

LA EXPERIENCIA EN LA APLICACIÓN PRIVADA DESDE LA APROBACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA*

MARÍA ÁLVAREZ SAN JOSÉ
LETICIA PÉREZ SOSA

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración Civil del Estado
Asesoría Jurídica de la Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

La aplicación del Derecho de la competencia puede adoptar dos cauces: la acción pública o *public enforcement*, que es realizada por las autoridades administrativas (en algunos ordenamientos, también judiciales), y la acción privada *private enforcement*, que llevan a cabo los órganos judiciales sobre la base de las pretensiones formuladas por particulares.¹

En el caso español, como es sabido, la aplicación de las normas de defensa de la competencia tradicionalmente se ha circunscrito al ámbito administrativo; se entendía que el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados era una cuestión de interés general que la Administración debía tutelar. Solo de manera complementaria, y una vez que la declaración administrativa hubiera ganado firmeza, podía el particular formular una pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios ocasionados por un comportamiento contrario a las normas de defensa de la competencia ante los tribunales civiles, lo que desincentivaba en la práctica el ejercicio de la acción.²

* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y en ningún caso representan la posición de la Comisión Nacional de la Competencia.

1. Ver SANTOS LORENZO, S. y TURNER-KERR, P. «¿En estado de total subdesarrollo? La aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España», en *Gaceta Jurídica*, septiembre-octubre de 2006, págs. 42-56.
2. El art. 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia preveía: «La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su

La aprobación del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado,³ con la consiguiente desmonopolización de la aplicación administrativa del Derecho europeo de la competencia, y la creación de los Juzgados de lo Mercantil, a los que se asigna, entre otros, el conocimiento de los procedimientos de aplicación de los actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y su derecho derivado, marcó un punto de inflexión en la aplicación privada del Derecho de la competencia.

La nueva normativa suscitó una serie de incógnitas y expectativas que, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, se concretaban en cuál sería el futuro desarrollo de la aplicación privada en el ámbito español, tanto en lo relativo al previsible incremento de este tipo de demandas ante los tribunales ordinarios (bien para lograr la nulidad de un contrato, o para obtener una compensación económica por los daños y perjuicios derivados de un ilícito competencial) como en lo que se refiere a la convivencia pacífica y enriquecedora de ambos modelos, público y privado, de defensa de la competencia.⁴

Casi diez años después de aquel hito normativo en el ámbito comunitario disponemos de perspectiva suficiente para revisar, a la luz de lo acontecido, las dudas y pronósticos que se formularon en la etapa inicial de la aplicación privada del Derecho de la competencia.

Los años transcurridos han permitido albergar otra reforma normativa sustancial, en este caso a nivel nacional, concretada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), que ya hace tiempo que no puede ser calificada como reciente, y que en esta materia no introdujo novedades ni avances respecto de lo previsto por el Reglamento 1/2003 para los casos nacionales.⁵

Pese a las reformas operadas, la aplicación privada de las normas de competencia, tanto en Europa como en el caso español, se sigue considerando escasa. Existen numerosos obstáculos que dificultan que los particulares utilicen este instrumento: las dificultades de acceso a las pruebas, las incertidumbres sobre los costes de liti-

caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles.

3. Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOCE de 4.01.2003.
4. Ver, por todos, el análisis formulado por CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, D. 2004. «La aplicación privada del Derecho de competencia y los nuevos juzgados de lo mercantil», en *Boletín económico de ICE*, n.º 2.818, págs. 3-14.
5. No se ha llegado a dar el paso de reconocer a las resoluciones de la autoridad nacional de la competencia el carácter vinculante respecto de los órganos jurisdiccionales que sí se contiene en el Reglamento 1/2003, que otorga carácter vinculante a la decisión de la Comisión europea para los órganos jurisdiccionales nacionales con posibilidad de presentar cuestión prejudicial ante el TJUE en caso de discrepancia (art. 16 Reglamento 1/2003 y art. 267 TFUE). Ver, anticipando los riesgos de tal opción, GUERRA FERNÁNDEZ, A. 2006. «La aplicación privada de las normas españolas de competencia: mecanismos para mejorar la interacción entre las actuaciones administrativas y las acciones civiles en el marco de la reforma de la Ley», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 243, 2006, pág. 34.

gación, la imperfección de la regulación de las acciones colectivas, el carácter incompleto de la regulación procesal en la materia, la falta de previsibilidad en lo relativo a los posibles métodos de cuantificación de los daños, la insuficiente experiencia en la aplicación de figuras tales como la repercusión del sobreprecio (*passing on defense*) o la ausencia de formación especializada de los órganos judiciales en cuestiones de carácter económico. Tampoco es irrelevante en este sentido la propia falta de información y conocimiento por los ciudadanos de la existencia y ventajas de esta opción complementaria o alternativa de la acción pública.⁶

En el ámbito comunitario se han producido progresos en la materia en términos de *soft law*. Así, con la finalidad de revertir esta situación de preponderancia casi exclusiva del *public enforcement* y resolver los obstáculos al adecuado desenvolvimiento de las acciones privadas, en el año 2008 el ejecutivo comunitario adoptó el *Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*.⁷ El objetivo era mejorar las condiciones jurídicas existentes, de manera que los afectados por una práctica contraria a la libre competencia pudieran llegar a hacer efectivo su derecho a la reparación del daño patrimonial causado. La discusión previa al *Libro Blanco*⁸ resulta de particular interés porque pone de manifiesto los ambiciosos objetivos iniciales de la Comisión en la materia y, por contraste, el realista compromiso al que se ha ido llegando.⁹

Si la cuestión sobre el escaso desarrollo de las indemnizaciones resarcitorias en el ámbito de la Unión Europea ha sido uno de los focos de atención constante durante los últimos años, tal inquietud puede decirse que incluso se ha acentuado en los últimos meses, donde han abundado las declaraciones e iniciativas de distinto carácter sobre la materia. En este sentido, en octubre de 2012, el Comisario Joaquín Almunia, con motivo de la presentación del Programa de Trabajo sobre Política de Competencia, ha insistido en el compromiso de la Comisión de formular una iniciativa legislativa en esta materia.¹⁰

No obstante, la complejidad del proceso de tramitación de esta iniciativa normativa, en la que ha habido incluso un borrador no publicado de Directiva, y la

6. STAKHEYEVA, H. 2012. «Removing Obstacles to a More Effective Private Enforcement of Competition Law», en *European Competition Law Review*, 9, págs. 398 y ss.
7. COM (2008), 2 de abril de 2008. Para una análisis en español del documento, ver HERRERO SUÁREZ, C. 2008. «La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo: El *Libro Blanco* en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», en *RCD*, n.º 3, págs. 103-117.
8. Ver Informe *Ashurst*, de 2004, realizado por encargo de la Comisión Europea y el *Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2005), 19 de diciembre de 2005.
9. Sobre el particular, ver ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», en *InDret*, 3/2009.
10. Ver *Presenting the Competition Policy Work Programme for 2013/14*, 8 octubre de 2012. Asimismo, como ejemplo de tal preocupación en el ámbito de las autoridades nacionales de competencia, puede consultarse el documento de la ANC del Reino Unido: *Private Actions in Competition Law: A consultation on options for reform. The OFT's response to the Government's consultation*, julio 2012.

puntual retirada de la misma de la agenda de la Comisión,¹¹ ponen de manifiesto las tensiones y dificultades de la cuestión de fondo, dificultades tanto técnicas como incluso valorativas, en tanto que suscitan un debate sobre el modelo europeo de Derecho de la competencia, hasta la fecha preponderantemente público.

En este trabajo, se exponen algunas reflexiones sobre la experiencia de la aplicación privada en España transcurridos cinco años desde la aprobación de la LDC: en primer lugar se diferencian las dos grandes tipologías de acciones vinculadas a la aplicación privada del Derecho de la competencia, tratando de analizar cuáles puedan ser las causas para la preponderancia indiscutible de las llamadas *stand-alone actions*. En el marco de este tipo de acciones, se exponen en un epígrafe específico la problemática y protagonismo cuantitativo de los contratos de distribución de carburantes. Asimismo, al hilo de un caso que consideramos que puede servir de modelo, se examinan algunos de los elementos más relevantes que se presentan en las conocidas como las *follow-on actions*. Finalmente, tras una sintética exposición de la competencia de la CNC como *amicus curiae*, se aportan algunas notas finales sobre las perspectivas de evolución y las cuestiones actualmente más sometidas a debate en materia de aplicación privada.

2. Clases de casos: el predominio de las *stand-alone actions*

En el ámbito de la aplicación privada del Derecho de la competencia se distinguen dos categorías de casos: las denominadas acciones autónomas o independientes (*stand-alone*), que no traen causa de una declaración administrativa previa de ilícito competencial, y las acciones dependientes de una anterior resolución del órgano administrativo competente en materia antitrust (acciones *follow-on*).

Como es sabido, la normativa vigente (Reglamento 1/2003 y LDC) ha suprimido tanto la competencia exclusiva sobre la declaración de ilicitud de las conductas que tenía la autoridad administrativa de defensa de la competencia con base en el Derecho comunitario de la competencia, como el requisito de procedibilidad de firmeza previa de sus resoluciones para reclamar daños y perjuicios civiles (previsto en el artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia). Ahora puede acudir directamente a la jurisdicción (Juzgados de lo Mercantil) para reclamar no solo una declaración de ilicitud, en base a los artículos 101 y 102 del TFUE —desde mayo de 2004— o artículos 1 y 2 de la LDC —desde septiembre de 2007—, sino una condena de responsabilidad por daños y perjuicios.

11. ALFARO, J. y REHER, T. 2011. «The European Commission's Journey to a Directive on Damages Actions: One Step Forward—Two Steps Back!», en *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2011, EU Private Antitrust Litigation*, pág. 53. Ver, asimismo, de los mismos autores, «Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition Law: Is the Time Ripe?», en *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2010, EU Private Antitrust Litigation*, págs. 43 y ss.

Desde una perspectiva estadística, en España las acciones independientes, que no derivan de previas declaraciones de infracción por parte de la autoridad de competencia, han sido hasta la fecha muy superiores en número a las acciones indemnizatorias o de reclamación de daños consecutivas a un previo ilícito competencial declarado por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) o la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).¹²

Así, desde junio de 2004, tenemos conocimiento de 126 sentencias dictadas en procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia,¹³ de las cuales tan solo cinco casos se corresponden con acciones *follow-on*, derivadas de infracciones previamente declaradas de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de junio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 81 y 82 del TCE.¹⁴

El resto de resoluciones judiciales se corresponden con acciones independientes, la mayoría de las cuales, como se analiza en detalle en el apartado siguiente, versan sobre reclamaciones de estaciones de servicio contra el operador petrolífero al que les liga un contrato de exclusiva.

Los ocho únicos casos de acciones *stand-alone* de las que tenemos conocimiento, no relacionadas con estaciones de servicio, se corresponden con diversos sectores productivos,¹⁵ con cierta mayor incidencia de conflictos entre agentes que desarrollan su actividad en el mercado de las comunicaciones electrónicas.

Este predominio de las acciones autónomas o independientes no deja de resultar paradójico, en un sistema como el español, en el que existe una preponderancia indiscutible de la acción pública. Las resoluciones sancionadoras de las autoridades de competencia deberían servir de estímulo para que tanto otras empresas perjudicadas por la conducta ilícita como los particulares emprendieran acciones privadas de resarcimiento de daños y perjuicios.

Sin embargo, en la práctica concurren una serie de incertidumbres y dificultades que hasta la fecha han contribuido a esa menor incidencia relativa.

12. Ver RUIZ DE ANGULO GÓMEZ, E.; BAYO ÁLVAREZ, R. y COSTAS COMESAÑA, J. 2011. «Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la competencia: España», en VELASCO SAN PEDRO; ALONSO; ECHEBARRÍA; HERRERO; GUTIÉRREZ GILSANZ (dirs.) *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, págs. 137-147, especialmente la pág. 138.

13. No existe una correspondencia perfecta entre sentencias y número de casos, puesto que este cómputo incluye sentencias de distintas instancias respecto del mismo caso.

14. Se trata de los asuntos y sentencias siguientes: Antena 3/Liga Nacional de Fútbol Profesional (STS de 14.04.2009); Telefónica/3C Communications (SAP Madrid de 8.05.2007 y Auto TS de 14.07.2009); IASIST/3M (Sentencia JPI de Madrid n.º 71 de 1.06.2007 y Auto de AP Madrid de 11.06.2008); Fabricantes de dulces y galletas/ACOR (STS de 8 de junio de 2012) y Fabricantes de dulces y galletas/Ebro Foods (SAP de Madrid de 3.10.2011).

15. Los casos a los que nos referimos son los siguientes: I) Conduit/Telefónica, SAP de Madrid de 25.05.2006.; II) Canal Satélite Digital/SGAE, Sentencia de Juzgado Mercantil n.º 5 de Madrid, de 25.01.2006; III) Euskatel/Sogecable/Audiovisual Sport, STS de 14.02.2012; IV) Tenaria/Sogecable/Audiovisual Sport, SAP de Madrid de 6.02.2009; V) Package/Supertape, Sentencia Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona de 25.06.2009; VI) Atic/RENFE, Sentencia de Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de 24.03.2010; VII) Centrica Energía/Endesa Distribución, SAP de Barcelona de 19.04.2012; VIII) Ryanair/AENA, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Alicante, de 26.03.2012.

En este sentido, no hay que olvidar que el legislador nacional no ha reconocido a las resoluciones de la autoridad nacional de competencia carácter vinculante, a diferencia de lo que sucede en Derecho de la competencia comunitario, en el que expresamente se contempla el carácter vinculante, para los órganos judiciales nacionales, de las decisiones de la Comisión en las que se constate la existencia de una infracción de los actuales artículos. 101 y 102 del TFUE. No existe norma interna equivalente al artículo 16.1 del Reglamento 1/2003 que disponga que las resoluciones dictadas por la CNC vinculen a los jueces de lo mercantil en el enjuiciamiento de las acciones basadas en las mismas conductas.¹⁶

La resolución sancionadora de la CNC es un acto administrativo, que no veda a la jurisdicción civil el enjuiciamiento de la misma cuestión. Ahora bien, cuando la decisión adoptada por la CNC sobre la ilicitud de una conducta sea objeto, a su vez, de recurso contencioso-administrativo, la doctrina considera que la resolución judicial que confirme la decisión de la Comisión sí vinculará en tal sentido al juez de lo mercantil que conozca de las acciones fundadas en aquella misma conducta ya enjuiciada, como consecuencia de la eficacia de cosa juzgada en sentido positivo.¹⁷

Esa falta de vinculación propia de la resolución de la autoridad nacional de competencia, puede constituir un desincentivo para el uso de las *follow-on actions*, ante el riesgo de que puedan darse resoluciones contradictorias sobre un mismo asunto por parte de la CNC y de los tribunales civiles, de forma que al potencial demandante le resulte más ventajoso acudir directamente a la jurisdicción civil que esperar al pronunciamiento previo de la CNC, no vinculante y que puede quedar sometido a un relativamente largo proceso de recursos en vía contencioso-administrativa.

Otra posible razón añadida del número relativamente escaso, hasta hace pocos años, de demandas de indemnización de daños en Europa, en general, y en España, en particular, es la existencia todavía de pocas resoluciones de las autoridades de competencia en las que se declare la existencia de un cártel cuyos efectos en el mercado se hayan considerado significativos, y la mayor parte de ellas, recaídas recientemente.¹⁸ El desarrollo y éxito de los programas de clemencia puede ser un elemento que invierta esta tendencia.

Por otra parte, no hay que olvidar que en España no existe una cultura de reclamación de los daños ocasionados por violaciones de las normas de la competencia, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, paradigma de la aplica-

16. SANCHO GARGALLO, I. 2009. «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia», en *Indret*, 1/2009.

17. Díez-Picazo Giménez, I. 2008. «Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España», en *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, págs. 53-74 (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=344854>).

18. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. 2009. «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», en *InDret*, 3/2009.

ción privada.¹⁹ Tampoco existe un sistema de acciones de clase, en la modalidad de *opt-out*, equivalente al estadounidense que, pese a las críticas que ha recibido, facilita el ejercicio de las acciones de reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos concurrenciales, al atenuar muchos de los problemas de información, costes de persecución y obstáculos procesales que los particulares deben afrontar en este tipo de procesos.

3. La problemática particular y el protagonismo cuantitativo de los contratos de distribución de carburantes

Si las acciones independientes tienen un claro predominio estadístico, a su vez, dentro de las mismas, ya hemos anticipado que destacan abrumadoramente en la experiencia española los procedimientos judiciales relativos a contratos entre estaciones de servicio y operadores petrolíferos.

Efectivamente, la distribución de carburantes en España a través de estaciones de servicio ha venido generando un elevado nivel de litigiosidad entre los operadores petrolíferos y los distribuidores.²⁰ 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, al quedar el precio de los productos objeto de exclusiva de suministro al arbitrio de esta última. Asimismo es habitual solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

La mayoría de los contratos de distribución de carburantes se formalizaron en una fecha en la que era de aplicación el artículo 81 del TCE, así como el *Reglamento 1984/83, de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas* y, posteriormente, el *Reglamento 2790/99*, que sustituye al anterior.²¹

La relación contractual entre la estación de servicio y el operador petrolífero se instrumenta a través de contratos complejos, que la compañía petrolera califica y considera como de comisión mercantil (o, dado que se trata de una colaboración

19. LANDE, R.H. 2011. «Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de competencia», en *RCD*, n.º 9, págs. 15-32, insistiendo en la relevancia del efecto de disuasión de conductas contrarias a la competencia que en el sistema norteamericano despliega la aplicación privada.

20. Por esa misma razón las aportaciones doctrinales sobre la materia también son relativamente abundantes. Por todos, ver MARTÍNEZ ROSADO, J. 2009. «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la competencia: ¿Una problemática sin fin o el fin de una problemática?», en *RCD*, n.º 5, págs. 153-188.

21. Reglamento (CE) n.º 2790/1999 de la comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Asimismo, hay que mencionar la *Comunicación sobre Directrices relativas a las restricciones verticales de 13 de octubre de 2000*, así como las nuevas *Directrices relativas a restricciones verticales*, publicadas en el DOUE de 19 de mayo de 2010 (2010/C/130/01).

estable y duradera, de agencia) y que los titulares de estaciones de servicio reclaman que se reconozcan como contratos de distribución. Argumentan estos que el supuesto comisionista asume unos riesgos ajenos al contrato de agencia y, como consecuencia, que deberían poder fijar libremente el precio de reventa.

Esta problemática entre sujetos privados tiene evidente conexión con una cuestión de carácter general relativa al propio grado de competencia en el mercado de distribución de gasolina y gasóleo. Desde 1995, las sucesivas autoridades de la competencia española han tenido la oportunidad de resolver más de una veintena de expedientes que implicaban a operadores petrolíferos. Tanto en distintas resoluciones del TDC y de la CNC,²² como en monográficos informes sectoriales de esta autoridad y del regulador de los sistemas energéticos, se pone de manifiesto que el mercado de carburantes de automoción en España presenta unos precios y unos márgenes que se sitúan entre los más altos de la UE y por encima de economías de tamaño comparable, lo que resulta compatible con un menor nivel de competencia a lo largo de la cadena de comercialización.²³

De entre la tipología de posibles modalidades contractuales,²⁴ los contratos que mayor litigiosidad han generado son los llamados CODO (*Company Owned-Dealer Operated*), en los cuales el operador petrolífero conserva la propiedad (o la titularidad de un derecho real) del punto de venta, estando cedida la gestión a favor de un tercero en virtud de un contrato de arrendamiento de larga duración con exclusividad de suministro.

Los contratos son complejos en cuanto que, normalmente, con distintas combinaciones, incluyen: i) La prestación de suministro exclusivo de carburantes (incluyendo una cláusula de no competencia); ii) una relación de abanderamiento con la imagen de determinada compañía mayorista; iii) una relación de arrendamiento de industria, por la que el arrendatario se obliga a explotar una estación de servicio abanderada con la imagen de una compañía mayorista; iv) y se vinculan a un contrato previo por el que el propietario de los terrenos sobre los que se asienta la estación de servicio concede un derecho de superficie a la operadora petrolí-

22. Por todas, ver Resolución del TDC de 11 de julio de 2001 (Expediente 490/00, REPSOL) y Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 (Expediente 652/07 REPSOL/CEPSA/BP). En esta última se sanciona a las operadoras petrolíferas parte del expediente por haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y con el resto de estaciones de servicio.

23. Ver el Informe de la Comisión Nacional de Energía: *Informe en relación al mercado español de la distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de estaciones de servicio, de 10 de octubre de 2012*. Así como dos Informes de la CNC, también de 2012: *Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España* e *Informe de seguimiento del mercado de distribución de carburantes de automoción en España*.

24. Para consultar las posibles tipologías de contratos en función del régimen de propiedad de la estación de servicio y del tipo de relación comercial entre el proveedor y la estación de servicio, puede consultarse la comunicación publicada de conformidad con el apartado 4 del artículo 27 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, relativa al asunto COMP/38348 Repsol CPP SA, donde la Comisión diferencia hasta ocho modalidades.

fera durante un periodo de tiempo prolongado (desde 15 a 40 años) para que esta construya la estación y la explote, ya sea directamente, ya a través de otra persona.

Los aspectos más controvertidos en esa relación contractual son, fundamentalmente, los siguientes: a) se discute la naturaleza misma de los contratos, b) las cláusulas de fijación del precio de venta al público por el operador petrolífero,²⁵ c) la exclusiva de suministro y d) la duración máxima del contrato.

- a) Respecto de la *naturaleza de esos contratos*, se cuestiona si la estación de servicio tiene la condición de agente o comisionista del principal o si se trata de un distribuidor independiente (revendedor). A esta distinción básica se une la establecida por la Comisión Europea, atendiendo a la realidad económica del contrato, entre *agente genuino* y *no genuino*. En los supuestos calificados como de agencia no genuina, se considera que el titular de la estación de servicio es un operador económico independiente, existen dos partes autónomas (y no una única unidad económica, como sucede con la agencia) y, por tanto, son aplicables tanto el artículo 81 del TCE (actual artículo 101 del TFUE), así como los límites que el Derecho de la competencia establece para los acuerdos verticales.²⁶

Conforme a la *Comunicación sobre Directrices relativas a las restricciones verticales de 13 de octubre de 2000* (párrafo 13), lo que determina si se está ante un acuerdo de agencia genuino o no genuino, esto es, si resulta aplicable o no el artículo 81 del TCE, es «el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal». La cuestión del riesgo ha de evaluarse caso por caso y corresponde al juez nacional determinarlo a la vista de las circunstancias fácticas del asunto principal. No obstante, la Comisión formula determinadas orientaciones sobre los criterios a considerar (párrafo 16).²⁷

- b) En lo que se refiere a la *fijación del precio de venta al público* por el operador petrolífero, esta solo puede realizarse por el comitente o principal cuando la relación entre el proveedor y la estación de servicio se articula a través de un contrato de agencia o comisión. El distribuidor exclusivo (revendedor), por el contrario, obtiene su beneficio por la diferencia entre el precio pagado al operador petrolífero y el que cobra por la reventa a sus clientes, que establece libremente. La prohibición de fijación de precio de venta al público en

25. Este aspecto está claramente vinculado al de la propia naturaleza del contrato de que se trate (agencia, distribución o agencia no genuina). Ver DE FÉLIX PARRONDO, E. 2009. «Problemática de la fijación de precios en los contratos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio», en *RCD*, n.º 4, págs. 197-209.

26. Sobre la evolución producida en la inicial exclusión de la relaciones de agencia del ámbito de la prohibición de pactos restrictivos de la competencia, ver LORENTE HURTADO, F. «Restricciones verticales en la distribución de combustibles petrolíferos. La cuestión de la agencia», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 14-2006, págs. 29-44.

27. En igual sentido, ver los párrafos 13-17 de las *Directrices relativas a las restricciones verticales*, DOUE de 19 de mayo de 2010.

el contrato de agencia no genuino, al que se aplica la normativa de competencia, es absoluta, y se concreta en la prohibición de fijar un precio de venta como tal o un precio mínimo.²⁸ Cabe, por tanto, recomendar un precio o fijar un precio máximo.²⁹ No obstante, respecto de este último aspecto el TJCE señala que procede comprobar si la fijación del precio de venta máximo no es, en realidad, un precio de venta fijo o mínimo, teniendo en cuenta el conjunto de las obligaciones contractuales, así como el comportamiento de las partes.³⁰

- c) En estos contratos se prevé que el distribuidor queda obligado a abastecerse de los carburantes vendidos por una determinada compañía petrolífera. La *exclusiva de suministro* de carburante queda englobada en la definición de cláusula de no competencia del artículo 1 del Reglamento 2790/1999 y, al contrario de lo que sucede respecto de las cláusulas de fijación del precio de reventa, aquí no es relevante el que los contratos sean calificados como de agencia genuina o no genuina. El Reglamento establece un regla general permisiva de este tipo de cláusulas (se considera que contribuyen a que se puedan recuperar las inversiones que para el operador petrolífero representa la construcción y mantenimiento de las estaciones de servicio), con un límite en cuanto a su duración.
- d) El último aspecto polémico se refiere precisamente a la *duración máxima del contrato*. El artículo 5.a) del Reglamento 2790/1999 declara exentas de la prohibición del artículo 81.1 del TCE a las cláusulas de exclusiva de suministro de carburante de duración igual o inferior a cinco años. El Reglamento anterior preveía una duración sustancialmente superior (10 años) de tales cláusulas de exclusiva (art. 12.1.c) Reglamento 1984/1983).

Existe no obstante una excepción al límite de cinco años, previsto para los casos en los que el local y/o los terrenos desde los que se venden los carburantes por la estación de servicio sean propiedad de la petrolera o bien estén arrendados por esta a terceros no vinculados con la estación de servicio, en cuyo caso la exclusiva se extiende a todo el periodo durante el cual se explote efectivamente la estación de servicio (art. 5.a) Reglamento 2790/1999).

28. Sobre la polémica existente sobre los efectos sobre la competencia de la fijación vertical de precios de reventa, trascendiendo el ámbito de la distribución de carburantes, puede consultarse, HERRERO SUÁREZ, C. «Imposiciones a los distribuidores: determinación del precio de venta al público», en *Distribución comercial y derecho de la competencia*, Viera González y Echevarría Sáenz (dirs.), 2011, págs. 363-377.

29. Art. 4 Reglamento 2790/1999, conforme al cual la exención prevista en el art. 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que tengan por objeto: «la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando estos no equivalgan a un precio fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.»

30. «Es preciso comprobar en particular si tal precio de venta al público no se fija, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, tales como la fijación del margen del titular de la estación de servicio, amenazas, intimidaciones, advertencias, sanciones o incentivos» (Sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2008).

La litigiosidad en materia de contratos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio es muy significativa, y el número de sentencias emitidas por las distintas instancias judiciales sobre esta cuestión, muy elevado.³¹ La abundancia de sentencias en la materia dificulta realizar un análisis exhaustivo, pero a la vez permite detectar claras líneas de coincidencia en las cuestiones más problemáticas que plantean estos contratos.

En lo relativo a la definición de la *naturaleza de los contratos* de distribución de carburante, la mayoría de decisiones judiciales consideran que, si bien se está ante un contrato de agencia o comisión y no de reventa, se trata de un contrato de *agencia no genuino*, y por tanto le es de aplicación el artículo 81.1 del TCE. Se señala que la aplicabilidad de las normas de competencia en este contexto no depende de la calificación del contrato conforme a Derecho interno, sino del criterio de la asunción del riesgo, esto es, que la estación de servicio asuma, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales relativos a la venta de los productos a terceros.

En cuanto a las *cláusulas de fijación del precio de venta al público* por el operador petrolífero, se considera lícita la fijación del PVP por la operadora petrolífera si se respeta la libertad de la estación de servicio para, mediante reducciones de su comisión, poder modular el precio al cliente final. Numerosas sentencias vienen afirmando que corresponde a la estación de servicio la carga de la prueba de demostrar que el proveedor, mediante mecanismos directos o indirectos, hace totalmente inviable, mediante obstáculos absolutamente insalvables, la realización del descuento con cargo a la comisión.³² Algunos autores han cifrado precisamente en este punto relativo a la apreciación o no de fijación indirecta de precios la principal discrepancia entre las resoluciones de la autoridad nacional de la competencia y la jurisprudencia en la materia.³³

Tanto las Audiencias Provinciales como el Tribunal Supremo, al tratarse de una cuestión de prueba que se ha de dirimir en primera instancia, no entran a revisar el juicio realizado en primera instancia, salvo que no se haya producido, por diferencias en la calificación del contrato.³⁴

Son frecuentes las afirmaciones relativas a que no se trata de que el operador petrolífero haya fijado directa o indirectamente el precio de venta, sino de que lo

31. A título orientativo, a lo largo de 2011 la CNC ha tenido conocimiento de 11 sentencias y 12 autos de admisión a trámite sobre esta materia. Tres de las sentencias son de Juzgados de lo Mercantil, tres de Audiencias Provinciales y el resto (otras 5) del Tribunal Supremo. Los autos de admisión a trámite son todos de distintos Juzgados de lo Mercantil.

32. Ver, por todas, sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de 26 de diciembre de 2011, con cita de STS de 15 de enero de 2010.

33. DIEZ ESTELLA, F. 2009. «A vueltas con la fijación de precios en la distribución de carburantes (Comentario al auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 3 de septiembre de 2009, Asunto C-506/07)», *Diario La Ley*, n.º 7306, con una visión muy crítica de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 (Expediente 652/08), que llega a considerar que extiende el tipo e esta infracción.

34. A título de ejemplo, ver SAP de Madrid (sección 28.º) de 30 de septiembre de 2011.

que sucede es que la estación de servicio pretende mantener unos márgenes de beneficio garantizados, al no querer reducir su margen bruto por venta.³⁵ No obstante, algún autor también ha apuntado que en sede judicial es posible que la prueba de la no fijación de precios por parte de los proveedores de carburantes esté resultando insuficiente.³⁶

Respecto a las solicitudes de las estaciones de servicio para que se declare la nulidad del contrato en cuestión por su *excesiva duración* (muy frecuentemente, 25 años), entienden la mayoría de las sentencias que, cuando fueron suscritos, los acuerdos se ajustaba a lo previsto en el Reglamento 1984/83, pudiendo extenderse su duración por haber proporcionado el operador petrolífero a la estación de servicio ventajas económicas o financieras relevantes (art. 12.2). Respecto de no adaptación posterior de los contratos controvertidos al régimen derivado del Reglamento 2790/1999 —que redujo tanto la duración máxima de las cláusulas de exclusiva (5 años) como el régimen excepcional (art. 5.a)—, las distintas instancias judiciales recuerdan que la aplicación del nuevo Reglamento 2790/1999 no significa que, retroactivamente, se produzca la nulidad total del contrato, sino que, al no haber sido adaptado por las partes, la consecuencia es la nulidad solo de la cláusula que determina la duración de la exclusiva, que ha de sustituirse por la previsión de extinción al término del plazo máximo previsto en tal Reglamento, esto es, a los cinco años de su entrada en vigor (principio *favor negotii*).³⁷

Un elemento presente en numerosas sentencias de las diversas instancias tiene que ver con la formulación de una consideración final relativa a la existencia de un posible abuso de derecho o actuación contra actos propios del titular de la estación de servicio que parece contrario a «los más elementales principios de la contratación» que durante un dilatado periodo de tiempo la parte actora titular de la estación de servicio haya estado beneficiándose del abanderamiento por una compañía de relevancia en su sector, para decidir unilateralmente considerar nula la relación jurídica litigiosa precisamente en cierta fecha, esto es, varios años después de la entrada en vigor del Reglamento 2790/1999, tras haberse desarrollado pacíficamente esa relación durante toda la vigencia del reglamento de 1983. Se menciona también que la estación de servicio parece tener «la pretensión de quedarse con una gasolinera ajena, sin contraprestación alguna y con base, a lo sumo, en una invalidez sobrevenida sin culpa de la operadora petrolífera».³⁸

35. Puede verse la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 bis de Madrid, de 25 de noviembre de 2011.

36. MARTÍNEZ ROSADO, J. «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la competencia: ¿Una problemática sin fin o el fin de una problemática?», en *RCD*, n.º 5, 2009, pág. 182: «Dada la insistencia de los titulares de los derechos de explotación sobre las estaciones de servicio en acudir a la vía judicial, cabe también pensar si —llegados a esta— la prueba de la no fijación de precios por parte de los proveedores de carburantes resulta insuficiente, en el sentido de que no llega al fondo del asunto [...]»

37. Ver, por todas, SAP de Madrid (sección 28) de 13 de febrero de 2012.

38. Ver, entre otras, STS de 3 abril 2012.

No son inhabituales, tampoco, las referencias de las distintas instancias judiciales a la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, a menudo por ser traída a colación por la parte demandante. En esas referencias, el órgano judicial señala «no compartir la muy respetable interpretación que efectúa la CNC»³⁹ y que no cabe extrapolar directamente la Resolución de la CNC citada al caso enjuiciado, porque en la 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, de forma suficiente y en el caso específico, de que median clausulados o prácticas perfectamente identificados que resulten inadmisibles y que, por lo tanto, justifiquen la drástica decisión de declarar la nulidad de un contrato por la pretendida infracción del artículo 81 del Tratado CE.

También es frecuente que las sentencias sobre esta cuestión señalen que «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».⁴⁰

Respecto de esa consideración relativa a la diferencia de objeto entre las resoluciones de la autoridad administrativa de la competencia en esta materia y las resoluciones judiciales relativas a un concreto procedimiento entre una estación y un operador petrolífero, algunos autores han puesto de manifiesto como la solución que hasta la fecha se viene dando a los numerosos litigios sobre la legalidad de los contratos verticales no ha tenido consecuencias positivas sobre los consumidores en términos de disminución de los precios minoristas.⁴¹

39. Ver, por todas, la SAP de Madrid (sección 28), de 4 de octubre de 2010, recogida posteriormente por otras.

40. Sentencia del Juzgado Mercantil n.º 3 de Madrid, de 16 de abril de 2012.

41. PERDIGUERO J. y BORRELL J.R. 2007. «La difícil conducción de la competencia por el sector de las gasolinas en España», en *Economía Industrial*, n.º 365, pág. 124: «El largo y complejo litigio sobre la legalidad de los contratos verticales puede estar llevando a un cambio en la distribución de rentas de la actividad entre el operador mayorista y el comercializador minorista, pero parece no haber mejorado de momento el bienestar de los consumidores a través de menores precios».

4. Las *follow-on actions*. La excepción de *passing on defense*

Frente a lo que sucede en materia de contratos vinculados a la distribución minorista de carburantes, los casos de *follow-on actions* han sido muy escasos.⁴² No obstante, el análisis somero de uno de los casos más recientes nos da la oportunidad de exponer algunos elementos problemáticos comunes a cualquier acción de estas características.

Efectivamente, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 2012, constituye un ejemplo poco frecuente de aplicación privada del Derecho de la competencia en la modalidad de demanda de indemnización de daños y perjuicios consecutiva a las sanciones impuestas por la autoridad de competencia y que supone, junto a las sentencias de instancia de las que trae causa, una suerte de prototipo a la hora de analizar las distintas cuestiones que se suscitan en este tipo de procedimientos.

El origen remoto de la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 2012 lo constituye una Resolución del TDC de abril de 1999 (Exp. 426/98, Azúcar), confirmada posteriormente en vía contencioso-administrativa, tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo.⁴³ El TDC apreció en ese expediente la existencia, por parte de las cuatro productoras de azúcar presentes en el mercado nacional,⁴⁴ de una conducta colusoria consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales, que se habría producido, con matices para cada una de las empresas sancionadas, desde febrero de 1995 a septiembre de 1996.

En la época en la que se desarrollan estos hechos estaba plenamente vigente el artículo 13.2 de la LDC de 1989, que establecía como requisito de procedibilidad en una demanda de este tipo la firmeza previa de la resolución administrativa declarativa del ilícito competencial del que la demanda de indemnización traía causa.

Tras la sentencia de 2005 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que confirma la Resolución del TDC, nueve sociedades dedicadas a la producción de dulces y galletas derivados del azúcar,⁴⁵ compradoras directas de azúcar a una de las fabricantes sancionadas por el TDC, ACOR, interponen demanda de reclamación de daños y perjuicios contra esta última.⁴⁶ Las demandantes alegan que, como compradoras directas de ACOR, fueron perjudicadas por los actos ilícitos en los que la azucarera incurrió, en tanto que tuvieron que abonar

42. Ver *supra*, nota 14.

43. SAN de 4 de julio de 2002 y STS de 23 de abril de 2005.

44. Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, Sociedad General Azucarera de España, Sociedad Cooperativa General Agropecuaria (ACOR), Azucareras Reunidas de Jaén.

45. Galletas Gullón, Mazapanes Donaire, Nestlé España, Zahor, Galletas Coral, Productos Alimenticios La Bella Easo, Lacasa, Chocolates del Norte, Bombonera Vallisoletana.

46. Mediante la vía de la acumulación subjetiva de acciones: acumulación de las acciones que un sujeto tenga contra varios o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir (art. 72 LEC).

sobrepuestos por encima de los competitivos, y aportan informe pericial al respecto. ACOR, por su parte, niega el daño sufrido por las demandantes y el nexo causal con su comportamiento colusorio. Defiende ACOR que el sobreprecio fue libremente convenido con las demandantes (y justificado por los costes de elaboración y comercialización del producto) y que los incrementos del precio, en su caso, fueron trasladados por los demandantes a sus clientes. Esta última es la conocida como *passing on defense*, esto es, el infractor invoca la repercusión de los costes excesivos como defensa, sosteniendo que el demandante no sufrió daños indemnizables porque repercutió el incremento de los precios a sus clientes.

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de Valladolid, que conoció en primera instancia la demanda, no apreció que existiera nexo causal entre las conductas de ACOR que merecieron sanción administrativa y los daños y perjuicios que las demandantes dicen haber padecido y desestimó la demanda (sentencia de 20 de febrero de 2009). Aunque no necesitaba pronunciarse sobre la posible repercusión del sobreprecio ilegal en los clientes sucesivos, dado que no consideró siquiera acreditado el nexo causal, el Juzgado de Primera Instancia realiza una consideración que merece la pena reseñar sobre a quien debe corresponder la carga de la prueba de la llamada *passing on defense*.⁴⁷

La Audiencia Provincial de Valladolid (sección tercera), en cambio, estimó el recurso de apelación interpuesto por las sociedades productoras de dulces y declaró probada la realidad del daño y su importe. El daño que la Audiencia considera probado consistió en la diferencia entre el precio del azúcar que las demandantes abonaron a ACOR y el que hubiera debido pagarse si ese importe se hubiera fijado en ausencia de la concertación de precios. Respecto de la cuantía del daño, la Audiencia se remite fundamentalmente a un dictamen pericial aportado por la parte actora y no formula, por tanto, un razonamiento propio sobre los criterios tenidos en cuenta en el cálculo de la indemnización.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 8 de junio 2012 viene a confirmar la apelación y declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por ACOR. La argumentación del Tribunal Supremo, pese a su carácter fuertemente procesal, suscita, no obstante, cuestiones relevantes desde la perspectiva del Derecho de la competencia y constituye, junto a la sentencia de 9 de octubre de 2009 de la Audiencia Provincial de Valladolid, un banco de pruebas respecto del asunto de fondo, que no es otro que la aplicación privada del Derecho de la competencia, en el caso de las demandas de responsabilidad por daños.

47. Señala el JPI que, si bien conforme a nuestro sistema procesal, la llamada defensa del *passing on* obligaría a ACOR a demostrar que esa repercusión efectivamente se produjo, ello resulta dudoso porque la regla de funcionamiento normal y elástico de un mercado es que un incremento en los costes de la materia prima supondrá un incremento en el precio final del producto, por lo que el JPI considera que debería trasladarse a las empresas productoras de dulces la carga de acreditar sus afirmaciones sobre que la rigidez de sus relaciones con las grandes superficies les impedía de hecho aumentar los precios.

La sentencia de casación, en consonancia con los motivos de los recursos, descansa fundamentalmente en consideraciones de tipo procesal, relativas a la debida motivación de la sentencia y a la correcta valoración de la prueba.⁴⁸ Esencialmente la sentencia de junio de 2012 reitera que el recurso de casación no puede ser utilizado para abrir una tercera instancia a fin de revisar la valoración de prueba realizada por, en este caso, la Audiencia Provincial de Valladolid. Corresponde al Tribunal de instancia valorar la prueba conforme a lo practicados. Y esa valoración del Tribunal de instancia se convierte luego en cuestión de hecho para el órgano de casación. Esa naturaleza meramente fáctica la tiene para el Tribunal Supremo la afirmación del daño resultante de la responsabilidad civil y el nexo causal entre el daño y el comportamiento ilícito, trasladándose así el protagonismo a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de octubre de 2009. El Alto Tribunal entiende que correspondía a la Audiencia hacer la valoración de la cuestión de hecho, en este caso, la afirmación del daño determinante de la responsabilidad y el nexo causal con el comportamiento ilícito. Considera que esa valoración la realizó el Tribunal de apelación al aceptar como correctas las conclusiones contenidas en el dictamen pericial aportado por las demandantes. La restricción de la autonomía de la voluntad de las fabricantes de dulces la aprecia la Audiencia, correctamente según el criterio del Tribunal Supremo, como consecuencia implícita del carácter colusorio de la conducta de ACOR. Asimismo, señala el Tribunal Supremo que la repercusión del sobreprecio es una mera afirmación de ACOR que no justifica y que las demandantes niegan, alegando la imposibilidad de tal repercusión por distintas razones, motivo por lo cual la Audiencia no declaró probada tal repercusión.

No puede dejar de mencionarse el hecho de que, de forma casi paralela al procedimiento resuelto por la sentencia que acaba de reseñarse, se suscitó un procedimiento análogo o gemelo, originado por una demanda de responsabilidad patrimonial por daños interpuesta por una serie de productores, también de dulces derivados del azúcar (solo algunos coincidentes con los demandantes del otro procedimiento),⁴⁹ contra otra de las azucareras sancionadas por el TDC en su resolución de 1999: Ebro Puleva (ahora Ebro Foods).

El caso está actualmente pendiente de sentencia de casación y resulta destacable que, partiendo en principio de un supuesto de hecho casi idéntico, haya tenido un desarrollo opuesto al del procedimiento que hemos comentado hasta ahora. Así, en primera instancia, el Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid, por sentencia de 1 de marzo de 2010, estimó parcialmente la demanda y condenó a Ebro Puleva a indemnizar a los demandantes por un importe reducido a la mitad res-

48. El Alto Tribunal resuelve nueve motivos de recurso extraordinario por infracción procesal y seis motivos de casación, inadmitiendo todos.

49. Nestlé España, Productos del Café, Helados y Postres, Chocolates Hosta Dulcinea, Zahor, Mazapanes Donaire, Lu Biscuit, Chocolates Torras, Arluy, Chocovic, Lacasa, Productos Mauri, DelaViuda Alimentación y Wrigley Co.

pecto de la pretensión originaria de las partes, reducción esta justificada por el Juzgado de Primera Instancia en la ausencia de la práctica de prueba pericial imparcial.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8), de 3 octubre de 2011, estima el recurso de apelación formulado por Ebro y anula la sentencia de primera instancia, fundamentalmente al admitir como defensa de la fabricante de azúcar la llamada *passing on defense*; a tal efecto, la Audiencia Provincial de Madrid se apoya en un reconocimiento más o menos implícito de los compradores directos relativo al traslado del incremento del coste del azúcar hacia los consumidores finales. A su vez, no se reconoce suficiente valor probatorio al informe pericial aportado por los fabricantes de dulces en sentido contrario.

La primera cuestión polémica derivada de estas recientes sentencias en materia de indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito competencial resulta obvia, y es el riesgo cierto de que se produzcan sentencias divergentes, ya no entre distintas instancias, sino al más alto nivel. Así, la Audiencia Provincial de Valladolid y luego el Tribunal Supremo consideran no acreditada la *passing-on defense* mientras que la Audiencia Provincial de Madrid en el caso Nestlé y otros vs Ebro Puleva sí admite la excepción de repercusión del sobrecoste en los clientes sucesivos. Si pensamos en el posible resultado del recurso de casación ahora pendiente, parecería que solo si el TS aprecia infracción de las reglas de la carga de la prueba o error en la valoración de la prueba por parte de la Audiencia Provincial de Madrid podría llegarse a reconocer la indemnización de daños y perjuicios a las fabricantes de dulces.

Esa posibilidad de sentencias divergentes se agrava tal vez por el hecho de que en primera instancia estos asuntos los conocen no los juzgados de lo mercantil, relativamente versados en asuntos de Derecho antitrust, y más escasos en número, sino los juzgados de primera instancia, a los que corresponde conocer de demandas de reclamación de daños y perjuicios.

Otra cuestión que ambos procedimientos ponen muy claramente de manifiesto es el papel clave de los informes periciales para determinar la realidad y la extensión del daño sufrido por los demandantes⁵⁰ y hasta que estén efectivamente disponibles unas directrices a nivel europeo sobre la materia.⁵¹

50. Algunas voces han señalado, incluso, la conveniencia de que la resolución de la autoridad de competencia contuviese ya un cálculo de los daños causados por el cártel. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», en *InDret*, 3/2009. Como es sabido, entre las competencias de la CNC está la de dictaminar a solicitud del órgano judicial competente, sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquellas —art. 25 c), LDC. No obstante, tal competencia tiene que ser interpretada de una forma proporcionada, para evitar que la autoridad de competencia se convierta en una especie de perito experto en estas materias, lo que no se corresponde necesariamente con el interés público que le corresponde tutelar.

51. Ver, *infra*, epígrafe 6.1.

Asimismo, las sentencias vinculadas al cártel del azúcar suscitan la cuestión relativa a los elementos que permitan apreciar la concurrencia de la *passing-on defense*, o excepción de repercusión del sobreprecio en los compradores consecutivos y cómo debe jugar en este campo la carga de la prueba. Como es sabido, el *Libro Blanco* de la Comisión europea sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia señala que la reparación debe ser *completa*, y entre los elementos del daño incluye, por ejemplo, el lucro cesante por una reducción de las ventas. Asimismo, deberían computarse los efectos patrimoniales que derivan de la afectación de la reputación o buen nombre de la empresa: reducción de clientela, de ventas o pérdida de cuota de mercado.

Distintos autores han puesto de manifiesto la imposibilidad de que se traslade *todo* el incremento del coste a los consumidores finales,⁵² de forma que no podría tratarse de una defensa completa a la reclamación de indemnización, sino a lo sumo parcial, hasta el importe demostrado de repercusión del sobrecoste en los compradores sucesivos.

Si bien la carestía de casos de *follow-on actions* impide extraer consideraciones conclusivas sobre si su desarrollo se ajusta o no a las expectativas generadas por este tipo de acciones, la limitada experiencia española permite constatar el mismo tipo de cuestiones problemáticas que las instituciones comunitarias y los estudiosos de la materia vienen apuntando desde la aprobación del Reglamento 1/2003.

5. El papel de la CNC como *amicus curiae*

Para garantizar la adecuada coherencia entre los procedimientos civiles y administrativos la normativa ha previsto una serie de medidas de coordinación entre ambas instancias.⁵³ Como es sabido, el artículo 15.3 del Reglamento (CE) 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, permite a la CNC intervenir ante los órganos jurisdiccionales, sin tener la condición de parte, en los procedimientos en los que resulten de aplicación los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Euro-

52. TUDOR, C. 2012. «La admisión de la defensa *passing-on* en el cártel del azúcar: ensayo crítico sobre la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección n.º 8, asunto 737/07», en *RCD*, n.º 11, págs. 277-291. La autora realiza un análisis crítico sobre la SAP de Madrid de 3 de octubre de 2011: señala que la clave en esta materia radica en el grado de exigencia de la acreditación del daño «() cómo se puede facilitar el acceso a la justicia de las víctimas garantizando [] que cada una de ellas recibirá en concepto de daños y perjuicios solamente aquella cuantía que efectivamente cubra el daño sufrido, a sabiendas de que exigir a las víctimas acreditar el daño con el mismo grado de certeza que en cualquier otra acción indemnizatoria supondría obstaculizar la aplicación privada del Derecho de la competencia en la medida en la que nunca puede acreditarse con precisión el daño realmente causado por un cártel».

53. Sobre la génesis de tales medidas, ver GONZÁLEZ LÓPEZ, M^a J. «La aplicación privada de las normas de la competencia en España y su regulación en la Ley 15/2007», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 28, 2007-2008, págs. 257-276, especialmente.

pea (TFUE). Asimismo, el artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) prevé esta misma intervención como *amicus curiae* ante los órganos judiciales —ya sea mediante la aportación de información o la remisión de observaciones escritas o presentación de observaciones orales, con la venia del tribunal— en cuestiones relativas a la aplicación de los citados artículos 101 y 102 del TFUE y también de sus equivalentes nacionales, los artículos 1 y 2 de la LDC.⁵⁴

Es preciso diferenciar entre informes *amicus curiae* en sentido estricto y otras formas de colaboración de la CNC con los órganos judiciales que son de naturaleza próxima pero diversa. Nos referimos a la competencia consultiva prevista en el artículo 25 c) de la LDC respecto de los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los responsables de un ilícito competencial deban satisfacer a los perjudicados (valoración de indemnización de daños y perjuicios) y a las solicitudes de información por parte de juzgados y tribunales en el marco del deber general de colaboración que establece la LOPJ (artículo 17).

Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007, la CNC ha recibido un número de solicitudes de información superior al de solicitudes de observaciones *amicus curiae*. Las peticiones de dictamen sobre criterios de indemnización son las menos numerosas, lo cual es consistente con el muy inferior número de demandas de indemnización de daños en la modalidad *follow-on*, donde este tipo de dictámenes podría tener un papel más estratégico, como elemento de contraste a valorar por el órgano judicial competente junto a los informes periciales de parte.

La lejanía de la hasta ahora foránea figura del *amicus curiae* respecto del ordenamiento procesal español puede ser una causa del relativamente escaso recurso a la misma que se produce por parte de los órganos judiciales. No obstante, se observa un incremento paulatino en cada ejercicio del número de solicitudes de intervención, mediante la formulación de observaciones *amicus curiae*, que recibe la CNC.⁵⁵ Las solicitudes de jueces y tribunales se refieren a distintas materias y sectores, entre ellas —y junto a los habituales conflictos contractuales entre esta-

54. A estos efectos, los artículos 404 y 461 de la LEC prevén que, en los procesos en que sean de aplicación los artículos mencionados, el secretario judicial dará traslado a la CNC del auto admitiendo la demanda, o del escrito interponiendo el recurso de apelación, mientras que el artículo 212.3 de la LEC establece que las sentencias se comunicarán por el secretario judicial a la CNC.

55. Cabe destacar la intervención de la CNC, en abril de 2011, en el procedimiento suscitado ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Alicante, en el asunto Ryanair Ltd. *versus* Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA). En este procedimiento, y en el marco de la vista oral para el examen de las medidas cautelares, la CNC formuló observaciones orales, lo que supone una novedad, pues hasta la fecha las observaciones de la CNC vienen siendo manifestadas por escrito. Las observaciones de la CNC se refirieron a tres aspectos: la aplicabilidad del derecho de la competencia a la actividad de AENA, los principios de análisis y precedentes significativos respecto a las prácticas de abuso denunciadas y la aplicación de medidas cautelares en expedientes administrativos de competencia. El procedimiento se resolvió por sentencia de 23/06/2012, en la que el Juzgado de lo Mercantil desestima la demanda formulada por Ryanair contra AENA, al considerar que Ryanair no demuestra la concurrencia de ninguna de las conductas que se imputaban a AENA en el contexto de la imposición a Ryanair del uso de pasarelas (*fingers*) en la nueva terminal del aeropuerto de Alicante: a) imposición ilícita de prestaciones no solicitadas ni vinculadas con la prestación solicitada, b) negativa ilícita de realizar la prestación solicitada, c) imposición de precios abusivos y d) práctica discriminatoria respecto de la actora.

ciones de servicio y proveedores de carburantes— pueden destacarse litigios en el ámbito de los derechos de la propiedad intelectual, en relaciones contractuales entre franquiciador y franquiciado, posibles prácticas de abuso de posición de dominio denunciadas por revendedores de servicios de comunicaciones electrónicas y conflictos entre compañías de transporte y agencias de viaje.

Conseguir el asentamiento práctico definitivo de la obligación de dar traslado a la CNC de los autos de admisión a trámite de demandas, recursos⁵⁶ y sentencias en materia de defensa de la competencia es un elemento clave para potenciar la utilidad de la figura.

6. Perspectivas de evolución en materia de aplicación privada y cuestiones abiertas

Como hemos visto en los epígrafes precedentes, existe un notable déficit en términos cuantitativos en el ejercicio de acciones de daños basadas en infracciones de las normas de competencia, y la casuística judicial existente en la materia se enmarca en el ejercicio de acciones por parte de aquellas estaciones de servicio que invocan el Derecho de la competencia para cuestionar los vínculos que les unen a las operadoras petrolíferas proveedoras.

A continuación, se exponen algunas de las dificultades más notables con las que puede estar tropezando la aplicación privada de las normas de competencia en España, y que todavía no han sido resueltas. En particular, nos referiremos a tres cuestiones cuya resolución está igualmente pendiente en el ámbito comunitario: la determinación de un modelo de referencia en cuanto a la cuantificación de los daños generados por un ilícito competencial; las regulaciones de las acciones colectivas, y el acceso a las pruebas de tales daños, en particular, en lo relativo al acceso al expediente en el contexto de programas de clemencia.

6.1. La compleja cuantificación del daño causado

En el marco de las acciones dirigidas al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por infracciones antitrust, una de las cuestiones más complejas es la de la cuantificación del daño causado. Los demandantes de indemnización de daños y perjuicios deben probar, y el juez deberá considerar acreditado, que el daño causado por la conducta anticoncurrencial se concreta en determinado importe. Esta tarea es extremadamente compleja, y tal complejidad tiene refle-

56. En ese contexto cabe señalar la conveniencia de introducir una previsión similar a la de los actuales artículos 404 y 461 de la LEC para establecer expresamente que se dará traslado a la CNC del escrito de interposición del recurso de casación, en los casos de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE y los artículos 1 y 2 de la LDC.

jo en la multitud de métodos de cuantificación, cada uno basado parcialmente en distintos planteamientos y técnicas destinados a establecer un escenario de referencia adecuado.⁵⁷ La cuantificación del daño vinculado a un ilícito competencial está, por la propia naturaleza compleja de los efectos de la conducta sancionada, sujeta a importantes limitaciones en cuanto a su grado de precisión y certeza. En este tipo de supuestos no suele existir información completa sobre qué habría sucedido en el caso de no haberse producido la conducta ilícita, por lo que una cuantificación exacta de los daños causados por la misma se antoja cuanto menos imposible.⁵⁸

Consciente de tales dificultades, en el *Libro Blanco* la Comisión ya anunció su intención de elaborar un marco referencial, de orientación pragmática y no vinculante, para la cuantificación de los daños y perjuicios derivados de conductas contrarias a las normas de la competencia. En enero de 2010, la Comisión hizo público un informe sobre cuantificación de daños encargado a tal efecto, conocido como Informe Oxera,⁵⁹ cuyo objetivo era servir de apoyo a la Comisión en la elaboración de tales Directrices. El Informe Oxera distingue dos fases para la cuantificación de los daños: una primera, en la que se valora la hipotética situación en la que se encontrarían las partes de no haberse producido la infracción (el llamado escenario *counterfactual*), y otra en la que se determina la diferencia entre el escenario real y el escenario *counterfactual* y se formula una valoración final de los daños. El valor de dicho Informe es, naturalmente, orientativo, y su utilidad práctica para los juzgados y tribunales, relativa, por lo que habrá que esperar a que la Comisión Europea efectivamente publique unas directrices sobre la materia antes de poder concluir que los órganos judiciales tienen efectivamente a su disposición criterios verdaderamente útiles para contrastar los informes periciales de valoración del daño causado que les aporten las partes del procedimiento de reclamación de daños y perjuicios.⁶⁰

57. RETORTILLO ATIENZA, O. 2011. «Primeros pasos de los tribunales españoles en la aplicación privada del Derecho de la competencia. Especial referencia a la reclamación de daños en los casos de cárteles», en *RCD*, n.º 8, págs. 221 y ss.

58. DELGADO, J. y PÉREZ ASEÑO, E. 2011. «Economic Evidence and the quantification of damages in competition cases in Spain», en *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, págs. 205-213.

59. *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for Courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers led by Dr Assimakis Komninos*. Ver, para un estudio en español del Informe, GONZÁLEZ GARCÍA, S. 2010 «Sobre la cuantificación de los daños en el contexto de la aplicación privada del derecho europeo de la competencia: el Informe Oxera», en *RCD*, n.º 7, págs. 427-442.

60. Algunos autores han destacado la necesidad de que la Comisión Europea efectivamente publique unas Directrices para los órganos judiciales nacionales sobre cómo cuantificar los daños. Ver ALFARO, J. y REHER, T. «The European Commission's Journey to a Directive on Damages Actions: One Step Forward— Two Steps Back!», en *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2011, EU Private Antitrust Litigation*, pág. 56: «Such guidance should include the acknowledgement of profit-based approaches and should encourage national courts to estimate damages on a reasonable factual basis rather than trying to pin-point the actual losses of the claimant by means of extensive economic analysis».

A día de hoy, el debate sigue abierto: en junio de 2011 la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea lanzó una consulta pública sobre el borrador.⁶¹ El objetivo declarado de dicho documento es ofrecer asistencia a los órganos jurisdiccionales y a las partes implicadas en acciones de daños, dando mayor difusión a la información relevante para la cuantificación del daño causado por las infracciones de la normativa de defensa de la competencia comunitaria.

Como es sabido, a nivel interno no existen normas específicas para el cálculo de las indemnizaciones de daños y perjuicios generados por ilícitos competenciales.⁶² La LDC prevé la competencia de la CNC para dictaminar sobre los criterios de cuantificación de las indemnizaciones por infracciones de los artículos 1 a 3 de la LDC, cuando sea requerida al efecto por el órgano judicial competente. Ya hemos visto *supra* que tales solicitudes de dictamen han sido muy escasas hasta la fecha, en coherencia con el pequeño número de *follow-on actions* planteadas.

6.2. La regulación de las acciones colectivas

Una segunda cuestión abierta en materia de aplicación privada se refiere al papel que deban jugar las acciones colectivas, y al debate existente sobre cual deba ser la regulación procesal más apropiada de las mismas. Se trata de un asunto de plena actualidad en la agenda europea, trascendiendo incluso el ámbito de la política de competencia, puesto que se plantea desde una perspectiva más amplia, como medio para mejorar la protección de los intereses y derechos de los consumidores.⁶³

En febrero de 2011, la Comisión Europea lanzó una consulta pública sobre la materia, con la finalidad de definir los principios jurídicos comunes sobre el recurso colectivo y contribuir a determinar la manera en que tales principios comunes podrían insertarse en el sistema jurídico de la Unión Europea y en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.⁶⁴

A juicio de la Comisión, un marco europeo coherente basado en las diferentes tradiciones nacionales sobre la materia contribuiría a reforzar el recurso colectivo (tanto acciones de cesación como de indemnización) en sectores específicos, uno de los cuales, naturalmente, es de la disciplina concurrencial del mercado. La cons-

61. Proyecto de documento orientativo: cuantificación del daño en las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE.

62. ORTIZ BAQUERO, I. 2011. *La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de la libre competencia*, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, págs. 261 y ss.

63. LESKINEN, C. 2011. «Antitrust damages actions: the case for opt-out collective actions in cases involving numerous individual claims of low value». *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, págs. 287-301.

64. Ver el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 4 de febrero de 2011: «Consulta Pública *Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo*». La posición del Parlamento Europeo sobre tal iniciativa se recoge en el llamado Informe Lehne, de 12 de enero de 2012.

ratación del escaso uso del instituto de la aplicación privada por particulares y empresas, en su modalidad de reclamación de daños y perjuicios, se vincula a la existencia de una serie de obstáculos, algunos de los cuales, en la interpretación del ejecutivo comunitario, podrían ser resueltos, o al menos atenuados, a través del mecanismo de las acciones colectivas.

No obstante, la complejidad de la cuestión ha hecho que todavía no exista suficiente consenso sobre el modelo a adoptar y, en particular, las reticencias más abiertas se refieren a la inclusión de un sistema de acciones de clase en su modalidad *opt-out*, en nombre de personas sin identificar, de forma que la sentencia desplegaría efectos sobre todos los miembros del grupo, exceptuando a aquellos que se hubieran excluido expresamente de la demanda. La mayoría de los Estados miembros, tal y como quedó de manifiesto en la consulta pública llevada a cabo por la Comisión Europea, son reacios a introducir un modelo *opt-out*. Además de chocar con previsiones expresas de varias constituciones nacionales, se cuestiona la propia corrección de la figura a la luz del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.^{65 66}

Las dudas sobre las posibilidades de importación del modelo *opt-out* no olvidan, no obstante, que el modelo *opt-in*, en el que la acción colectiva solo puede ser interpuesta en nombre de los miembros identificados del grupo que hayan decidido expresamente unirse a la acción, presenta dificultades prácticas evidentes. Así, además del problema de identificación de todos los miembros potenciales del grupo, existe el riesgo de que, para los casos de demandas de escaso valor individualizado, el grupo definitivo sea muy pequeño, demasiado pequeño como para que compense el ejercicio de la acción.⁶⁷

En España, la regulación de las acciones colectivas, y en concreto de las acciones de clase, se residencia en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), la cual no instituye un proceso o procedimiento especial y específico para estos casos, sino que incorpora una serie de especialidades a lo largo de las distintas fases del procedimiento judicial, desde la admisión a trámite de la demanda hasta la ejecución de la sentencia.⁶⁸ Pese a la trascendencia de la materia, la regulación

65. Sobre tales reservas constitucionales, ver el Informe Lehne.

66. Ver ANDREANGELI, A. 2012. «Collective Redress in EU Competition Law: An Open Question with Many Possible Solutions», en *World Competition*, vol. 35, n.º 3, págs. 529-558, sobre el papel de la figura de las demandas colectivas (*collective redress*) como instrumento para potenciar el acceso a la justicia de aquellos afectados por daños generalizados, y donde cuestiona que el documento de consulta de la Comisión, de febrero de 2011, excluya expresamente las *opt-out class actions*, con el objetivo declarado de limitar el riesgo de reclamaciones abusivas.

67. Ver LESKINEN, C. 2011. «Antitrust damages actions: the case for opt-out collective actions in cases involving numerous individual claims of low value». *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, págs. 287-301. Asimismo, PERDIGUERO, J. y BORRELL, J.R. 2007. «La difícil conducción de la competencia por el sector de las gasolinas en España», en *Economía Industrial*, n.º 365, pág. 124, ponen como ejemplo de la dificultad de que los consumidores puedan resarcirse de los daños y perjuicios que los acuerdos restrictivos de la competencia les puedan haber ocasionado, precisamente el mercado de la gasolina español.

68. FERRERES COMELLA, A. «Las acciones de clase (*Class Actions*) en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Jurídica Uribe y Menéndez*, 11-2005, págs. 38-48.

procesal es escasa, contenida fundamentalmente en los artículos 7, 11, 15, 221 y 519 de la LEC.

Tal como regula el artículo 11 de la LEC, se reconoce legitimación a las asociaciones de consumidores para reclamar daños y perjuicios causados a consumidores y usuarios, con independencia de que estos sean o no miembros de la asociación, y de su carácter determinado o determinable o bien «indeterminado o de difícil determinación». Pese a tal reconocimiento, el problema que deriva de las previsiones de la LEC en la materia es que su aplicación se restringe a la protección de los intereses de consumidores y usuarios, sin abarcar a colectivos distintos como asociaciones de productores o distribuidores a los que, al menos en lo que respecta al ejercicio de acciones resarcitorias, no cabría aplicar tal previsión.⁶⁹

En el marco de esta regulación, las posibilidades de que se planteen acciones colectivas de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia son reducidas; el recurso habitual a este tipo de acciones muy probablemente pasa por una reforma de la normativa procesal en la que de forma nítida se regule el estatuto de las acciones de grupo. Pese a la indudable complejidad de esta reforma, no cabe duda de que los beneficios de la disponibilidad efectiva de este tipo de acciones son muchos, fundamentalmente en cuanto a la reducción de costes de litigación y facilitación de la carga probatoria de los reclamantes, dos incentivos esenciales a la hora de activar este tipo de demandas.

6.3. Obtención de pruebas: el caso singular del acceso al expediente en supuestos de clemencia

Otro de los grandes problemas que presenta el ejercicio de las acciones de indemnizaciones de daños por infracciones de la competencia es la obtención de pruebas para acreditar la pretensión de los demandantes, tanto la infracción, especialmente cuando se trate de acciones *stand-alone*, como el daño causado, su nexo causal con el ilícito competencial y su cuantificación. Tales pruebas estarán normalmente en la esfera de control del infractor, lo que debilita especialmente la posición procesal de los reclamantes de indemnización.

Si bien la LDC prevé distintos mecanismos de cooperación entre la CNC y los órganos jurisdiccionales, como son las solicitudes de información, la presentación de observaciones y la emisión de dictámenes sobre la cuantificación de los daños — mecanismos que es posible activar tanto en acciones independientes como en acciones *follow-on*—, no cabe duda de que para los particulares dañados será más sencillo esperar el pronunciamiento del órgano administrativo especializado, con importan-

69. HERRERO SUÁREZ, C. 2008. «La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. El *Libro Blanco* en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», en *RCD*, n.º 3, págs. 103 y ss.

res potestades de investigación, que acudir directamente al órgano judicial, puesto que las posibilidades que brinda la LEC en materia de prueba son limitadas.

A su vez, un aspecto particular en materia de acceso a las pruebas, que resulta ser además uno de los más controvertidos, se refiere al acceso por un tercero a la información obtenida a través de programas de clemencia.⁷⁰

A nivel europeo, la Comisión tradicionalmente ha venido manteniendo una postura restrictiva al acceso, destacando la importancia del mantenimiento de la confidencialidad como piedra angular del sistema de clemencia. La propia figura de la clemencia responde a la constatación realista de que, dada la evidente dificultad de detectar e investigar un cártel sin la asistencia de empresas o personas involucradas en el mismo, redundaría en el interés general recompensar a las personas implicadas en este tipo de prácticas gravemente ilícitas que se decidan a poner fin a su participación y cooperen en la investigación llevada a cabo por la autoridad administrativa competente.⁷¹ El trato diferenciado que se pretende respecto del acceso a esta específica información es justificado por la Comisión Europea en el hecho de que la divulgación de las declaraciones de clemencia en los procedimientos civiles de daños y perjuicios podría disuadir a los solicitantes de clemencia de colaborar con la autoridad de competencia.

Frente a la postura que potencia la protección del modelo de clemencia frente a otros intereses, el Defensor del Pueblo Europeo⁷² ha tratado de matizar que, si bien en determinadas circunstancias puede ser necesario para la protección del interés público mantener la confidencialidad de la información recabada en el marco de los programas de clemencia, esto no significa que el acceso a dicha información esté *per se* vedado al tercero demandante de daños.

Hasta la fecha, el hito fundamental en la materia lo ha constituido la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2011, en el conocido como caso *Pfleiderer*⁷³, en la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial alemán (*Amtsgericht Bonn*) sobre la posibilidad de acceso por terceros, para el ejercicio de acciones de reclamación de daños y perjuicios, a la documentación e informaciones, aportadas por los solicitantes de clemencia a las autoridades de competencia. El TJUE ha afirmado que:

Las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de cárteles, en particular, el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de

70. SUDEROW, J. 2011. «Access to Evidence in European Commission Proceedings and the Limits established by its Leniency Programmes». *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, págs.521-535.

71. CAUFFMAN, C. 2011. «Access to Leniency-Related Documents after Pfeiderer», en *World Competition*, 34, n.º 4, págs. 597-614.

72. Ver ALFARO, J. y REHER, T. «The European Commission's Journey to a Directive on Damages Actions: One Step Forward—Two Steps Back!», en *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2011, EU Private Antitrust Litigation*, pág. 55.

73. Caso C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*.

2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia establecidas en los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una persona perjudicada por una infracción del Derecho de la competencia, y que pretende obtener una indemnización de daños y perjuicios, acceda a los documentos de un procedimiento de clemencia referidos al autor de dicha infracción. No obstante, corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, con arreglo a su Derecho nacional, determinar las condiciones en que puede autorizarse o denegarse el acceso, ponderando los intereses protegidos por el Derecho de la Unión.⁷⁴

El Tribunal de Justicia, pese a reconocer que un agente económico implicado en un caso de vulneración del Derecho de la competencia, ante la posibilidad de que se produzca esa comunicación de documentos a un reclamante de daños, se vería disuadido de la posibilidad ofrecida por los programas de clemencia, señala que es jurisprudencia reiterada que cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el comportamiento que puede restringir o falsear el juego de la competencia. Por tanto, el TJUE reitera en este contexto la doctrina del efecto útil y el efecto equivalente, en el sentido de que al examinar una solicitud de acceso a los documentos vinculados a un programa de clemencia, formulada por un sujeto que pretenda obtener una indemnización de daños y perjuicios, es necesario velar porque la regulación nacional aplicable no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna, ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil obtener dicha reparación, así como ponderar los intereses que justifican la comunicación de la información, por un lado, y la protección de la misma, por otro. Esa ponderación, a juicio del Tribunal de Justicia, debe hacerse por los órganos jurisdiccionales nacionales caso por caso, en el ámbito del Derecho nacional y tomando en consideración todos los elementos pertinentes del caso concreto.

En el caso *Pfleiderer*, el Tribunal de Bonn, tras el pronunciamiento del TJUE, confirmó la decisión de la autoridad de competencia alemana, que había denegado el acceso a los documentos del programa de clemencia. El tribunal nacional valoró que, en el caso concreto, la amenaza para la detección y efectiva persecución de infracciones del Derecho de la competencia justificaban la denegación de las solicitudes de acceso a tales documentos.

El TJUE va a tener la oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre esta materia en el marco de la cuestión prejudicial C-536/11 *Donau Chemie*, planteada en

74. En este extremo, el TJUE se separa del parecer del Abogado General Mazák. Ver ORDOÑEZ SOLIS, D. 2012. «La acción de indemnización en la aplicación judicial privada del Derecho europeo de la competencia», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 330 (ejemplar dedicado a Derecho de la competencia), págs. 14-15.

diciembre de 2011 por un tribunal austríaco. Su objeto es determinar si se opone al Derecho comunitario una disposición nacional relativa a cárteles que supedita la concesión del acceso a expedientes de este tipo a terceros, que no sean parte en el procedimiento y que pretendan preparar una demanda por daños y perjuicios contra los integrantes del cártel, al consentimiento de todas las partes del procedimiento, sin admitir que el órgano jurisdiccional, caso por caso, pondere los intereses protegidos por el Derecho de la Unión para establecer las condiciones en que debe autorizarse o no el acceso al expediente.

La jurisprudencia comunitaria sobre esta cuestión puede influir en la interpretación que deba hacerse de la actual redacción del párrafo segundo del artículo 15 bis de la LEC, introducido por la Disposición Adicional Segunda de la LDC, que preceptúa sin matices que «la aportación de información 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.»

Con respecto a la postura que están adoptando el resto de autoridades nacionales de competencia, la *European Competition Network*, que reúne a las autoridades de competencia europeas, ha hecho pública su Resolución de 23 de mayo de 2012, en la que se pone de manifiesto la tensión entre la necesidad de que se produzca una compensación efectiva de los daños generados por los cárteles y el eficaz funcionamiento de los programas de clemencia. El documento finalmente aboga por que «leniency materials should be protected against disclosure to the extent necessary to ensure the effectiveness of leniency programmes».⁷⁵

7. Conclusiones

El análisis de la experiencia acumulada hasta la fecha en materia de aplicación privada permite constatar que el recurso a la misma por parte de los perjudicados por prácticas contrarias a la libre competencia ha sido muy escaso. Si se hace abstracción de los conflictos vinculados a contratos de distribución de carburantes, el número de casos de *private enforcement* suscitados en España es casi anecdótico. Frente a tal realidad caben dos posibles reacciones:

Puede hacerse un esfuerzo de identificación de los obstáculos que, pese al reconocimiento normativo de esta posibilidad, deben ser salvados por los afectados por un ilícito antitrust para lograr tal declaración de ilicitud y para hacer efectivo su derecho a la reparación del daño patrimonial causado. Como se ha tratado de exponer en este trabajo, tales obstáculos son relativamente numerosos, de diferen-

⁷⁵ Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012- Protection of leniency material in the context of civil damages actions (disponible en la página web de la DG Competencia).

te naturaleza y existe tanto consenso en su identificación como en el reconocimiento de la complejidad que exige abordarlos.

O bien podemos entender que aspectos tales como la dificultad de cuantificación del daño, la regulación de las acciones colectivas o las tensiones derivadas de los diversos intereses vinculados a la protección por un lado y al derecho al acceso, por otro, de la prueba, son elementos relativamente secundarios que solo en parte explican el escaso recurso a la aplicación privada del Derecho de la competencia. Los procedimientos judiciales vinculados a los contratos de suministro de gasolinerías pueden constituir un ejemplo significativo de que los efectos anhelados sobre la competencia en ese sector tal vez solo puedan derivarse de la acción pública o, al menos, de una más perfecta interacción entre ambos tipos de *enforcement*.

Esta segunda interpretación justificaría poner el foco en otros elementos vinculados más al modelo de Derecho de la competencia que consideramos que mejor pueda desarrollar los objetivos que inspiran al Derecho antitrust. Desde esa perspectiva cabe defender que un ajustado desarrollo de la aplicación privada descansa necesariamente en un previo desenvolvimiento completo del *public enforcement*, de forma que la consecución de un funcionamiento correcto de la actuación pública destinada a la disuasión y persecución de las prácticas contrarias a la libre competencia será la mejor garantía para que la aplicación privada disponga de un ámbito de desarrollo apropiado y suficiente.

Referencias bibliográficas

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. 2009. «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», en *InDret*, 3/2009.
- ALFARO, J. y REHER, T. 2011. «The European Commission's Journey to a Directive on Damages Actions: One Step Forward—Two Steps Back!», en *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2011, EU Private Antitrust Litigation*, págs. 53-57.
- ALFARO, J. y REHER, T. 2011. «Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition Law: Is the Time Ripe?», en *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2011, EU Private Antitrust Litigation*, págs. 43-46.
- ANDREANGELI, A. 2012. «Collective Redress in EU Competition Law: An Open Question with Many Possible Solutions», en *World Competition*, vol. 35, n.º 3, págs. 529-558.
- CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, D. 2004. «La aplicación privada del Derecho de competencia y los nuevos juzgados de lo mercantil», en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, n.º 2818, págs. 3-14.
- CAUFFMAN, C. 2011. «Access to Leniency-Related Documents after Pfleiderer», *World Competition*, 34, n.º 4, págs. 597-614.

- DE FÉLIX PARRONDO, E. 2009. «Problemática de la fijación de precios en los contratos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio», en *RCD*, n.º 4, págs. 197-209.
- DELGADO, J. y PÉREZ ASENJO, E. 2011. «Economic Evidence and the quantification of damages in competition cases in Spain». *Private enforcement of Competition Law*. Lex Nova, págs. 205- 213.
- DÍEZ ESTELLA, F. 2009. «A vueltas con la fijación de precios en la distribución de carburantes (Comentario al auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 3 de septiembre de 2009, Asunto C-506/07)», en *Diario La Ley*, n.º 7306.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. 2008. «Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España», en *1989-2007: Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, págs. 53-74.
- FERRERES COMELLA, A. 2005. «Las acciones de clase (*Class Actions*) en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Jurídica Uribe y Menéndez*, 11-2005, págs. 38-48.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, M^a J. 2008. «La aplicación privada de las normas de la competencia en España y su regulación en la Ley 15/2007», en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 28, 2007-2008, págs. 257-276.
- GONZÁLEZ GARCÍA, S. 2010. «Sobre la cuantificación de los daños en el contexto de la aplicación privada del derecho europeo de la competencia: el Informe Oxera», en *RCD*, n.º 7, págs. 427-442.
- GUERRA FERNÁNDEZ, A. 2006. «La aplicación privada de las normas españolas de competencia: mecanismos para mejorar la interacción entre las actuaciones administrativas y las acciones civiles en el marco de la reforma de la Ley», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 243, págs. 18-34.
- HERRERO SUÁREZ, C. 2008. «La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo: El *Libro Blanco* en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», en *RCD*, n.º 3, págs. 103-117.
- HERRERO SUÁREZ, C. 2011. «Imposiciones a los distribuidores: determinación del precio de venta al público», en VIERA GONZÁLEZ Y ECHEVARRÍA SAENZ (dirs.). *Distribución comercial y derecho de la competencia*, págs. 363-377.
- LANDE, R.H. 2011. «Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de competencia», en *RCD*, n.º 9, págs. 15-32.
- LESKINEN, C. 2011. «Antitrust damages actions: the case for opt-out collective actions in cases involving numerous individual claims of low value», en *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, págs. 287-301.
- LORENTE HURTADO, F. 2006. «Restricciones verticales en la distribución de combustibles petrolíferos. La cuestión de la agencia», en *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, 14-2006, págs. 29-44.

- MARTÍNEZ ROSADO, J. 2009. «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la competencia: ¿Una problemática sin fin o el fin de una problemática?», en *RCD*, n.º 5, págs. 153-188.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. 2012. «La acción de indemnización en la aplicación judicial privada del Derecho europeo de la competencia», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 330» (ejemplar dedicado a Derecho de la competencia), págs. 3-16.
- ORTIZ BAQUERO, I. 2011. *La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de la libre competencia*, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*.
- PERDIGUERO J. y BORREL J. R. 2007. «La difícil conducción de la competencia por el sector de las gasolinas en España», en *Economía Industrial*, n.º 365, pág. 113-125.
- RETORTILLO ATIENZA, O. 2011. «Primeros pasos de los tribunales españoles en la aplicación privada del Derecho de la competencia. Especial referencia a la reclamación de daños en los casos de cárteles», en *RCD*, n.º 8, págs. 221-232.
- RUIZ DE ANGULO GÓMEZ, E.; BAYO ÁLVAREZ, R. y COSTAS COMESAÑA, J. 2011. «Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la competencia: España», en VELASCO SAN PEDRO; ALONSO; ECHEBARRÍA; HERRERO; GUTIÉRREZ GILSANZ (dirs.). *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, págs. 137-147.
- SANCHO GARGALLO, I. «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia», en *Indret*, 1/2009
- SANTOS LORENZO, S. y TURNER-KERR, P. 2006. «¿En estado de total subdesarrollo? La aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España», en *Gaceta Jurídica*, septiembre-octubre de 2006, págs.42-56.
- STAKHEYEVA, H. 2012. «Removing Obstacles to a More Effective Private Enforcement of Competition Law», en *European Competition Law Review*, 9, págs. 398-405.
- SUDEROW, J. 2011. «Access to Evidence in European Commission Proceedings and the Limits established by its Leniency Programmes», en *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, págs.521-535.
- TUDOR, C. 2012. «La admisión de la defensa *passing-on* en el cártel del azúcar: ensayo crítico sobre la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección n.º 8, asunto 737/07», en *RCD*, n.º 11, págs. 277-291.
- INFORME LEHNE: *Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo*, 12 de enero de 2012.
- Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities*, de 23 de mayo de 2012. Protection of leniency material in the context of civil damages actions.
- OFFICE OF FAIR TRADING, *Private Actions in Competition Law: a consultation on options for reform. The OFT'S Response to the Government's consultation July 2012*.