

LA TRANSPOSICIÓN DE LA *DIRECTIVA DE DAÑOS* DE 2014 Y LA INTERACCIÓN ENTRE APLICACIÓN PÚBLICA Y APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA*

Diego CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ

Secretaría del Consejo. Asesoría Jurídica
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Después de diez años de sucesivas aproximaciones a una mayor implicación de la jurisdicción civil en la aplicación del derecho de la competencia, tanto de forma directa como a través de la potenciación de las reclamaciones de perjuicios causados por las infracciones *antitrust*¹, en noviembre de 2014 la Unión Europea promulgó la Directiva 2014/104/UE o *Directiva de daños*² (indistintamente, en lo sucesivo).

La nueva Directiva tiene como objetivo principal favorecer el ejercicio de las acciones de daños por los perjudicados y ser un paso definitivo en favor de una adecuada política de daños, reconocida en varias ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (UE)³ como un elemento clave de la aplicación del Derecho europeo de la Competencia.

Si bien el art. 23 de la Directiva 2014/104/UE estipula que su entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*⁴, el casi inmediatamente anterior art. 21 otorga un plazo de dos años (hasta el 27 de diciembre de 2016) para adoptar «las disposiciones

* Las opiniones vertidas en este artículo son estrictamente personales.

¹ Libro Verde de 2005 (Libro Verde sobre Reparaciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Bruselas, 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672 final), Libro Blanco de 2008 (Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, Bruselas, 2 de abril de 2008 COM (2008) 165 final).

² Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

³ Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Courage* (asunto C-453/99, *Courage Ltd vs. Bernard Crehan*) y Sentencia de 13 de julio de 2006, *Manfredi* (asuntos acumulados C-295/04, C-296/04, C-297/04 y C-298/04, *Vicenzo Manfredi vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni*).

⁴ Dicha publicación tuvo lugar el 5 de diciembre de 2014 (L 349/1).

legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva». El final del presente año 2015 actúa entonces como eje axial entre el pasado y el futuro dentro de este periodo de transposición, en un momento en el que aún no se han producido cambios normativos significativos pero el análisis de las reformas y modificaciones necesarias se extiende por todo tipo de foros y publicaciones⁵.

Las aproximaciones que pueden realizarse a la Directiva 2014/104/UE son múltiples dado que su alcance es muy diverso y no se circunscribe en exclusiva a la llamada aplicación privada de la normativa de competencia (o *private enforcement*). Por el contrario, los preceptos de la Directiva también inciden, bien sea directa o indirectamente, a la propia aplicación pública (*public enforcement*) ejecutada tradicionalmente por los organismos administrativos (o judiciales, en ocasiones) legalmente comisionados para ello por los distintos ordenamientos europeos.

El objetivo del presente artículo es realizar un examen de los elementos presentes en la *Directiva de daños* que guardan mayor relación con esta aplicación pública, con objeto de verificar la interacción que puede desarrollarse en el futuro entre ambos modelos de aplicación, una vez que la transposición de la Directiva 2014/104/UE se haya completado y sus preceptos hayan quedado integrados de forma permanente en el ordenamiento jurídico español y en los sistemas legales de los restantes estados miembros.

Como han puesto de manifiesto varios comentaristas la interacción entre la aplicación pública y privada del derecho de la competencia ha sido «el problema políticamente más difícil y jurídicamente más complejo en el desarrollo del Derecho de la UE sobre acciones de daños derivadas del derecho de la competencia»⁶. De hecho, aunque el texto final de la Directiva solo incida de forma directa en los problemas relacionados con la interacción entre aplicación pública y privada en tres de sus veinticuatro artículos (e indirectamente en algunos otros pocos preceptos), la interacción entre aplicación pública y privada impregna buena parte de las preocupaciones del legislador, como demuestran los veinticuatro considerandos de su preámbulo (de cincuenta y seis posibles) que abordan esta problemática, a través de extensas y, a veces, intrincadas explicaciones.

El propio considerando 6 de la Directiva 2014/104/UE explicita esta necesidad sentida por el legislador comunitario de alcanzar una adecuada interacción entre estos dos pilares de la aplicación de la política *antitrust* europea:

«(6) Para garantizar la efectividad de las acciones de los particulares en el marco de la aplicación privada con arreglo a las normas de Derecho civil y la efectividad de la aplicación pública por parte de las autoridades de la

⁵ A.-S. CHONÉ-GRIMALDI (coord.), Dossier «La transposition de la Directive 2014/104 relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles», en *Concurrences. Revue des Droits de la Concurrence*, núm. 2-2015, pp. 11-37.

⁶ I. LIANOS, P. DAVIS y P. NEBBIA, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*, Oxford University Press, 2015, p. 6.

competencia, es preciso que ambos instrumentos interactúen para garantizar la máxima eficacia de las normas sobre competencia. Es necesario regular cómo se coordinan esas dos formas de aplicación de manera coherente, por ejemplo en relación con las condiciones de acceso a los documentos en poder de las autoridades de la competencia. Esta coordinación a nivel de la Unión también evitará la divergencia entre las normas aplicables, que podría poner en peligro el buen funcionamiento del mercado interior».

A la vista de dichos artículos y considerandos y, de acuerdo con la opinión más común entre los primeros comentaristas de la Directiva 2014/104/UE, los elementos presentes en el texto normativo comunitario que, en mayor medida, inciden en la interactuación pública y privada en busca de la eficacia y la coordinación pueden resumirse en cuatro. Estos elementos son, en primer lugar, el acceso al expediente administrativo (capítulo II de la Directiva, en especial los arts. 6 y 7); en segundo término y en íntima relación con el elemento anterior la protección de los programas de clemencia (los citados arts. 6 y 7, y también el art. 11); en tercer lugar, los efectos de las resoluciones de las autoridades públicas de competencia (art. 9); y, por último pero no menos relevante, la relación entre la indemnización de daños y la política de multas de las autoridades (arts. 3 y 18).

Como puede observarse buena parte de las anteriores previsiones presentes en la redacción final de la Directiva 2014/104/UE son continuación y reelaboración de las propuestas y reflexiones emanadas de la Comisión en sus anteriores documentos de trabajo (los citados Libro Verde y Libro Blanco de 2005 y 2008, respectivamente).

Si bien en los citados documentos la Comisión reservaba el término «interacción» para referirse a la necesaria complementariedad entre la aplicación privada y la indemnización de daños con los programas de clemencia, lo cierto es que el acceso a las pruebas y divulgación *inter partes* de las mismas o el efecto que debían tener para los tribunales civiles las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia fueron también aspectos analizados en aquellas primeras aproximaciones. La *Directiva de daños* aprobada en 2014 se conforma, por tanto, como una continuación y confirmación de los debates iniciados en la década anterior una vez cruzada la frontera de la negociación entre los estados miembros y el Parlamento europeo.

1. EL ACCESO AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

La *Directiva de daños* contempla la exhibición de pruebas en los cuatro artículos que integran su capítulo II (art. 5-8), estableciendo las reglas básicas de dicha exhibición de medios de prueba en el primero de dichos preceptos. Las previsiones de este art. 5 tienen como premisa la dificultad que se ofrece a cualquier demandante de daños para acreditar una conducta anticompetitiva de la que ha sido víctima a partir de los medios de prueba propios, al carecer de las herramientas de investigación reservadas a las

autoridades públicas. Por ello la Directiva impone a los Estados miembros un deber de velar para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar la exhibición de medios de prueba entre las partes, configurándola tanto como herramienta para fundamentar una reclamación como instrumento de defensa frente a la misma.

La Directiva 2014/104/UE establece mecanismos de control judicial frente a esta posibilidad, de forma que los tribunales puedan limitar la exhibición de medios de prueba según la proporcionalidad de la divulgación pretendida. Para ello los tribunales deberán tomar en consideración los intereses legítimos de todas las partes e, incluso, de terceros interesados, con especial atención a la existencia de información confidencial entre la documentación a exhibir y a la necesidad de evitar que esta se utilice de forma inadecuada (art. 5, apartados 3 y 4). Como se ha afirmado⁷ el art. 5 de la Directiva introduce «cuatro criterios distintos de ponderación —verosimilitud, pertinencia, proporcionalidad y contradicción— que [...] no parece que vayan a comportar, tras la transposición, una alteración sustancial de la disciplina probatoria» del proceso regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La exhibición requiere, en todo caso, que el demandante haya presentado todos los hechos y medios de prueba razonablemente a su alcance, siempre que estos muestren argumentos plausibles para sospechar que resultó perjudicado por una infracción de las normas de competencia por parte del demandado.

Para evitar la destrucción de pruebas pertinentes o la negativa a cumplir una orden de exhibición, el art. 8 de la Directiva —que cierra el mencionado capítulo II— ordena a los estados miembros que garanticen que los tribunales puedan imponer sanciones a las partes, a terceros y a sus representantes legales. Estas sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias y deben incluir como opción la posibilidad de extraer conclusiones adversas en los procedimientos civiles por daños y perjuicios, tales como presumir que la cuestión relevante ha quedado acreditada o desestimar reclamaciones y alegaciones total o parcialmente. Igualmente deben permitir al órgano judicial que debe imponer la sanción la posibilidad de condenar en costas.

No obstante, la Directiva no solo regula la exhibición de medios de prueba sino que también recoge una serie de límites claros a la misma en sus arts. 6 y 7. Estas restricciones se refieren específicamente a las pruebas contenidas en el expediente de una autoridad de competencia y se aplican tanto para la propia exhibición de pruebas presentes en el expediente (art. 6) como para el uso de pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso a dicho expediente (art. 7).

⁷ P. YANES YANES, «Confidencialidad y clemencia en la “Directiva de daños”: una aproximación», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

Para determinar los límites a la exhibición de pruebas incluidas en el expediente público de competencia el art. 6 de la Directiva 2014/104/UE utiliza tres «listas» o categorizaciones de documentos⁸:

- En primer lugar, una «lista negra» (art. 6.6 de la Directiva) en la que se incluyen aquellas categorías de medios de prueba sobre las que los órganos judiciales nunca puedan ordenar a una parte o a un tercero su exhibición en el proceso civil. La Directiva cataloga dentro de esta «lista negra» i) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia; y ii) las solicitudes de transacción (o *settlements*)⁹.
- Una «lista gris» (art. 6.5 de la Directiva) en la que los Estados miembros deben garantizar que los tribunales nacionales únicamente pueden ordenar la exhibición de medios de prueba después de que la autoridad pública de competencia haya dado por concluido su procedimiento o adoptado una decisión sobre el mismo. Pertenecen a esta categoría i) la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de competencia; ii) la información que fue elaborada por una autoridad de competencia —y enviada a las partes— en el curso de su procedimiento; y iii) las solicitudes de transacción que se hayan retirado.
- Por último, respecto al resto de los documentos que se encuentren en el expediente de una autoridad de competencia y que no estén incluidos en ninguna de las dos categorías anteriores los órganos jurisdiccionales pueden ordenar su exhibición en todo momento. Esta es la denominada «lista blanca» que establece el apartado 9 del art. 6 de la Directiva.

En su art. 7 la Directiva repite la anterior clasificación para establecer límites al uso de medios de prueba obtenidos exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de competencia. En este caso la parte que pretende la inclusión de los documentos en el procedimiento de daños no busca que el órgano jurisdiccional ordene la exhibición de unos documentos incluidos en el procedimiento público de competencia. Se trata del supuesto en el que dicha parte aporta dichos documentos por sí misma al proceso civil, tras haber accedido a los mismos en el procedimiento administrativo público, habitualmente a través del ejercicio de sus derechos de defensa.

En tales casos la Directiva prevé que los documentos incluidos en la denominada «lista negra» (declaraciones en el marco de un programa de clemencia y solicitudes de transacción, según establece el art. 6.6) que hayan

⁸ F. MAZZOCCHI, «The European Commission's Measures on Actions for Damages Caused by Infringements of the Competition Law Provisions», en *Greenberg Traurig. Antitrust Quarterly*, Summer 2013.

⁹ Las solicitudes de transacción o *settlements* se encuentran reguladas, a escala comunitaria, en la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo en casos de cártel (2008/C 167/01).

sido obtenidos exclusivamente a través del acceso al expediente público en ejercicio del derecho de defensa no sean admisibles en el proceso civil.

Paralelamente los documentos incluidos en la «lista gris» (información preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento público de competencia; información elaborada por una autoridad de competencia en el curso de su procedimiento; y también las solicitudes de transacción retiradas) que hayan sido obtenidos igualmente a través del acceso al expediente público en ejercicio del derecho de defensa, solo serán admisibles cuando la autoridad pública de competencia haya dado por concluido su procedimiento o adoptado una decisión sobre el mismo.

Por último, los documentos de la llamada «lista blanca» serán admisibles pero solo cuando sean utilizados por la persona física o jurídica que los obtuvo en el procedimiento público de competencia en ejercicio de su derecho de defensa «o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que adquiriese su reclamación».

La aparente «sencillez» teórica de las reglas expuestas no debe llevar a equívocos de la dificultad de su puesta en práctica. La importancia otorgada por el legislador comunitario al acceso al expediente de las autoridades de competencia y la complejidad de las negociaciones para integrar estas disposiciones en la Directiva puede juzgarse por el número y extensión de los considerandos que tratan de explicar y delimitar los artículos anteriores. En el preámbulo de la *Directiva de daños* un total de catorce considerandos (20-33) versan sobre el acceso a los expedientes de las autoridades de competencia, incluida la Comisión Europea. A estos deben añadirse otros cuatro considerandos relativos a las reglas básicas de exhibición de pruebas reguladas en el art. 5 de la Directiva.

Numerosos comentaristas han considerado que las reglas generales establecidas en la Directiva (art. 6) no suponen un cambio radical respecto al modelo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en España, que ya prevé herramientas para lograr la exhibición de pruebas en manos de la otra parte o de un tercero¹⁰. Otros, por el contrario, no descartan la necesidad de acometer una reforma en profundidad de las normas relativas a la prueba en dicho cuerpo legal. En todo caso, los comentaristas advierten que las peticiones de acceso al expediente de competencia se incrementarán con toda probabilidad y, por ello, recomiendan que las autoridades españolas adopten una ordenación del expediente que prevea de antemano la posible ejecución de estas solicitudes, con una clasificación que se adapte a tres listas o categorías de documentos esbozados en la Directiva.

Con todo, el acceso a los documentos integrados en los expedientes de competencia en los términos previstos en la Directiva, debe cohonestarse igualmente con la regulación prevista en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que

¹⁰ P. HITCHINGS, L. LORAS, y M. Á. MALO, «Considerations concerning the implementation of the EU Competition Law Damages Directive in Spain», en *Concurrences*, núm. 2-2015, p. 26.

establece provisiones especiales y parece que aconseja acudir a la solicitud judicial de documentación. Pero, sin duda el elemento más relevante de este acceso será la protección que brinde, basándose en los arts. 6 y 7 de la Directiva, para los documentos de las llamadas listas «negra» y «gris» relacionados con los programas de clemencia y asimilados, que se examina a continuación.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA

El acceso al expediente administrativo por parte de un demandante de daños y perjuicios por causa de una infracción de competencia que acaba de analizarse incide de lleno en, quizás, el mayor problema al que debe enfrentarse la interacción entre las aplicaciones pública y privada del derecho europeo de la competencia: el tratamiento de los beneficiarios de los programas de clemencia frente a las reclamaciones de daños.

La importancia de los programas de clemencia (o exención y reducción de la sanción, en la terminología empleada por los arts. 65 y 66 de la LDC de 2007) en la moderna política de competencia europea no puede esconderse para nadie, especialmente en lo relativo al descubrimiento y desmantelamiento de los cárteles como infracción más grave de las contempladas en la normativa *antitrust*. La aprobación del primer programa de clemencia por la Comisión Europea en 1996 abrió las puertas a la modernización del Derecho europeo de la competencia que culminó en el Reglamento CE 1/2003¹¹, centrada en la detección de las conductas más perniciosas y la autoevaluación de las empresas, abandonando concepciones burocráticas relacionadas con autorizaciones y notificaciones de conductas que raramente constituían una amenaza grave para la competencia en el mercado ni una preocupación para los competidores.

A pesar de la importancia de los programas de clemencia se encuentra bien asentada la opinión que defiende que estas políticas de *leniency* pueden exonerar (o reducen) a su beneficiario de la carga de la sanción administrativa pero no pueden, a riesgo de contravenir el derecho al resarcimiento pleno reconocido por el Tribunal de Justicia, eliminar la responsabilidad del beneficiario de la clemencia respecto a los daños provocados por su conducta anticompetitiva.

La política de defensa de la competencia se enfrenta de este modo a una aporía difícil de solventar: debe fomentar las reclamaciones de daños y perjuicios y permitir el pleno resarcimiento de las víctimas de las infracciones sin que esta indemnización perjudique a los programas de clemencia, la herramienta más efectiva para la detección e investigación de los ilícitos (cárteles y similares) que podían dar lugar posteriormente a las citadas reclamaciones de daños. Solo una adecuada regulación que permi-

¹¹ Reglamento CE núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

ta la protección de los programas de clemencia de forma que continúen siendo suficientemente atractivos para los integrantes de los cárteles puede dar respuesta a la paradoja apuntada. La Directiva 2014/104/UE intenta encontrar esta solución o punto de equilibrio entre ambas vertientes de la política *antitrust*.

Resulta razonable pensar que una de las causas del relanzamiento definitivo de un instrumento normativo comunitario frente a las reclamaciones de daños y perjuicios que culminó en la presente *Directiva de daños* fue la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia entre 2011 y 2015¹² en torno al acceso por los particulares a los documentos de los expedientes administrativos de competencia¹³.

A través de las sentencias *Pfleiderer*, *Donau Chemie*, y sucesivas el Tribunal de Justicia desplegó una visión en principio favorable al acceso a los documentos integrados en un expediente público de competencia por parte de los demandantes de daños y perjuicios, dada la ausencia de una normativa comunitaria específica sobre estos supuestos. La Red Europea de Competencia (ECN), integrada por la Comisión y las autoridades nacionales de los estados miembros, reaccionó en mayo de 2012 a través de su documento «*Protection of leniency material in the context of civil damages*», expresando su preocupación respecto a la nueva doctrina judicial. No obstante, resultaba evidente que una protección adecuada de los programas de clemencia y de sus solicitantes requería mayor nitidez en la normativa protectora. La *Directiva de daños*, en diferentes artículos, pretende otorgar y reforzar dicha protección.

La Directiva 2014/104/UE subraya esta protección a través de dos medios. Por un lado la protección de los documentos más íntimamente ligados a la clemencia en sus arts. 6 y 7, antes examinados. Por otro, a través de la ruptura de la norma relativa a la responsabilidad conjunta y solidaria entre los participantes de una infracción de competencia de cara a la indemnización de daños, prevista en el art. 11 de la Directiva.

Ambas normas pretenden que, como anuncia el considerando 26 de la Directiva (aunque en principio dirigido específicamente a las previsiones de los arts. 6 y 7) las empresas cooperantes y su personal directivo no se vean expuestas al absurdo de afrontar una responsabilidad civil mayor y más arriesgada que la de aquellas empresas que no cooperan con las autoridades de competencia.

¹² Sentencias *Pfleiderer* (de 14 de junio de 2011; caso C-360/09, *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*); *Donau Chemie* (de 6 de junio de 2013; caso 536/11, *Bundeswettbewerbshörde vs Donau Chemie AG y otros*); *Hydrogene Peroxide* (de 21 de mayo de 2015; caso C-352/13 *Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA vs. Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret, S.A.*); y *Energie Baden* (de 27 de febrero de 2014, caso C-365/12 *P Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG*).

¹³ Entre otros F. WAGNER-VON PAPP, «Implementation of the damages Directive in England and Wales», en *Concurrences*, núm. 2-2015, p. 29, y A. L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, «El Efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del derecho antitrust», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2015), vol. 7, núm. 2.

Examinadas anteriormente las principales características del sistema de protección de documentos de clemencia previsto en los arts. 6 y 7 de la Directiva, resulta conveniente analizar también su extensión a los denominados «procedimientos de transacción» o *settlements* que, como se ha advertido, corresponden a los procedimientos especiales de acuerdo entre la Comisión Europea y el infractor de la norma de competencia para ponderar el nivel de la multa a imponer a cambio del reconocimiento de su participación en la infracción.

Es importante destacar que estos procedimientos de transacción o *settlements* no deben ser confundidos¹⁴ con los acuerdos de compromisos o *commitments*, previstos en el art. 9 del Reglamento UE 1/2003 y que tienen su correlación en los acuerdos de terminación convencional previstos en la normativa española de competencia¹⁵. Al contrario que los *settlements*, las decisiones de compromisos (o los citados acuerdos de terminación convencional de la normativa española), no suponen reconocimiento alguno de infracción por parte del solicitante, que se limita a proponer algunos compromisos a la autoridad de competencia para solventar los problemas de competencia detectados durante la investigación. En caso de que el expediente de competencia alcance esta solución convencional la resolución administrativa no incluirá declaración alguna de infracción —ni tampoco de responsabilidad— ni habrá imposición de multa o sanción¹⁶. Por el contrario, en los acuerdos de transacción citados en el art. 6 de la Directiva, la resolución administrativa declara una infracción de competencia (que ha sido reconocida por la empresa) y se impone una multa reducida consensuada con la entidad solicitante de la terminación convencional.

A la vista de estas muy apreciables diferencias se comprende la *Directiva de daños* incluya las declaraciones efectuadas en un procedimiento de transacción entre las protegidas por los arts. 6.6 y 7.1 en su «lista negra» y no mencione o contemple siquiera las decisiones de compromisos o *commitments* del art. 9 del Reglamento 1/2003 (o similares). Esta diferencia de tratamiento no se debe tan solo al número más elevado de procedimientos de transacción que son tramitados por la Comisión Europea frente a las escasas decisiones de compromisos. La razón fundamental estriba en la muy distinta naturaleza jurídica de una y otra institución, con implicaciones completamente divergentes. Mientras que los procedimientos de transacción contribuyen junto a los programas de clemencia a la «detección, la persecución eficiente y la imposición de sanciones a las infracciones más graves del Derecho de la competencia», en palabras del considerando 26 de la Directiva, los procedimientos de terminación convencional o decisiones de compromisos no detectan pero tampoco sancionan infracciones sino que se limitan a resolver determinados problemas de competencia de los que ha

¹⁴ P. YANES YANES, *op. cit.*, p. 1149.

¹⁵ Art. 52 de la LDC de 2007 y 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

¹⁶ Véase la Comunicación de la antigua CNC sobre terminación convencional de expedientes sancionadores, aprobada en septiembre de 2011.

tenido conocimiento la autoridad, sin que exista declaración de infracción ni reconocimiento de responsabilidad por parte de empresa alguna.

La ausencia en el ordenamiento jurídico español de un procedimiento similar al previsto en la normativa comunitaria para alcanzar los acuerdos de transacción o *settlements*¹⁷, no es óbice para que la transposición de la Directiva 2014/104/UE al ordenamiento jurídico español deba contemplar esta figura. La causa no es otra que la posible tramitación ante un tribunal español de una reclamación de daños y perjuicios basado en un procedimiento de transacción comunitario (o en el procedimiento equivalente de otra autoridad europea que haya adoptado un procedimiento similar). Pero mientras no hay una modificación legislativa en la normativa española de competencia, las declaraciones protegidas en el expediente administrativo español serán exclusivamente las relacionadas con los programas de clemencia, al no existir un procedimiento de *settlements* en la LDC.

Pasando a examinar el segundo elemento de protección de los beneficiarios de clemencia presente en el articulado de la Directiva, previsto en el art. 11, debe recordarse que este precepto prevé una responsabilidad conjunta y solidaria de todas las empresas que hayan infringido la normativa de competencia de forma conjunta. Esta previsión es particularmente relevante para los acuerdos ilícitos de cooperación horizontal y, en especial, los que adopten la forma de cártel, en los que, según ese mismo art. 11, cada una de las empresas podría quedar obligada a indemnizar en su totalidad el perjuicio causado por todas las participantes en la infracción.

Se trata de una previsión favorable para los perjudicados por la infracción de competencia que pueden limitar y dirigir su reclamación al integrante del cártel que sea de mayor conveniencia a sus intereses, y muy perjudicial para los infractores que deben valorar al ejecutar su actividad ilícita la posible agrupación en su contra de múltiples demandas de daños, incluidos los provocados por otros integrantes de la infracción.

La *Directiva de daños* prevé dos excepciones a esta regla de la responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores. Una referida a las pequeñas o medianas empresas (PYME) regulada en los apartados 2 y 3 de dicho art. 11. Y la segunda, prevista para los beneficiarios de clemencia, que recoge el apartado 4 del mismo artículo, y limita la responsabilidad conjunta y solidaria del mismos, primero, a sus compradores (o proveedores en casos de cárteles de compra o similares) directos e indirectos y, segundo, ante otras partes perjudicadas, pero solo cuando no puedan obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas implicadas en la infracción.

¹⁷ Salvo la curiosa experiencia realizada por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia en el expediente Hiru (Resolución del TVDC, de 20 de mayo de 2009, Expte. 01/2009) en la que el organismo autonómico alcanzó un acuerdo con la empresa infractora y aceptó los compromisos ofrecidos pero la sancionó con un multa de 25.000 €, al considerarla responsable de la adopción de una recomendación de aumento de precios dirigida a sus asociados. Véase F. DÍEZ ESTELLA, «La terminación convencional en el Derecho de la competencia, ¿una solución adecuada a un Procedimiento sancionador?», *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 95, mayo-septiembre 2015, ISSN: 1889-7045, p. 30.

De esta forma los beneficiarios de clemencia ven limitado su deber de indemnización a los daños propios, sin tener que responder de los causados por el resto de los participantes del acuerdo colusorio descubierto gracias a su colaboración con las autoridades de competencia, salvo en el caso de que la responsabilidad del resto de los integrantes no pueda ser compensada por todos ellos.

Esta regla de ruptura de la solidaridad deviene esencial no solo por la cuantía total que podría tener que afrontar el beneficiario de exención en su ausencia sino, también, para evitar convertir al beneficiario de la clemencia en la principal pieza a abatir en las reclamaciones. Al ser, con casi completa seguridad, el beneficiario de clemencia el integrante de la infracción para el que la resolución administrativa antes adquirirá firmeza (al no ser probable la interposición de recurso contencioso-administrativo contra una resolución que le declara culpable de una infracción pero a la vez exento de sanción) podría convertirse en el objetivo primordial de las reclamaciones, facilitadas también por su reconocimiento de los hechos y la culpabilidad. Por el contrario, para el resto de los integrantes de la infracción sancionada, el habitual recurso contencioso servirá para combatir su responsabilidad hasta el último extremo posible, alejando la firmeza de la resolución administrativa y el atractivo de atacar su posición desde la reclamación de daños.

Es necesario igualmente destacar que frente a la protección ofrecida por los arts. 6 y 7 de la Directiva que se extiende tanto a beneficiarios de los programas de clemencia y de los procedimientos de transacción, la limitación a la responsabilidad conjunta y solidaria prevista en el art. 11.4 no alcanza a los participantes en un acuerdo de transacción, queriendo destacar el legislador comunitario la importancia de los programas de *leniency* como figura esencial para la primera detección de los cárteles.

A pesar de las precauciones previstas en la Directiva, la reclamación de daños y perjuicios puede restar cierto atractivo a los programas de clemencia, obligando a las autoridades de competencia a idear nuevos métodos para potenciar su atractivo. Un mayor uso de las sanciones personales a directivos de empresa, previsto en el art. 63.2 de la LDC de 2007, podría ser una opción, al poder quedar también protegidos de estas sanciones los directivos integrados en la entidad solicitante de clemencia. Igualmente cabría explorar las posibilidades que ofrecen instrumentos previstos en normas de reciente publicación, como la prohibición de contratar integrada en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹⁸, por la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Disposición Final Novena). Las posibilidades abiertas por la nueva norma a la interacción entre la autoridad de competencia, Junta Consultiva

¹⁸ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. El antecedente más inmediato del nuevo precepto lo constituye el art. 20, letra *d*), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que consideraba causa de prohibición de contratar con la Administración la circunstancia de «haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado [...]».

de Contratación Administrativa y el Ministerio de Hacienda respecto a las medidas a adoptar podrían dotar a esta medida de especial valor.

3. LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS DE COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

Otro de los aspectos relacionados con la interacción entre aplicación privada y aplicación pública de la normativa de competencia que ha suscitado mayores comentarios entre la doctrina¹⁹ es el tratamiento que debe otorgarse en los procedimientos civiles a los asuntos ya resueltos por las autoridades administrativas. En principio, la duplicidad de procedimientos sobre un mismo caso (ya sean sucesivos o, incluso, paralelos) y la independencia judicial posibilitaría la emisión de resoluciones contrarias por parte de los distintos órganos, judiciales o administrativos, llamados a aplicar la norma, que podrían llegar a declarar simultánea o sucesivamente la existencia e inexistencia de infracción, por ejemplo.

El Reglamento CE 1/2003, que abrió la aplicación completa de la normativa de competencia comunitaria a los jueces civiles, resolvió esta cuestión respecto de las decisiones dictadas por la Comisión Europea en aplicación de los arts. 101 o 102 del Tratado. Para ello instituyó en el art. 16 del citado Reglamento un deber de respetar dichas decisiones que vincula a todas las autoridades administrativas o judiciales de los estados miembros que aplicasen las normas de competencia del Tratado. Para la redacción de dicho artículo, el legislador comunitario tomó como referencia la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en el caso *Masterfood*²⁰. No obstante el propio art. 16 del Reglamento recuerda también que el juez nacional, en caso de discrepancia con la decisión comunitaria, puede acogerse a la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado para que el propio Tribunal de Justicia de la UE pueda pronunciarse sobre el caso a resolver.

Otros ordenamientos fueron incluso más audaces que el comunitario y garantizaron la vinculación de sus tribunales civiles en los procedimientos de aplicación de las normas de competencia a las decisiones adoptadas sobre el caso por cualquier autoridad administrativa de un estado miembro de la Unión. Este fue el caso de la República Federal de Alemania que en el art. 33.4 de su Ley contra las restricciones a la competencia (GWB) determinó la vinculación de los tribunales alemanes a las decisiones adoptadas por la Comisión Europea o por cualquier autoridad nacional de la competencia de la Unión²¹. Como en el caso del art. 16 del Reglamento CE 1/2003, la normativa alemana también contiene una referencia directa a la posibilidad

¹⁹ Entre otros, pueden consultarse A. L. CALVO CARAVACA, y J. SUDEROW, *op. cit.*

²⁰ Sentencia de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, *Masterfoods Ltd y HB Ice Cream Ltd.*

²¹ F. BIEN, «La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand», en *Concurrences*, núm. 2-2015, p. 14.

del juez alemán de acudir al planteamiento de la cuestión prejudicial prevista en el art. 267 del Tratado, en el caso de que la decisión administrativa que debe respetar le plantee dudas respecto a su adecuación o corrección en la interpretación del Derecho europeo de competencia.

Como es sabido, los borradores iniciales de la *Directiva de daños* pretendieron extender el sistema alemán a todas las legislaciones europeas. Siguiendo el ejemplo marcado por el art. 16 del Reglamento CE 1/2003 para las decisiones de la Comisión, la Propuesta de Directiva presentada en junio de 2013 preveía en su art. 9 que las resoluciones firmes de infracción adoptadas por las autoridades nacionales de competencia (o por un órgano jurisdiccional nacional de revisión) tuvieran pleno efecto probatorio en demandas posteriores por daños y perjuicios. Según señalaba la Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva «Si ya se ha adoptado una resolución de infracción y ha adquirido carácter firme, la posibilidad de que la empresa infractora volviese a plantear las mismas cuestiones en posteriores reclamaciones por daños sería ineficiente, generaría inseguridad jurídica y daría lugar a costes innecesarios para todas las partes implicadas y el poder judicial»²².

Sin embargo, durante las negociaciones en el seno del Consejo, el objetivo inicial plasmado en el texto de la Propuesta no contó con el apoyo suficiente de los estados miembros²³ y se adoptó finalmente una solución de compromiso, plasmada en el actual art. 9 de la Directiva 2014/104/UE que limita la vinculación para los tribunales de cada estado miembro a las resoluciones adoptadas por su propia autoridad de competencia mientras que las resoluciones administrativas extranjeras gozan tan solo de la condición de presunción *iuris tantum*.

El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades de competencia supone una relativa novedad en el ordenamiento español ya que el problema se ha planteado en diversas ocasiones durante la vigencia de las distintas leyes de defensa de la competencia que se han ido sucediendo. Analizando estos casos puede decirse que la consideración por los tribunales civiles de la actuación de las sucesivas autoridades administrativas encargadas de su aplicación y de sus resoluciones sancionadoras ha quedado determinada en muchos casos según el tipo de demanda presentada ante la jurisdicción civil (aunque no siempre) y por la autoridad administrativa de la que emanaba la resolución.

Entre los años 1989 y 2007, en los que la aplicación de la entonces vigente Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia correspondía conjuntamente a los antiguos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia, resultaba frecuente que las resoluciones judiciales se declaraban por

²² En contra de este efecto vinculante, bajo la forma anunciada en el Libro Blanco de 2008, por considerarla una reinstauración del sistema prevista en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, véase A. ARRIBAS HERNÁNDEZ, «La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Prueba. Medios admisibles, acceso a pruebas obtenidas en procedimientos administrativos, confidencialidad», en *La aplicación privada del derecho de la competencia* (VELASCO SAN PEDRO, ALONSO, ECHEBARRÍA, HERRERO y GUTIÉRREZ GILSANZ, dirs.), Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 169-181, esp. p. 177.

²³ F. WAGNER-VON PAPP, *op. cit.*, p. 32.

completo ajenas a cualquier vinculación respecto de la decisión adoptada por la autoridad de competencia. En dichas sentencias los tribunales civiles solían descartar cualquier vinculación con la resolución administrativa previa resaltando la ausencia de naturaleza jurisdiccional del órgano del que emanaban, pero también la clara distinción entre el orden jurisdiccional que analizaba las reclamaciones civiles de daños y el que revisaba las resoluciones de la autoridad administrativa de competencia. La falta de vinculación se expresaba en ocasiones en términos contundentes:

«El “mal” denominado “Tribunal” de Defensa de la Competencia no pasa de ser un mero órgano administrativo cuyas decisiones quedan sometidas al posterior control jurisdiccional a través de un “bien” denominado “Tribunal” de Justicia. Luego, si las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia pueden ser confirmadas o revocadas por los Tribunales de Justicia, sería un contrasentido que los Tribunales de Justicia, fueran a estar vinculados por las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia. En cuanto a la Audiencia Nacional, este si es un Tribunal de Justicia, carece de competencia en el orden jurisdiccional civil (tan solo la tiene en el penal y contencioso-administrativo), por lo que sus decisiones no pueden ser vinculantes para la resolución de un pleito planteado en el orden jurisdiccional civil, como es el presente»²⁴.

Es presumible que el predominio de pleitos entre estaciones de servicio y compañías distribuidoras de combustible (y la problemática específica de su planteamiento y prueba²⁵) en las acciones de daños presentadas ante los tribunales civiles entre los años 1989 y 2007 fuera una de las razones que provocaron que la respuesta más habitual por parte del juez civil fuera esta desvinculación respecto de cualquier resolución administrativa previa invocada por las estaciones de servicio demandantes. Como han señalado diversos autores la litigiosidad entre estaciones de servicio y operadores de combustible en España llegó a suponer el 49 por 100 de los casos de aplicación privada del Derecho de la competencia en España de 1999 a 2012²⁶, alcanzando niveles de saga²⁷ o problemática sin fin²⁸. Como se ha detallado en otros estudios sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia²⁹

²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21), de 5 de julio de 2005 (Sentencia 0368/2005).

²⁵ D. CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, «La prueba de conductas anticompetitivas en la aplicación privada del Derecho Antitrust. La Propuesta de Directiva de Daños y la experiencia en los tribunales españoles», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, diciembre de 2013.

²⁶ Véase F. MARCOS FERNÁNDEZ, «Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», *Working Paper IE Law School AJ8-202*, Fundación Instituto de Empresa, S. L. - IE Business School, p. 16.

²⁷ Véase D. ORDÓÑEZ SOLÍS, «La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho europeo de la competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 19, 2011, pp. 11-28.

²⁸ Véase J. MARTÍNEZ ROSADO, «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la competencia: ¿Una problemática sin fin o el fin de una problemática?», *RCD*, núm. 5, 2009, pp. 153-188; y E. DE FÉLIX PARRONDO, «Problemática de la fijación de precios en los contratos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio», *RCD*, núm. 4, 2009, pp. 197-209.

²⁹ Véase M. ÁLVAREZ SAN JOSÉ y L. PÉREZ SOSA, «La experiencia en la aplicación privada desde la aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de La Competencia 2011-2012*, pp. 193-22.

«en la inmensa mayoría de los casos se trata de demandas interpuestas por el gestor de la estación de servicio en la que se pretende que sea declarada la nulidad de los contratos que le ligan a la operadora petrolífera, por conformar una relación jurídica compleja que contraviene normas imperativas», entre ellas la fijación del precio de venta al público de los productos comercializados, la duración de los contratos de exclusiva, etc. Resultaba habitual que la demanda fuera acompañada de la correspondiente reclamación de daños y perjuicios pero, según apuntan los estudios realizados, tanto una como otra eran desestimadas en un 80 por 100 de los casos³⁰.

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2007 los tribunales siguieron repudiando cualquier vinculación respecto de la decisiones administrativas invocadas por las reclamaciones de las estaciones de servicio, si bien ahora las resoluciones de los organismos públicos de competencia solían calificarse como «la muy respetable interpretación que efectúa la CNC»³¹. En estos casos los tribunales podían reconocer la racionalidad de los argumentos expuestos por la autoridad de competencia en sus resoluciones pero destacaban los distintos campos de aplicación que tenían la actividad judicial y administrativa: una encaminada a resolver conflictos civiles concretos entre particulares mientras que el órgano administrativo debía velar por el interés público, realizando una valoración global de todos los operadores del sector afectado que resultaba ajena al órgano judicial.

En dichas sentencias no eran extrañas las referencias de las distintas instancias judiciales a resoluciones específicas del órgano administrativo de competencia, como la conocida Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 30 de julio de 2009 (Expediente 652/08, Repsol/Cepsa/BP), citada frecuentemente como apoyo por la estación de servicio demandante³². En esas referencias a la resolución administrativa, el órgano judicial indicaba que no cabía extrapolar directamente la Resolución de la CNC citada al caso enjuiciado porque en dicha Resolución «se valora la situación desde una perspectiva general, contemplando una pluralidad de operadoras que utilizan, cada una de ellas, contratos de diversos tipos y con clausulados no siempre coincidentes, y se llega a una conclusión en la que pesa un criterio presuntivo, sustentado en que haya constatado un elevado seguimiento de los precios máximos en el sector de la distribución de combustibles y carburantes por parte de las estaciones de servicio. Cuando de lo que se trata es de decidir sobre la validez de un contrato concreto, es precisa una proyección individualizada del problema y la demostración,

³⁰ Véase F. MARCOS FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 16.

³¹ Véase, por todas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), de 4 de octubre de 2010 (p. 33), recogida posteriormente por otras similares.

³² En la Resolución de 30 de julio de 2009 (Expte. 652/08, Repsol/Cepsa/BP), la CNC sancionó el sistema contractual de abanderamiento y suministro seguido por varios operadores con las estaciones de servicio de sus respectivas redes, al considerar que dicho sistema debilitaba la competencia en precios entre ellos y entre las estaciones de servicio en el segmento minorista. El Consejo de la CNC consideró acreditado que dichas operadoras habían incurrido en una infracción de los arts. 1 LDC y 81.1 del TCE al haber fijado indirectamente el precio de venta al público en las estaciones de servicio gestionadas por empresarios independientes que asumen riesgos no insignificantes en su actividad.

de forma suficiente y en el caso específico, de que median clausulados o prácticas perfectamente identificados que resulten inadmisibles y que, por tanto, justifiquen la drástica decisión de declarar la nulidad de un contrato por la pretendida infracción del art. 81 del Tratado CE»³³.

Como puede observarse, en sentencias desestimatorias como la apuntada, frente a las alegaciones de las estaciones de servicio actoras que desconsan en determinadas diligencias de comprobación practicadas en los expedientes resueltos por el TDC y el Consejo de la CNC (en especial, la citada Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009), los tribunales civiles subrayaban que no era posible trasladar directamente al caso enjuiciado ante la jurisdicción civil las valoraciones de carácter general incluidas en el expediente ante la autoridad de la competencia en el que lo que se trataba de determinar era si la actividad empresarial global de un determinado operador se adecuaba a las exigencias impuestas por el Derecho de la competencia: «el objeto específico de este tipo de litigios no es el mismo que el de las actuaciones administrativas practicadas en relación a la red de los operadores petrolíferos, que cumplen otra finalidad»³⁴. Este criterio seguía los razonamientos expuestos por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 15 de abril de 2009 y 11 de mayo de 2011, que distinguieron entre protección del orden público económico y tutela del interés privado como objetivos diferenciados de las autoridades de defensa de la competencia y la jurisdicción civil.

No obstante durante dichos años, en ocasiones y en ámbitos distintos a la problemática entre estaciones de servicio y operadoras petrolíferas, si bien se ratificaba la no vinculación de los tribunales civiles respecto de la resolución administrativa, la valoración de los hechos efectuada por la CNC como órgano administrativo especializado era expresamente reconocida en distintas sentencias de Audiencias Provinciales. Así, en un procedimiento de reclamación de daños y perjuicios, en este caso posterior a una resolución de la CNC determinando la existencia de un abuso de posición de dominio en el ámbito de la distribución de energía, la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de abril de 2012 señaló: «coincidimos con la resolución recurrida en lo relativo a la valoración que atribuye a las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de la Competencia en los procedimientos de infracción que haya seguido. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no establece vinculación alguna para los juzgados de lo mercantil competentes para conocer de las acciones establecidas en los arts. 1 y 2 de la Ley respecto de las resoluciones que previamente hayan podido adoptar las autoridades administrativas competentes para enjuiciar esas mismas conductas infractoras, lo que debe entenderse extendido a las ulteriores resoluciones revisoras de aquellas resoluciones dictadas por los órganos de la jurisdicción contenciosa. Ello no significa que no le concedamos valor alguno. Todo lo contrario, *pues si bien estimamos que jurí-*

³³ A título de ejemplo, véase la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Madrid, de 16 de abril de 2012.

³⁴ Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Madrid, de 16 de abril de 2012.

*dicamente no nos vinculan, le reconocemos un alto valor, atendido que proceden de órganos administrativos muy especializados y cuyos criterios gozan de una gran autoridad»*³⁵.

Incluso el Tribunal Supremo, en sentencias referidas a pleitos entre operadoras petrolíferas y estaciones de servicio, aceptó ciertas determinaciones de hechos efectuadas por la citada Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009, como la valoración de las cuotas de mercado de los distribuidores de combustible (sentencias de 15 de febrero y 16 de abril de 2012, ambas de la Sala de lo Civil) y consideraciones sobre el mercado español de distribución de carburantes («reconocidamente poco accesible», sentencia de 16 de abril de 2012), que remitían a consideraciones realizadas por el órgano administrativo especializado en la defensa de la competencia.

Sin embargo, cuando las reclamaciones de daños han versado sobre genuinas acciones *follow on*, por ejemplo en infracciones de cártel sancionadas anteriormente por la autoridad de competencia, la aproximación judicial ha diferido bastante, reconociendo valor a la resolución administrativa respecto de la declaración de hechos probados y la calificación de la conducta, y versando la evaluación judicial civil sobre la relación de causalidad entre la conducta sancionada y los daños reclamados y en la valoración económica de los mismos³⁶. El caso paradigmático a este respecto ha sido el denominado «cártel del azúcar», sancionado por el desaparecido Tribunal de Defensa de la Competencia en 1999, en su expediente 426/98, Azúcar³⁷ y que ha dado lugar a sucesivas sentencias en primera y segunda instancia y casación³⁸, al haberse iniciado en distintas instancias territoriales, básicamente, Valladolid y Madrid.

Precisamente en el proceso iniciado en Valladolid ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de la capital castellano-leonesa, el órgano jurisdiccional desestimó la demanda aun reconociendo cierta vinculación con la resolución administrativa³⁹ al no apreciar nexo causal entre la conducta de ACOR sancionada por el TDC y los daños y perjuicios que las demandantes afirmaban haber padecido. Aunque la sentencia de 1.ª instancia de Valla-

³⁵ Cursiva añadida.

³⁶ En este punto la distinción parece seguir la distinta competencia atribuida a Juzgados de lo Mercantil o Juzgados de Primera Instancia por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20), de 4 de febrero de 2008, según la acción ejercida fuera *stand alone* o *follow on*.

³⁷ En la Resolución de 15 de abril de 1999 (Expediente 426/98, Azúcar), el antiguo TDC declaró la existencia de una infracción del art. 1 de la LDC de 1989 cometida por cuatro productoras de azúcar (Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, Sociedad General Azucarera de España, Sociedad Cooperativa General Agropecuaria «ACOR», y Azucareras Reunidas de Jaén). La infracción sancionada consistía en una concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales que se produjo entre febrero de 1995 y septiembre de 1996, si bien con distinta duración para cada una de las imputadas. La resolución sancionadora del TDC fue confirmada posteriormente tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo, en Sentencias de sus Salas de lo Contencioso-administrativo de 4 de julio de 2002 y de 23 de abril de 2005, respectivamente.

³⁸ Para un análisis del cártel sancionado en el expediente 426/98, Azúcar, desde la perspectiva de la aplicación privada puede consultarse «Reclamaciones de daños causados por cárteles: el Tribunal Supremo somete la defensa del “*passing on*” a requisitos estrictos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013», de Grupo de Competencia de Gómez-Acebo y Pombo.

³⁹ Sentencia de 20 de febrero de 2009. Procedimiento núm. 571/2007.

dolid expresamente afirmaba no discutir la existencia del cártel sancionado acreditada administrativamente por el antiguo TDC tampoco acogía como presunción *iuris tantum* (en contra de la actual previsión de la *Directiva de daños*) que dicha existencia implicara la existencia de daño. Por el contrario el citado Juzgado de Primera Instancia núm. 11 sostenía que «la ilicitud de la conducta sancionada en sede de control de la libre competencia no genera un derecho objetivo e inmediato a ser resarcido por algo (el aumento de precios de las materias primas) que hubiera sido normal aun no median-do tales prácticas colusorias».

Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación la Audiencia Provincial de Valladolid (sección tercera) declaró probada la realidad del daño y su importe y estimó el recurso interpuesto por las sociedades productoras de dulces. En una sentencia ciertamente escueta⁴⁰ la Audiencia se mostró claramente favorable al efecto vinculante de la resolución administrativa pero mostró su discrepancia con respecto a la valoración del mismo efectuada por el Juzgado de Primera Instancia: «Si el Tribunal de Defensa de la Competencia (ratificado por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo) ha declarado que el daño ocasionado por la demandada es de suma gravedad, lo que nos corresponderá a nosotros consistirá en evaluar económicamente dicha gravedad, pero no decir que la resolución administrativa es vinculante para nosotros, para, a renglón seguido decir, que no se ha causado perjuicio alguno».

El pleito iniciado en Valladolid contra ACOR finalizó mediante la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio 2012, que confirmó la apelación y declaró no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la empresa azucarera sancionada. De contenido predominantemente procesal la sentencia del Tribunal Supremo desestima la alegación de ACOR referida a la omisión de enjuiciamiento sobre todos los elementos fácticos y jurídicos que integraban el supuesto litigioso por la Audiencia Provincial, renunciando al ejercicio de la función jurisdiccional y permitiendo que un órgano de la Administración sustituyera su desempeño. El Tribunal Supremo rechaza este razonamiento expresando que «la recurrente omite la necesaria referencia al sentido y alcance del art. 13, apartado 2, de la derogada Ley 16/1989, [...] así como a la realidad y significación de las sentencias por las que la Audiencia Nacional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo llevaron a cabo positivamente el control judicial de la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia»⁴¹.

En el procedimiento paralelo (aunque posterior) tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid, los fallos judiciales se sucedieron en sentido inverso al pleito de Valladolid. En Sentencia de 1 de marzo de 2010 el citado Juzgado de Primera Instancia, estimó parcialmen-

⁴⁰ Sentencia 261/2009, de 9 de octubre de 2009.

⁴¹ El art. 13.2 de la LDC de 1989 preveía como requisito a la interposición de una reclamación de daños y perjuicios la firmeza previa de la resolución administrativa que había declarado acreditado la infracción de competencia de la que la demanda de indemnización traía causa.

te la demanda presentada y condenó a Ebro Puleva a indemnizar a los demandantes, aunque redujo su importe a la mitad respecto de la pretensión inicial de las partes. Por el contrario la posterior Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección núm. 8), de 3 octubre de 2011, estimó el recurso de apelación formulado por Ebro Foods y anuló la sentencia de primera instancia. El motivo fundamental de la estimación del recurso fue la asunción de la *passing on defense* planteada por la empresa azucarera, realizando un amplio análisis de diversos sucesos procesales en la revisión de la resolución sancionadora del TDC ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Finalmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (núm. 651/2013) revocó la sentencia de la Audiencia Provincial, estimando totalmente las pretensiones de la demanda respecto a la indemnización de daños y perjuicios. Centrándose de nuevo la principal discusión y razonamiento del Tribunal en el análisis de la *passing on defense* (aunque rechazando su aplicación, al contrario que la Audiencia) la sentencia del Supremo contiene una interesante aproximación al problema de la vinculación de los tribunales civiles respecto a las resoluciones administrativas.

En primer lugar, al analizar la alegación de cosa juzgada o litispendencia, al haber sido objeto de revisión judicial contencioso-administrativa la resolución del antiguo TDC, el Tribunal Supremo afirma que no puede otorgarse efectos de cosas juzgada a lo decidido por otras jurisdicciones y entiende que en una reclamación civil de daños no opera la cosas juzgada con respecto a sentencias pronunciadas por tribunales del orden contencioso-administrativo. No obstante, la sentencia sí reconoce que la fijación de hechos por otras jurisdicciones sí puede producir efectos de cosas juzgada en el orden jurisdiccional civil. Según el Tribunal Supremo unos hechos no pueden existir y no existir al mismo tiempo para distintos órganos judiciales, salvo que estos hechos se aborden desde perspectivas jurídicas distintas. Es decir, la vinculación a los hechos reconocidos por otras jurisdicciones no es total pero la distinta apreciación de los hechos debe ser motivada y se debe exponer las razones por las que no existe contradicción por dicha apreciación.

Como puede apreciarse la propia evolución interna de la jurisprudencia civil ha acabado aproximando su consideración respecto a la vinculación de la resolución administrativa de competencia a la solución adoptada finalmente por el art. 9 de la *Directiva de daños*⁴². La vinculación prevista en dicho precepto para las resoluciones de las autoridades de competencia españolas únicamente supone un escalón más en dicha aproximación mientras que la vinculación respecto a los hechos que se prevé para las resoluciones procedentes de los restantes estados miembros de la UE es

⁴² La evolución en otros estados miembros ha sido similar. Véase al respecto S. PIETRINI, «La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien», en *Concurrences. Revue des Droits de la Concurrence*, núm. 2-2015, p. 18.

claramente similar a la adoptada por el Tribunal Supremo en el cártel del azúcar que se ha examinado.

La transposición de la norma no debe suponer, por tanto, un problema específico para los tribunales españoles como no lo ha sido la experiencia de los tribunales alemanes respecto a la norma similar vigente en su Ley contra las restricciones a la competencia⁴³ ni de la de los jueces y tribunales del Reino Unido respecto al carácter vinculantes a efectos de reclamaciones de daños de las resoluciones de la autoridad de competencia⁴⁴.

4. RELACIÓN ENTRE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y POLÍTICA DE MULTAS

Una de las máximas preocupaciones manifestadas durante la larga discusión que antecedió a la aprobación de la *Directiva de daños* fue la posible conversión del sistema europeo de defensa de la competencia en un émulo del sistema estadounidense en el que, como es conocido, las acciones de daños no solo tienen un objetivo indemnizatorio sino también una naturaleza punitiva, admitiéndose la posibilidad de los daños múltiples o triples (*treble damages*)⁴⁵.

En sus comentarios a los citados Libro Verde de 2005 y Libro Blanco de 2008, que antecedieron a la actual Directiva, diversas asociaciones empresariales europeas resaltaron que el modelo de indemnización de daños establecido en los Estados Unidos no era una opción aconsejable para la Unión Europea, un sistema en el que la aplicación de la normativa de competencia había sido desde 1957 eminentemente pública, sin necesidad de que la disuasión que debe acompañar a las normas de competencia fuera desviada hacia la aplicación privada de las normas⁴⁶.

En realidad el Tribunal de Justicia, en sus distintas aproximaciones a la aplicación de la normativa de competencia por los tribunales civiles, siempre ha defendido la necesidad de la adecuada indemnización y el pleno resarcimiento de los daños producidos por las conductas anticompetitivas, sin avanzar en ningún momento hacia una concepción de este resarcimiento como un elemento de disuasión que debiera sustituir o complementar a las sanciones públicas.

⁴³ F. BIEN, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁴ F. WAGNER-VON PAPP, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁵ A. E. BASS, y P. D. CAMESASCA, «The direction of European competition litigation: Lessons from the U.S. experience», en *Concurrences. Revue des Droits de la Concurrence*, núm. 2-2015. pp. 35-37.

⁴⁶ Por ejemplo, entre otros, los comentarios emitidos respecto al «Libro Blanco» por la EUROPEAN BANKING FEDERATION («any proposal aiming at introducing an EU mechanism for punitive damages or allowing contingency fees for lawyers would be highly detrimental for both parties to the claim») o por la FÉDÉRATION DES ENTREPRISES DE BELGIQUE («Ceci reviendrait également à introduire des éléments répressifs dans un système qui devrait se limiter à l'indemnisation du dommage. Contrairement aux USA, où le contrôle public est moins développé qu'en Europe, la répression des infractions au droit européen commises dans l'Union européenne devrait être réservée aux autorités publiques»).

Por su parte, la Comisión Europea, durante los diez años que antecedieron a la promulgación de la Directiva, se esforzó por subrayar que sus objetivos de intensificar el uso de las acciones de daños en materia de competencia en la Unión Europea se limitaban al resarcimiento de los daños causados, sin remedar en ningún caso al sistema legal de los Estados Unidos y sus daños múltiples.

Siguiendo esta senda durante la negociación de la *Directiva de daños* los estados miembros decidieron plasmar expresamente esta concepción entre los considerandos del nuevo texto normativo. Así en su considerando (12) la Directiva 2014/104/UE confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia, citando específicamente entre este acervo «la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»⁴⁷, es decir, como explica a continuación, el daño emergente (*damnum emergens*), el lucro cesante (pérdida de beneficios o *lucrum cessans*), más los intereses («elemento esencial del resarcimiento»), como lo califica la propia Directiva), todo ello «con independencia de si en las normas nacionales estas categorías se definen por separado o conjuntamente».

Tras adoptar esta concepción amplia de los daños a indemnizar en seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que denomina «resarcimiento pleno», la Directiva expresamente se opone en el siguiente considerando (13) a lo que califica directamente como «exceso de resarcimiento»:

«(13) El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia. [...] Sin perjuicio de la indemnización por la pérdida de oportunidades, *un resarcimiento pleno en virtud de la presente Directiva no debe conducir a un exceso de resarcimiento, ya sea mediante daños punitivos, múltiples o de otro tipo*»⁴⁸.

Igualmente el art. 3, apartado 3, de la Directiva expresa esta idea claramente cuando afirma que «El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo».

La exclusión de este tipo de daños punitivos o múltiples del pleno resarcimiento de perjuicios reconocido en la Directiva no es un mero ejercicio teórico. Si bien la articulación de este tipo de daños no compensatorios sin una previsión legal expresa resulta difícil de imaginar en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de la Unión, no es por ello imposible. Como

⁴⁷ Básicamente la Sentencia de 13 de julio de 2006, *Manfredi* (asuntos acumulados C-295/04 y otras, véase la nota al pie núm. 3), párrafos 95 y 97.

⁴⁸ Cursiva añadida.

exponen autores británicos⁴⁹, en el sistema jurídico del Reino Unido (quizás por su mayor cercanía al ordenamiento legal de los Estados Unidos que otros sistemas europeos) no es extraña la existencia de *exemplary damages* asociados a reclamaciones de daños en materia de competencia. Este tipo de daños de naturaleza punitiva ha sido reconocida por los tribunales británicos en varias ocasiones, si bien con varias restricciones que los confinan básicamente a aquellos casos en los que las autoridades de competencia del Reino Unido no han actuado contra la práctica anticompetitiva (casos de menor importancia y similares generalmente) o no han impuesto sanciones frente a la misma por razones diferentes de la exención de la multa en aplicación de programas de clemencia. La transposición de la Directiva al Reino Unido deberá excluir la continuación de esta práctica indemnizatoria de naturaleza punitiva para los casos que afecten al comercio entre estados miembros, si bien los comentaristas no descartan que los *exemplary damages* puedan continuar para las demandas que queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

Resulta llamativo que aprobada la *Directiva de daños* en noviembre de 2014 con esta clara indicación contraria al ejercicio del poder punitivo de la normativa de competencia a través de las acciones civiles de daños, el Tribunal Supremo español, en su famosa sentencia sobre la potestad sancionadora regulada en el Título V de la LDC de 2007 de 29 y 30 de enero de 2015⁵⁰, introdujera como elemento adicional en el debate la capacidad disuasoria de las indemnizaciones de daños y perjuicios. Tras determinar cómo debían ser interpretados distintos conceptos presentes en el art. 63 de la LDC, el Alto Tribunal añadió los siguientes comentarios sobre el posible efecto disuasorio de los daños civiles derivados del incumplimiento de la normativa de competencia

«el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el art. 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.

Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena —en la vía civil— al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del bene-

⁴⁹ F. WAGNER-VON PAPP, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁰ Los análisis de esta nueva línea jurisprudencial son múltiples. Entre otros pueden consultarse «La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia», de M. VÉLEZ FRAGA, y A. R. LAPRESTA BIENZ, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 40-2015.

ficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras —y sus directivos— no solo “sufran” la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea».

Sin duda, la cita expresa de la *Directiva de daños* en la propia sentencia reseñada y la alusión directa al «efectivo resarcimiento de los daños ocasionados» impide considerar que la alusión del Tribunal Supremo al poder disuasorio de las indemnizaciones de daños conlleve la posibilidad, prohibida directamente por la Directiva, de algún tipo de daños punitivos o ejemplarizantes. Aunque, como afirma el Tribunal Supremo el poder disuasorio de la política de competencia debe contemplarse en su conjunto, lo cierto es que en la concepción de la Directiva —y del acervo comunitario que recoge de la jurisprudencia europea—, la naturaleza de los daños es esencialmente indemnizatoria mientras que corresponde a la política de multas a cargo de las autoridades administrativas (y judiciales) desempeñar el rol sancionador y punitivo, adecuado para una efectiva disuasión.

No obstante, la propia Directiva en su art. 18, apartado 3, recoge de nuevo la posible interacción entre aplicación público y aplicación privada al reconocer la posibilidad de que se considere atenuante en el momento de determinar la sanción a imponer «se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial». Como otros preceptos de la Directiva, esta previsión no resulta extraña al ordenamiento jurídico español y, en concreto, a la LDC, ya que el actual art. 64 de dicha Ley, en su apartado 3.c), recoge como posible atenuante la «realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado», circunstancia que engloba, claramente, una solución extrajudicial dirigida al pago de indemnizaciones como la prevista en el art. 18 de la Directiva. La transposición de dicho precepto, por tanto, no debe resultar problemática pero deberá limitar la aplicación de la atenuante a aquellos casos en los que la reparación del daño causado sea real mediante el abono o pago efectivo de la indemnización, como requiere la redacción de la propia Directiva, sin atender ni dar significado a meras declaraciones de buenas intenciones jurídicas.

Como último apunte no puede dejar de señalarse que junto a esta aproximación expresada por el Tribunal Supremo respecto a la posible naturaleza disuasoria de las indemnizaciones de daños y perjuicios, algunos autores defienden que la aprobación en octubre de 2015 de las nuevas leyes de procedimiento administrativo común de las administraciones Pú-

blicas⁵¹ y de régimen jurídico del sector público⁵² (aunque con entrada en vigor diferida a octubre de 2016) ha abierto otra puerta para permitir la entrada de la resolución administrativa en la cuantificación de la indemnización de daños privados y su posterior ejecución también pública⁵³.

Según esta interpretación la acción combinada de los arts. 28.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común suponen un cambio cualificado respecto a lo anteriormente dispuesto en el art. 130.2 de la Ley 30/1992⁵⁴ y pretenden «que la resolución sancionadora pueda pronunciarse sobre la responsabilidad civil del infractor (es decir, sobre la indemnización que debe pagar al perjudicado por la infracción) y que *ese pronunciamiento tenga la misma fuerza que el resto del contenido de la resolución*, lo que significa que será vinculante, podrá ser objeto de ejecución forzosa por parte de la Administración», algo que también se había estudiado respecto a algún precepto de la actual Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁵⁵.

La inmediatez de la reforma comentada impide que esta interpretación haya podido ser discutida o apoyada por el resto de la doctrina pero dos factores (reconocidos por el propio autor) operan en contra de una aplicación inmediata a los expedientes sancionadores de competencia (además del lapso de tiempo que queda para la entrada en vigor de la nueva normativa). Uno de carácter general es la ausencia de toda explicación de este propósito en la exposición de motivos de los citados cuerpos legales. El factor específico es el carácter meramente supletorio de la normativa de procedimiento común respecto de los expedientes de defensa de la competencia, según prescribe el art. 45 de la LDC de 2007. La probable adición de nuevos preceptos a la citada Ley en la transposición de la *Directiva de daños* al ordenamiento español, dirigidos específicamente a ordenar los procedimientos de reclamación de daños y perjuicios derivados de infracciones de competencia según la reglas del procedimiento civil impediría considerar aplicable los citados artículos de la normativa de procedimiento común.

En conclusión, aunque la nueva Directiva afronta la necesidad de tomar en consideración la indemnización efectiva realizada por los causantes de los daños derivados de infracciones de la competencia, su objetivo básico es subrayar la esencial diferencia entre la naturaleza indemnizatoria de las acciones de daños civiles y la naturaleza punitiva y disuasoria de las san-

⁵¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, *BOE* núm. 236 de 2 de octubre de 2015.

⁵² Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, *BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

⁵³ A. J. HUERGO, «Sanciones administrativas y responsabilidad civil. La Ley 40/2015 cambia las reglas del juego», Blog «Almacén de derecho», entrada de 30 de noviembre de 2015.

⁵⁴ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *BOE* núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

⁵⁵ Texto vigente aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

ciones que deben imponer las autoridades públicas, sin posibilidad de que las indemnizaciones adopten un papel punitivo.

5. CONCLUSIONES

La aprobación (y subsiguiente transposición por los estados miembros) de la *Directiva de daños* es una gran oportunidad para reforzar la aplicación del Derecho de la Competencia, en España y en Europa. El desarrollo de la aplicación privada de la normativa *antitrust* siempre ha tenido un doble objetivo: en primer lugar, lograr una compensación plena de los daños sufridos por los perjudicados por las conductas anticompetitivas y, adicionalmente, lograr una mayor penetración de la normativa de competencia en el tejido industrial y social que evite las conductas y prácticas restrictivas de la competencia que dañan a las dinámicas positivas del mercado y destruyen el bienestar social.

La aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma. No debe olvidarse que sin una aplicación pública efectiva las acciones de indemnización por daños resultarán casi imposibles o de escasa importancia. Según la propia *Directiva de daños*, los cárteles son las infracciones que causan mayor daño al mercado, al bienestar social y al interés público. Y, por el momento, solo la autoridad pública —a través de distintos instrumentos— se ha mostrado efectiva para su detección y posterior sanción.

Por ello unos de los objetivos manifiestos de la Directiva 2014/14 es proteger los expedientes sancionadores de la autoridad administrativa y especialmente los programas de clemencia a través de los distintos instrumentos analizados en el presente artículo. La transposición de la Directiva en los distintos estados miembros, incluida España, debe buscar el mismo objetivo ya que sin una aplicación pública efectiva los cárteles y otras infracciones graves permanecerán escondidos y los perjudicados no podrán lograr el resarcimiento pleno de unos daños de los que, tal vez, ni siquiera sean conscientes.

