

¿LA PIEDRA DE SÍSIFO O EL TEJIDO DE PENÉLOPE? IDAS Y VENIDAS DE LA NORMA DE LA UE PARA LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS EN MATERIA DE COMPETENCIA

LUIS BERENGUER FUSTER

Expresidente de la Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

El largo capítulo de sentencias de los Tribunales comunitarios,¹ que desde los primeros momentos admitieron que junto a la aplicación pública de las normas de la competencia cabía una aplicación privada —lo cual tuvo su traslación, primero, en una Comunicación² de la Comisión y, finalmente, en el texto del Reglamento 1/2003³— planteó en nuestro país un buen número de trabajos y estudios sobre el particular. En España, esencialmente por el contenido del precepto del artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, la aplicación privada no había sido habitual hasta la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio y, a partir de ese momento, tal aplicación privada de las normas de la competencia en nuestro país se insertó plenamente en la corriente europea.

1. La primera sentencia que suele citarse en la que se abre la puerta a la aplicación de las normas de competencia del Tratado por parte de jueces y magistrados de los Estados miembros en la Sentencia del Tribunal de Justicia *Brasserie de Haecht/Wilkin-Jansen* (de 6 de febrero de 1973, As. 48/72) continuando por la *BRT/SABAM* (STJCE de 30 de enero de 1974 As. 127/73).
2. Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (93/C 39/05) DOCE C 39 de 13 de febrero de 1993).
3. El Reglamento introdujo por primera vez en un texto normativo normas en las que se establecen, no ya la aplicación directa por los órganos jurisdiccionales de las normas de la competencia, sino los mecanismos, en lo esencial coincidentes con los previstos en la Comunicación de 1993, para la cooperación entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la competencia. Como consecuencia de la aprobación de este Reglamento se aprobó en España la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal en la que se atribuyó a los Juzgados de lo Mercantil la aplicación privada de las normas comunitarias de la competencia. Durante un cierto tiempo existió en nuestro país una paradoja según la cual se podría aplicar privadamente el Derecho Comunitario de la Competencia pero no el nacional, pero tal paradoja tuvo su fin con la aprobación de la Ley 15/2007 y la derogación del artículo 13.2 de la Ley 16/1989 que había dado lugar a la sentencia *CAMPESA* y a una prolongada línea jurisprudencial en ella inspirada, hasta que en el año 2000, con la sentencia *DISA*, se abrió una corriente jurisprudencial opuesta.

Pero junto a la habitualmente denominada aplicación privada, referida preferentemente a la aplicación directa de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales, existe la cuestión, en cierta medida relacionada con la anterior, relativa a la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios causados por las conductas anticompetitivas, que, a pesar de todo, nadie había puesto en cuestión. Esta afirmación se evidencia si se recuerda que en el propio artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 se mencionaba la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de las conductas anticompetitivas, y el precepto introducido en el número 3 del mismo artículo⁴ preveía que el Tribunal de Defensa de la Competencia emitiría un informe sobre la procedencia y la cuantía de las indemnizaciones, cuando para ello fuera requerido por el órgano judicial correspondiente.

Al fin y al cabo estas disposiciones legales partían de una realidad incontrovertida: las conductas contrarias a la libre competencia causan un daño evidente al interés público y, por ello, son considerados ilícitas y pueden ser sancionadas. Pero al mismo tiempo tales ilícitos pueden producir lesiones a intereses privados y el ordenamiento jurídico debe ofrecer cauces para compensar los daños producidos en las economías privadas, sea de los proveedores, clientes, competidores o consumidores, por tales acciones ilícitas. Naturalmente el cauce para la obtención de esa compensación correspondía, si hablamos del escenario europeo, a los ordenamientos y cauces procesales nacionales y, lamentablemente, por múltiples razones, esencialmente derivadas del contenido de los ordenamientos de carácter procesal o por las dificultades de la cuantificación de los daños, no eran frecuentes, y por todos valga el ejemplo del caso español, los supuestos en los que los órganos jurisdiccionales condenaran a los autores de las conductas anticompetitivas a resarcir de los daños causados.

Llegado a este punto, es necesario acudir a la comparación entre los sistemas europeos y el americano de aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la competencia, y poner de manifiesto, una vez más, un hecho que no por repetido deja de merecer ser recordado como fundamento del actual debate sobre la aplicación privada, especialmente referida a las indemnizaciones de daños y perjuicios. Y este hecho consiste en recordar que mientras en Europa resulta preferente la aplicación pública, esto es, la realizada por las agencias administrativas de competencia, en los EE. UU. prevalece la aplicación privada a la realizada por el Departamento de Justicia, si bien es cierto que existen indudables incentivos (como la condena a los daños triples) para ello. Y desde hace años está abierto en Europa el debate sobre la conveniencia de aceptar algunas de las experiencias más exitosas del derecho americano de la competencia en este campo.

Es cierto que determinadas sentencias del Tribunal de Justicia facilitaron el progreso del debate y en sentido favorable a la posibilidad de ejercitar acciones de

4. Artículo 13.3 de la Ley 16/1989, introducido por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

daños y perjuicios.⁵ Lógicamente me refiero, en primer lugar, a la sentencia *Courage*⁶ que consideró que la plena eficacia del Tratado y el efecto útil de la norma contenida en el artículo 85.1 (actual artículo 101.1 del TFUE) quedarían afectados si no existiera la posibilidad de que el perjudicado por un acuerdo prohibido por ese precepto solicitara la reparación del daño causado y la correspondiente indemnización de perjuicios. Más recientemente, la sentencia *Manfredi*⁷ insistió en que las normas nacionales no han de hacer imposible la reparación de los perjuicios causados por las infracciones en materia de competencia.

Estos pronunciamientos del Tribunal de Justicia, referidos lógicamente al Derecho comunitario, podrían ser aplicables perfectamente a las reclamaciones de perjuicios causados por las infracciones del Derecho nacional de la competencia, que, en el caso español, como se ha expuesto con anterioridad, quedaba plenamente reconocida en el propio texto de la LDC de 1989. Pero no iba más allá de reconocer la existencia de un derecho a reclamar los perjuicios ocasionados por las infracciones en materia de competencia. Según el TJ la cuestión de la regulación de las modalidades para el ejercicio de ese derecho queda reservada a las legislaciones nacionales.

En buena medida, y a partir de la primera de dichas sentencias, la Comisión Europea se planteó si resultaba conveniente facilitar el ejercicio de tales acciones de reclamación de daños y perjuicios, que el Tribunal de Justicia había señalado que eran necesarias para la eficacia de las normas de la competencia, a la vez que podían contribuir sustancialmente al mantenimiento de la competencia efectiva, y si se precisaba alguna iniciativa para reforzar tal posibilidad. A tal fin, elabora un *Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*,⁸ en el que se abre el debate sobre los principales obstáculos para establecer un sistema más eficaz de indemnizaciones de daños y perjuicios. El debate surgido resultó extraordinariamente esclarecedor, y como consecuencia del mismo, ya en el año 2008 se publicó el *Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*.⁹

5. BROKELMANN, H. 2007. «La indemnización de daños y perjuicios», en *El Derecho de la competencia y los jueces*, PETITBÓ, A. y MARTÍNEZ LAGE, S. (dirs.); Marcial Pons, págs. 58-60. FERNÁNDEZ, C. 2012. «Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 29, septiembre/octubre, págs. 12-13.

6. Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001. As. C-453/99, *Courage/Crehan*.

7. Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2006. As. 295/04 y 298/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni*.

8. Documento de 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672 final.

9. Documento de 2 de abril de 2008 COM (2008) 165 final.

2. Fundamentos y objetivos de la actuación de la Comisión Europea: el efecto disuasorio

Las iniciativas de la Comisión Europea han merecido con carácter general, comentarios elogiosos,¹⁰ si bien no han faltado críticas como la realizada por ALFARO ÁGUILA-REAL,¹¹ que se muestra contundentemente contrario a una actuación comunitaria que condujera a una armonización positiva por no considerar que la iniciativa de la Comisión en este campo vaya a tener los efectos positivos que, de buena fe, se propone.

La primera constatación que alcanza la Comisión Europea en el *Libro Blanco*, como consecuencia de un estudio elaborado al respecto sobre el estado de la cuestión en el conjunto de los países miembros, es que a la hora de facilitar el ejercicio de acciones de reparaciones de daños e indemnizaciones de perjuicios, la legislación de los Estados miembros. «ofrece una imagen de total subdesarrollo en los 25 Estados miembros»¹² ya que existen obstáculos importantes para su funcionamiento eficaz.

Esta constatación, que resulta notoria si bien con desequilibrios entre países,¹³ pone de manifiesto que las legislaciones de cada uno de ellos no facilita el ejercicio de este tipo de acciones, especialmente por inconvenientes de tipo procesal, así como por la dificultad de proceder a una cuantificación de los perjuicios causados en una materia en la que resulta necesaria la elaboración de detallados estudios económicos que, en buena medida, resultan extravagantes para las reclamaciones tradicionales, en otros ámbitos, de daños y perjuicios, más fácilmente cuantificables para los estándares de prueba normalmente utilizados por los órganos jurisdiccionales.

Con independencia de volver más adelante sobre la detección de estos problemas y los remedios sugeridos para su solución, cabe preguntarse por las razones por las que la Comisión Europea se plantea estos problemas, porque, en principio, no parece que el objetivo de reparar los perjuicios causados por acciones ilícitas, aunque esa ilicitud surja del propio Tratado, haya de constituir un objetivo

10. Buena prueba de esta afirmación la constituyen las intervenciones y comunicaciones del Congreso Internacional sobre aplicación privada del Derecho de la competencia, celebrado en la Universidad de Valladolid los días 14 y 15 de octubre de 2010.

11. 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*, (www.indret.com). Barcelona.

12. *Libro Verde* citado, apartado 1.2.

13. En el mes de octubre de 2010, como se ha citado, la Universidad de Valladolid convocó un Congreso Internacional sobre aplicación privada del Derecho de la competencia, cuyas ponencias y comunicaciones fueron publicadas en un volumen dirigido por los profesores Luis Antonio Velasco, Carmen Alonso, Joseba A. Echebarría, Carmen Herrero y Javier Gutierrez: *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011. En el Congreso se dedicó un amplio espacio (que constituyó el contenido del capítulo II de la publicación) a las experiencias nacionales sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia, en el que diferentes autores plantearon el estado de la cuestión en varios Estados miembros.

de las Instituciones europeas, ya que ello ha de quedar reservado a las legislaciones nacionales.

Si tal es cierto, no resulta menos cierto que la Comisión encuentra los fundamentos para actuar en los razonamientos realizados por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Courage*, que considera que los impedimentos de la legislación inglesa¹⁴ para el ejercicio de una acción de indemnización de perjuicios basada en una infracción del Derecho comunitario de la competencia afectaba al efecto útil del Derecho comunitario. En base a tales argumentos, considera¹⁵ que las acciones de reclamación de daños y perjuicios «pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad», en la medida en la que refuerza la operatividad de las normas comunitarias de la competencia y puede tener un efecto disuasorio de las prácticas. Por otra parte, como se pone de manifiesto en el *Libro Blanco*,¹⁶ al facilitar el ejercicio de estas acciones en las que los perjudicados por las conductas contrarias a la competencia puedan ver compensadas sus pérdidas económicas, se puede facilitar la detección de tales conductas porque los perjudicados tendrán incentivos para ponerlas de manifiesto, facilitando en su caso la actuación de la Comisión Europea y las autoridades nacionales de la competencia.¹⁷

Es cierto que una adecuada reparación de los daños y perjuicios puede compensar, por ejemplo, a quien se haya visto excluido de entrar en un mercado y, en consecuencia, puede dotarle de medios económicos que le faciliten la entrada en el mercado del que había sido excluido, restableciendo las condiciones de competencia que habían quedado lesionadas, e incluso, con mayores dudas, podría admitirse que se puede producir un efecto de detección de conductas, pero teniendo en cuenta los plazos para la tramitación de los procedimientos judiciales este resultado resulta más hipotético que real. En realidad, el verdadero fundamento para la acción de la Comisión Europea se encuentra en el hecho de considerar que una proliferación de acciones de daños y perjuicios, o el mero temor de su existencia, puede fortalecer el efecto disuasorio de conductas contrarias a la libre competencia. Este extremo se pone igualmente de manifiesto tanto en el *Libro Verde*¹⁸ como

14. Para evaluar adecuadamente estos argumentos es preciso tener en cuenta que la legislación inglesa impedía una reclamación de daños y perjuicios con base no a un incumplimiento contractual sino a una cláusula de un contrato que, aunque fuera ilícita y en el supuesto de autos, contraría a la libre competencia y al derecho comunitario de la competencia, había sido asumida voluntariamente por ambos contratantes, por lo que uno de ellos no podía reclamar perjuicios de algo que había asumido voluntariamente.

15. Sentencia *Courage/Crehan* citada, apartados 26-27.

16. *Libro Blanco*, apartado 1.2: «La existencia de remedios efectivos para los particulares aumentaría la probabilidad de que se detecten un mayor número de restricciones ilegales de la competencia y de que se declaren responsables a los infractores».

17. Con estas actuaciones se reconoce en buena medida un interés público en la aplicación privada de las normas de la competencia, que parece ser negada por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 9 de mayo de 2011 (asunto *Cobergas/Repsol Comercial*, citada por Alfonso Gutiérrez en «The Private Competition Enforcement Review», *Law Business Research*, pág. 347) que mantiene que los tribunales civiles cuando aplican las normas de competencia deben proteger intereses privados sin tener en cuenta objetivos de interés público.

18. *Libro Verde* citado, apartado 1.1.

en el *Libro Blanco*¹⁹ y en él debe encontrarse el principal fundamento de la actuación de la Comisión Europea.²⁰

El fortalecimiento de las medidas disuasorias o en buena medida la búsqueda de las medidas con mayor efecto disuasorio sobre las infracciones de competencia constituye una preocupación permanente por parte de los poderes públicos encargados de asegurar el buen orden competitivo. No es cuestión ahora de incidir en el debate, cada día más presente en los foros internacionales de la competencia, sobre la conveniencia de la criminalización de los cárteles, postura ardorosamente defendida por los representantes de los EE. UU., pero no por ello debo de dejar de manifestar mi escepticismo sobre la eficacia de las medidas penales en este campo.²¹ Es cierto que las sanciones penales, especialmente si conllevan penas de prisión, conllevan el mayor efecto disuasorio, pero entre sus inconvenientes se encuentran que el más alto estándar probatorio exigido en los procesos penales que en los administrativos impediría la condena de un buen número de cárteles en los que existieran pruebas débiles de presunciones u otras que no resultaran lo suficientemente contundentes para fundamentar una pena de pérdida de libertad, aunque tengan suficiente entidad para fundamentar una sanción administrativa. Y ello con independencia de la insegura actuación de los órganos judiciales o fiscales en esta materia, máxime teniendo en cuenta que siguen tipificados en nuestro Código Penal desde el siglo XIX tipos como las maquinaciones para alterar el precio de las cosas (¿y qué es un cártel sino una maquinación para alterar el precio de las cosas?); o, más recientemente, las prácticas de colusión en los contratos públicos o prácticas de *bid rigging*, no ha motivado que haya habido condenas por tales delitos que tuvieran su origen en conductas contrarias a la libre competencia. Finalmente, y ello es materia que preocupa especialmente, como resulta lógico, a la Comisión Europea, la criminalización al menos de los cárteles supondría trasladar el poder de decisión que a ella corresponde en la actualidad a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y ello podría suponer una pérdida de eficacia, y, justo es reconocerlo, una disminución del poder de la Comisión Europea en una materia que constituye una de sus más importantes políticas.

19. *Libro Blanco*, apartado 1.2: «...la mejora de las normas de reparación También produciría intrínsecamente efectos beneficiosos en términos de disuasión de futuras y de un mayor cumplimiento de las normas en materia de competencia de la CE».

20. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *loc. cit.*, duda del carácter disuasorio de las acciones de perjuicios, en la medida en la que no se puede importar al Derecho europeo la experiencia norteamericana. Defiende, por el contrario la disuasión basada en otras medidas, empezando por la criminalización de los cárteles, la concesión de incentivos pecuniarios o las obligaciones de desinvertir. Considera igualmente que el objetivo disuasorio ha quedado reducido, hasta casi hacerlo desaparecer, del *Libro Verde* al *Libro Blanco*.

21. Las cuestiones relativas a la posible criminalización de los cárteles en España y la UE han sido analizadas por GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. en su trabajo «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la Justicia Penal», en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÔ, A. (dirs.). 2008. *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*. Marcial Pons, Madrid, págs. 75-100. Incluso, como se señalará más adelante, en EE. UU. parece que existe un mayor efecto disuasorio en la aplicación privada de las normas de la competencia, especialmente por la indemnización de perjuicios (el incentivo de la condena a daños triples resulta indubitado), resulta superior a la acción pública, centrada en la aplicación de normas de carácter penal.

La política de la Comisión Europea y de las Autoridades nacionales de la competencia, entre ellas particularmente la CNC, ha consistido en incrementar considerablemente el importe de las multas, aun con las dudas del efecto disuasorio de estas en la medida en la que, en ciertos casos, su importe puede ser repercutido en los precios de los productos o servicios de los sancionados,²² y se indaga en otras medidas tales como la inhabilitación de los administradores por el efecto disuasorio que puede tener para estos,²³ pero no creo exagerar que de las medidas adoptadas hasta el momento, posiblemente, al menos para las grandes empresas en posición de domino que pueden producir esa repercusión, preocupa más el riesgo reputacional que el importe de la multa, por mucho que estas se hayan incrementado.

Puede discutirse sobre el efecto disuasorio de las acciones de indemnización de perjuicios. Es cierto que en la situación actual no parecen preocupar excesivamente (si nos atenemos al resultado de la encuesta citada en la nota 23) pero ello no significa que los empresarios no teman la proliferación de una serie de acciones colectivas, máxime si se facilitan estas y se concede una amplia legitimación, no solo a asociaciones de consumidores, sino a organizaciones empresariales sectoriales. A principios del año 2009, próxima la finalización de la legislatura, la Comisaria Neely Kroes²⁴ puso de manifiesto su intención de llevar a cabo una

22. PADILLA, J. y ZOIDO, E. «El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas Directrices comunitarias», en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, op. cit., señalan que la política de la Comisión Europea, explicitada en las Directrices de 2006 sobre el cálculo de las multas, ha consistido en incrementar el importe de estas, con la finalidad de potenciar su efecto disuasorio, si bien señalan un cierto escepticismo al indicar que es importante que su nivel sea adecuado: «deben ser lo suficientemente altas como para garantizar que tienen el efecto disuasorio perseguido, pero no debe perderse de vista que, si son demasiado elevadas, pueden tener efectos adversos sobre el bienestar social y de los consumidores, tanto a corto plazo como a largo plazo, incrementando los precios y desincentivando la inversión», pág. 52.
23. En el año 2007 la Office of Fair Trading británica realizó el «Deterrence Study», en el que se incluía una encuesta celebrada entre empresas y abogados especialistas en competencia sobre el mayor efecto disuasorio de las medidas contra las conductas anticompetitivas. Se mostraba una curiosa divergencia, pues mientras el orden para los abogados era: 1) criminalización; 2) multas; 3) inhabilitación de directivos; 4) daño reputacional y, finalmente, indemnización de perjuicios; por su parte las empresas solo coincidían con los abogados en la medida más disuasoria (criminalización) y en la menor (acciones de indemnización de perjuicios), pues las empresas colocaban en segundo lugar la inhabilitación de directivos, en el tercero el daño reputacional y en el cuarto las multas. (COLLINS, Ph. «The interplay of sanctions on individuals and undertakings: is it possible to create win-wins?» Intervención en el Día Europeo de la Competencia, Budapest, 2011). Con independencia de las dudas que se han mostrado en el texto sobre los efectos de la criminalización, que, en mi opinión, solo tienen un gran efecto disuasorio cuando son aplicables y efectivas, llama la atención el poco efecto disuasorio que, para ambos grupos encuestados, muestra la indemnización de perjuicios. Ello no significa que haya que descartar ese efecto disuasorio, pues no resulta descabellado resaltar que las respuestas vienen referidas a la situación actualmente existente, es decir a una situación de subdesarrollo de estas, como se indicaba en el *Libro Verde*, pero es posible que la desaparición de las trabas que dificultan las acciones como consecuencia de la previsible actuación de la Comisión Europea incremente considerablemente el efecto disuasorio de estas indemnizaciones.
24. La Comisaria Kroes se convirtió en una firme defensora de la promoción de acciones de reparación de daños, como puso de manifiesto en su conferencia pronunciada en el Harvard Club de Nueva York, el 22 de septiembre de 2005. «Enhancing actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe» (en su momento en la página web de la Comisión), en la que insistió en los efectos disuasorios que tendría la proliferación de acciones de reclamación de daños, así como que estas contribuirían a la extensión de la cultura de la competencia.

iniciativa para elevar a texto normativo las propuestas contenidas en los diferentes documentos elaborados. Ni que decir tiene que las asociaciones empresariales desfundaron toda su capacidad de lobby, que no es poca, anunciando a los cuatro vientos que la aprobación de esa norma iba a provocar la ruina de un buen número de empresas. Es curioso el temor demostrado cuando, como se ha indicado anteriormente, tan poco parece preocupar la indemnización de perjuicios como medida disuasoria en la encuesta citada anteriormente, pero la imagen que se transmitía de proliferación de acciones colectivas promovidas por asociaciones de consumidores y despachos jurídicos desaprensivos, al modelo que algunos filmes de contenido judicial nos muestran en EE. UU., causó su efecto y provocó una retirada, que no ha sido definitiva, del borrador de Directiva. En el presente mandato de la Comisión Europea se ha retomado la iniciativa, y en el Programa de Trabajo de la Comisión se preveía que en el mes de junio de 2012 quedaría aprobada la propuesta para su tramitación posterior.

Resulta a todas luces cierto que los promotores de la iniciativa se han inspirado en buena medida en el modelo americano en el que la aplicación privada representa el noventa por ciento de la total aplicación del Derecho de la competencia, indudablemente incentivada por la existencia de los daños punitivos que se calculan en el triple del daño causado, pero ni se ha pretendido incorporar el modelo americano en todos sus extremos (nadie ha propuesto la triple indemnización) ni, al menos en materia de competencia, se tiene conocimiento de que se hayan producido los abusos de acción que el cine nos demuestra en otros campos.

El modelo americano consiste en la preferencia de la aplicación privada sobre la aplicación pública, hasta tal punto que con frecuencia se señala que de cada diez aplicaciones de las normas de la competencia, nueve consisten en aplicaciones privadas. Nuevamente, ha de recordarse que la aplicación pública consiste en la aplicación de normas de carácter penal, a las que teóricamente se les concede el mayor poder disuasorio, pues aun así, hay opiniones que conceden mayor efecto disuasorio a la aplicación privada que a la aplicación pública.²⁵

No se puede, no obstante, obviar que existen crecientes críticas en los propios EE. UU. acerca de la aplicación privada, e incluso hay quien propone su supresión,²⁶ argumentos que han sido retomados por todos aquellos quienes se oponen en Europa a la iniciativa de la Comisión Europea. Las críticas se centran en considerar que las acciones, especialmente las colectivas, proporcionan hono-

25. LANDE, R. H. «Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de la competencia», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *op. cit.*, pág. 61 señala que «La aplicación privada también ha disuadido una cantidad importante de conductas contrarias a la competencia, quizás más aún de las que ha disuadido el programa anti cártel del Ministerio de Justicia de Estados Unidos (DOJ)». Posteriormente (pág. 74) compara el importe de la disuasión obtenida por el programa del DOJ (6.800 millones de dólares) con el obtenido en los más importantes casos de cárteles (25) de aplicación privada, en los que las víctimas obtuvieron de 9.200 a 10.600 millones de dólares. No parece resultar exagerada esa afirmación sobre el mayor efecto disuasorio de la aplicación privada.

26. LANDE, R. H. (*op. cit.*, págs. 62-63) se hace eco, para rebatirlas, de las opiniones de los críticos de la aplicación privada.

rarios especialmente importantes para los abogados que intervienen en ellas, provocando que desaprensivos bufetes rebusquen la existencia de casos por lo lucrativo que para ellos, más que para las víctimas, resulta. Igualmente, se señala que la proliferación de estas acciones puede dar lugar a la existencia de falsos positivos, es decir, a declarar la ilicitud de conductas que son eficientes y no necesariamente anticompetitivas, con lo cual se estarían dificultando ciertos comportamientos empresariales que pueden resultar beneficiosos y eficientes. Finalmente, se señala que la aplicación pública asegura la búsqueda de los casos y, en consecuencia, la persecución de las conductas, que resultan más dañinos para el funcionamiento del mercado, mientras que la aplicación privada no garantiza la fijación de prioridades para el interés público.

Todos estos argumentos tienen, indudablemente, su fundamento, pero pueden ser rebatidos, ya que no existen verdades absolutas y para la elección entre diferentes alternativas hay que sopesar los aspectos positivos y negativos que existen para diversas opciones. Es cierto que se ha destacado la existencia de abusos de acciones colectivas en EE. UU., pero no parece que esos abusos hayan existido especialmente en el campo de la aplicación privada de las normas de la competencia, sino más bien en otros campos.²⁷ No se puede ocultar que en EE. UU. existe una fuerte corriente a favor de limitar los honorarios de los abogados en acciones colectivas. Por ejemplo, sometiendo a aprobación judicial tal importe. Pero, una vez más, ha de tenerse en cuenta que los supuestos más llamativos de abusos de litigiosidad y de honorarios excesivos de abogados no se encuentran en el campo del Derecho de la competencia, y, por otra parte, prohibir o limitar la existencia de la aplicación privada en este campo constituiría un remedio considerablemente más dañoso para el interés público que su promoción. No parece aceptable desde la óptica de la recta lógica que el temor a abusos de acción o a honorarios excesivos de los abogados termine impidiendo la existencia de acciones de reclamación de daños y perjuicios, porque esa alternativa supondría que las víctimas quedarán sin la reparación de los daños que se le han producido, mientras que los autores de las normas de la competencia se verían beneficiados con la apropiación de los beneficios ilícitamente obtenidos. La comparación, desde la estricta óptica del interés público, entre ambas alternativas y sus efectos lleva a la conclusión de que la opción más favorable consiste en potenciar la aplicación privada, ya que pueden existir otras alternativas para impedir los pretendidos abusos de los despachos litigantes.²⁸

27. El artículo citado de R. H. LANDE constituye un resumen y revisión de diversos trabajos realizados por el mismo autor y J. P. DAVIS, particularmente «Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases. 42 U.S.F. L. Rev. 879 (2008), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090661. donde se analizan cuarenta importantes casos de aplicación privada. Los autores, firmes defensores de la aplicación privada de las normas de la competencia, no han encontrado en los casos analizados ningún supuesto de abuso de litigiosidad. En su intervención en el Congreso celebrado en la Universidad de Valladolid, el Profesor LANDE defendió con firmeza la aplicación privada y recomendó su introducción en los ordenamientos tanto europeo como español.

28. Sobre esta materia ALFARO ÁGUILA-REAL (*loc. cit.*) realiza una inteligente observación: el sistema americano parte de la conversión en emprendedores a los abogados litigantes, que se ven beneficiados de buena parte,

Por otra parte, el temor a que una aplicación privada conduzca a la condena de conductas eficientes resulta exagerada, y, por otra parte, no se puede ocultar que el mismo riesgo puede existir para el supuesto de la aplicación pública, porque, ¿quién puede asegurar de forma convincente que la aplicación pública asegura sin la mínima duda la corrección de los análisis? Bien podría afirmarse que, en la medida en la que la aplicación pública está encomendada a organismos especializados, sus análisis tienen, presumiblemente, mayor rigor, pero ni estas es una verdad absoluta ni se está pretendiendo la sustitución de la aplicación pública, sino de la coexistencia de la aplicación pública y la aplicación privada. Además, teniendo en cuenta que se está haciendo el análisis no de la conveniencia de la aplicación privada en general, sino más específicamente de un aspecto de estas, es decir, de la indemnización de perjuicios, no se puede ocultar una realidad: de la experiencia obtenida hasta el momento, un buen número de acciones de reparación de daños e indemnización de perjuicios consisten en acciones de seguimiento, es decir de acciones privadas iniciadas tras una decisión de una autoridad de la competencia, no acciones independientes.²⁹ Una actuación pública permite un mejor acceso a las pruebas, por las facilidades derivadas de los poderes de investigación de las autoridades, a la vez que garantiza un análisis del organismo especializado que necesariamente ha de tener en cuenta por el órgano jurisdiccional encargado de decidir sobre la reclamación de perjuicios. El demandante de una acción independiente ha de demostrar y argumentar, en primer lugar, que la acción es contraria a la competencia y, en segundo término, que ha producido perjuicios y su cuantía, mientras quien promueve una acción de seguimiento, en principio, se ahorra el primero de esos pasos.³⁰

El tercer argumento de los contrarios a la aplicación privada de cuantos se ha consignado consiste en poner de manifiesto que la aplicación privada no permite la priorización de los casos, con lo cual no se garantiza suficientemente que se persigan las conductas más dañinas, puesto que su elección depende de intereses privados. Este argumento carece de entidad si tenemos en cuenta que no se trata de sustituir la aplicación pública por la aplicación privada, sino de permitir la coexistencia de ambas, con lo cual las acciones prioritarias seguirán siendo elegidas por las autoridades de la competencia. Como se señala en el *Libro Blanco*, no se

incluso más que las víctimas, del importe de las indemnizaciones. A esta observación se puede añadir que si de tal manera se incrementa la detección de los cárteles y el posible efecto disuasorio de las acciones de *private enforcement*, no hay porque descalificar la actuación de los bufetes por los beneficios que obtengan.

29. Si tenemos en cuenta lo ocurrido en España, la mayor parte de supuestos —como más adelante se verá al comentar la jurisprudencia existente hasta el momento— de reclamaciones de perjuicios han sido acciones de seguimiento y la mayor parte de acciones independientes de aplicación privada del Derecho de la competencia no persiguen tanto la indemnización de perjuicio como la declaración de la nulidad de contratos de distribución, particularmente en materia de productos carburantes.
30. Más adelante se comentará la conveniencia de considerar el carácter vinculante de las decisiones de las autoridades de la competencia, ya que en la actualidad, según lo dispuesto en el Reglamento 1/2003 ese carácter vinculante existe para las decisiones de la Comisión Europea, pero para la de las de las ANC.

trata de sustituir la aplicación pública por la privada, sino de complementar aquella con estas,³¹ y, además, en la medida en la que ambas actuaciones son complementarias, no implica que se tengan que emplear recursos de las autoridades de la competencia en la persecución de conductas que no se consideran prioritarias. A diferencia, podría señalarse, de lo que ocurre en el caso español en el que la CNC ha de tramitar necesariamente las denuncias que se presenten, aunque se estime que carecen de interés prioritario.³² Ello significa que las conductas en sectores prioritarios en los que el interés público quede más afectado por la existencia de graves conductas anticompetitivas pueden ser perseguidas siempre por las autoridades de competencia, y una de las razones en las que han insistido tradicionalmente los defensores de la aplicación privada consiste en que los casos en los que exista un interés privado pero el interés público carezca de suficiente entidad, pueden ser objeto de aplicación privada, liberando recursos a las autoridades públicas para dedicarse a casos prioritarios de mayor gravedad. Lo cual no siempre ocurre, como se ha señalado, en España.

La novedad del planteamiento de las actuaciones de la Comisión Europea en este campo consiste en conceder trascendencia pública a la aplicación privada. El tradicional debate y planteamiento entre aplicación pública y privada del Derecho de la competencia radicaba (y ese era el planteamiento de las primeras sentencias del Tribunal de Justicia) en la consideración según la cual las infracciones de la competencia vulneraban el interés público y, a la vez, lesionaban intereses privados. Para perseguir la restitución del primero actuaban las autoridades de la competencia, mientras que para el segundo los propios particulares promoverían sus acciones ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Pues bien, en buena medida, las nuevas actuaciones de la Comisión Europea a partir del *Libro Verde* consisten en dar trascendencia pública a actuaciones privadas.³³ O, como se había indicado, la razón de la intervención en este campo de las Instituciones europeas no es tanto contribuir a restituir las situaciones de injusticia ocasionadas por las infracciones de competencia sino coadyuvar a conseguir los objetivos del Tratado, esencialmente que funcione una economía de mercado cuyas reglas no sean alteradas por conductas contrarias a la competencia. Y para ello hay que asegurar el

31. *Libro Blanco* citado, apartado 1.2: «Otro principio rector importante de la política de la Comisión es que esta institución y las autoridades de competencia de los Estados miembros mantengan una firme aplicación en el ámbito público de los artículos 81 y 82. En consecuencia, las medidas propuestas en este *Libro Blanco* están concebidas para crear, en la esfera privada, un sistema efectivo de aplicación mediante acciones para la reparación de daños que complementen, pero no sustituyan ni pongan en peligro la aplicación pública», señalando a continuación que las medidas previstas se refieren tanto a las acciones de seguimiento como a las acciones independientes.

32. En la Ley de Defensa de la Competencia no existe disposición alguna que permita desestimar las denuncias por falta de interés público, es decir, que no sería posible una actuación como la de la Comisión Europea (ratificada por la sentencia Automec del TPI, de 18 de septiembre de 1992, As. T24/90).

33. BERENGUER FUSTER, L. 2006. «A vueltas sobre el recurrente tema de la aplicación judicial del Derecho de la competencia (valoración de las experiencias)», en *Anuario de la Competencia 2005*. Fundación ICO-Marcial Pons, pág. 52.

cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 101 y 102 del TFUE, que se persigue, prioritariamente con la aplicación pública, pero que puede reforzarse con la aplicación privada.

Indudablemente, el objetivo más trascendente consistirá en fortalecer el efecto disuasorio. Si nos atenemos a los resultados de la encuesta realizada en el año 2007³⁴ por la Office of Fair Trading británica no parece que las acciones de indemnización de perjuicios preocupen excesivamente ni a los abogados ni a las empresas, por cuanto que la señalan, ambos, como la medida con menor efecto disuasorio. Ahora bien, puede interpretarse que esa encuesta, por el año en el que fue realizada, necesariamente se refiere a un sistema que, conforme se señaló en el *Libro Verde*, ofrecía un panorama de subdesarrollo para la reclamación de daños. El facilitar las posibilidades de ejercitar acciones de daños, como propone la Comisión Europea, parece tener un potencial disuasorio, como bien pone de manifiesto la oposición que, desde sectores interesados, se ha realizado a que las medidas sugeridas como consecuencia de los debates abiertos con la publicación de los primeros documentos se plasmen en una Directiva. A pesar de todo ello no se puede pensar que, en el corto plazo, las acciones de indemnización de perjuicios en esta materia, particularmente las colectivas, vayan a alcanzar el nivel existente en los EE. UU. Pero, en cualquier caso, la importancia del efecto disuasorio debe ser un elemento esencial a la hora de evaluar las medidas propuestas para facilitar las acciones de reparación de daños, pues ante las diferentes alternativas debe optarse por la más favorable a posibilitar la acción, ya que la finalidad de la disuasión, y por lo tanto del cumplimiento del objetivo del mantenimiento de la competencia efectiva, debe considerarse como una prioridad.

También se ha señalado³⁵ que la actuación de los particulares en defensa de sus derechos igualmente favorecerá la detección de conductas ilegales,³⁶ e igualmente que la proliferación de las acciones de indemnización de daños y perjuicios favorecerá la extensión de la cultura de la competencia.³⁷ En cualquier caso, se trata, aun con diferente intensidad, de intereses públicos que justifican la intervención de la Comisión Europea, puesto que las conductas contrarias a la competencia producen efectos dañinos al interés público, y por esa razón son sancionados.

34. Citada en la nota 23.

35. En el *Libro Blanco* (1.2) y con referencia al Informe de Evaluación de Impacto elaborado como consecuencia de la publicación del *Libro Verde*, se señala que «La existencia de remedios efectivos para los particulares aumentaría la probabilidad de que se detecten un mayor número de restricciones ilegales de la competencia y de que se declaren responsables a los infractores».

36. Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL pone en duda, de manera justificada, ese efecto de detección por cuanto que los cárteles no solo son difíciles de detectar, sino que para demostrar su existencia es necesaria una función investigadora e instructora que no se puede alcanzar dentro de un procedimiento privado. Quien tenga indicios de la existencia de un cártel por ser víctima de sus efectos, es más lógico que presente una denuncia ante las autoridades de la competencia a que inicie una acción privada, independiente, de reclamación de daños.

37. Ver la intervención de la Comisaria Kroes citada en la nota 24.

3. Trabas para el ejercicio de las acciones indemnizatorias

Como se ha señalado con anterioridad, existen considerables inconvenientes en las legislaciones nacionales de los Estados miembros que dificultan considerablemente el ejercicio de acciones de indemnización por daños de competencia. Tradicionalmente, la doctrina civilística, esencialmente la de base romana-napoleónica, limita el importe de las indemnizaciones por culpa, preocupándose especialmente en que queden limitadas a los daños efectivamente causados, y en su caso el lucro cesante, aun con ciertas dificultades, pero con una profunda preocupación de que la víctima no pueda enriquecerse injustamente por haber sufrido un daño. Este concepto, muy presente en las legislaciones nacionales, ha venido dificultando considerablemente el ejercicio de acciones en materia de competencia en las que los daños con frecuencia resultan difíciles de determinar y deben ser calculados conforme a complicados ejercicios económicos.

El conjunto de problemas que dificultaban el ejercicio de tales acciones ha sido ampliamente debatido como consecuencia del debate abierto a partir de la publicación del *Libro Verde*, y se han ido decantando soluciones que, previsiblemente, tendrán su reflejo en la Directiva, cuando definitivamente vea la luz. En buena medida, va a tratarse de analizar los términos actuales del debate, con referencia en su caso a las resoluciones jurisprudenciales españolas que, o bien ponen de manifiesto la existencia de inconvenientes, o bien ofrecen soluciones. Finalmente, hay que tener en cuenta que si bien buena parte de los problemas para la efectividad de las acciones de indemnización de daños surgen de las legislaciones nacionales, especialmente de la normativa procesal, es cierto que también existen extremos en los que será preciso analizar la normativa comunitaria.

3.1. Incidencia en el programa de clemencia

En realidad no se trata de un problema exclusivo de las legislaciones nacionales, pero la incidencia de las acciones de reparación de daños en los programas de clemencia, tanto el Comunitario como los nacionales, puede suponer un problema sobre el que se ha manifestado una cierta preocupación, como se refleja en el *Libro Blanco*.³⁸

Cualquier consideración que se realice en este apartado no puede olvidar los indudables efectos positivos para la detección de los cárteles de los programas comunitarios de clemencia, y la preocupación porque el temor a una reclamación de perjuicios pudiera llegar a desincentivar acogerse a ese programa, en la medida en la que quien se acoge al mismo puede verse expuesto a una cuantiosa reclama-

38. *Libro Blanco*, apartado 2.9. En el *Libro Verde* (apartado 2.7) se plantean diversas alternativas para que las indemnizaciones de daños y perjuicios no afecten a la eficacia de los programas de clemencia.

ción de daños. Hay que tener en cuenta que, en buena parte, el solicitante de clemencia se sitúa en peor condición que los restantes miembros del cártel, en la medida en la que él mismo ha reconocido su participación en el mismo, mientras que los restantes pueden negarla.

Este problema, posiblemente, haya sido indebidamente magnificado. En primer lugar, entre las acciones de reclamación de daños y perjuicios, el problema solo se presentará en las acciones de seguimiento, esto es en aquellas en las que ha actuado con anterioridad a la acción privada una intervención de la autoridad pública. Por otra parte, algunas de las medidas propuestas, como más adelante se comentará, consistentes en las limitaciones al acceso de las pruebas, especialmente la declaración del solicitante de clemencia, solo tendrían sentido en un supuesto; es decir, cuando la intervención de la autoridad de la competencia no haya concluido.

En el debate existente a partir de la publicación del *Libro Verde* en 2005 se han formulado diversas propuestas, que no solo parten de la necesidad de no desincentivar el programa de clemencia, sino en buena medida del reconocimiento de unas ciertas ventajas al clemente también en el campo de las reclamaciones de perjuicios, ya que si las víctimas de los cárteles pueden reclamar los perjuicios se debe a que la existencia del cártel se ha puesto de manifiesto por la declaración del clemente y, por lo tanto, este debe ser compensado de alguna manera.

Una de las alternativas existentes para beneficiar los programas de clemencia, consiste en limitar la responsabilidad en las acciones privadas para el solicitante de clemencia. Como se ha remarcado, el *Libro Blanco* señala de forma confusa la posibilidad de «limitar la responsabilidad del beneficiario de inmunidad a las demandas realizadas por sus socios contractuales directos o indirectos», lo cual parece, lo que constituiría un error, una cierta orientación hacia la limitación subjetiva de la responsabilidad.³⁹ En cualquier caso, ha de plantearse una cierta limitación de la responsabilidad, pero debe descartarse, como es lógico, la exención total de la responsabilidad, porque supondría un supuesto que limitaría los derechos del perjudicado. Téngase en cuenta que, de llegar a ese extremo, quien solo hubiera contratado con el solicitante de clemencia, y no con los restantes miembros del cártel, se vería imposibilitado de reclamar los perjuicios que se le han causado por el sobreprecio consecuencia del cártel. Indudablemente, hay que tener en cuenta que a quien se acoge al programa de clemencia se le exime del pago de la multa, pero no se le concede una excusa absolutoria, ni por ello desaparece la ilicitud de su conducta, que sigue siendo ilícita, aunque no se le imponga sanción. La exclusión de la responsabilidad civil a un integrante de un cártel por el solo hecho de haber solicitado clemencia, supondría privar de sus derechos a los perju-

39. QUIJANO, J.: «Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, op. cit., pág. 492.

dicados, lo cual no puede pretenderse atendiendo a los criterios de la más elemental lógica.

Sin llegar a esos extremos, se pueden buscar otras fórmulas para limitar la responsabilidad del solicitante de clemencia, y entre ellas la que goza de mayor aceptación parte del supuesto de que se declare la responsabilidad solidaria de todos los miembros del cártel, como parece que debe preverse. Pues bien, si existe esa responsabilidad solidaria, el que se acoja al programa de clemencia podría ser excluido de la misma, limitando su responsabilidad exclusivamente a los daños causados directamente por él mismo.⁴⁰

Otra de las alternativas barajadas en el *Libro Blanco* consiste en declarar secretos los documentos y declaraciones acompañados a la solicitud de clemencia, así como todos los datos y documentos facilitados por la empresa acogida al programa de clemencia. Vaya por delante que, a pesar del apoyo del que goza esta medida, no parece que tenga entidad suficiente para limitar la desincentivación hacia programa de clemencia.

Se pueden contemplar dos supuestos. En primer lugar, que la acción privada de reclamación de daños se haya interpuesto sin que haya habido decisión definitiva de la autoridad administrativa de la competencia, aun cuando no parece que esa alternativa vaya a ser la más frecuente. En ese supuesto, el declarar secretos los documentos relativos a la solicitud de clemencia puede constituir una opción válida, si bien en la propia norma debería establecerse que el carácter secreto alcanza incluso a los órganos jurisdiccionales, ya que si no hay una ley que así lo disponga, al menos en España, el Juez que conozca de la reclamación de daños puede recabar el envío de todos los documentos que obren en poder de la autoridad administrativa, incluso con apercibimiento de proceder por el posible delito de desobediencia a la autoridad judicial. Pero vaya por delante que este supuesto no será el más frecuente, ya que tal como ha ocurrido en España y en la mayor parte de los Estados miembros,⁴¹ y a diferencia de lo que ocurre en los EE. UU., la mayor parte de las acciones de reclamación de daños son acciones de seguimiento y se ejercitan tras la decisión de la autoridad de la competencia, declarando probada la conducta anticompetitiva.

El segundo supuesto, más frecuente como ha quedado señalado, consiste en el ejercicio de la acción de daños tras la decisión de la autoridad de competencia. En este supuesto, la prohibición de acceso a los documentos ha de tener escasa virtualidad a los efectos de demostrar acreditada la conducta, porque tal acreditación resultará de forma indubitada en la propia decisión de la autoridad de competen-

40. Esta fue la propuesta realizada por la OFT al Gobierno del Reino Unido en el año 2007 y ha gozado de gran aceptación. COLLINS, P.: «Interacción entre la aplicación pública y las acciones privadas de daños y perjuicios: perspectiva de las Autoridades de la Competencia», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, op. cit., págs. 714-715.

41. Como se puso de manifiesto en las distintas ponencias presentadas en el citado Congreso sobre Aplicación Privada celebrado en la Universidad de Valladolid.

cia. Otra cosa sería que entre la documentación aportada por el solicitante de clemencia se contengan datos que permitan la cuantificación de la reclamación, lo cual no será frecuente, en cuyo caso tendría un cierto sentido mantener, también en este caso, la prohibición del acceso a esa documentación por parte de los demandantes.

Este debate ha incrementado su intensidad a partir de la sentencia Plfeiderer del TJ.⁴² En el supuesto que se sometió a la decisión prejudicial del TJ, la empresa Plfeiderer solicitó el acceso completo al expediente sancionador seguido contra un cártel, incluidos los documentos relativos al procedimiento de clemencia, para promover una reclamación de daños y perjuicios contra todos los integrantes del cártel, lo cual le fue negado por el Bundeskartellamt, dando lugar al recurso en el que se planteó la cuestión prejudicial. La autoridad alemana de la competencia consideró que la eficacia del programa de clemencia podría verse afectada por la entrega de la documentación al reclamante de daños y perjuicios. Al resolver la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia consideró que la normativa comunitaria no se opone a que aquel que pretende reclamar los daños y perjuicios acceda a los documentos del solicitante de clemencia, y que corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros determinar las condiciones en que debe autorizarse o denegarse el acceso.

Tras esta sentencia, que ha provocado gran preocupación entre las autoridades de la competencia, en la actualidad está pendiente la cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional austríaco, en la que se plantea si una disposición nacional de la competencia que supedita la concesión del acceso a los expedientes de la autoridad, con la finalidad de preparar una acción de daños y perjuicios, al consentimiento de todas las partes del procedimiento.⁴³

En cualquier caso y en la medida en la que la mayor parte de las acciones de daños que se promuevan sean acciones de seguimiento, no parece que el temor a la desincentivación proceda tanto del acceso al expediente como a la mera posibilidad de la existencia de tal acción, y en ese orden de cosas, no parece previsible que se desincentive el programa de clemencia por el hecho de que se faciliten las acciones de reclamación de perjuicios, ya que, como se ha señalado con anterioridad, al menos por el momento, no hay conciencia de que tales acciones tengan efecto disuasorio, esencialmente por las dificultades existentes para su ejercicio, si bien es cierto que si con la propuesta normativa comunitaria se superan tales inconvenientes, aumentará el número de reclamaciones de perjuicios en materia de competencia y, consecuentemente, su valor disuasorio. E incluso en países, como ocurre en EE. UU., en los que ese efecto disuasorio es evidente, no parece que la existencia de tales acciones, incluso las colectivas, haya desincentivado el

42. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 14 de junio de 2011, asunto C-360/09.

43. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberladsgericht Wien el 20 de octubre de 2011—Bunneswettbewerbbehörde/Donau Chemie y otros.

programa de clemencia. No resulta descabellado pensar que en la medida en la que las sanciones por infracciones de competencia sean elevadas, como ocurre tras las Comunicaciones de multas, tanto en la UE como en España, siempre existirán incentivos para acogerse al programa de clemencia, con independencia de las posibles reclamaciones de daños.

3.2. Plazo de prescripción de las acciones

Uno de los inconvenientes de mayor trascendencia para el ejercicio de las acciones de responsabilidad de daños en materia de competencia lo constituye el exiguo plazo para determinar la prescripción de las acciones, que produce con frecuencia que sea imposible preparar una demanda en tiempo.

En alguna medida el denostado artículo 13.2 de la LDC de 1989 tenía una virtualidad: el hecho de que no se pudiera iniciar una acción de reclamación de daños y perjuicios hasta que hubiera una decisión firme de la autoridad de competencia, si bien es cierto que alargaba considerablemente la posibilidad de restitución de los perjuicios causados, al tiempo determinaba claramente el *dies a quo* desde el que empezaba a contarse el plazo de prescripción, y, por otra parte, podría interponerse la acción con facilidad por cuanto que la documentación sobre la cuantificación de los daños y demás extremos y documentos necesarios para su interposición habrían podido ser recogidos durante la larga tramitación del expediente administrativo y su revisión jurisdiccional. Con la nueva Ley 15/2007, al haber desaparecido ese requisito de procedibilidad, la determinación del *dies a quo* resulta más dudosa, porque si es posible la aplicación privada de las normas de la competencia y se puede lograr en un litigio privado una decisión sin necesidad de que exista una decisión administrativa, ello tiene como consecuencia que el plazo de prescripción empieza a contar desde el día que tuvo lugar la infracción y, por lo tanto, es posible, por no decir que altamente probable, que cuando la autoridad de competencia dicte su resolución, pueda interpretarse que la acción de reclamación de daños haya prescrito.⁴⁴

Algo más podría añadirse respecto al plazo de prescripción. Normalmente se viene admitiendo que el plazo de prescripción es el que corresponde a las reclamaciones por culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1968 del mismo cuerpo legal, es de un año, lo cual resulta indudable para los supuestos de acciones basadas en abuso de posición dominante realizadas fuera de la vida contractual y para las reclamaciones de los compradores indirectos en los supuestos de cártel, aun cuando podría plantearse

44. El artículo 1969 del Código Civil establece que el tiempo para la prescripción de las acciones empieza a contarse desde el día que pudieron ejercitarse, y al desaparecer el requisito de procedibilidad que exigía la existencia de una resolución administrativa firme, las acciones pueden ejercitarse desde que se realiza la conducta o al menos desde que se le ponga fin, sin que el expediente administrativo paralice el plazo de prescripción.

que las acciones promovidas por las víctimas de abuso contractual, o bien por los compradores directos dañados por los acuerdos de cártel, podrían tener cabida en las acciones de culpa contractual y, por lo tanto, tener un plazo de prescripción de quince años, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1964 del Código Civil, por tratarse de una acción personal. Es cierto que, aunque en algunos casos haya habido interpretaciones equívocas, parece ser un criterio universalmente aceptado que las acciones de reclamación de daños se basan en el artículo 1902 del Código Civil, es decir, en culpa extracontractual.⁴⁵

Planteadas la cuestión en estos términos, recientes decisiones de los órganos jurisdiccionales españoles han puesto de manifiesto cuánto tanto en el *Libro Verde* como en el *Libro Blanco* se manifiesta sobre la limitación que para el ejercicio de acciones de responsabilidad en materia de competencia plantean las cuestiones relativas a la prescripción, especialmente graves en España si ha de partirse de un plazo tan breve como es el indicado de un año.

Las sentencias que plantean en términos especialmente graves para la reclamación de perjuicios, que queda en la práctica imposibilitada se refieren a las iniciadas por Energya VM (anteriormente Céntrica) contra dos de las empresas eléctricas y tienen como fundamento las cinco Resoluciones de la CNC que en el mes de abril de 2009 condenaron a otras tantas empresas distribuidoras eléctricas por abuso de posición dominante, por haber negado a la demandante el acceso a la información al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS). Tras las resoluciones, la perjudicada inició las correspondientes acciones de indemnización de perjuicios contra cada una de las distribuidoras condenadas, que en algunos supuestos han sido desestimadas por haber considerado los correspondientes órganos jurisdiccionales que había transcurrido el plazo de prescripción.⁴⁶ Un tercer

45. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Valladolid desestimó por otras razones, una reclamación de diversas empresas contra uno de los integrantes del cártel del azúcar que había sido sancionado por el TDC en su Resolución de 25 de abril de 1999. La reclamación se había presentado como basada en el artículo 1902 del Código Civil, pero el juzgador consideró que podría tener mejor encaje en la culpa contractual del artículo 1.101 del mismo cuerpo legal, por cuanto que consideró que el acuerdo de cártel tuvo reflejo en cada contrato concreto de compra de azúcar entre la demandada y los actores.

46. La Sentencia de 16 de julio de 1910 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao desestimó la demanda promovida frente a Iberdrola por considerar que la acción había prescrito, tomando como *dies a quo* el día en el que se negó la información, aun cuando considera que incluso si se estimara que el plazo empezara a contar desde que se facilitó la información, igualmente la acción habría prescrito. La Audiencia de Vizcaya, en su sentencia de 8 de julio de 2011, desestima el recurso contra la del JM de Bilbao y, si bien estima que el plazo de prescripción empieza a contar en el momento en el que la conducta infractora termina, confirma la desestimación de la demanda por prescripción. El Juzgado de lo Mercantil n.º 4 bis de Madrid desestimó igualmente la demanda promovida frente a Unión Fenosa, por considerar prescrita la acción, considerando que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción es aquel en el que finaliza la infracción, en el caso de autos, el día en el que la demandada facilitó los datos solicitados. En la sentencia se analiza que, como resulta evidente tras la derogación de la LDC de 1989 y en concreto de su artículo 13.2, la LDC 15/2007 al permitir que los órganos jurisdiccionales conozcan de las acciones basadas en las infracciones de competencia, la existencia del expediente ante la CNC no interrumpe el plazo de prescripción, aplicando la jurisprudencia del TS según la cual la tramitación de un expediente administrativo no interrumpe el plazo prescriptivo. Estas sentencias han sido comentadas por JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J.; OÍs, A. y MASÍA, J. en «Examen de cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España», pendiente de

proceso, tramitado en Barcelona, terminó con una sentencia en la que se estimó la demanda, pero en este proceso no se planteó el problema de la prescripción.⁴⁷

Las cuestiones sometidas a debate en estos procedimientos seguidos ante la jurisdicción mercantil se centran fundamentalmente en la determinación del *dies a quo*, es decir en la interpretación del artículo 1969 del Código Civil, sobre cual es el día en el que se pudo ejercitar la acción, si fue el día en el que se produjo la infracción o el día en el que se le puso fin, y parece que se impone esta segunda fecha, ya que solo cuando termina la infracción pueden determinarse sus efectos dañinos, pero no cabe duda que en ningún momento se considera que la tramitación del expediente administrativo ante la CNC produzca efectos de interrupción de la prescripción,⁴⁸ lo cual obviamente supone un gran inconveniente para el ejercicio de las acciones de seguimiento.

Estos inconvenientes parecen haber sido adivinados por la Comisión Europea, al buscar soluciones que permitan facilitar el ejercicio de acciones de responsabilidad, y es por ello por lo que pueden proponerse dos medidas armonizadoras de las legislaciones nacionales que eliminarán tales inconvenientes, lo cual resultará evidente para el caso de la legislación española: en primer lugar, establecer un plazo de prescripción de al menos dos años y, en segundo lugar, fijar que el plazo para las acciones de seguimiento empezará a contarse desde el momento en el que la autoridad de competencia haya dictado su resolución.

3.3. Defensa del *passing on*

La cuestión relativa a la admisibilidad de la defensa del *passing on*, según la cual el demandado por daños y perjuicios puede argumentar que el perjudicado por sus precios excesivos —consecuencia de una conducta contraria a la libre competencia— ha repercutido sus precios en sus clientes, y, en definitiva, quien termina pagando el incremento de precios es el consumidor, por lo que solo este puede considerarse legitimado. La formulación positiva permite la legitimación de los compradores indirectos, porque en realidad a ellos les han repercutido el incremento de los precios, pero igualmente tiene una formulación negativa que consiste en una excepción formulada por el demandado frente a una acción de reclamación de daños formulada por el comprador directo. El autor de la conducta contraria a la competencia puede alegar que, en la medida en la que el comprador

publicar en el momento de redactar estas líneas en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, en el número que ha de ver la luz en noviembre de 2012.

47. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona de 20 de enero de 2011 y la recaída en el recurso de apelación interpuesto, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de abril de 2012 recaída en el proceso interpuesto por Céntrica contra Endesa, admitieron parcialmente la demanda.

48. Ver los fundamentos de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 bis de Madrid, anteriormente comentada en la nota 46, que coinciden con lo apuntado en el texto en base a la jurisprudencia según la cual la tramitación de un expediente administrativo no interrumpe el plazo prescriptivo.

indirecto ha repercutido los precios en sus clientes, no se le han ocasionado perjuicios. El problema es que ambas formulaciones van necesariamente ligadas, en la medida que si no se reconoce el *passing on* como excepción, la consecuencia lógica conduce a que no se pueda admitir la formulación positiva y, por lo tanto, no se le puede reconocer legitimación a los compradores indirectos.⁴⁹

La cuestión presenta diferentes aristas y no es posible una respuesta unívoca. En realidad el tratamiento que se lee dé a la cuestión tiene que tener en cuenta cual es la prioridad de las acciones de indemnización de daños y perjuicios por infracciones en materia de competencia. Si partimos del concepto decimonónico, presente en nuestro Código Civil, según el cual la finalidad de la reclamación de perjuicios debe ser restaurar la situación dañada por la infracción, sin que pueda producirse un enriquecimiento injusto por parte de las víctimas, se debe admitir en toda su extensión el principio. Si por el contrario, las acciones de esta índole tienen una finalidad fundamentalmente disuasoria de las conductas anticompetitivas, no ha de importar tanto el posible enriquecimiento de las víctimas como el limitar la posibilidad de que el infractor de las normas de la competencia pueda obtener un beneficio ilícito de su conducta.

Pero otras muchas cuestiones pueden considerarse. En primer lugar, ni es cierto que siempre se pueda producir la repercusión de la totalidad del incremento de los precios, ni es cierto que, ni aunque así sea, los compradores directos no se vean perjudicados. En cualquier caso, la posibilidad de repercutir los precios dependerá de varios factores tales como la elasticidad de la oferta, la elasticidad del precio de la demanda, el grado de competencia y el peso del input sobre el producto final. Y aunque fuera posible, de manera hipotética, que la totalidad del precio se repercutiera, siempre habrá un efecto de disminución de la demanda por el incremento del precio, y en consecuencia, un perjuicio, aunque parcial, del comprador directo. Cabe, en consecuencia, la posibilidad de admitir un *passing on* parcial, según el cual los compradores directos podrían reclamar los perjuicios efectivamente a ellos causados, y el resto podrían hacerlo los compradores indirectos.⁵⁰

Ahora bien, incluso para la defensa del *passing on* parcial existen inconvenientes, en la medida que no se puede ocultar que las acciones realizadas por los compradores indirectos y los consumidores son menos previsibles que las de los compradores directos, ya que, al ser los perjuicios de aquellos menores considerados individualmente, existen menos incentivos para su ejercicio. Planteada en estos términos,

49. Un bien fundamentado estudio sobre el particular lo constituye el trabajo de los profesores de la Universidad de Valladolid VELASCO, L. A. y HERRERO, C. («La *passing-on defence*, ¿un falso dilema?», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, op. cit., págs. 593-604) en el que analizan las limitaciones de la admisión del principio en la jurisprudencia norteamericana, especialmente por consideraciones relacionadas con el hecho de que su admisión en un buen número de casos repercutiría negativamente en los efectos disuasorios de la aplicación privada y la reclamación de perjuicios.

50. DELGADO, J. «Cuestiones prácticas sobre la *passing-on defence*», ponencia presentada en la jornada organizada sobre la cuestión por la Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC) el 19 de junio de 2012 en Madrid.

resultaría que los perjuicios ocasionados se reparten entre los compradores directos, y los indirectos, entre ellos los consumidores, y si estos no reclaman su importe, quien se ve beneficiado es el infractor. Si por el contrario, no se admite esa excepción (lógicamente ni en su vertiente negativa, es decir, propiamente como excepción, ni en su aspecto positivo, es decir no se reconoce la legitimación a los compradores indirectos) quienes se ven beneficiados son los compradores directos.⁵¹

Las experiencias españolas no resultan especialmente modélicas, si tenemos en cuenta que sobre un mismo supuesto de hecho, es decir, en dos demandas dirigidas contra dos diferentes integrantes del mismo cártel, las resoluciones recaídas han resultado contradictorias. Se trata de las reclamaciones de perjuicios consecuencia del cártel del azúcar.⁵² Determinados fabricantes de productos que utilizaban el azúcar demandaron ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Valladolid a una cooperativa integrante del cártel. El juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Valladolid⁵³ revocó la sentencia y, aunque hizo unas consideraciones que podrían tener relación con la defensa del *passing on*, no consideró que se alterara por ello la prosperabilidad de la demanda. El Tribunal Supremo, confirmó esta sentencia desestimando el recurso que estaba basado, entre otros extremos en el argumento de que los demandantes no habían tenido perjuicio porque habían repercutido los incrementos en sus clientes.⁵⁴

Los propios demandantes, junto con otros perjudicados, promovieron otra acción de reclamación de daños contra otra de las empresas condenadas por el cártel del azúcar ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid n.º 50, que estimó parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la condenada, la Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia de instancia y desestimó la

51. ALFARO, J. En el trabajo citado se muestra fervientemente contrario, siguiendo la corriente norteamericana, a la admisión de la excepción del *passing on*, por considerar que no existe necesaria conexión entre los daños sufridos por el fabricante a quien se le incrementan los insumos y los daños sufridos en forma de aumento de costes. El no admitir esa defensa puede incentivar a los fabricantes a no repercutir los incrementos producidos como consecuencia de un incremento de precio como consecuencia de un cártel, si piensa que se recuperará íntegramente si ejercita una acción de reclamación de daños.
52. Sancionado por la Resolución del TDC de 15 de abril de 1999, que fue ratificada tanto por la AN como por el TS. Hay que tener en cuenta que se aplicó la LDC de 1989, y más en concreto el artículo 13.2 de la misma, por lo que no pudo iniciarse el ejercicio de acciones de indemnización hasta la firmeza de la resolución. Las fechas entre el inicio del cártel (1995) y la hasta ahora única sentencia del TS (2012), hablan sobradamente de los efectos perniciosos de ese precepto.
53. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de octubre de 2009. En su FJ Tercero se señala: «Es de lógica que si la demandada vende a precios excesivos, los compradores directos de estos productos sufrirán un perjuicio por la parte del precio pagado por la adquisición de esos productos que excede del precio competitivo. Los compradores directos pueden adoptar dos posturas, bien repercutir la totalidad o parte de esa subida en sus propios clientes (los minoristas, y estos a su vez en los consumidores), lo que no conllevaría ningún tipo de perjuicio, porque, en definitiva, si se siguen manteniendo las ventas, como ocurre en el caso del azúcar (no olvidemos que es un producto que no puede ser sustituido por ningún otro) o bien asumir ellos solos esa subida sin repercusión alguna en el resto de los integrantes de la cadena, en cuyo caso la repercusión de la subida sí tiene verdadera importancia en cuanto a los beneficios dejados de obtener».
54. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012, en la que argumenta que la repercusión del sobreprecio por parte de los demandantes en los clientes lo alega el recurrente sin soporte alguno (FJ Decimosexto).

demanda⁵⁵ por considerar que existían pruebas de que se habían repercutido los precios.

Con independencia de lo llamativo que puede resultar que en casos basados en el mismo supuesto de hecho hayan recaído decisiones contrarias, lo cierto es que en ambos casos se acepta la defensa del *passing on* como un todo; es decir, que si en un caso se afirma que no ha existido prueba de la repercusión, en el otro se estima que esa prueba ha existido y se acepta plenamente la defensa del *passing on*. Posiblemente hubiera sido más adecuado, si ha de admitirse el principio del *passing on*, analizar supuestos de *passing on* parcial porque estimarlo en su totalidad (como hace la Audiencia Provincial de Madrid y parece aceptar la de Valladolid, aunque lo desestime por no estar basado en pruebas) supone desincentivar las acciones de reclamación de daños en materia de competencia. En el supuesto de admitir el principio, parece que en esos supuestos de hecho se podrían dar las condiciones para un *passing on* parcial, es decir, admitir que parte de los incrementos, pero no la totalidad, se han repercutido y, además, que los compradores de azúcar han podido tener otros perjuicios, tales como la disminución de la demanda. Pero esa posibilidad requiere un análisis más sofisticado que no se ha realizado en los supuestos analizados.

En esta materia, la posición de la Comisión relaciona la admisión de la defensa del *passing on* con las acciones colectivas, especialmente la de los consumidores, pues de no existir estas, se produciría un enriquecimiento injusto del infractor ya que los verdaderos perjudicados, es decir, los consumidores, no tendrían incentivos para reclamar los perjuicios. En esos términos, admite la defensa del *passing on*, presumiendo que se ha producido, pero admitiendo la prueba en contrario y abriendo, en consecuencia, la vía para la admisión de un *passing on* parcial, con lo cual tanto los compradores directos como los indirectos podrán reclamar una parte de los perjuicios producidos, de acuerdo con determinadas reglas, que deberían constar en una Comunicación de la Comisión, para determinar el reparto entre unos perjudicados y otros, de acuerdo con los criterios contenidos en el documento de la Comisión de 2009 sobre cálculo de las indemnizaciones de daños.⁵⁶

55. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de octubre de 2011. En ella se hace referencia a la posibilidad que abre el *Libro Blanco* de alegar la defensa del *passing on* y se centra en el análisis de los elementos de prueba, prestando especial relevancia a las alegaciones realizadas ante el TDC por la asociación empresarial denunciante, a la que pertenecían parte de los demandantes, según las cuales se había repercutido el precio, sin especificar, hay que añadir, si total o parcialmente, y no teniendo en cuenta el contenido del informe pericial acompañado por las demandantes en el que se alega, es cierto que en términos poco concluyentes, que no es probable que los incrementos se hayan repercutido en los clientes. No parece que las pruebas en las que se basa la Audiencia Provincial y, en concreto, las manifestaciones de la asociación empresarial denunciante en el procedimiento administrativo gocen de entidad suficiente como para admitir la defensa de *passing on* en todos sus extremos.

56. «Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts», disponible en la página web de la Comisión. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

3.4. Efecto vinculante de las decisiones de las autoridades de competencia

Partiendo del hecho cierto de que la mayor parte de acciones de indemnización de perjuicios que se han ejercitado hasta el momento, y que así es previsible que siga siendo, son acciones de seguimiento, es decir, reclamaciones de perjuicios tras una decisión de la autoridad de la competencia, se plantea el valor que han de tener las decisiones de las autoridades de competencia para los órganos jurisdiccionales ante los que se ejerciten las acciones de reclamaciones de perjuicios.

Cuando la autoridad de competencia es la Comisión Europea, el artículo 16.1 del Reglamento 1/2003 ofrece la solución al establecer que cuando los jueces y magistrados se pronuncien sobre conductas que hayan sido objeto de una decisión de la Comisión Europea «no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión», con lo cual queda establecido el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión. No ocurre otro tanto cuando la decisión es de una autoridad nacional, ni cuando aplica el Derecho comunitario de la competencia, por lo cual, al no preverlo la norma, los órganos jurisdiccionales no se sienten vinculados por las decisiones de los órganos administrativos encargados de la competencia, por lo que, en teoría, en el supuesto de una acción de seguimiento, el debate podría llegar incluso a la negación por parte de los demandados de la existencia de una conducta contraria a la competencia que hubiera sido condenada por la autoridad administrativa. La Ley de Defensa de la Competencia de 2007 —que incluyó un buen número de disposiciones para tratar de evitar las resoluciones contradictorias, bien cuando se tramitaban simultáneamente acciones de aplicación privada y pública, o bien para que las opiniones de la CNC fueran escuchadas en el supuesto de acciones independientes de aplicación privada— no previó disposición alguna por la que se estableciera el carácter vinculante de las resoluciones de la CNC en el supuesto de acciones de seguimiento.

Tal extremo es cierto, aunque no puede ocultarse que la decisión de la autoridad de la competencia constituye un elemento de gran valor, como reconocen los propios órganos jurisdiccionales.⁵⁷

Otra cosa puede ocurrir cuando las decisiones de la autoridad administrativa han sido confirmadas en el posterior proceso de revisión jurisdiccional en virtud de los recursos contenciosos interpuestos. En el supuesto del cártel del azúcar, la resolución del TDC había sido confirmada tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo, por lo que la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid⁵⁸ señala que la existencia de perjuicios por el cártel había sido establecido en la resolución del TDC, ratificada por la revisión contencioso-administrativa,

57. Por poner un ejemplo en el caso español, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona n.º. 2 de 20 de enero de 2011 (citada por JIMÉNEZ-LAIGLESIA, ORÍS y MASÍA en el lugar previamente citado), que después de reconocer que la Ley 15/2007 no contempla tal vinculación «(e)llo no obstante y a los efectos de este procedimiento, es evidente que las resoluciones de la CNC constituyen un elemento de gran valor».

58. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 9 de octubre de 2009, anteriormente citada.

por lo que no se podía negar la existencia de perjuicios, correspondiendo únicamente al proceso de aplicación privada fijar la cuantía de tales perjuicios.

(e)s como si estuviéramos ante una ejecución de sentencia, en donde, después de haber seguido un largo procedimiento en el que se han declarado que se han producido grandes daños y desperfectos llegara el momento de la evaluación de los mismos y se dijera que esos graves daños que se indican en las sentencias ya firmes y que se calificaron de graves se evalúan en cero euros.

Esta ausencia de carácter vinculante de las decisiones de las autoridades de la competencia puede producir, aunque la posibilidad es más teórica que real, situaciones de resoluciones contradictorias que pueden afectar a la seguridad jurídica, por lo que a tenor de los documentos comunitarios relativos a las reclamaciones de perjuicios se propone la medida de igualar el régimen existente para las decisiones de la Comisión Europea y establecer el carácter vinculante de las decisiones de las autoridades de la competencia, en principio cuando aplican el Derecho comunitario. A las legislaciones nacionales les corresponderá establecer una similar medida para el supuesto de que apliquen las normas nacionales de la competencia.

Lógicamente ni en la disposición prevista en el Reglamento 1/2006 ni en las propuestas de la Comisión se exige que las decisiones de las autoridades de la competencia hayan sido confirmadas por la correspondiente jurisdicción revisora de los actos administrativos. Por lo cual, no puede ocultarse que, en el supuesto de que en virtud del recurso contencioso interpuesto, la jurisdicción revisora anulara la decisión de la autoridad de la competencia si ya hubiera recaído una sentencia (condenando a los daños ocasionados por una conducta contraria a la competencia), que posteriormente se declarara que no ha resultado acreditada, se plantearía un conflicto de difícil solución.

3.5. Cálculo de las indemnizaciones

Uno de los problemas más significativos a la hora de facilitar las acciones de indemnización de perjuicios lo constituye el cálculo de estos. La determinación y cuantificación de los daños resulta cualquier cosa menos sencilla y, en cualquier caso, precisa de costosos y complicados estudios económicos cuyo valor encarece el ejercicio de las acciones correspondientes, constituyendo en buena medida un elemento disuasorio para su inicio.⁵⁹

59. Los problemas derivados de la cuantificación de daños han sido expuestos en numerosos comentarios: REQUEJO, A. 2008. «La cuantificación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia: comentarios al *Libro Blanco* de la Comisión Europea», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nueva época, n.º 5; JIMÉNEZ LATORRE, F. 2008. «Aspectos económicos de

Las dificultades sobre la cuantificación de los daños han estado muy presentes en los casos analizados hasta el momento por la jurisprudencia española. Un caso significativo lo constituye el litigio promovido por Antena 3 frente a la Liga Nacional de Fútbol Profesional, en reclamación de los perjuicios causados por el abuso de posición dominante de esta última al negarle la posibilidad de retransmisión de los partidos de fútbol.⁶⁰ El Juzgado de Primera Instancia⁶¹ dictó una sentencia estimando la demanda y condenando a la demandada al pago de una cantidad algo inferior a la solicitada. El problema fundamental de la sentencia consistió en determinar el importe del lucro cesante, partiendo de los datos y pruebas obrantes en autos, que consistieron fundamentalmente en dos estudios de carácter económico aportados por las partes en el proceso, cuantificando en una elevada suma el presentado por la demandante, basados en la pérdida de los ingresos publicitarios al no disponer de la posibilidad de retransmisión acontecimientos de tanta audiencia como los partidos de fútbol, mientras que el aportado por la demandada negaba la existencia de tales perjuicios. La juez realizó un análisis de tales informes y consideró más consistentes los argumentos del informe pericial presentado por la demandante, aunque redujo un tanto la cantidad reclamada.

Interpuesto recurso de apelación por la condenada, la Audiencia Provincial de Madrid⁶² estimó el recurso y desestimó la demanda. Los argumentos del tribunal de apelación consistieron esencialmente en un análisis crítico del informe pericial acompañado por la demandante y, como consecuencia, declarar que no había sido acreditado el perjuicio reclamado. El análisis efectuado consideraba que el informe pericial estaba realizado sin sustento real alguno y basado en un escenario teórico y subjetivo que no se ajustaba a la realidad, por considerar que no estaba justificado cuál habría de ser el precio razonable pagado por las retransmisiones, y que habría que haber tenido en cuenta los ingresos publicitarios, que no estaba acreditado que fueran menores, de los programas alternativos emitidos en ausencia de la retransmisión del fútbol.⁶³

En una de los procesos seguidos como consecuencia de las Resoluciones de la CNC que condenaron a los cinco grandes grupos eléctricos por negarles información referente a los SIPS, que se ha citado con anterioridad, el Juzgado de lo Mercantil asumió los criterios del informe pericial aportado por el demandante sobre la

la cuantificación de daños», en el mismo número de *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*; RUIZ PERIS, J. I. 2008. «Determinación de la cuantía de la indemnización por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia», en *Revista de Derecho de los Negocios*, n.º 27; DELGADO, J. y PÉREZ ASENJO, E. «Evidencia económica y cuantificación de los daños y perjuicios en los casos de competencia en España», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, op. cit.

60. Este abuso había sido objeto de una condena por parte del TDC en su Resolución de 10 de junio de 1993.
61. Sentencia de 7 de junio de 2005 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Madrid. Una análisis de esta sentencia se realizó en BERENGUER, L., *loc. cit.* págs. 42-45.
62. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de diciembre de 2006.
63. Otro análisis pormenorizado para fundamentar la cuantificación de daños lo constituye la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid en el asunto Conduit/Telefónica. Aunque se trata de una acción basada en lo previsto en la Ley de Competencia Desleal, la conducta ilícita era un abuso de posición dominante.

determinación del lucro cesante, si bien lo analizó e introdujo ciertas correcciones. La Audiencia Provincial aceptó parcialmente los argumentos del juzgado y contradijo otros, por lo que procedió a incrementar el importe de la indemnización.⁶⁴ Es de señalar que en este proceso la posición tanto del juez como del tribunal iba bien orientada, en el sentido de analizar el contenido de los informes periciales, aceptando aquello que les pareció convincente y rechazando, incluso con criterios diferentes entre el Juzgado de lo Mercantil y la Audiencia Provincial, aquellos extremos que no les pareció así.

En otras ocasiones, los órganos jurisdiccionales no realizan un estudio tan pormenorizado como el realizado en el supuesto citado; o bien realizan una previsión más conservadora de perjuicios y, en consecuencia, rebajan las pretensiones de los actores.⁶⁵ Así, en el citado asunto del azúcar, el juez y la Audiencia Provincial, ambos de Valladolid, admitieron la cuantificación de daños realizada por el informe del perito de los demandantes. Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid,⁶⁶ en la reclamación por el mismo cártel del azúcar, estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada, de manera un tanto acrítica, a pagar una indemnización que alcanzó la mitad de las cantidades solicitadas, que se habían basado en un informe pericial.

Resulta evidente que la cuantificación de los daños de competencia presenta grandes dificultades, por la tradicional concepción de nuestros tribunales sobre la reclamación de daños, por cuanto que ha de basarse normalmente en conjeturas y presunciones. El legislador español se ha mostrado consciente de esta preocupación y ha pretendido introducir preceptos que ayudaran a esta cuantificación, con intervención de las autoridades de la competencia. Así, el artículo 13.3 de la LDC de 1989⁶⁷ disponía la emisión de un informe por parte del TDC sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones a los perjudicados. La Ley 15/2007 previó en su artículo 25.c) que la CNC dictaminará sobre los criterios para la cuantificación de tales indemnizaciones. Estos preceptos ponen de manifiesto el valor de la opinión del órgano especializado para resolver el complicado problema de la cuantificación de los daños y perjuicios.

64. El Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona estimó parcialmente la demanda presentada por Céntrica contra Endesa. Ambas partes presentaron recurso y la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 19 de abril de 2012 desestimó el recurso de la demandada y admitió parcialmente el de la demandante, incrementando el importe de la indemnización fijada por lucro cesante.

65. Ver la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de mayo de 2007, en el asunto 3C Communications. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 26 de julio de 2002, seguida por la vía procesal de la Ley de Competencia Desleal, en el caso Ascensores de Burgos, se desestimó la demanda por considerar inadecuada la cuantificación de los daños. Para un comentario de este supuesto, que había despertado ciertas expectativas, ver DIEZ, F. «El resarcimiento de los daños en la aplicación del Derecho Antitrust, ¿la gran asignatura pendiente? Análisis de la jurisprudencia reciente», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *op. cit.*, págs. 220-221.

66. Sentencia de 1 de marzo de 2011, posteriormente revocada por la Audiencia Provincial por motivos diferentes, como se ha señalado con anterioridad.

67. Precepto introducido por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

En la Resolución de la CNC sobre el cártel del seguro decenal⁶⁸ se establece que el incremento de las primas cobrado por el cártel excedería de los 240 millones de euros, fijando una base para la cuantificación de los perjuicios. Hasta el momento no se tienen noticias de que se haya producido ninguna acción de seguimiento como consecuencia de este cártel.

Precisamente, en el proceso del debate abierto e iniciado tras la publicación del *Libro Verde*, en 2009, la Comisión ha publicado un importante documento denominado «Cuantificación de los daños antitrust. Hacia una guía no vinculante para los órganos judiciales». ⁶⁹ Este documento, que fue sacado a consulta, ha sido objeto de múltiples comentarios elogiosos por cuanto aporta elementos considerablemente positivos para resolver un tema que implica numerosos cálculos de índole económica. Es posible que, como complemento de la Directiva que vaya a aprobarse, los elementos de este estudio se incluyan en una Comunicación de la Comisión, que servirá de pauta, obviamente no vinculante, a los órganos jurisdiccionales nacionales para determinar la cuantía adecuada de la indemnización. Sería conveniente que esta Comunicación, que naturalmente habrá de ser más reducida que el extenso documento de 2009, acogiera algunas de las propuestas sugeridas durante la exposición pública, tales como establecer una presunción (que por supuesto sería *iuris tantum* y admitiría pruebas tanto para reducir el importe previamente calculado como para reducirlo) de que, en los supuestos de cártel, el sobreprecio que se produce es al menos del 10 por ciento, que debería ser repartido entre los perjudicados en el supuesto de *passing on*. Este cálculo predeterminado resulta lógico si se considera que cualquier miembro de un cártel no tiene incentivos para participar en la conducta colusoria si su beneficio no alcanza, como mínimo, ese importe. Esta previsión sería de gran utilidad para todos los demandantes de escasos recursos que podrían acogerse a tal presunción, y en la medida en la que la Comunicación desarrollara de forma adecuada los argumentos, serviría de pauta habitual para los órganos jurisdiccionales. Con tal propuesta se presumiría que la conducta ha producido daños económicos (ya hemos señalado que en algunos casos las resoluciones de la CNC o del TDC habían señalado la existencia de perjuicios económicos, y el posible efecto de tales afirmaciones para las acciones de indemnización de daños de seguimiento) y se invertiría la carga de la prueba en la medida en la que el demandado tendría que demostrar que los daños, o bien no se han producido, o bien no alcanzan ese importe.

68. Resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009. Para un amplio comentario de esta Resolución y del supuesto de hecho y sus consecuencias, ver MARCOS, F. «¿Por qué no puede haber muchas demandas de daños en el cártel español del seguro decenal?», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *op. cit.*, págs. 303-335.

69. Citado en la nota 56. Un comentario del mismo se contiene en GÓMEZ ASENSIO, C. «El estudio de la Comisión Europea de diciembre de 2009 para la cuantificación de los daños antitrust», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *op. cit.*, págs. 229-242.

3.6. Acciones colectivas

Frente a los supuestos en los que el número de perjudicados por las conductas anticompetitivas es reducido y el perjuicio es importante, en cuyo supuesto existen indudables incentivos para el ejercicio de acciones individuales, existe un buen número de casos en los que el conjunto de perjudicados es elevado y la cantidad a percibir por cada uno de ellos es pequeña, por lo que no existen incentivos para el ejercicio de acciones individuales. Para resolver esa situación, ya que al no promover acciones de indemnización los miembros del cártel (piénsese, por ejemplo, en el supuesto de un cártel de larga duración) se beneficiarían con la apropiación de los beneficios de su conducta ilegal, en el *el Libro Blanco* se sugiere la posibilidad de admitir acciones colectivas. En este apartado, y en la medida en la que se están señalando los inconvenientes surgidos en España para el ejercicio de las acciones colectivas, ha de señalarse que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 11) solo prevé esta clase de acciones para el supuesto de consumo.

Es posible contemplar, como se realiza en los documentos de la Comisión, tres modelos de acciones colectivas: las acciones representativas, es decir, las ejercitadas por asociaciones, que pueden ser de empresarios o de consumidores, en nombre de sus afiliados; y las acciones *opt-in* y *opt-out*. Existe un consenso mayoritario para el ejercicio de las dos primeras modalidades (si bien las representativas exclusivamente en su modalidad de *opt-in* y, en cualquier caso, limitando el número de las asociaciones legitimadas y estableciendo rigurosos requisitos para estas) que son plenamente aceptadas en el *Libro Blanco*. El mayor problema se plantea en el supuesto de acciones *opt-out*, en la medida en la que dar facilidades para su ejercicio podría dar lugar a supuestos de abusos de litigiosidad. Para formular una opinión al respecto, resulta necesario considerar determinados extremos.

El primero de los extremos a tomar en cuenta se refiere a la necesidad de establecer un equilibrio entre el papel disuasorio de las acciones de reparación de daños y perjuicios y el riesgo de los abusos de litigiosidad, teniendo en cuenta las experiencias de los países en los que existen las acciones *opt-out*. Y en este orden de cosas hay que tener presente que las acciones representativas, excluidas las *opt-in* y *opt-out*, no resuelven el problema de la falta de incentivos para su ejercicio por el escaso importe de la indemnización que se puede obtener. Si se considera que, como se ha señalado, el principal objetivo que se tiene por parte de quien ha de promover la política y las normas de la competencia no es tanto restablecer las condiciones de justicia y conceder reparaciones de daños, sino disuadir de la realización de las conductas anticompetitivas, no deberían excluirse las acciones *opt-out*. Sometido a balance el riesgo de abusos de litigiosidad y los efectos procompetitivos, por disuasorios, del fácil ejercicio de las acciones de reparación de daños e indemnización de perjuicios, es admisible que los segundos hayan de prevalecer sobre los primeros.

Pero a esa consideración se pueden añadir otras varias, y entre ellas la evidencia empírica. Es cierto que en EE. UU. existe una fuerte corriente a favor de limitar,

como por ejemplo se ha hecho sometiendo a aprobación judicial la retribución de los abogados de los demandantes, la extensión de las acciones colectivas, pero no se puede olvidar que la casi totalidad de ejemplos que se dan de supuestos, que pudieran ser calificados como supuestos de abuso de litigiosidad, no se refieren a procedimientos en materia de competencia, sino a otros campos del Derecho. Entre los ejemplos de los cuarenta casos analizados por los profesores LANDE y DAVIS⁷⁰ sobre reclamaciones de daños en materia de competencia en EE. UU. se incluyen interesantes supuestos de acciones colectivas *opt-out*, que en ningún caso pueden considerarse como abusivas.

A la misma conclusión puede llevarnos la experiencia europea. Algunos países, como Portugal, Dinamarca y Holanda, permiten acciones *opt-out* en materia de competencia y no se han producido supuestos de ejercicio abusivo, e incluso podría señalarse que su utilización ha sido muy limitada.

Aunque el riesgo sea limitado, es cierto que las normas deben establecer preceptos que impidan los abusos de litigiosidad, y en ese orden de cosas algunas de las propuestas contenidas en el *Libro Blanco*, tales como limitar las acciones *opt-out* a las acciones representativas, es decir, exclusivamente a las promovidas por asociaciones, con fuertes exigencias que deben ser impuestas a las asociaciones representativas a las que se le conceda legitimación (por ejemplo, estar incluidas en un registro especial sometido a vigilancia, número de asociados significativo, etc.), pueden resultar más adecuadas que el extremo contrario, es decir, prohibir las acciones *opt-out*.

La alternativa de no imponer en la Directiva la admisibilidad de las acciones colectivas, especialmente las *opt-out*, pero al menos no prohibirlas, podría resultar adecuada para un primer momento, si bien es cierto que con ello se disminuye el efecto disuasorio que debe prevalecer al normativizar en una norma de armonización, las acciones de daños y perjuicios en materia de competencia. Pero, en cualquier caso, esa solución, que podría consistir en dejar abierto este extremo para las legislaciones nacionales, podría resultar equilibrada.

4. Conclusiones

Como se ha repetido hasta la saciedad, el principal objetivo que debe guiar la actuación de las instituciones europeas, particularmente de la Comisión, al aprobar normas que faciliten las acciones de indemnización de daños y perjuicios en materia de competencia, debe ser fortalecer el carácter disuasorio de otras medidas.

El debate, como se ha señalado, de las medidas disuasorias para las conductas contrarias a la libre competencia sigue abierto, y en él debe incardinarse el relativo a las indemnizaciones de daños y perjuicios. Hasta ahora, las medidas disuasorias

70. Ver los trabajos citados en las notas 25 y 27.

de la Comisión Europea, y de la mayor parte de los Estados miembros, residen en la imposición de multas, aunque el propio Reglamento 1/2003 haya introducido otras medidas, como los remedios estructurales, pero es lógico que se piense si se pueden buscar otras vías. Las reglas, contenidas en las respectivas Comunicaciones, sobre el importe de las multas, tienen en cuenta que el importe de la sanción debe alcanzar, como mínimo, el beneficio ilícito obtenido, porque de no ser así, un beneficio ilícito superior a la sanción, unido a la dificultad de detección de los cárteles, puede constituir un incentivo a la cartelización. Ahora bien, si el beneficio ilícito es devuelto a la sociedad por la vía de multas, ¿cuál es el papel de la indemnización de perjuicios? O por formularlo de otra manera, si el beneficio ilícito se devuelve, por la vía de la indemnización de perjuicios, a los perjudicados, ¿debe reducirse el importe de la multa en la medida en la que el beneficio ilícito ha sido asumido?⁷¹

Tales preguntas no tienen una respuesta fácil porque las dos respuestas extremas de las mismas tienen sus evidentes efectos negativos. Por una parte, considerar que el importe de la multa no debe disminuir por el hecho del ejercicio de una reclamación de daños puede producir un efecto de sobredisuasión, en la medida en la que el autor de la infracción debe abonar una cuantía al menos igual al beneficio ilícito dos veces: a la sociedad, por la vía de multas, y a los perjudicados, por la vía de la acción civil. Por el contrario, en el otro extremo, reducir el importe de las multas por la posibilidad de ejercicio de acciones de daños y perjuicios puede suponer el efecto contrario, es decir una disuasión insuficiente. La autoridad de la competencia, al imponer su sanción, desconoce si se va a ejercitar una acción de daños y perjuicios, por lo que si el importe de la multa no alcanza el beneficio ilícito, se producirá una apropiación indebida de una parte de tal beneficio, desapareciendo el efecto disuasorio de la aplicación de las normas de la competencia. Esta segunda opción parece estar mejor fundamentada porque, en buena medida, resultaría paradójico que una iniciativa como la de promoción de las acciones de perjuicios, realizada para disuadir las conductas contrarias a la libre competencia, terminara debilitando la fuerza disuasoria, que debe residir esencialmente en las multas, de las medidas de las autoridades de la competencia.

En cualquier caso, para profundizar en la respuesta a tal alternativa, será preciso esperar a la aprobación de las normas comunitarias que se anuncian, pero no terminan de ver la luz, pareciendo como si sus autores, cual Sísifo, tuvieran que subir una y otra vez la pesada roca a la montaña, o si se quiere, cual Penélope, se dedicaran a tejer y destejer su tela cada día y cada noche.

71. La relación entre el importe de la multa y la indemnización de perjuicios lo pone de manifiesto ALLENDESALAZAR, R. («Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia», en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, *op. cit.*, págs. 33-34) cuando defiende que en las conductas unilaterales el importe de la multa debe ser más bajo porque la cuantificación es más fácil que en las conductas colusorias.