulidad de un contrato contrario a la normativa antitrust, sin requerirse prejudicialidad administrativa. Con la publicación de la LDC

---

<sup>17</sup> También es frecuente referirse a ellas, como más adelante haría el Libro Verde de la Comisión de 19 de febrero de 2005, como acciones independientes y acciones de seguimiento o derivadas, respectivamente.

<sup>18</sup> SANCHO GARGALLO, I., "Aplicación privada de las normas...", op. cit., p. 911.

15/2007 se le otorgó el necesario refrendo legal a esta cuestión al adoptarse una solución idéntica a la ya expuesta del Reglamento 1/2003, derogándose la LDC 16/1989 con su art. 13, y solucionando además la asimetría procesal que se había ocasionado desde la publicación de la disposición comunitaria. Dicha asimetría consistía en que los Juzgados de lo Mercantil<sup>19</sup> podían aplicar los arts. 101 y 102 TFUE, pero no los arts. nacionales paralelos de la LDC 16/1989, que quedaban bajo la competencia de los tribunales civiles ordinarios. La Disposición Adicional 1ª de la LDC 15/2007 haría ya una remisión expresa al art. 86 ter. 2 f) de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, en el sentido de que los Juzgados de lo Mercantil ahora ya sí podrán conocer de las cuestiones civiles relativas a los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 LDC.

---

<sup>19</sup> Creados por la *Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*.

## II. SITUACIÓN ACTUAL DE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: PLANTEAMIENTO DE RETOS Y PROBLEMAS.

Con la publicación del Reglamento 1/2003, la importancia de la aplicación privada del Derecho de la Competencia creció exponencialmente, planteándose cuestiones relativas a su funcionalidad, pues se carecía de una regulación armonizada, y a su interacción con la aplicación pública, especialmente en momentos en los que su asimetría de intereses se hace patente, como por ejemplo en lo que concierne a los programas de clemencia que más adelante trataremos. Y es que no podemos olvidar que, a nivel procedimental, no existe normativa comunitaria en la materia, sino que corresponde a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros establecer las concretas modalidades de aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia de la UE (art. 35 Reglamento 1/2003). En la mayoría de los casos, la poca utilización de las acciones privadas se debe a que no existen cauces procesales y materiales específicos para ejercerlas, debiendo recurrirse a las normas de responsabilidad civil general. En todo caso, son los tribunales de los Estados miembros, y no el TJUE (que sólo interviene en cuestiones prejudiciales), los protagonistas de la reparación de los particulares. Por lo tanto, la Unión Europea ha de enfocarse en que las legislaciones de los Estados miembros reúnan al menos una serie de elementos mínimos comunes, que satisfagan los intereses públicos y privados, eliminen toda tentación de *fórum shopping* (reforzando por tanto la seguridad jurídica, cuestión capital de cara al correcto funcionamiento del mercado interior) y constituyan un sistema cuya regulación, en palabras del Tribunal de Justicia:

"no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)."<sup>20</sup>

En el fondo resuenan los ecos de la exigencia de armonización de las legislaciones nacionales en esta materia, cuestión en la que a día de hoy no se ha dado el paso definitivo. Conscientes de todo ello, en el seno de la Comisión se empezaron a llevar a cabo estudios y documentos de trabajo en pos de un mejor y más unificado modelo de

---

<sup>20</sup> STJCE de 13 de julio de 2006, as. C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, párrafo 62.

aplicación privada del Derecho de la Competencia. Un primer paso importante en este sentido es la publicación del Libro Verde de 19 de febrero de 2005, de la Comisión, sobre "Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia", que a pesar de no ser vinculante planteó ya los posibles cauces de actuación y los obstáculos a remover del sistema para abandonar esa "imagen de total subdesarrollo" de los ordenamientos internos<sup>21</sup>. Entre las materias tratadas, destacan la coordinación entre las aplicaciones pública y privada, el acceso a las pruebas por parte de los demandantes o la cuestión de la defensa *passing-on* de los demandados.

Cumplido el objetivo del Libro Verde de suscitar el debate sobre la aplicación privada, ya el Libro Blanco de 2008<sup>22</sup> puso de relieve la pretensión de la Comisión de proponer las primeras soluciones y someterlas a pública consulta, aún tratándose de un documento que tampoco era vinculante. El *leitmotiv* que subyace a sus líneas es la plena compensación de aquéllos que sufren el daño derivado del incumplimiento, como principio rector de la aplicación privada. Aunque dejaba a un lado la pretensión de crear una acción a nivel comunitario y ya no sitúa al mismo nivel como objetivo la disuasión de la comisión de ilícitos anticompetitivos (según algunos autores incluso "se deja al margen"<sup>23</sup>), sí puede decirse que el Libro Blanco constituyó el punto de partida de futuras disposiciones de Derecho derivado, en concreto en forma de Directiva.

Y así llegamos a la que hasta ahora es la última referencia legislativa en la materia, la Propuesta de Directiva de 11 de junio de 2013<sup>24</sup>, cuyo texto actualmente se encuentra a la espera de la aprobación del Consejo de la Unión Europea, tras haber sido aprobado por el Parlamento Europeo el 17 de abril de 2014<sup>25</sup>; tras el visto bueno de ambas instituciones, los Estados miembros tendrán dos años para su adecuada transposición. Destaca entre sus objetivos, seleccionados partiendo del Libro Blanco y del filtro que supusieron sus consultas públicas, el elevar al mismo nivel que la garantía del pleno de resarcimiento de las víctimas la búsqueda de la optimización de la interacción que existe

---

<sup>21</sup> LV, p. 4.

<sup>22</sup> Libro Blanco, de 2 de abril de 2008, de la Comisión, sobre "Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia".

<sup>23</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia", *InDret*, nº 3, 2009, p. 3.

<sup>24</sup> *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de junio de 2013, relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, COM (2013) 404.

<sup>25</sup> Fuente: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+20140417+TOC+DOC+XML+V0//ES>

entre la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la competencia. Consecuentemente, la meta no escrita pero sí implícitamente presente en la Propuesta de Directiva es el pleno desarrollo de las potencialidades asociadas a las dos vertientes de aplicación del Derecho de la Competencia, esto es, un modelo de aplicación privada enfocado al pleno resarcimiento en la medida en que sea compatible con la aplicación pública. La consecución de los objetivos señalados exige como presupuesto la eliminación de los obstáculos que impiden el funcionamiento efectivo del Derecho de la Competencia en todo el territorio de la Unión Europea. La complejidad que ello plantea obliga a abordar diversos y más concretos problemas o retos suscitados por la aplicación plena del Derecho de la Competencia, la mayoría de los cuales son, en la actualidad, objeto de debate.

Dentro del objetivo señalado de pleno resarcimiento de las víctimas por el perjuicio sufrido, los retos a superar<sup>26</sup> son: a) el acceso a los medios de prueba necesarios para demostrar una infracción, el daño ocasionado y el nexo entre ambos; b) la falta de mecanismos eficaces de recurso colectivo, pensando especialmente en los consumidores y las PYMES; 3) la falta de normas claras sobre la defensa *passing-on*; 4) la ausencia de valor probatorio claro de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia (ANC); 5) la posibilidad de interponer una demanda por daños y perjuicios una vez que una autoridad de competencia haya constatado una infracción; y 6) cómo cuantificar el perjuicio ocasionado por una infracción de la normativa antitrust. De entre estos obstáculos, el presente trabajo se centrará fundamentalmente en el análisis de la repercusión de costes excesivos o defensa *passing-on* que pueden poner en marcha los demandantes perjudicados por una infracción del Derecho de la Competencia y la legitimación activa de los compradores indirectos, la denominada vertiente ofensiva de la *passing-on*.

Respecto del otro objetivo, consistente en la optimización de esa relación existente entre la aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia, el mayor escollo para su consecución estriba en decidir el alcance de los llamados programas de clemencia. Estos efectivos programas ofrecen a los infractores participantes de un cártel la dispensa o reducción de la multa administrativa que acarrea su conducta, a cambio de que colaboren con las autoridades proporcionándoles la información requerida para estimar

---

<sup>26</sup> Exposición de Motivos, pp. 4 y 5.

la existencia del cártel y el daño ocasionado por el mismo. En este contexto, se plantea el derecho de las víctimas de la infracción a acceder a la información proveniente de los programas, que fue conferida voluntariamente por el participante del cártel, de cara a satisfacer su carga probatoria en las demandas civiles y obtener resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos. Como lógicamente se puede pensar, se trata de un asunto de incentivos, y es probablemente el mayor reto al que se enfrenta la aplicación privada del Derecho de la Competencia, pues es en esta cuestión en la que se hace más visible que nunca lo difícil que supone encontrar un equilibrio con la aplicación pública del Derecho de la Competencia. La inclinación por permitir el acceso a dicha información a los demandantes, o bien por no permitírsele, haciendo en ese caso más atractivos los programas de clemencia, determinará hacia qué concreta modalidad de aplicación del Derecho de la Competencia encamina principalmente sus esfuerzos la UE. Tendrá que hacerse especial consideración al panorama que se nos presenta tras la debatida e importante STJUE de 14 de junio de 2011, asunto *Pfleiderer*. En menor medida, también se ha de tratar el alcance de la responsabilidad civil del beneficiario del programa de clemencia, de cara a mantener el interés de éstos.

### **III. BREVE RESEÑA ACERCA DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS ACCIONES EJERCITABLES POR LOS PERJUDICADOS POR ILÍCITOS ANTITRUST EN ESPAÑA.**

Antes de sumergirnos en la disección de los obstáculos que, como ya anunciamos, se le plantean a la aplicación privada del Derecho de la Competencia, es procedente detenerse primero en una breve reseña acerca de las características principales del funcionamiento de las acciones disponibles a día de hoy en España para los perjudicados por ilícitos antitrust.

La aplicación privada del Derecho de la Competencia supone que los particulares pueden reclamar la declaración de los efectos civiles que se derivan de conductas contrarias a las normas de libre competencia, en concreto la cesación de los comportamientos que contravengan la normativa de la competencia, la nulidad total o parcial de los acuerdos anticoncurrenciales y la responsabilidad civil de los infractores por los daños ocasionados por su conducta ilícita. A diferencia de lo que ocurre en otras materias dentro del Derecho Mercantil, como en el campo de la competencia desleal, los ordenamientos jurídicos nacionales no cuentan con acciones especiales para plantear estas pretensiones en el ámbito de la libre competencia, por lo que debe recurrirse a las previsiones generales del Derecho Civil y a la legislación procesal de cada Estado, siempre que respeten, entre otros, los principios comunitarios de eficacia y equivalencia<sup>27</sup>. En el caso de España, las acciones que a continuación se señalan, ya estén basadas en la infracción del Derecho de la competencia nacional o de la UE, se interpondrán ante los Juzgados de lo Mercantil (art. 86 ter. 2 a) y f) LOPJ).

Como apunta Ortiz Baquero<sup>28</sup>, estas sanciones civiles pueden ser empleadas por los particulares para proteger sus derechos ya sea como mecanismo de defensa o bien de ataque; siendo esto cierto, no deja de resultar sorprendente que de 323 casos identificados en los tribunales españoles entre 1999 y 2012, en 105 casos la infracción de las normas de la competencia es empleada como medio de defensa por el

---

<sup>27</sup> STJCE de 13 de julio de 2006, as. C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, párrafo 54.

<sup>28</sup> ORTIZ BAQUERO, I. S., *La aplicación privada del Derecho de la Competencia: Los efectos civiles derivados de las normas de libre competencia*, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, La Ley, Madrid, 2011, p. 152.

demandado<sup>29</sup> y, por otra parte, sorprende también constatar que en únicamente 18 casos nos encontramos ante *follow-on actions*, precedidas por tanto de resolución de la CNMC que haya declarado la ilicitud de la conducta, con las facilidades probatorias que esto supone.

Veamos a continuación qué concretas acciones puede ejercitar un demandante privado en función de la pretensión que aspire a ver satisfecha.

### ***1- Acciones de nulidad contractual.***

La violación de las normas de defensa de la competencia puede darse en una relación contractual, ya sea a través de prácticas colusorias o de un abuso de posición de dominio. Puesto que estas conductas, como ya hemos visto, son contrarias a una Ley de carácter imperativo (esto es, fundada en la protección de un interés público, en este caso el mantenimiento de la competencia en el mercado), ya sea el TFUE o la LDC, las relaciones contractuales en que se manifiesten no podrán tener otra consecuencia que la nulidad de pleno derecho, de acuerdo con el art. 6.3 CC. También la LDC prevé expresamente la nulidad de pleno derecho en su art. 1.2, al igual que en el art. 101.2 TFUE, en el seno de los pactos colusorios. Respecto a la nulidad de una relación contractual a través de la cual se produce un abuso de posición de dominio, es la jurisprudencia y no la ley la que la admite expresamente esta posibilidad, desde la STJCE de 25 de octubre de 1979, caso *Greenwich Film*, siempre que la práctica anticompetitiva se materialice en un acuerdo con las víctimas de la misma. Como evidentemente puede pensarse, la nulidad nunca podrá alcanzar a prácticas concertadas y conductas conscientemente paralelas, en las cuales no puede apreciarse un verdadero encuentro de voluntades que sea fruto de obligaciones.

La nulidad de los pactos contractuales, como se ha adelantado, puede invocarse de manera directa a través del ejercicio de una acción o una reconvención, o indirectamente, suponiendo un mecanismo de defensa, como excepción frente a la pretensión de cumplimiento planteada por la contraparte contractual. Y esta sanción civil puede afectar a todo el contrato o tener carácter parcial y afectar sólo a ciertas cláusulas, ocasionándose esta segunda consecuencia cuando el negocio no fuera

---

<sup>29</sup> Marcos F., *Competition Law private litigation in Spanish Courts* (1999-2012) citado por SANCHO GARGALLO, I., "Aplicación privada de las normas...", op. cit., p. 917.

indivisible y las partes que conciertan el negocio que lo alberga lo hubiesen acordado aún sin la cláusula nula, siempre que ésta sea accesoria y no afecte a los elementos esenciales del contrato<sup>30</sup>. También puede darse la nulidad parcial, entiende Sancho Gargallo<sup>31</sup>, cuando la norma imperativa contravenida tiene por objeto la protección de una de las partes del contrato pues, si éste se anulase totalmente, la especial protección que dispensa dicha norma imperativa quedará sin efecto si la parte fuerte del contrato impone una cláusula ilícita que la faculte exclusivamente a ella para desistir del contrato celebrado.

En todo caso, la sustanciación de la acción, reconvención o excepción tendrá su fundamento en las previsiones generales de nulidad de los contratos de los arts. 1300 y siguientes CC, con sus correspondientes efectos. Entre ellos se encuentra la recíproca restitución de las prestaciones que hayan sido objeto del contrato, junto con sus frutos e intereses (art. 1303 CC). Puntualiza el art. 1306.2º CC que la parte culpable de la nulidad, por un acto que no constituya delito o falta, no podrá repetir lo que haya dado en virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que la otra parte le hubiese ofrecido. Es preciso para que el juez aprecie la culpabilidad de la parte infractora un elemento subjetivo, en el sentido de que conozca o hubiera debido conocer que el contrato o alguna de sus cláusulas eran contrarias a las normas de la competencia. Así lo entiende la STS de 30 de julio de 2009, argumentando que, en ausencia de este requisito, se ocasionaría un enriquecimiento injusto de la parte que no haya infringido la normativa de libre competencia. A efectos de prueba, la culpa se entiende implícita en el abuso de posición de dominio, y de fácil determinación en los pactos colusorios en la persona de la parte fuerte.

## ***2- Acciones de cesación de actos anticompetitivos y prohibición de reiteraciones futuras.***

Lo lógico será plantear este tipo de acciones, no de manera autónoma, sino como pretensión de adopción de medidas cautelares que se presentará unida a una acción de nulidad. Las medidas cautelares serán, como ya se podía vislumbrar, las de carácter general que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, enfocadas en el caso de su art. 727.7º a la cesación provisional de un comportamiento presuntamente anticoncurrencial si éste

---

<sup>30</sup> Como matizó la jurisprudencia, véanse, entre otras, la STS de 3 de octubre de 2007 (EDJ 2007/222893).

<sup>31</sup> SANCHO GARGALLO, I., "Aplicación privada de las normas...", op. cit., p. 917.

sigue teniendo lugar durante el proceso en curso hasta que exista un pronunciamiento sobre el fondo. Cuando se comete un ilícito antitrust fuera de una relación contractual (por ejemplo, prácticas concertadas, conductas conscientemente paralelas o un abuso de posición dominante en el que no medie contrato), no será posible ejercitar la acción de nulidad. En tal caso, la medida cautelar de cesación se solicitará en el seno de una acción de responsabilidad civil, a la que pasamos a referirnos brevemente a continuación.

Algunos autores<sup>32</sup> se inclinan por circunscribir a la cesación de conductas ilícitas y remoción de sus efectos la virtualidad práctica actual del art. 15.2 LCD en materia de libre competencia. Este artículo tipifica como actos de competencia desleal la infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Así pues, la mera infracción de los arts. 1 y 2 LDC (y, en su caso, los arts. 101 y 102 TFUE), normas sin duda enfocadas a la regulación de la actividad concurrencial, cumple con el supuesto previsto en el art. 15.2 LCD, lo cual permite al demandante acudir a las acciones recogidas en el art. 32 LCD, especialmente sus apartados segundo (acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura) y tercero (acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal). Y ello será posible, siempre según estos autores, bastándonos la "simple" infracción de las normas, como dice expresamente el propio artículo, no haciéndose necesario que la afectación a la libre competencia sea sustancial ni debiéndose probar la producción de un daño concreto y determinado; surge la duda en este caso de si es posible aplicar el art. 15.2 cuando la afectación a la competencia no es relevante, pues precisamente no estaríamos ante una infracción del Derecho de la Competencia. Otra parte de la doctrina<sup>33</sup>, sin embargo, no ve posible a día de hoy incluir dentro del art. 15.2 LCD los ilícitos tipificados en la LDC.

---

<sup>32</sup> SANCHO GARGALLO, I., "Aplicación privada de las normas...", op. cit., p. 925.

<sup>33</sup> FONT GALÁN, J. I.; MIRANDA SERRANO, L. M., *Competencia desleal y antitrust: Sistemas de ilícitos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 118.

### ***3- Acciones de responsabilidad civil.***

#### **3.1- Pretensión de resarcimiento conforme a la responsabilidad extracontractual originada en los contratos.**

Una vez más es preciso recurrir a las normas generales del Código Civil en este terreno, por lo que las acciones de responsabilidad civil para reclamar una indemnización de daños y perjuicios encontrarán su base en el art. 1902 CC, que se fundamenta en el incumplimiento de la obligación general de no dañar a otro (*neminem laedere*).

En relación con la aplicación privada del Derecho de la Competencia, surge la duda de si una responsabilidad de carácter indudablemente extracontractual puede ser apreciada respecto a comportamientos anticoncurrenciales que se produzcan en el seno de una relación contractual. Obviamente, la cuestión no se plantea respecto a la pretensión resarcitoria que pudiera ejercer un tercero que no tuviera vínculo contractual alguno con el infractor, que estará encaminada a exigir responsabilidad extracontractual. Pero sí se discute el tipo de responsabilidad que podrían alegar empresas o consumidores que sí tienen una relación contractual con el infractor.

Frente a esta cuestión cabe decir que, pese a la existencia de un contrato entre las partes, ha de entenderse que el verdadero fundamento generador de responsabilidad es la infracción de una norma concurrencial, que puede tener lugar independientemente de que exista o no un contrato. No se está valorando el daño producido por el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento de una obligación contractual, máxime cuando, a veces, es precisamente el cumplimiento del contrato lo que ocasiona un daño al suponer una infracción de las normas de libre competencia<sup>34</sup>. En este sentido, la doctrina<sup>35</sup> y la jurisprudencia<sup>36</sup> acuerdan que no es adecuado reclamar una indemnización de daños y perjuicios con base en los arts. 1101 y siguientes CC respecto a los ilícitos antitrust, pese a que ésta sea una pretensión de lo más habitual por parte de

---

<sup>34</sup> Como ocurriría en el caso del cumplimiento de pactos de exclusiva que incorporen una "cláusula negra" y no se beneficien por tanto del régimen de exenciones previsto en el *Reglamento 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*.

<sup>35</sup> CARBAJO CASCÓN, F., "Aspectos procesales de la aplicación judicial del Derecho de la Competencia", *La aplicación judicial del Derecho de la Competencia*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 39, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012, p. 11.

<sup>36</sup> Véase la STS de 8 de junio de 2012 (EDJ 2012/159141), que llega a las conclusiones reseñadas en aplicación del art. 13.2 de la ya derogada Ley 16/1989.

los demandantes, algo lógico si tenemos en cuenta que el plazo de prescripción de las acciones con fundamento en el incumplimiento contractual es mucho mayor (quince años, en base al art. 1964 CC).

Ello no excluye, sin embargo, que existan ocasiones en que la infracción de las normas de competencia se materialice en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de una relación contractual preexistente, debiendo acudir en estos supuestos a la responsabilidad contractual, según Quijano González<sup>37</sup>.

### **3.2- La aplicación del régimen previsto en el art. 1902 CC.**

El art. 1902 CC estipula que *el que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*. Se pueden identificar pues, además de la existencia de una acción u omisión, hasta cuatro requisitos que han de concurrir y ser objeto de prueba para que entre en juego la responsabilidad, como viene determinando históricamente nuestra jurisprudencia<sup>38</sup>. En primer lugar, son necesarios tres requisitos de carácter objetivo, esto es, la comisión de un acto ilícito (la violación de una norma de libre competencia en nuestro caso), la producción de un daño y que exista una relación de causalidad entre ambas realidades. En segundo lugar, para imputar subjetivamente la conducta al infractor es preciso que éste obre con culpa o negligencia. A efectos de prueba, cabe decir que una vez probada la conducta restrictiva de la competencia se entiende que la misma conlleva en general un dolo implícito en el comportamiento de sus autores, aunque debe advertirse que la infracción de las normas de competencia supone la infracción de un deber objetivo de conducta, que merece reproche jurídico sin entrar en la valoración de la intencionalidad o no de los autores.

Así pues, los esfuerzos probatorios deben ir enfocados a determinar la concurrencia de los aspectos objetivos de la responsabilidad civil. Un primer paso sería la constatación de la existencia de una conducta contraria a las normas de la competencia españolas o de la UE, ya sea en el sentido de un pacto colusorio o un abuso de posición dominante. Puesto que no se exige la prejudicialidad administrativa, frente al actor se abre un doble cauce en el momento de recurrir a la vía judicial.

---

<sup>37</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Derecho de la Competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 482.

<sup>38</sup> Véanse las SSTs de 26 de octubre de 1981 (EDJ 1981/1698) o de 12 de diciembre de 1984 (EDJ 1984/7552), entre otras.

Por una parte, puede acudir a los tribunales una vez ha existido un pronunciamiento administrativo que declare ilícita la conducta, en lo que sería una *follow on action* con el correspondiente ahorro probatorio que supone de cara al actor civil. Sin embargo, cuando entran en juego las autoridades administrativas, se plantea la cuestión del acceso de los demandantes a los documentos que sobre los infractores manejan aquéllas por lo que, como más adelante se expondrá, se hace preciso discernir el campo de actuación de la aplicación privada ante una aplicación pública previa de cara a obtener la mayor efectividad posible de cada una de ellas, problema especialmente visible en el caso de los programas de clemencia.

Por otra parte, el demandante también tiene la opción de interponer su acción directamente ante los tribunales para que declaren ilícita la conducta y le provean del correspondiente resarcimiento, en cuyo caso estaríamos ante una *stand alone action* donde la prueba de la conducta se antoja indispensable. Además, la prueba difiere según el tipo de conducta llevada a cabo, pues por ejemplo, en el abuso de posición dominante antes de nada debemos determinar si concurre una posición de dominio, para luego comprobar si ésta se ejerce de una manera abusiva, mientras que en los pactos colusorios es básico el elemento volitivo, el "concierto de voluntades"<sup>39</sup>, ya sea de carácter horizontal o vertical, que tenga por objeto o efecto (puesto que es independiente la voluntad real de las partes) impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado.

En todo caso, para que estas conductas sean ilícitas y caigan dentro del ámbito de aplicación de las normas antitrust han de afectar de manera significativa o sensible a la competencia, en caso contrario se considerarán conductas de menor importancia, que en aplicación de la regla *de minimis* no serán declaradas ilícitas por las autoridades de competencia. Esta regla fue consagrada en la Unión Europea por el TJUE, orientando posteriormente la Comisión sus criterios de aplicación con su Comunicación de 22 de diciembre de 2001<sup>40</sup>, y está pensada para acuerdos verticales u horizontales<sup>41</sup>; en el

---

<sup>39</sup> BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 164.

<sup>40</sup> *Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis)*, publicada en el Diario Oficial C-368 de 22 de diciembre de 2001. Hay que puntualizar que el TJUE, en su Sentencia de 13 de diciembre de 2012, as. C-226/11, *Expedia Inc*, recuerda que esta Comunicación no es vinculante (párrafos 24-29), por lo que las autoridades nacionales de competencia valorarán el carácter sensible o no de una restricción de la competencia caso por caso, conforme a las concretas características del mercado que se trate (párrafo 31).

ámbito nacional, la regla *de minimis* aparece recogida en el art. 5 LDC. A pesar de ser conductas que no merecen ser declaradas ilícitas ni sanción administrativa por parte de la Comisión o de la CNMC, se sigue provocando un daño, por lo que se ha de determinar si la responsabilidad del art. 1902 CC sigue siendo aplicable. La cuestión no está cerrada, habiendo autores que se inclinan por resarcir conforme a los mecanismos de la LCD. En concreto, García Cachafeiro<sup>42</sup> ubica la solución en el art. 15.2 LCD, aunque quizás se antoje más adecuado, pues precisamente la duda radica en la efectiva existencia de una infracción de las normas anticoncurrenaciales, recurrir por su ámbito más amplio a la cláusula general del art. 4 LCD y emplear las acciones del art. 32, que facultaría para el resarcimiento de daños y perjuicios si el infractor ha actuado con dolo o culpa; en ese caso, no estaríamos hablando ya de la aplicación privada del Derecho antitrust.

Dejando esta cuestión a un lado y volviendo al asunto probatorio, se ha de justificar también la existencia y cuantificación de los daños y perjuicios que la conducta ilícita ha ocasionado en el particular, admitiéndose el resarcimiento tanto del daño emergente como del lucro cesante, así como los intereses legales<sup>43</sup>. También es preciso probar la relación de causalidad que pueda existir entre la actuación ilícita y el daño. Especialmente atendiendo a este punto, surge la cuestión de la *passing-on defence* a la que puede recurrir el infractor demandado frente a la reclamación de daños y perjuicios. Consiste en la posibilidad de alegar, frente a la exigencia de reparación de daños sufridos por un comprador, que el daño total ocasionado por la conducta anticoncurrenacial no está siendo soportado íntegramente por dicho comprador, pues éste habrá podido repercutirlo, generalmente vía precios, a lo largo de la cadena productiva a los compradores indirectos. Con fundamento en esta idea, también los compradores indirectos tendrán legitimación activa para buscar resarcimiento de los daños que les han sido trasladados. Como puede pensarse, la admisión de este tipo de defensa por parte del demandante incrementa el nivel de dificultad del análisis de la causalidad.

---

<sup>41</sup> Con las excepciones previstas en el art. 2 del *Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*.

<sup>42</sup> GARCÍA CACHAFEIRO, F., "Los acuerdos de menor importancia en el Derecho antitrust (comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de septiembre de 1997 en el caso «Hüls Española»)", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 02, 1998, p. 671, disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1960/1/AD-2-36.pdf>.

<sup>43</sup> Como expresamente expuso por vez primera la STJCE de 13 de julio de 2006, as. C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, párrafo 95.

Por último, cabe hacer referencia a que el fundamento de la responsabilidad recogida en el art. 1902 CC es la compensación de los daños ocasionados a la persona perjudicada, y sólo de éstos, pues el infractor sólo está obligado "a reparar los daños causados". Sin embargo, desde la publicación del Libro Verde<sup>44</sup>, la Comisión se cuestiona si es adecuado añadir a esta función de compensación un componente sancionatorio y disuasorio, con el reconocimiento de los daños punitivos o múltiples. En todo caso, puesto que no existe una acción a nivel europeo, el TJUE, en el asunto *Manfredi*, admite que sólo puede tenerse derecho a este tipo de indemnización en el caso en que se reconozcan en el marco de las acciones nacionales equivalentes a las basadas en las normas comunitarias de competencia. Históricamente, la doctrina en general siempre negó carácter punitivo alguno a la responsabilidad del art. 1902 CC, pero, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha planteado la posibilidad de aplicar por analogía el art. 1107 CC a la responsabilidad extracontractual<sup>45</sup>, por lo que el debate está servido. A día de hoy en la Unión Europea, la Propuesta de Directiva de 16 de junio de 2013<sup>46</sup> no reconoce en las acciones de daños y perjuicios función de disuasión alguna, por lo que ha de pensarse que el principio rector de la indemnización no comprende el reconocimiento de daños y perjuicios múltiples.

Una vez presentadas las acciones que nuestro ordenamiento jurídico concede a los particulares en materia de libre competencia y ubicados los obstáculos que se le plantean a la aplicación privada del Derecho de la Competencia dentro de dicho sistema de acciones, es momento de profundizar en la consideración por separado de dos obstáculos fundamentales: la figura de la *passing-on*, en sus vertientes ofensiva y defensiva, y la compatibilidad de las acciones de daños y perjuicios con los programas de clemencia.

---

<sup>44</sup> LV, Apartado 2.3 y pregunta E. 16.

<sup>45</sup> Véase la STS de 24 de noviembre de 1997 (EDJ 1997/9013), donde se expone que no hay obstáculos a que se acuda para concretar la indemnización en la responsabilidad civil al grado de dolo o culpa del responsable.

<sup>46</sup> Exposición de Motivos, página 8.

## **IV. EL OBJETIVO DEL PLENO RESARCIMIENTO DE LOS AFECTADOS POR UN ILÍCITO ANTITRUST.**

### ***1- La figura de la passing-on.***

La gran mayoría de mercados se caracteriza por la concurrencia de una pluralidad de operadores e intermediarios que intervienen en diferentes fases del proceso de producción y distribución de bienes y servicios, lo que supone relaciones más complejas que las que podrían solamente establecerse de manera directa entre productores y consumidores o usuarios finales. Por lo tanto, es necesario plantearse la forma de compensar el daño cuando la cadena de producción y distribución no termina con el comprador directo del infractor, sino que el destinatario final de los bienes y servicios es un tercero, un comprador indirecto. Bajo estas circunstancias, entendiendo daño como el precio supracompetitivo que puede imponer el infractor, es posible que el comprador directo pueda repercutir parte de este daño o sobreprecio "aguas abajo" de la cadena de producción a compradores indirectos. Es pues aquí donde surge el debate acerca de la figura del *passing-on*, o repercusión de costes, que puede ser entendida desde dos puntos de vista. En primer lugar, en su vertiente defensiva (*passing-on defence*), como la posibilidad del demandado de alegar frente a la pretensión resarcitoria del comprador directo que éste ha trasladado vía precios a otras empresas parte o la totalidad del daño que dice haber sufrido. Y en segundo lugar, su vertiente ofensiva (*offensive passing-on* o *indirect purchaser rule*) consiste en la legitimación activa del comprador indirecto para exigir la compensación de los daños que se le han repercutido.

Para entender el posible encaje jurídico de esta figura es necesario atender primero al funcionamiento económico básico de la repercusión de daños a lo largo de una cadena de producción y distribución.

### **1.1- Perspectiva económica.**

Muchos acercamientos jurisprudenciales a la defensa *passing-on* no tienen en cuenta su fundamento económico<sup>47</sup>, por lo que las sentencias no son del todo acertadas, pensándose en que un comprador directo de un infractor de normas antitrust puede repercutir la totalidad del daño a sus clientes. Sin embargo, para hallar el daño total que

---

<sup>47</sup> En España destaca la SAP Madrid de 3 de octubre de 2011 (EDJ 2011/252279), el caso del "cártel del azúcar", sobre la que volveremos luego.

ha sufrido un comprador directo no basta sólo con tener en cuenta el sobrecoste que sufre y el que ha podido repercutir, sino que es necesario tener en cuenta un elemento adicional en la ecuación: el descenso del volumen de ventas que experimentará el comprador directo cuando se vea obligado a subir el precio. En palabras de Carmen Herrero<sup>48</sup>, es el llamado efecto volumen o efecto *output*.

El descenso del volumen de ventas dependerá de la elasticidad relativa de la demanda y la oferta del producto en cuestión puesto en el mercado por el comprador directo o, dicho de otra forma, de la posibilidad de que sus clientes puedan acudir a un producto sustitutivo equivalente en caso de que el primero experimente un aumento de precio. La única manera de eliminar el efecto *output*, posibilitando con ello una hipotética repercusión total del daño, sería en un mercado de producto donde la demanda fuera absolutamente rígida, insensible a las variaciones de precio<sup>49</sup>. Pero estos mercados son excepcionales y localizados, la situación habitual será la de un mercado con una demanda más o menos elástica, hecho que determinará quién soportará la carga del sobreprecio en mayor proporción (pero no en su totalidad). Si la demanda es muy inelástica, la repercusión se facilita y el sobreprecio será soportado en mayor medida por el comprador indirecto; ocurriría justo al revés si la demanda resulta ser muy elástica.

## **1.2- Perspectiva jurídica.**

De lo anterior podemos deducir que, si lo que se pretende es la plena compensación de los daños sufridos por las víctimas de una violación de las normas de competencia, serán soluciones no erróneas, pero sí incompatibles con dicho objetivo, tanto compensar al comprador directo todo el sobreprecio sufrido, sin tener en cuenta la posible repercusión del mismo a otros miembros de la cadena, como considerar que aquél puede repercutir la totalidad del sobreprecio y no se le debe indemnizar, obviando el descenso de las ventas asociado al aumento de precios, cuya relación proporcional dependerá de la elasticidad de la demanda. La valoración del daño debe tener en cuenta, como ocurre en toda la aplicación del Derecho de la Competencia, los aspectos económicos de la

---

<sup>48</sup> HERRERO SUÁREZ, C., "El resarcimiento de daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia", *La aplicación judicial del Derecho...*, op. cit., p. 25. Esta autora que aporta la siguiente fórmula para el cálculo de los daños totales: "DT= SP – RSP + PIRV, en la que DT hace referencia a daños totales, SP, a sobreprecio, RSP a repercusión del sobreprecio y PIRV a la pérdida de ingresos por reducción del volumen de ventas".

<sup>49</sup> Baste pensar en bienes necesarios como el pan o la gasolina, cuya cantidad consumida no variará ante un aumento de precio, al menos a corto plazo.

conducta considerados según el contexto que supone el concreto mercado en que se produzcan.

Puesto que el sistema estadounidense está enfocado a la disuasión y no a la compensación, no sorprende observar que históricamente en este país se haya rechazado a nivel federal la *passing-on* en sus dos vertientes. En efecto, si despojamos a esta figura de su gran ventaja, cual es una mayor certeza en la determinación de los daños individuales en aras a resarcirlos, nos encontramos con sus dificultades. Unas dificultades que, según la sentencia de la Supreme Court en resolución del asunto *Illinois Brick Co. v. Illinois*<sup>50</sup>, residen en la excesiva complejidad en la prueba de la cuantía del daño, la reducción de los incentivos para demandar de los compradores directos y la posible responsabilidad múltiple del demandado<sup>51</sup>. No obstante lo anterior, también existen voces en los últimos años que claman por la admisión de la *passing-on*, de manera que el montante total de la indemnización sea el triple del sobreprecio sufrido por el comprador directo, que se repartirá de manera proporcional entre los perjudicados<sup>52</sup>.

La Unión Europea, ya desde el Libro Verde, consideró la implementación de la *passing-on* en el Derecho de la Competencia como un mecanismo que, pese a su complejidad, era un paso adelante coherente en su compromiso con la plena compensación del daño sufrido. Se plantearon varias alternativas para su puesta en marcha. Al final la discusión versó solamente acerca de si aceptar o no la vertiente defensiva, dándose por hecho la legitimación activa de los compradores indirectos como realidad más coherente con la jurisprudencia del STJUE, fundamentalmente pensando en los asuntos *Courage*<sup>53</sup> y *Manfredi*<sup>54</sup>, donde se reconoce la posibilidad de exigir indemnización por parte de los damnificados, sean directos o indirectos, siempre que prueben los elementos de los que consta la responsabilidad civil<sup>55</sup>. Finalmente, y a pesar de las críticas<sup>56</sup>, la Comisión se decide en el Libro Blanco, apartado 2.6, por reconocer también la vertiente defensiva,

---

<sup>50</sup> 431 U.S. 720, 97 S. Ct. 2061, *Illinois Brick Company v. State of Illinois*, 1977.

<sup>51</sup> Ya que podría enfrentarse a la totalidad de la indemnización de daños en varios niveles multiplicados por tres, al aplicarse también la regla de los *treble damages*.

<sup>52</sup> Es la opinión de la *Antitrust Modernization Commission* (AMC), en su Report and Recommendations, Capítulo III B, "Indirect purchaser litigation".

<sup>53</sup> Párrafo 26.

<sup>54</sup> Párrafo 61.

<sup>55</sup> ORTIZ BAQUERO, I. S., *La aplicación privada...*, op. cit., p. 239.

<sup>56</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Contra la armonización positiva...", op. cit., p. 10 opina que la repercusión es una reacción lógica del comprador directo para mitigar el impacto del sobreprecio, por lo que el infractor no debería beneficiarse de la misma.

que nos lleva a una compensación más adecuada de los perjudicados evitando el enriquecimiento sin causa del comprador directo.

Si pensamos en el sistema español de responsabilidad civil, observamos que tomar esta decisión no supone agregar elementos nuevos al art. 1902 CC, sino una mejor comprensión y concreción de su función resarcitoria. El perjuicio sufrido se entiende como la suma de daño emergente, que se concreta en el sobreprecio menos la repercusión, y lucro cesante, ubicado en el descenso del volumen de ventas, por lo que según Velasco San Pedro y Herrero Suárez<sup>57</sup>, no es necesario recurrir a figuras que serían más forzadas como el deber de mitigar el daño o la *compensatio lucri cum damno*, de complicada aplicación en casos donde el perjudicado puede no saber que está siendo dañado y siendo la repercusión un acto independiente de la conducta dañosa. Todo ello es coherente con la prohibición del enriquecimiento sin causa, principio que nuestra jurisprudencia deduce de los principios romanos *nemo debet lucrari ex alieno damno* y *nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet*<sup>58</sup>.

## **2- El cártel del azúcar.**

Considerando la perspectiva económica antes reseñada de la *passing-on* y cómo esta figura parece ajustarse a nuestra responsabilidad civil, es interesante observar un caso concreto en el cual los tribunales españoles la han aplicado. Es el caso del conocido como "el cártel del azúcar". En un primer momento fue resuelto por la SAP Madrid de 3 de octubre de 2011, que admite la defensa *passing-on* por parte de la demandada, Ebro Foods, exonerándole de cualquier tipo de indemnización de daños y perjuicios, considerando que los demandantes habían podido repercutir el sobreprecio en su totalidad. Como ya pudimos ver antes, la sentencia no hizo una valoración conforme a la ecuación económica completa del daño, por lo que la decisión es incorrecta al no tener en cuenta el efecto *output* o lucro cesante en relación al volumen de ventas.

Resolviendo el recurso de casación, la STS de 7 de noviembre de 2013 tomó la decisión contraria y decidió admitir la indemnización para los compradores directos de la totalidad del sobreprecio. Aquí sí tuvieron en cuenta todos los efectos que el ilícito

---

<sup>57</sup> VELASCO SAN PEDRO, L. A.; HERRERO SUÁREZ, C., "La *passing-on defence*, ¿un falso dilema?", *La aplicación privada...*, *op. cit.*, p. 604.

<sup>58</sup> Véase la STS de 29 de julio de 2010 (EDJ 2010/320152).

antitrust ocasionó en el comprador directo<sup>59</sup>. A pesar de ello, se concede el cien por cien de la indemnización argumentando que el demandado no había probado suficientemente la repercusión del sobre coste. Y ello a pesar de que de los hechos probados se deducía que los compradores procedieron a elevar los precios de sus productos, por lo que sí que ha existido cierta repercusión de daño, que quizás haría más justo la admisión de la defensa *passing-on* en proporción a la elasticidad de la demanda del azúcar. En este sentido, la Propuesta de Directiva de 6 de junio de 2013 expone que:

"Por lo que respecta a la cuantificación de la repercusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar facultado para calcular qué cuota del coste excesivo se ha repercutido al nivel de los compradores indirectos en el litigio de que conoce."<sup>60</sup>

Son buenas noticias el hecho de que el análisis económico del Derecho sea manejado ya en el seno de los tribunales. Esto no obstante, ambas sentencias ponen de manifiesto: en primer lugar, que es preciso una mínima formación económica del personal jurisdiccional dedicado a estos asuntos y, en segundo lugar, que este análisis económico conlleva un gran aumento de la dificultad probatoria e individualización del daño. Prueba de esta dificultad es que, una vez admitida la *passing-on* en la Propuesta de Directiva de 2013, el debate está centrado en determinar las presunciones de existencia del daño y repercusión del mismo.

### ***3- Passing-on en la Propuesta de Directiva.***

Partiendo del texto del Proyecto de Directiva de 11 de junio de 2013, vemos que en él se recogen las conclusiones hasta ahora expuestas, pues el Capítulo IV aparece expresamente dedicado a la repercusión de costes excesivos, reconociéndose pues la *passing-on* en su vertiente ofensiva (art. 13, en relación a los arts. 2.1 y 4.5) y defensiva (art. 12). La carga de la prueba de la *passing-on defence* recae sobre el demandado, presumiéndose que el comprador directo no ha repercutido el coste excesivo en ninguna medida. El texto se matiza con la previsión de que no podrá invocarse esta defensa si el coste excesivo se ha repercutido a personas a las que resulte legalmente imposible exigir una indemnización por su perjuicio<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> STS de 7 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/246697), FJ 5º.

<sup>60</sup> Exposición de Motivos, p. 34.

<sup>61</sup> En este sentido, en las pp. 33-34 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Directiva se concreta que: "Cabe la posibilidad de que las normas nacionales de causalidad (incluidas las normas sobre

En relación a los compradores indirectos, ya desde el Libro Blanco (apartado 2.6) se venía recogiendo la presunción de que la totalidad del sobreprecio impuesto al comprador directo le ha sido repercutido. La crítica fundamental a esta presunción estriba en el contraste entre el benévolo tratamiento probatorio dispensado a los compradores indirectos en relación al demandante y los compradores directos, existiendo el riesgo de que la indemnización del comprador indirecto sea superior a la del comprador directo, debiendo el demandado hacer frente a una indemnización superior al daño ocasionado, una compensación excesiva u *overcompensation*<sup>62</sup> que resulta incompatible con la función resarcitoria. En la Propuesta de Directiva la cuestión es aún más confusa. Algunos autores opinan que la presunción ha quedado eliminada<sup>63</sup>, pero el art. 13 invita a la duda, pues expone que la carga de demostrar la existencia y la cuantía de la repercusión recaerá sobre el demandante, pero dicha carga se considerará satisfecha si demuestra la comisión de la infracción antitrust, que dicha infracción supuso la traslación de un coste excesivo al comprador directo y que el propio demandante adquirió bienes o servicios a éste relacionados de alguna manera con la infracción. Por otra parte, el demandado tendrá la posibilidad de probar la no repercusión. En definitiva, parece que la automática presunción de la repercusión de la totalidad del daño se ha visto sustituida por la necesidad de cumplir una serie de condiciones para beneficiarse de la misma, admitiendo siempre prueba en contrario del demandante.

---

previsibilidad y lejanía) (...) impliquen que algunas personas (por ejemplo, en un nivel de la cadena de suministro que esté alejado de la infracción) no estén legalmente habilitadas para reclamar una indemnización en un asunto determinado". En España esto no sería de relevancia en relación al art. 1902 CC.

<sup>62</sup> VALMAÑA OCHAÍTA, M., "Algunas cuestiones relativas a la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las normas del Derecho de la Competencia: fundamentos, legitimación activa y alcance del daño", *La aplicación privada...*, *op. cit.*, p. 586.

<sup>63</sup> ORTIZ BAQUERO, I. S., *La aplicación privada...*, *op. cit.*, p. 249.

## V. OPTIMIZACIÓN DE LA INTERACCIÓN ENTRE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

### *1- Los programas de clemencia. Planteamiento del problema.*

Los programas de clemencia fueron puestos en marcha como solución a la difícil detección e investigación de los cárteles<sup>64</sup> y acuerdos colusorios (arts. 101 TFUE y 1 LDC), buscando pasar de manejar meros indicios y presunciones sobre estas conductas a verdaderas pruebas. De origen estadounidense<sup>65</sup>, se fundamentan en la figura de la autodelación, pues suponen la concesión de reducciones significativas en la multa administrativa, o incluso la inmunidad completa, a los miembros de un cártel que confiesen su participación en el mismo y colaboren con las autoridades competentes aportando información al respecto. El inicio de este programa en la Unión Europea tuvo lugar en 1996, y la última Comunicación de la Comisión sobre este tema data de 2006<sup>66</sup>. En similares términos, aunque extendiendo sus beneficios también a personas físicas, el programa de clemencia se introdujo en España con la LDC de 2007, en sus arts. 65 y 66<sup>67</sup>.

El aumento de la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la Competencia gracias a estos programas es incuestionable. Por ejemplo, en el caso de España, desde su puesta en marcha hasta 2014 se han impuesto multas por valor de 446 millones de

---

<sup>64</sup> Según la Disposición Adicional 4ª LDC: "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 exportaciones".

<sup>65</sup> El primer programa de clemencia fue el *Corporate Leniency Policy*, puesto en marcha en 1978.

<sup>66</sup> Comunicación de la Comisión Europea sobre la inmunidad ante las multas y la reducción de multas en casos de cártel, OJ C298/17, de 8 de diciembre de 2006. Para que las empresas puedan beneficiarse del programa, deben cooperar plena, continua y diligentemente durante todo el procedimiento con la Comisión, facilitándole todos los elementos de prueba que se hallen a su disposición relativos a la infracción y poniendo fin a su participación en la misma (apartado 12). La empresa podrá gozar de la dispensa total del pago de multas si es la primera en aportar elementos de prueba que permitan efectuar una inspección del presunto cártel o determinar la existencia de una infracción del art. 101 TFUE, siempre que no haya sido inductor de la misma (apartado 8). En el caso de las empresas que, sin ser las primeras, faciliten elementos de prueba que aporten valor añadido significativo respecto a la información de que dispone la Comisión, verán su multa sometida a una reducción de hasta el 50% en el caso de la segunda, 30% en el caso de la tercera y 20% para las siguientes (apartados 24 y 26).

<sup>67</sup> Artículos que acabarían entrando en vigor, como determinaba la Disposición Final 3ª.2 LDC, en el mismo momento que su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (arts. 46-53).

euros, alcanzando las condonaciones los 93 millones de euros<sup>68</sup>; también es significativo pensar que, al día siguiente de la aprobación del Reglamento de Defensa de la Competencia, ya se presentaron en el registro de la CNC seis solicitudes de clemencia<sup>69</sup>. El programa funciona porque las empresas tienen incentivos para acudir a él. Sin embargo, ya en la Comunicación de Clemencia de 2006<sup>70</sup> se advertía que las reducciones o las dispensas de las multas no eximen a las empresas solicitantes de las consecuencias civiles derivadas de la infracción del art. 101 TFUE. Ello conlleva que una empresa que solicite clemencia buscando evitar la sanción administrativa esté paradójicamente facilitando el ejercicio de acciones civiles de resarcimiento en su contra, pues se descubrirá la existencia del cártel y la participación del solicitante en él, que en todo caso será mencionado en la Decisión de la Comisión que sancione a las demás empresas que participaran en la infracción<sup>71</sup>.

El debate que fundamentalmente se plantea está en decidir hasta dónde puede llegar la creciente aplicación privada del Derecho de la Competencia en el caso de una infracción desvelada en el contexto de un programa de clemencia, de manera que se cumpla con el objetivo de plena compensación y a la vez se mantenga el atractivo estos programas. La Comisión en ningún caso se cuestiona la solución contraria, es decir, debilitar los programas de clemencia:

"Los posibles solicitantes de clemencia podrían verse disuadidos de cooperar con la Comisión al amparo de la presente Comunicación si tales iniciativas pudieran redundar en perjuicio de su posición en pleitos civiles frente a la de las empresas que no cooperan. Este efecto indeseado iría manifiestamente en contra del interés público en garantizar la eficacia de la aplicación por las autoridades públicas del artículo 81 del Tratado CE a los cárteles y, por ende, de las consiguientes acciones civiles subsiguientes o paralelas."<sup>72</sup>

Así las cosas, ya desde el Libro Verde se esboza una doble opción para optimizar esta relación entre aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia: o bien la

---

<sup>68</sup> *Competencia impulsa su 'programa de chivatos' contra los cárteles* (noticia aparecida en El Mundo, el 11 de junio de 2014, consultada el 14 de junio de 2014, disponible en: <http://www.elmundo.es/economia/2014/06/11/53989ebfca474186548b456f.html>).

<sup>69</sup> CANTERO GAMITO, M., "Los programas de clemencia en la lucha antitrust", *La aplicación privada...*, *op. cit.*, p. 706.

<sup>70</sup> Apartado 39.

<sup>71</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ, P., "La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust", *InDret*, nº 1, 2013, p. 10.

<sup>72</sup> Comunicación de la Comisión de 8 de diciembre de 2006, apartado 6.

disminución o exoneración de la responsabilidad civil, o bien la exclusión para los demandantes civiles del acceso a la información suministrada por un solicitante de clemencia, respetando el principio de confidencialidad<sup>73</sup>.

La primera de las opciones mencionadas (exonerar del deber de reparación civil al solicitante) aparece descartada a día de hoy tanto por las instituciones europeas como por la doctrina, que la consideraría una inmunidad "innecesaria e injusta"<sup>74</sup>, pues la clemencia no es un objetivo en sí mismo. Exonerar del deber de reparación civil con el único fin de hacer lo más atractivos posibles estos programas puede llegar a contravenir los dos objetivos que hoy se plantean en la aplicación privada en la UE, ya que no se conseguiría la plena compensación de los perjudicados y no se optimizaría la relación entre los dos tipos de aplicación del Derecho de la competencia, simplemente se destruiría la aplicación privada para el mejor funcionamiento de la aplicación pública (y además ésta no acarrearía sanción para quien se beneficie de la clemencia). Actualmente en la UE sí que se apuesta, como se verá más adelante, por una limitación de la responsabilidad de la empresa solicitante de clemencia en relación al resto de participantes en el cártel.

Descartada la primera opción, la optimización de las relaciones entre la aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia se centra en la posible limitación del acceso a la información suministrada. Puesto que, en principio, la prueba se practica a instancia de parte, los perjudicados deben acreditar en sus reclamaciones los hechos, los daños, la relación de causalidad entre ambos y la culpabilidad, viéndose la situación agravada ante el secretismo que rodea a los cárteles. Tener acceso a la documentación relativa al expediente sancionador que la empresa solicitante de clemencia ha remitido a las autoridades permitiría a los particulares resolver los problemas probatorios, pero al mismo tiempo reduciría el incentivo de dichas empresas para acogerse a la clemencia. La cuestión se revela más compleja que simplemente elegir entre permitir el acceso o no a la documentación, pues habrá que distinguir entre diversos tipos de documentos y situaciones ante las cuales se puede permitir su exhibición. Más allá de las inconcreciones de la Comunicación de Clemencia de 2006<sup>75</sup>, es en la jurisprudencia, y

---

<sup>73</sup> LV, Apartado 2.7, pregunta J.

<sup>74</sup> WILS, P. J., "The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages", *World Competition*, Volume 32, No. 1, March 2009, p. 31.

<sup>75</sup> ORTIZ BAQUERO, I. S., *La aplicación privada...*, *op. cit.*, p. 342.

más adelante en la Propuesta de Directiva de 2013, donde se ha tratado de encontrar soluciones, que a continuación vamos brevemente a reflejar.

## ***2- El caso Pfleiderer y la jurisprudencia posterior.***

El TJUE, en su importante Sentencia de 14 de junio de 2011, asunto *Pfleiderer*<sup>76</sup>, recuerda que las Comunicaciones de la Comisión Europea no son imperativas para los Estados miembros<sup>77</sup>, y ni siquiera se les reconoce valor como guía u orientación, por lo que no existe legislación de la Unión Europea que regule el derecho de acceso a los documentos en el marco de un procedimiento de clemencia. Ello conlleva que es tarea de los Estados miembros aplicar sus propias normas nacionales dedicadas a este tipo de acceso documental, siempre que respeten la utilidad de los programas de clemencia para la observancia del art. 101 TFUE<sup>78</sup>, no sean menos favorables que los recursos similares de naturaleza interna (principio de equivalencia), y no hagan imposible en la práctica o excesivamente gravoso la obtención de la reparación para los perjudicados (principio de efectividad)<sup>79</sup>, ya que el TJUE entiende que el derecho de reparación también refuerza sustancialmente la operatividad de la normativa de competencia en la UE y puede disuadir los acuerdos y prácticas que la contravengan.

Se insta a los órganos jurisdiccionales nacionales a ponderar casuísticamente los distintos principios e intereses públicos y privados que subyacen al traslado de la información y la protección de ésta, en lo que se ha venido denominando el "test de *Pfleiderer*"<sup>80</sup>. La Sentencia no aporta una relación concreta de los elementos a ponderar, por lo que hay sectores de la doctrina que han tratado de colmar este silencio apuntando a criterios como:

"la proporcionalidad de la divulgación, el carácter prescindible y sustituible de los medios de prueba que se pretenden obtener, la distinción entre las declaraciones de las empresas y los documentos aportados por las partes que ya existían con anterioridad, la

---

<sup>76</sup> STJUE de 14 de junio de 2011, as. C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*.

<sup>77</sup> STJUE de 14 de junio de 2011, párrafo 21.

<sup>78</sup> MARTÍN ARESTI, P., "Las relaciones entre el Derecho de la Competencia de la Unión Europea (arts. 101 y 102 del TFUE) y el Derecho interno español en materia de libre competencia", *Tratado de Derecho de la Competencia...*, op. cit., p. 44.

<sup>79</sup> STJUE de 14 de junio de 2011, párrafo 30.

<sup>80</sup> CANTOS, F., CARRERA, E., 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 Unión Europea y de la Competencia*, nº 36, La Ley, Madrid, 2013, p. 13.

divulgación o el acceso limitado a documentos confidenciales de modo que no sitúen a la parte colaboradora en peor posición que los no colaboradores en el caso de acciones civiles por daños y perjuicios."<sup>81</sup>

El asunto *Pfleiderer* ha supuesto la inclinación del órgano jurisdiccional europeo por abrir la puerta al *private enforcement* y tratar de encontrarle un encaje respetando a los programas de clemencia. En ello contrasta con la postura de la Comisión, que tradicionalmente ha otorgado, como ya hemos comprobado, cierta preponderancia a la clemencia frente a la reparación de las víctimas. Surgen sin embargo dudas en cuanto a los efectos prácticos que conlleva la doctrina *Pfleiderer*.

## **2.1- Inseguridad jurídica y *fórum shopping*.**

Los peligros del casuismo y la falta de concreción de los criterios a ponderar ocasionan inseguridad jurídica y *fórum shopping*<sup>82</sup>, por lo que las víctimas de un cártel con alcance internacional acudirán a reclamar daños y perjuicios a la jurisdicción más favorable para sus intereses de entre los Estados miembros en los que el infractor haya solicitado clemencia. Buena prueba de esta disparidad de criterios la constituyen dos casos recientes en los que se llegó a dos soluciones radicalmente opuestas. En primer lugar, la Sentencia de 30 de enero de 2012 del Amstgericht de Bonn, que acabó resolviendo el asunto *Pfleiderer* en Alemania tras la respuesta del TJUE a su cuestión prejudicial, se inclinó por denegar el acceso a la documentación relativa a la clemencia que obraba en poder del Bundeskartellamt, lo cual supuso la adopción en la legislación alemana del principio de no divulgación, pues ha de primar ante todo la efectividad de la clemencia. Por su parte, el High Court of England and Wales, en su Sentencia de 4 de abril de 2012, asunto *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB Ltd & Ors*, decidió en un sentido contrario al admitir la divulgación de algunos documentos a los demandantes civiles, basándose en el principio de proporcionalidad al argumentar que era muy difícil para ellos el acceso por otras fuentes a la información relativa al daño y el nexo causal. El juez británico puntualizó además, dejando clara su postura pro-demandante, que los partícipes en cárteles graves siguen teniendo incentivos para solicitar clemencia, con

---

<sup>81</sup> MARTÍNEZ MORIEL, I., "La protección de la información aportada en el contexto de una solicitud de clemencia ante las acciones civiles de daños y perjuicios", *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 36, La Ley, Madrid, 2013, p. 13.

<sup>82</sup> O *document shopping*, como expone MARTÍNEZ MORIEL, I., "La protección de la información...", op. cit., p. 13.

independencia de las reglas inglesas de exhibición, debido a la cuantía de las sanciones y al riesgo de que los otros miembros acudan a solicitar clemencia.

Este último pronunciamiento saca a colación la cuestión de las vías a través de las cuales se puede ejercer influencia sobre los incentivos de los miembros de un cártel para solicitar clemencia. Siguiendo a Cantero Gamito<sup>83</sup>, son tres los factores que determinan la eficacia de los programas de clemencia y que, por lo tanto, inciden en las decisiones de los miembros de un cártel respecto a los mismos: la gravedad de las sanciones previstas, cuyo cuantía debe suponer al infractor un gran perjuicio a evitar solicitando clemencia; el riesgo real de investigación y sanción, marcado por la eficacia de las autoridades en sus investigaciones y los recursos con los que cuentan; el propio diseño de la política de clemencia, en lo relativo a su claridad y seguridad jurídica, y el nivel de generosidad con las empresas colaboradoras. Ello quiere decir que, ante una política de clemencia menos generosa con la empresa colaboradora en lo relativo a la confidencialidad de documentos, para conseguir la plena compensación de las víctimas sin perjuicio de mantener, al mismo tiempo, los atractivos de la clemencia, será necesario incidir sobre los otros dos pilares que la sustentan, es decir: mayores inversiones en recursos y formación de las autoridades en su investigación de cárteles o un aumento de la cuantía de las sanciones administrativas. En España, esta última decisión pasaría por reformar el Título V de la LDC, dedicado al régimen sancionador.

## **2.2- ¿Aplicabilidad del test de *Pfleiderer* según cada Estado miembro? El asunto *Donau Chemie*.**

Otras de las cuestiones oscuras que suscitó *Pfleiderer* fue el grado de aplicabilidad de la ponderación de intereses, es decir, si ésta ha de llevarse a cabo solamente en Estados que, como Alemania, no contaban con norma que previera expresamente el derecho de acceso a la información confidencial relativa a la clemencia o, por el contrario, todo órgano jurisdiccional nacional debe ponderar en cada caso concreto con independencia de las normas internas de su Estado, incluso aunque éstas prohíban el acceso a la documentación.

El propio TJUE aportó luz sobre el tema en su Sentencia de 6 de junio de 2013, asunto *Donau Chemie*<sup>84</sup>. El fondo del asunto lo protagoniza una norma austriaca que preveía

---

<sup>83</sup> CANTERO GAMITO, M., "Los programas de clemencia...", op. cit., pp. 696-697.

<sup>84</sup> STJUE de 6 de junio de 2013, as. C-536/11, *Donau Chemie AG*.

que los tribunales no podían facilitar información sobre cárteles a eventuales víctimas sin el consentimiento expreso de todos y cada uno de los miembros del cártel. Como lógicamente puede pensarse, esto ocasionaba la imposibilidad de facto de acceder a dicha información. El TJUE dictaminó que dicha norma es contraria al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, porque la prohibición de carácter genérico y absoluto que contiene atenta contra la efectiva aplicación del art. 101 TFUE y el derecho de los perjudicados a reclamar<sup>85</sup>; también serían contrarias al principio de efectividad normas que prevean el acceso generalizado a los documentos, pues sería una medida desproporcionada e innecesaria<sup>86</sup>. Los órganos jurisdiccionales habrán de realizar la ponderación siempre, respecto de cada documento, y motivando en su caso la denegación al acceso conforme a un interés público legítimo superior. La simple alusión a la eficacia de los programas de clemencia no es suficiente<sup>87</sup>, pues como vimos antes no son un fin en sí mismos.

### ***3- El panorama que consolida la Propuesta de Directiva.***

La Propuesta de Directiva de 11 de junio de 2013 es el primer intento de carácter legislativo en la Unión Europea de solucionar estas cuestiones, apareciendo en su Capítulo II la regulación de la exhibición de los medios de prueba. El art. 6 recoge una doble limitación a esta exhibición documental. En primer lugar, se prevé una protección absoluta para las declaraciones corporativas o *corporate statements* originadas en el marco de un programa de clemencia<sup>88</sup>, medida que según Suderow<sup>89</sup> no supone un verdadero perjuicio para los demandantes al tratarse de documentos auto-incriminatorios que no habrían existido de no haberse solicitado clemencia; tienen pues carácter neutral para los demandantes. En segundo lugar, se otorga una protección temporal, hasta que se dé por concluido el procedimiento o se adopte una decisión

---

<sup>85</sup> STJUE de 6 de junio de 2013, párrafo 49.

<sup>86</sup> STJUE de 6 de junio de 2013, párrafo 33.

<sup>87</sup> STJUE de 6 de junio de 2013, párrafo 36.

<sup>88</sup> Art. 4.11 Propuesta de Directiva: "Toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa, o en su nombre, a una de las autoridades de competencia, y en la que se describen los conocimientos que posea de un cártel secreto y su papel en el mismo, que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia en relación con la aplicación del artículo 101 del Tratado o la disposición correspondiente de la legislación nacional; no incluye los documentos o la información existente con independencia de los procedimientos de la autoridad de defensa de la competencia."

<sup>89</sup> SUDEROW, J., "El acceso a las pruebas en expedientes de la Comisión Europea y los límites establecidos por su programa de clemencia", *La aplicación privada...*, op. cit., p. 549.

conforme al Reglamento 1/2003, a los documentos que, sin ser declaraciones corporativas, fueron preparados por el miembro del cártel para su defensa en el contexto de un expediente sancionador y los que elabore la propia autoridad de competencia al respecto de dicho expediente.

Los documentos no incluidos en las consideraciones anteriores, sobre todo pensando en la documentación preexistente a la solicitud de clemencia, no gozarán de protección y el acceso a los mismos lo decidirá el juez nacional conforme al test de *Pfleiderer*, salvo que se trate de solicitudes generales de exhibición documental, sin precisión ni exactitud, consideradas desproporcionadas<sup>90</sup>.

Hay autores<sup>91</sup> que se cuestionan si la prohibición absoluta del art. 6 no es precisamente contraria a lo dispuesto por el TJUE en su Sentencia *Donau Chemie*, al impedir la ponderación judicial en relación a las declaraciones corporativas. El Director General de Competencia de la Comisión, Alexander Italianer<sup>92</sup>, opina que la Propuesta de Directiva está en sintonía con la jurisprudencia anterior, ya que apuesta porque el juez nacional pondere los intereses relativos a la exhibición salvo en lo relativo a las declaraciones corporativas, donde la ponderación es llevada a cabo a priori por el legislador europeo, porque prevalece el interés público. Ello parece coherente con lo dispuesto en el párrafo 23 de *Pfleiderer*, donde el TJUE remite al balance ponderado judicial "a falta de una normativa imperativa de Derecho de la Unión en esta materia".

#### ***4- Otras medidas de la Propuesta de Directiva.***

Ya hemos tenido ocasión de comprobar que, además de las reflexiones relativas al acceso a la información proporcionada en un programa de clemencia, otra de las medidas que se ha barajado para optimizar la relación entre la aplicación pública y la aplicación privada pasa por reducir o eliminar la responsabilidad civil del beneficiario del programa. Descartando la exoneración completa de responsabilidad, la Propuesta de Directiva recoge en su art. 11 como regla general la responsabilidad conjunta y solidaria de los miembros de un cártel por la totalidad del perjuicio causado por la infracción,

---

<sup>90</sup> Exposición de Motivos, p. 18.

<sup>91</sup> CANTOS, F., CARRERA, E., GONZALO, P., "La aplicación privada...", op. cit., p. 16.

<sup>92</sup> ITALIANER, A., *Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions*, 12th Annual conference of the Association of European Competition Law Judges (AECLJ) Luxembourg, 14 June 2013, p. 4, disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013\\_06\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf).

regla de la cual excepciona a los beneficiarios de un programa de clemencia que hayan obtenido la dispensa del pago de la multa, los cuales sólo responderán solidariamente frente a sus compradores y proveedores directos e indirectos. Respecto a terceros, su responsabilidad será como deudor de último recurso si los perjudicados no pueden obtener la plena compensación de los demás participantes del cártel.

Se consolida así una modalidad de responsabilidad de carácter híbrido entre solidaria y subsidiaria, algo adecuado de cara a aumentar los incentivos para solicitar clemencia según la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva<sup>93</sup>. Puesto que habla de beneficiarios de la dispensa de multa y no de reducción, puede entenderse que se bonifica especialmente la posición de la primera empresa que solicite clemencia, lo cual es posible que ocasione una situación que recuerde al *race to the court* anglosajón, favoreciendo no sólo el hecho de solicitar clemencia sino también el hacerlo rápido.

Parece que este diseño de la responsabilidad sorteaba los problemas que Ortiz Baquero<sup>94</sup> asocia a una limitación de la misma, pues la insolvencia de los demás infractores no perjudica la plena compensación al preverse la responsabilidad subsidiaria respecto a terceros, y este tipo de ventajas sólo se aplican a la primera empresa que solicita clemencia, por lo que el derecho de reparación no se ve afectado por el hecho de que exista una pluralidad de solicitantes de clemencia.

En otro orden de cosas, cabe destacar que la Propuesta de Directiva apuesta por un impulso a las acciones de seguimiento o *follow-on*, actitud que puede observarse en las facilidades probatorias que otorgan la presunción *iuris tantum* de perjuicio derivado de una infracción de cártel (art. 16) y el carácter vinculante que se otorga a las resoluciones firmes de las autoridades nacionales de competencia o los órganos jurisdiccionales de revisión (art. 9). Todo ello parece ir enfocado a paliar el sorprendentemente escaso ejercicio de este tipo de acciones, al menos en España<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Exposición de Motivos, p. 20: "Como resulta menos probable que los beneficiarios de clemencia recurran una resolución de infracción, para ellos suele convertirse en firme antes que para otros miembros del mismo cártel, con lo que los beneficiarios de clemencia podrían ser los primeros contra los que se dirijan las demandas por daños y perjuicios." Además, de esta manera se pueden prever con mayor exactitud los daños y perjuicios a indemnizar.

<sup>94</sup> ORTIZ BAQUERO, I. S., *La aplicación privada...*, op. cit., p. 343.

<sup>95</sup> Véase el ya mencionado estudio de Marcos F., *Competition Law private litigation in Spanish Courts (1999-2012)* citado por SANCHO GARGALLO, I., "Aplicación privada de las normas...", op. cit., p. 917.

## ***5- La situación actual en España.***

La línea jurisprudencial que marcan *Pfleiderer* y *Donau Chemie*, y la Propuesta de Directiva han supuesto un incremento de la aplicación privada y una clarificación en su relación con la aplicación pública, además de un aumento del protagonismo de los órganos jurisdiccionales nacionales, que son instados, como ya hemos visto, a ponderar caso por caso los intereses en juego a la hora de permitir el acceso o no a la documentación relativa a un procedimiento de clemencia, salvo en lo que corresponda a las declaraciones corporativas, declaradas legislativamente inaccesibles.

Es muy probable que el cambio en la normativa europea deba conllevar un cambio en la normativa española reguladora del acceso documental. En este sentido, la norma más importante a nivel procesal sería el art. 15 bis LEC, que regula la intervención de las autoridades administrativas en procesos civiles de defensa de la competencia, determinando que la aportación de información que puedan realizar "no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia". Este artículo se refiere a la documentación de manera inconcreta y generalizada, como cualquier dato o documento obtenido en la clemencia, por lo que puede considerarse una prohibición genérica de acceso que ya hemos visto que es incompatible con lo expuesto en *Donau Chemie* y por lo tanto con el Derecho de la Unión Europea, al imposibilitar al juez el ejercicio de la procedente ponderación, como apuntan algunos autores<sup>96</sup>. Con ocasión de la transposición de la futura Directiva, la norma debe ser modificada.

---

<sup>96</sup> CANTOS, F., CARRERA, E., GONZALO, P., "La aplicación privada...", op. cit., p. 16.

## CONCLUSIONES.

I. El impulso que en los últimos tiempos se ha proporcionado a la aplicación privada del Derecho de la Competencia, especialmente desde la Sentencia *Courage*, tiene su origen en el reconocimiento jurisprudencial del efecto directo del Derecho comunitario, y por tanto también de los arts. 101 y 102 TFUE, lo cual supone facultar a los particulares a acudir a los tribunales para hacer valer sus intereses privados, que se ven perjudicados por conductas anticompetitivas incardinables en las prohibiciones contenidas en dichos artículos y llevadas a cabo por otros particulares. La importancia de la aplicación privada del Derecho de la Competencia radica en el hecho de que, mediante la satisfacción de estos intereses particulares, se contribuye también al mantenimiento de una efectiva competencia en el seno de la Unión Europea, garantizando el correcto funcionamiento del mercado.

II. El debate sobre los instrumentos más adecuados para alcanzar la armonización de la aplicación privada del Derecho de la Competencia sigue abierto. A pesar de ello, la opción de crear una acción a nivel europeo ha ido siendo eventualmente descartada por las instituciones de la UE, al menos actualmente, por lo que son los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros los encargados de proveer del sistema de acciones necesario para, fundamentalmente, declarar nulos los contratos y pactos contrarios a las normas de competencia y permitir el resarcimiento de daños y perjuicios a los perjudicados. En España, es preciso recurrir a las disposiciones generales sobre responsabilidad que prevé nuestro Código Civil.

III. El papel de la UE pasa por garantizar que los ordenamientos jurídicos nacionales cumplan con una serie de elementos mínimos en su aplicación privada para alcanzar los objetivos del Derecho de la Competencia. La retórica de dichos objetivos ha ido cambiando desde los primeros documentos que elaboró la Comisión (Libro Verde y Libro Blanco, entre otros) pero, en esencia, la Propuesta de Directiva de 11 de junio de 2013 los reduce a dos: garantizar el ejercicio eficaz de las víctimas al pleno resarcimiento y optimizar la interacción con la aplicación pública.

IV. La aparición expresa del pleno resarcimiento como objetivo principal de la aplicación privada es demostrativo de la función que debe desempeñar la responsabilidad civil en nuestro sistema, y que no es otra que la resarcitoria,

descartándose por tanto la función disuasoria, al menos de manera directa y consciente. Ello es coherente con los principios del ordenamiento jurídico de la UE y de los Estados miembros, y nos permite descartar figuras exógenas a los mismos como los *punitive damages* estadounidenses.

V. Buscando la plena compensación de los perjudicados, es decir, que se les reparen los daños sufridos y sólo éstos, la figura de la *passing-on* se antoja fundamental para la consagración de un sistema más justo que evite el enriquecimiento injusto de los compradores directos. También es un sistema más difícil de llevar a la práctica, especialmente en la cuestión probatoria, por lo que hay que proporcionar a los demandantes los medios necesarios para hacer valer sus pretensiones, pero siendo especialmente cuidadosos con el alivio de la carga de la prueba mediante presunciones, que pueden ocasionar conflictos de intereses, incluso también entre los propios demandantes, como ocurre con la presunción de repercusión total del daño a los compradores indirectos.

VI. En cuanto a la consecución del segundo objetivo, consistente en la optimización de la relación entre la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia especialmente en lo relativo a los programas de clemencia, para el mayor atractivo de dichos programas no parece acertado ni coherente con la plena compensación la eliminación de la responsabilidad civil que tuviera que afrontar un beneficiario de los mismos. La Propuesta de Directiva llega a una solución que hace más atractiva la clemencia, al evitar al solicitante las desventajas derivadas de la temprana firmeza de las resoluciones que recaen sobre ellos, pero también cumple con la plena compensación. Dicha solución pasa por reconocerles una responsabilidad subsidiaria y no solidaria respecto a terceros que no sean clientes ni proveedores directos o indirectos.

VII. Se antoja adecuado establecer límites al derecho de acceso a la documentación aportada durante un procedimiento de clemencia. Estos límites resultan necesarios para preservar la posibilidad de descubrir numerosas infracciones que tienen su origen en cárteles secretos, lo cual a su vez permite eventuales demandas de reparación civil. La declaración de empresa, al ser autoinculpatoria y no haber existido sin el inicio de la clemencia, debe excluirse del acceso. Se exige una mayor concreción de los requisitos que han de presidir la ponderación casuística judicial sobre el acceso al resto de

documentos, en aras a paliar la inseguridad jurídica y el *forum shopping* constatables en la disparidad de pronunciamientos que pueden observarse en los órganos jurisdiccionales nacionales.

VIII. Pese a estar lejos de una armonización, los cambios operados por la Propuesta de Directiva son suficientemente profundos, afectando incluso a principios básicos del sistema (por ejemplo, la separación de poderes, al reconocer la condición de vinculantes a las resoluciones administrativas en sede judicial), como para pensar que a medio plazo la convergencia de legislaciones y la acción europea pueden ser una realidad. En el caso de España, adaptarnos a los objetivos que propone la futura Directiva nos supondrá numerosas reformas, empezando por el art. 15 bis LEC.

## BIBLIOGRAFÍA.

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia", *InDret*, nº 3, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2012.
- CANTERO GAMITO, M., "Los programas de clemencia en la lucha antitrust", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 695-707.
- CANTOS, F., CARRERA, E., 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 Unión Europea y de la Competencia*, nº 36, La Ley, Madrid, 2013.
- CARBAJO CASCÓN, F., "Aspectos procesales de la aplicación judicial del Derecho de la Competencia", *La aplicación judicial del Derecho de la Competencia*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 39, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012.
- CARRASCO PERERA, A., "Pasar el daño aguas abajo en el cártel del azúcar", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 879/2014.
- DÍEZ, F., "El resarcimiento de los daños en la aplicación del Derecho antitrust, ¿la gran asignatura pendiente? Análisis de jurisprudencia reciente", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 221-225.
- FERNÁNDEZ VICIÉN, C.; MORENO-TAPIA, I., "Un paso adelante en la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales: el asunto Courage", *InDret*, enero de 2002, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/074\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/074_es.pdf).
- FONT GALÁN, J. I.; MIRANDA SERRANO, L. M., *Competencia desleal y antitrust: Sistemas de ilícitos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F., "Fundamentos del derecho de la libre competencia", *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español* (coord. por M.P. Bello Martín-Crespo y F. Hernández Rodríguez), Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 37-64.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F., "Los acuerdos de menor importancia en el Derecho antitrust (comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de septiembre de 1997 en el caso «Hüls Española»)", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 02, 1998, disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1960/1/AD-2-36.pdf>.
- GOODWIN, M., *Economix: Cómo funciona la economía (y cómo no)*, Lunwerg Editores, Barcelona, 2013.
- HERRERO SUÁREZ, C., "El resarcimiento de daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia", *La aplicación judicial del Derecho de la Competencia*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 39, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012.
- HÜSCHEL RATH, K.; PEYER, S., *Public and private enforcement of Competition Law - A differentiated approach*, Centre for European Economic Research (ZEW), Discussion Paper nº 13-029, April 2013, disponible en: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13029.pdf>
- ITALIANER, A., *Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions*, 12th Annual conference of the Association of European

Competition Law Judges (AECLJ) Luxembourg, 14 June 2013, disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013\\_06\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf).

ITALIANER, A., *Public and private enforcement of competition law*, 5th International Competition Conference, Brussels, 17 February 2012, disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012\\_02\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012_02_en.pdf).

JELEZTCHEVA JELEZTCHEVA, M.; RUIZ MUÑOZ, M., "La política de clemencia en la UE y algunos aspectos ético-jurídicos sobre su aplicación", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 719-734.

LANDE, R. H., "Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de la Competencia", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 9, La Ley, Julio-Diciembre 2011.

MARTÍ MOYA, V., "Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso *Pfleiderer* (C-360/09)", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 10, La Ley, primer semestre de 2012.

MARTÍN ARESTI, P., "Derecho antitrust y protección de los bienes inmateriales", *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo I (dir. por J. A. García Cruces), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1003-1076.

MARTÍN ARESTI, P., "Las relaciones entre el Derecho de la Competencia de la Unión Europea (arts. 101 y 102 del TFUE) y el Derecho interno español en materia de libre competencia", *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo I (dir. por J. A. García Cruces), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 21-60.

MARTÍNEZ MORIEL, I., "La protección de la información aportada en el contexto de una solicitud de clemencia ante las acciones civiles de daños y perjuicios", *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 36, La Ley, Madrid, 2013.

ORTIZ BAQUERO, I. S., *La aplicación privada del Derecho de la Competencia: Los efectos civiles derivados de las normas de libre competencia*, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, La Ley, Madrid, 2011.

ORTIZ BLANCO, L.; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.; IBÁÑEZ COLOMO, P.; LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 2008.

PÉREZ CARRILLO, E. F., "Acceso a los documentos y transparencia: elementos para facilitar la reclamación de daños y perjuicios de infracciones del Derecho a la Libre Competencia en la Unión Europea", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 433-446.

PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *¿Aplicación pública o aplicación privada del Derecho de la Competencia?*, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, SPCS Documento de trabajo 2011/11, disponible en: <http://www.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2011/11-2011.pdf>.

PÉREZ FERNÁNDEZ, P., "La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust", *InDret*, nº 1, 2013.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.; HUERTA VIESCA, M. I., "Las medidas de clemencia para la defensa de la competencia y los valores jurídicos", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 775-788.

RUBIANO MEZA, D. P., "Programas de clemencia y reparación del daño antitrust", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 789-802.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Derecho de la Competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 479-493.

- SANCHO GARGALLO, I., "Aplicación privada de las normas antitrust", *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo I (dir. por J. A. García Cruces), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 907-961.
- SUDEROW, J., "El acceso a las pruebas en expedientes de la Comisión Europea y los límites establecidos por su programa de clemencia", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 535-550.
- VALMAÑA OCHAÍTA, M., "Algunas cuestiones relativas a la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las normas del Derecho de la Competencia: fundamentos, legitimación activa y alcance del daño", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 579-592.
- VAQUERO LÓPEZ, C., "Sobre la posibilidad de reconocimiento en España de *daños punitivos* como consecuencia de la infracción del Derecho comunitario de la Competencia", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 683-691.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A.; HERRERO SUÁREZ, C., "La *passing-on defence*, ¿un falso dilema?", *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 593-604.
- WARD, A.; HERNÁNDEZ SASSETA, C., "Clemencia y sanciones", *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación.*, II Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia, Monografía nº 4 (coord. por S. Baches Opi), La Ley, Madrid, 2010, pp. 253-266.
- WILS, P. J., "The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages", *World Competition*, Volume 32, No. 1, March 2009, pp. 3-26.

## Jurisprudencia citada:

### - Supreme Court of the United States:

431 U.S. 720, 97 S. Ct. 2061, *Illinois Brick Company v. State of Illinois*, 1977.

### - Unión Europea (TJCE/TJUE y TPI/TG):

STJCE de 13 de febrero de 1969, as. 14-68, *Walt Wilhelm*.

STJCE de 6 de febrero de 1973, as. 48-72, *Brasserie de Haecht*.

STJCE de 21 de febrero de 1973, as. 6-72, *Continental Can*.

STJCE de 30 de enero de 1974, as. 127-73, *SABAM/BRT*.

STJCE de 25 de octubre de 1979, as. C-22/79, *Greenwich Film*.

STJCE de 28 de febrero de 1991, as. C-234/89, *Delimitis*.

STPI de 18 de septiembre de 1992, as. T-24/1990, *Automec v. Comisión II*.

STJCE de 20 de septiembre de 2001, as. C-453/99, *Courage Lid v. Bernard Crehan*.

STJCE de 13 de julio de 2006, as. C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

STJUE de 14 de junio de 2011, as. C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*.

STJUE de 13 de diciembre de 2012, as. C-226/11, *Expedia Inc.*

STJUE de 6 de junio de 2013, as. C-536/11, *Donau Chemie AG*.

- Tribunal Constitucional:

STC 208/1999, de 11 de noviembre (EDJ 1999/33366).

- Tribunal Supremo:

STS de 26 de octubre de 1981 (EDJ 1981/1698).

STS de 12 de diciembre de 1984 (EDJ 1984/7552).

STS de 24 de noviembre de 1997 (EDJ 1997/9013).

STS de 2 de junio de 2000 (EDJ 2000/14305).

STS de 3 de octubre de 2007 (EDJ 2007/222893).

STS de 29 de julio de 2010 (EDJ 2010/320152).

STS de 8 de junio de 2012 (EDJ 2012/159141).

STS de 7 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/246697).

- Audiencias Provinciales:

SAP Madrid de 3 de octubre de 2011 (EDJ 2011/252279).