



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

**DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y
PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.
La aplicación privada del Derecho de la Libre
Competencia o Derecho *Antitrust***

Autor/es

Pilar Casajús Bescós

Director/es

Mario Varea Sanz

Facultad de Derecho
2016

ÍNDICE

	Pág.
I. INTRODUCCIÓN	3
II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL	5
III. MODELOS DE APLICACIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO <i>ANTITRUST</i>	8
1. Modelos público, privado y mixto de aplicación del Derecho <i>Antitrust</i>	8
2. En Europa y en España: La evolución del Derecho <i>Antitrust</i>	9
IV. LA APLICACIÓN PRIVADA DE LA NORMATIVA <i>ANTITRUST</i> EN ESPAÑA	12
1. Consideraciones previas	13
2. Competencia	14
3. Fundamento de la pretensión	20
4. El derecho al pleno resarcimiento	22
5. Vías de acción	23
6. La prescripción de las acciones	27
7. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios	29
8. Las acciones colectivas	33
9. Los programas de clemencia	38
V. DERECHO COMPARADO EN LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO <i>ANTITRUST</i> Y EL DERECHO AL PLENO RESARCIMIENTO: USA VS EUROPA Y ESPAÑA	41
VI. CONCLUSIONES	45
VII. BIBLIOGRAFÍA	47

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

ANC: Autoridades Nacionales de la Competencia.

CC: Código Civil.

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

LCD: Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

LDC: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TCE (Tratado): Tratado de la Comunidad Europea, de 24 de diciembre de 2002.

TCEE: Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007.

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1957.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2009 (antiguo TJCE).

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

TRLGSS: Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

UE: Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la situación actual de la aplicación privada de las normas de la libre competencia en España como sistema capaz de conjugar dos ámbitos normativos de nuestro ordenamiento jurídico: la defensa de la competencia y la protección de los consumidores y usuarios.

2. RELEVANCIA DEL ESTUDIO

El interés de realizar dicho análisis descansa en que la aplicación privada de las normas de Defensa de la Competencia (*private enforcement*) resulta idónea para la protección que la propia Constitución establece que debe hacerse tanto de la libre competencia como de los consumidores y usuarios (arts. 38 y 51.1 de la Constitución Española) puesto que, frente a la aplicación pública de las normas de libre competencia, es a través de la aplicación privada cómo los ilícitos anticompetitivos son perseguidos al mismo tiempo que los consumidores y usuarios son resarcidos por los daños y perjuicios concretos que les han sido causados.

La defensa de la libre competencia es importante debido a la influencia significativa que el correcto funcionamiento del mercado tiene en el bienestar del conjunto de la sociedad. Las conductas anticompetitivas tienen una doble incidencia en el bienestar de los individuos: de un lado, afectando al interés general de la sociedad en su conjunto, en tanto en cuanto las conductas anticompetitivas alteran el orden público económico en beneficio de unos pocos y en detrimento de otros muchos (peores precios y/o calidad de producto y/o menor cantidad de producto) y, de otro lado, afectando a los intereses particulares de los perjudicados (consumidores, proveedores, competidores, etc.) que, interviniendo en el mercado, sufren un menoscabo directo en sus derechos e intereses (pago de sobrepuestos, entre otros).

A su vez, la protección de los consumidores en el mercado resulta imprescindible por la especial posición como "parte débil" que en el mercado ostentan. Ello es debido a la asimetría de información (el consumidor y usuario desconoce el proceso productivo, así como el funcionamiento de mercado) y de capacidad negocial (su posición es más débil en el momento de contratar, lo cual le conduce a condiciones abusivas, entre otras)

existentes entre los dos polos de la relación de mercado establecida entre consumidor y empresario o profesional.

3. METODOLOGÍA

En el desarrollo de este trabajo se han utilizado fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales, tanto de ámbito nacional como europeo.

Como fuentes legales se ha acudido principalmente a la normativa de la libre competencia europea establecida en los artículos 101 y 102 TFUE y en el Reglamento comunitario 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado –actuales 101 y 102 TFUE-; y a la normativa nacional de defensa de la competencia de los artículos 1 y 2 de la LDC, a la LEC y al TRLGDCU. Destaca también, dentro de la normativa europea, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, cuya trasposición deberá hacerse a más tardar el 27 de diciembre de 2016 y que introduce una armonización comunitaria en relación a las acciones de daños.

En cuanto a las doctrinales, se ha acudido a ellas con el fin de poder abarcar con mayor precisión y claridad las distintas cuestiones expuestas en el trabajo como es el caso de las aclaraciones conceptuales que han debido hacerse en relación al régimen de legitimación activa en defensa de consumidores y usuarios previsto en el artículo 11 de la LEC.

En relación a la jurisprudencia, cabe destacar la jurisprudencia del TJUE en diversas sentencias, como las de los asuntos *Courage*, *Manfredi* o *Pfeiderer*, ya que la jurisprudencia comunitaria resulta fundamental en el desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la Libre Competencia en España.

II: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Con el propósito de comprender mejor este trabajo, es preciso realizar algunas aclaraciones conceptuales en primer lugar.

¿Qué se entiende por consumidor? Para responder a este interrogante conviene acudir al TRLGDCU, donde la definición de consumidor y usuario queda recogida en su artículo 3. En este sentido, se establece que *<<a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial>>*.

Además, el artículo 2 del TRLGDCU determina que el ámbito de aplicación de la norma se refiere a *<<las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios>>*. Y, para terminar de perfilar el ámbito de aplicación de la norma, el artículo 1 TRLGDCU se remite al art. 38 CE para señalar que nos movemos dentro del ámbito de la economía de mercado.

Por tanto, será consumidor o usuario de acuerdo con el TRLGDCU aquella persona – física, jurídica o entidad sin personalidad jurídica- que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión en sus relaciones con empresarios (definición recogida en el artículo 4 TRLGDCU) en el seno de la economía de mercado.

No existe, sin embargo, una norma que defina en qué consiste la defensa de la libre competencia. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) contiene, en su Preámbulo, simplemente algunas notas características de la defensa de la competencia sin llegar a ofrecer una definición para tal concepto.

El Derecho de la competencia constituye un sector normativo cuya finalidad consiste en garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados. Este derecho se ha desarrollado en torno a dos diferentes sistemas normativos: a) el regulador de la libertad de competencia del que se ocupa el derecho de defensa de la competencia (también llamado a lo largo del trabajo como *Derecho Antitrust*, haciendo alusión a la terminología anglosajona); b) y el regulador de la competencia desleal (derecho de

competencia desleal)¹. En España, desde el punto de vista del derecho de producción nacional, el primero se encuentra recogido básicamente en la LDC, mientras que el segundo está regulado en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD).

La finalidad perseguida entre uno y otro sistema son distintas. No hay un interés público en la aplicación de las normas de competencia desleal. Y, sin embargo, este interés público es el que debe presidir la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Un interés público que se manifiesta en un interés general de mantener el orden público económico.

Otra característica que permite diferenciar estos dos órdenes normativos se refiere a que las normas de la libre competencia serán aplicadas cuando las conductas anticompetitivas tengan efectos en el mercado, mientras que las normas de competencia desleal se aplicarán, con independencia de los efectos en el mercado, cuando los intereses de un consumidor u otro partícipe del mercado (proveedor, competidor, etc.) se vean afectados por una conducta desleal².

El sistema normativo abordado en este trabajo se refiere al primero de ellos, la defensa de la competencia. A este respecto, si se acude a la doctrina y siguiendo a Fernández Ordóñez³, la competencia es algo más que el mero *intercambio* ya que, como señala el autor, <<es posible que exista intercambio sin competencia>>. Así, el adjetivo que mejor define la competencia es la *rivalidad*. Pero esta rivalidad no se produce exclusivamente entre los productores de un mismo bien o servicio, sino también entre los productores de bienes y servicios que son sustitutivos (*sustituibilidad*). Y, además, <<cuanto más grande es un mercado, más fácil es que haya más competencia>>. Por ello, dos características esenciales para la competencia son: <<el tamaño de mercado y los productos o bienes sustituibles>>.

Así las cosas, la defensa de la competencia comprende <<un conjunto de leyes y actuaciones que persiguen las conductas de los agentes económicos (profesionales, empresas, etc.) en contra de la competencia>>. No deben confundirse, sin embargo, las

¹ ALONSO SOTO, R., <<Derecho de la Competencia>>, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Menéndez et al. (dir.), vol. I, undécima edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p.303.

² ALFARO ÁGUILA REAL, J., *Derecho de la competencia y la competencia desleal*, disponible en: <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2014/01/derecho-de-la-competencia-y-derecho-de.html>, consulta en 29 de febrero de 2016.

³ FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A., *La Competencia*, Alianza Editorial, 2000, pp. 60-69.

políticas de defensa de la competencia con las de liberalización puesto que aquéllas consisten en una actuación intervencionista por parte del Estado, la cual no existe en las políticas de liberalización, caracterizadas por el retiro del Estado, que deja a los particulares que hagan lo que quieran en el mercado⁴.

Las más graves conductas anticompetitivas son las conductas colusorias (art.1 LDC y 101 TFUE) y las prácticas de abuso de posición dominante (arts.2 y 102 TFUE).

Las conductas colusorias podrían definirse como <<los acuerdos, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre operadores económicos o empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado (pacto de precios, reparto de mercados, limitación de la distribución, etc.)>>⁵. En este sentido, la declaración de la conducta como anticompetitiva es independiente de si medió culpa en el infractor. No obstante, ésta será tomada en cuenta en el momento de imposición de la sanción (art.63.1 LDC).

Por su parte, el abuso de posición dominante consiste en la explotación abusiva (imposición de precios o condiciones comerciales no equitativas o aplicación de condiciones discriminatorias, entre otros) por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado (en relación al producto ofertado y presencia en el mercado)⁶. En este caso, la propia declaración de la conducta llevará implícita la culpabilidad.

En definitiva, “defender la libre competencia” significa proteger el libre acceso al mercado para todos los operadores económicos y, por tanto, <<prohibir o someter a control los comportamientos de los operadores económicos que impiden la existencia de competencia en el mercado>>⁷. Y es la persecución de las conductas colusorias y del abuso de posición dominante por parte de los jueces - o aplicación privada de las normas de libre competencia- , lo que se va a analizar en este trabajo.

⁴ FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A., *La Competencia*, cit., pp.103-115.

⁵ ALONSO SOTO, R., <<Derecho...>>, cit., pp. 306-310.

⁶ ALONSO SOTO, R., <<Derecho...>>, cit., pp. 306-310.

⁷ ALONSO SOTO, R., <<Derecho...>>, cit., p. 303.

III: MODELOS DE APLICACIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO ANTITRUST

1. MODELO PÚBLICO, PRIVADO Y MIXTO DE APLICACIÓN DEL DERECHO ANTITRUST

Como señala Ortiz Baquero⁸, históricamente la aplicación de las normas de libre competencia ha seguido dos modelos diferentes: <<un modelo de carácter público o administrativo>> (*public enforcement*) y <<un modelo privado o judicial>> (*private enforcement*).

El modelo público se ha desarrollado fundamentalmente en los países de tradición continental-europea y ha tenido en ellos un carácter exclusivo o preponderante, tal y como ocurrió en Europa hasta la aprobación del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en adelante, Regl.1/2003); el sistema de *private enforcement* en cambio, ha sido y es el predominante en el ordenamiento jurídico de EE.UU., en el que las acciones de los particulares incoadas ante los órganos judiciales – fundamentalmente las acciones de daños- constituyen la principal vía de aplicación de la normativa *antitrust* o de defensa de la libre competencia. El modelo de *public enforcement* tiene por objeto la tutela del interés general en el marco de la libre competencia y busca el efecto disuasorio –*deterrence*- a través de la política sancionadora, mientras que el modelo de *private enforcement* protege los derechos individuales de los particulares y persigue el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva⁹.

Actualmente, la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos han implementado modelos de carácter mixto.

⁸ ORTIZ BAQUERO, I., << La aplicación privada del Derecho de la Competencia: Los efectos civiles derivados de las normas de libre competencia>>, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, La Ley, Madrid, 2011, p. 38.

⁹ DÍEZ ESTELLA, F. y ESTRADA MERAY. C., << Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: Análisis de jurisprudencia reciente>> en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, La Ley, 2014, p. 4.

2. EN EUROPA Y EN ESPAÑA: LA EVOLUCIÓN DEL *PRIVATE ENFORCEMENT*

El Derecho de la Competencia nació en Estados Unidos con la *Sherman Antitrust Act*, todavía vigente, publicada el día 2 de julio de 1890, fruto de la lucha contra los monopolios y cárteles¹⁰.

No obstante, no es hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando existió en el continente europeo un ordenamiento jurídico defensor de la competencia por influencia norteamericana, el cual se manifestó primero en Alemania en la ley de 1957 contra las restricciones de la competencia¹¹.

Siguiendo con Ortiz Baquero, Europa acogió el modelo público de aplicación de las normas de libre competencia a través del Reglamento 17/1962, del Consejo, de 6 de febrero de 1962: primer reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 TCEE (actuales artículos 101 y 102 TFUE). Este modelo se caracterizaba por ser dual, no sólo porque involucraba a autoridades administrativas y judiciales, sino también porque la intervención de cada una de ellas se producía en fases distintas de forma escalonada¹².

En este modelo público se asignó a las autoridades administrativas, la Comisión a nivel europeo y las Autoridades Nacionales de la Competencia (en adelante, ANC) a nivel nacional, la función de velar por el cumplimiento de las normas de libre competencia. Podían ordenar a los infractores el cese de las conductas restrictivas de la competencia, la remoción de los efectos producidos como consecuencia de ellas y el pago de las sanciones económicas (multas)¹³. Por su parte, los jueces tenían asignada la tarea de revisar las decisiones de las autoridades administrativas y la de declarar los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia de acuerdo con su derecho interno. Sin embargo, esta intervención judicial no era libre ni directa puesto que su actuación quedaba condicionada a la previa declaración administrativa de la ilicitud de la conducta realizado por la Comisión o las ANC.

¹⁰ ARROYO APARICIO, A., <<Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre "acciones de daños">>, en *El Derecho de la Libre Competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, Vázquez Pena (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 36.

¹¹ ARROYO APARICIO, A., <<Consumidores...>>, cit., pp. 36 y 37.

¹² ORTIZ BAQUERO, I., <<La aplicación...>>, cit., pp. 64 y ss.

¹³ Arts 3,15 y 16 Reg. 17/1962.

Será la jurisprudencia comunitaria la que permitirá la evolución de este sistema público dual de la libre competencia hacia un sistema mixto, a través del reconocimiento de la aplicación privada –aplicación por parte de los jueces- de las normas de defensa de la competencia (*private enforcement*).

En concreto, será el reconocimiento por parte de la jurisprudencia del TJCE acerca del principio del efecto directo de las normas comunitarias de la competencia¹⁴ en la STJCE de 6 de febrero, asunto 23/1967, *Brasserie de Haecht* contra *Wilkin-Janssen* y STJCE de 30 de enero de 1974, asunto 127/1973, BRT-SABAM el sustento básico de esta evolución y, en consecuencia, de la aplicación privada del Derecho de la libre competencia en Europa¹⁵.

Así, la aplicación privada del Derecho de la competencia por parte de los jueces nacionales sin limitación alguna fue prevista, finalmente, en el Regl. 1/2003 que modificaba el Regl. 17/1972. Gracias al principio de efecto directo de las normas comunitarias de la competencia se consolidaron los poderes y facultades de los jueces que ya venía reconociendo la jurisprudencia comunitaria (caso *Courage y Crehan*¹⁶). Ahora, ya también el propio Reglamento permitía a los particulares solicitar directamente ante el juez nacional la aplicación directa de los arts. 101 y 102 TFUE – sin la necesaria actuación administrativa previa-, así como la declaración de sus efectos civiles para la protección de sus derechos e intereses. Al mismo tiempo, seguía siendo posible optar por el sistema dual, esto es, agotar con carácter previo a la demanda judicial el procedimiento administrativo ante la Comisión o la ANC correspondiente y luego acudir al juez para la declaración de los efectos civiles.

En España, el Derecho de la competencia evolucionó gracias a la influencia comunitaria y, al igual que en la mayoría de los países de la Unión, en nuestro país existe una duplicidad de normas de defensa de la competencia. En este sentido, en el ámbito de la defensa de la competencia conviven las normas comunitarias, arts. 101, 102 TFUE y Regl.1/2003, con las normas españolas de los artículos 1 y 2 LDC. La decisión acerca

¹⁴ ORTIZ BAQUERO, I., <<La aplicación...>>, cit., pp. 71 y 72.

¹⁵ STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto 25/1962, caso *Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos* contra *Administration fiscale néerlandaise*; Posteriormente en la STJCE de 19 de diciembre de 1968, asunto 13/1968, STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto 106/1977, *Simmenthal*, ap.16 y en la STJCE de 19 de junio de 1990, asunto C-213/1989, caso *Factortame LTD.*, ap. 19.

¹⁶ Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1999, asunto C-453, *Courage*, aps. 24 a 26. Como lo indica el A.G. Mischo en sus conclusiones generales presentadas en el asunto C-453/99, *COURAGE* (Rec.1001I-6304).

de si aplicar la normativa comunitaria o la española dependerá, a grandes rasgos, de si la conducta anticompetitiva puede afectar al comercio entre los Estados miembros o no¹⁷.

Con la entrada en vigor del Regl.1/2003 y hasta la aprobación en 2007 de la LDC hubo una etapa de "contradicción"¹⁸. De acuerdo con la legislación de la Unión, las normas comunitarias de la libre competencia podían ser aplicadas de forma directa y, a su vez, podía declararse lo pertinente en cuanto a los efectos jurídico-privados derivados de su infracción por los jueces de lo mercantil. Sin embargo, de acuerdo con la legislación española y hasta la aprobación de la LDC, no podían aplicarse las normas nacionales de la libre competencia de forma directa, ya que la normativa española exigía una declaración administrativa previa de declaración de la ilicitud de la conducta para acudir al juez con el fin de reclamar los efectos civiles de tal conducta¹⁹.

No obstante, la aplicación directa de las normas españolas de la competencia –arts. 1 y 2 LDC- por parte de los jueces fue reconocida jurisprudencialmente a raíz de la STS, de 2 de junio de 2000, sobre el caso DISA²⁰, puesto que a pesar de referirse sólo tangencialmente a las normas nacionales, suponía la aceptación del sistema de aplicación privada o judicial de las normas de la competencia²¹.

Finalmente, la legislación española reconoció la aplicación privada de las normas comunitarias de la libre competencia (arts. 101 y 102 TFUE) con la creación de los Juzgados de lo Mercantil por medio de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (art.83.ter. ap.2. f), mientras que la aplicación privada de las normas nacionales no se estableció legalmente hasta la aprobación de la LDC (en su disposición adicional 1ª).

¹⁷ ARROYO APARICIO, A., <<Consumidores...>>, cit., p. 37.

¹⁸ ORTIZ BAQUERO, I., <<La aplicación...>>, cit., pp. 85 y ss.

¹⁹ MARCOS FERNÁNDEZ, F., <<La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles>>, en *Revista ICE*, 50 aniversario de la primera ley de competencia en España, nº876, 2014, p.93.

²⁰ ORTIZ BAQUERO, I., <<La aplicación...>>, cit., pp.

²¹ ORTIZ BAQUERO, I., <<La aplicación...>>, cit. p. 111.

IV: LA APLICACIÓN PRIVADA DE LA NORMATIVA ANTITRUST EN ESPAÑA

Conocida la evolución histórica del Derecho de la libre competencia y de su aplicación privada o *private enforcement*, es hora de analizar el sistema de aplicación privada del Derecho de defensa de la libre competencia en España.

De acuerdo con la STJCE de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295 de 2004 a C-298 de 2004, *Manfredi* (en adelante *Manfredi*), en ausencia de reglas comunitarias, <<corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los recursos de indemnización basados en la infracción de las normas comunitarias de defensa de la competencia y configurar la regulación procesal de esos recursos [...], siempre que tales disposiciones nacionales no sean menos favorables que las aplicables a los recursos de indemnización basados en la infracción de las normas nacionales de defensa de la competencia (principio de equivalencia) ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de solicitar la reparación del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 81 CE (principio de efectividad)>>²².

Por tanto, como actualmente no existe una regulación comunitaria armonizada en este sentido, la aplicación privada del Derecho de la libre competencia se apoya principalmente en las normativas y órganos judiciales nacionales de los Estados miembros. Por los principios de equivalencia y efectividad, en todos los países de la Unión la regulación procedimental relativa a la aplicación de las normas comunitarias de defensa de la competencia es idéntica o muy similar a la regulación prevista para la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia. Es por ello que la aplicación privada del Derecho de la competencia en el ordenamiento jurídico español que a continuación se analizará es de aplicación, tanto si se invoca la infracción de las normas comunitarias de la competencia, como la de las normas nacionales.

²²*Vid.* Sentencia del TJCE, de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros* (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-06619), ap. 72; considerando nº11 de la Directiva 2014/104/UE.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS²³

En aras a comprender mejor el régimen de la LEC que se expondrá más adelante, conviene tener en cuenta las siguientes precisiones.

Se define el “interés supraindividual”, como <<el interés legítimo compartido por una categoría o conjunto de sujetos que se encuentran en igual o similar posición jurídica con relación a un bien del que todos ellos disfrutan simultánea y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, y respecto del cual experimentan una común necesidad [...] está constituido en realidad por un conjunto de situaciones jurídico-subjetivas, cada una de las cuales es personal, referible o imputable a sujetos concretos [...] cada uno de ellos puede instar la tutela de ese interés y, en caso de verse acogida la acción ejercida en defensa de dichos intereses, los demás cointerésados se beneficiarán de los efectos materiales de su acción y de la resolución jurisdiccional>>²⁴.

Una categoría diferente del interés supraindividual la constituyen los denominados “derechos individuales conexos u homogéneos”. Se trata de contemplar de forma conjunta una pluralidad de intereses individuales, siendo algo más que la mera suma de todos ellos²⁵. Según Montero Aroca, <<si como consecuencia de un mismo acto o de una serie de actos iguales imputables a una persona (física o jurídica) un número determinado de personas han sufrido un daño que puede considerarse similar, es cierto que esas varias personas podrían demandar de modo individual al causante del daño, y también lo es que podrían demandar algunas o todas de modo acumulado. A pesar de ello, concurriendo las circunstancias dichas, el ordenamiento jurídico puede prever la posibilidad de un proceso, que podemos calificar de colectivo, en el que no es preciso que todas las personas afectadas estén individualmente comparecidas>>²⁶.

²³ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, O., *La tutela civil de consumidores y usuarios: Problemática subjetiva*, Madrid, Junio 2013, consulta: 20 de marzo de 2016, disponible en: <http://eprints.sim.ucm.es/22380/>.

²⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cordón Moreno (coord.), Volumen I, 2ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 199-200.

²⁵ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 408.

²⁶ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación...*, cit., p. 409.

Un criterio determinante para la configuración de los derechos individuales conexos es que el “evento” que da lugar a los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende reclamar, debe proceder de un mismo hecho o hechos idénticos²⁷.

La principal diferencia con respecto al interés supraindividual viene determinada por los efectos de la acción ejercitada. Si en aquél se decía que el conjunto de sujetos podía beneficiarse de una eventual resolución jurisdiccional estimatoria de las pretensiones ejercitadas por uno de ellos, en este caso, sucede todo lo contrario: la satisfacción del derecho de uno de los interesados no produce efecto en el resto²⁸.

Otra diferencia radica en las acciones ejercidas en defensa de estos intereses. En materia de consumidores y usuarios, la acción prototipo para la defensa de un interés supraindividual es la acción de cesación de la conducta, mientras que para la protección de los derechos individuales conexos es la acción de reparación de daños y perjuicios.

Finalmente, se debe subrayar que la plasmación de estas categorías de intereses y derechos en la LEC resulta problemática, ya que la misma no realiza una distinción entre intereses supraindividuales y derechos individuales conexos en los términos que se han descrito.

2. COMPETENCIA

2.1.- Competencia objetiva para la aplicación privada del derecho *antitrust*

A tenor de lo dispuesto en el artículo 6 del Regl.1/2003 y en el artículo 86 ter.2 f) LOPJ y la disposición adicional primera de la LDC, corresponde a los Juzgados de lo Mercantil: i) conocer de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos relacionados con los artículos 81 y 82 TCE –actuales 101 y 102 TFUE-, así como también de los relacionados con su derecho derivado, esto es, de lo que comúnmente se conoce como Derecho comunitario de la Competencia; ii) y de los relacionados con la aplicación de los artículos 1 y 2 LDC.

²⁷ Ejemplo de ello son los daños provocados a una pluralidad de personas por el consumo de un concreto producto en malas condiciones. Este criterio de “origen común” es mantenido, entre otros, por MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., p. 409.

²⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios...*, cit., p. 201.

No obstante esta concreción de competencias, las normas antes citadas no resuelven algunas cuestiones que han sido objeto de discusión. Un problema importante relativo a la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil se refiere a los asuntos con materias conexas. De acuerdo con la LOPJ, parece que los Juzgados de lo Mercantil sólo pueden conocer de las materias expresamente atribuidas a éstos y que sólo ellos y no otros pueden conocer de dichas materias (art. 86.ter LOPJ). Lo mismo puede decirse respecto de las competencias enumeradas para los Juzgados de Primera Instancia (LOPJ). El problema radica en que la realidad social y jurídica demuestra que en la mayoría de las ocasiones un mismo caso encuentra cabida en materias atribuidas a los dos juzgados simultáneamente y, de no ventilarse de manera conjunta ante un único órgano jurisdiccional, <<se estará vulnerando la seguridad jurídica por riesgo de división de la contienda de la causa y por riesgo de dictar sentencias contradictorias>>²⁹.

En el ámbito de defensa de la competencia, la discusión sobre los asuntos con materias conexas se trata principalmente en relación con la posible acumulación de acciones y las demandas de reconvención³⁰ en tanto en cuanto estas últimas suponen <<una nueva acción que dirige el demandado original contra el actor inicial (supuesto de acumulación de acciones sobrevenida puesto que dicha acumulación aparece cuando el proceso se encuentra pendiente ante un Tribunal)>>³¹.

No obstante, la doctrina y jurisprudencia parecen claras³². De su lectura se deduce que con el propósito de determinar qué juzgado es objetivamente competente para resolver el litigio, habrá que atender al fundamento jurídico de la causa de pedir o *causa petendi*. Si el fundamento jurídico en el que se sustenta la acción son las normas de defensa de la competencia, ya sea en demanda principal o en demanda de reconvención, conocerá el Juez de lo Mercantil. En otro caso, como por ejemplo si se invoca la teoría general de obligaciones y contratos de manera autónoma o si el fundamento de la pretensión se

²⁹VILLARRUBIA-GARCÍA BERNABÉ, M., <<La competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil>>, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Homenaje al Profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, nº extraordinario-2006, p.13, consulta el día 2 de febrero de 2016, disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1609/documento/art04.pdf?id=2162>.

³⁰ORTIZ BAQUERO, I., <<La aplicación...>>, cit., p. 125

³¹VILLARRUBIA-GARCÍA BERNABÉ, M., <<La competencia...>>, p. 14.

³²SANCHO GARGALLO, I., <<Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia>>, *Indret*, (en línea), núm. 1/2009, consulta en 1 de marzo de 2016, disponible en: www.indret.es, p. 20.

apoya en la normativa de defensa de la competencia pero con carácter secundario, será competente el Juzgado de Primera Instancia. Por tanto, habiendo sido iniciado el procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia si surge por vía de reconvencción la necesidad de aplicar las normas de la libre competencia, deberá rechazarse la reconvencción y el demandado deberá plantear su pretensión en un procedimiento nuevo ante el Juzgado de lo Mercantil. Del mismo modo, si se planteó ante el juez de lo mercantil la resolución de controversias, y se invoca una normativa (por vía de reconvencción) que no guarda relación con las normas de libre competencia, el demandado deberá solicitar la apertura de un nuevo proceso ante el juzgado de primera instancia o aquél otro que sea competente por razón de la materia³³.

En conclusión, se deduce que los Juzgados de lo Mercantil tienen competencia para tratar las materias conexas a las infracciones de la normativa de la libre competencia de las que deba conocer el orden civil y ello gracias a que: i) se permite la acumulación de acciones (acciones de nulidad absoluta o de cláusula específica del contrato, o responsabilidad civil de los infractores) siempre que tengan su fundamento principal en las normas de la competencia; ii) la reconvencción, como acción nueva que interpone el demandado original frente al actor inicial una vez comenzado el procedimiento, se tramitará ante el Juez de lo Mercantil cuando la pretensión se fundamenta en las normas de la competencia. Sólo así se garantiza que el Juez de lo Mercantil no actúa extralimitándose de lo que constituye el ámbito objetivo de sus competencias.

2.2.- Coordinación y cooperación entre las autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales

Se ha dicho más arriba en este trabajo que corresponde tanto a las autoridades administrativas –ANC y Comisión- (*public enforcers*) como a los jueces (*private enforcers*) la aplicación de las normas de defensa de la competencia. En este sentido, es necesaria una coordinación en la aplicación del Derecho de la Libre Competencia (tanto a nivel comunitario como nacional) entre las autoridades administrativas y los jueces para una adecuada protección de los intereses privados y públicos que entran en juego en este ámbito.

³³ Autos de la AP de Madrid, de 30 de octubre de 2009, y, de 5 de noviembre de 2010.

Cabe señalar que la competencia para resolver acerca de las acciones de daños sufridos como consecuencia de un ilícito anticompetitivo corresponde exclusivamente a los órganos judiciales y no a los administrativos³⁴, los cuales tienen competencia para declarar la ilicitud de la conducta anticompetitiva, además de otras tendentes a proteger el interés público³⁵, pero no para conocer de las acciones incoadas para el resarcimiento los perjuicios individuales sufridos por particulares.

Pues bien, la coordinación entre *public* y *private enforcers* se ha articulado a través de diversos mecanismos. En primer lugar, el art. 16.1 del Regl.1/2003 establece que la decisión adoptada por la Comisión Europea (órgano administrativo) tiene carácter prevalente y vinculante (regla de supremacía) para los órganos jurisdiccionales nacionales³⁶ y, por tanto, éstos deben abstenerse de adoptar fallos sobre los mismos hechos que puedan contradecir los de la Comisión³⁷. Por su parte, el artículo 8 de la Comunicación 2004/101/04 de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, señala que, las decisiones de la Comisión que se refieren a casos similares también se consideran vinculantes aunque sólo en sus orientaciones y valoraciones³⁸.

Así las cosas, la doctrina realiza una interpretación moderada de la regla de supremacía y entiende que los jueces pueden interpretar y aplicar las normas comunitarias, así como adoptar las decisiones que estimen pertinentes, siempre que la sentencia que adopten no sea incompatible con la decisión del órgano comunitario³⁹. Es decir, la sentencia judicial no debe ser idéntica e incluso puede ser distinta a la decisión adoptada por la Comisión, siempre y cuando éstas sean compatibles.

El reverso de la regla de supremacía es el principio de independencia de la Comisión frente a las decisiones adoptadas por los jueces nacionales en aplicación de los arts. 101

³⁴ Art. 6 del Regl.1/2003.

³⁵ Arts. 4,5 y del 7 al 11 del Reg.1/2003.

³⁶ Es conveniente advertir al lector que no se habla de la coordinación entre la actividad de la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia puesto que no es objeto de este trabajo. Por ello, me limito a explicar la coordinación entre la actuación de las autoridades administrativas y de los jueces.

³⁷ Vid. STJCE de 13 de abril de 1994, asunto C-128/1992, *Banks* contra *British Coal Corporation*, aps. 22-23; STJCE de 28 de febrero de 1991, asunto C-234 de 1989, *Stergios Delimitis* contra *Heninger Bräu AG*, aps. 48 y 52 a 54; y de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/1998, *Masterfoods*, aps. 46-48 y 57.

³⁸ Vid. Punto 8 de la Comunicación de COJ y SJM de Bilbao de 31 de octubre de 2008.

³⁹ ORTIZ BAQUERO, I., <<La aplicación...>>, *cit.*, p. 463.

y 102 TFUE⁴⁰. Aun cuando haya una sentencia firme de un juez sobre unos hechos, la Comisión puede adoptar sobre los mismos hechos una decisión contraria total o parcialmente a la decisión del juez nacional.

En el ámbito nacional, sin embargo, la relación entre las Autoridades Nacionales de la Competencia y los órganos jurisdiccionales es un poco distinta. Según la normativa actual, no hay una regla de supremacía. Las resoluciones adoptadas por las ANC - Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a nivel estatal (CNMV)⁴¹ y los órganos equivalentes de defensa de la competencia constituidos por las Comunidades Autónomas⁴² (en Aragón, Tribunal de Defensa de la Competencia) - no son vinculantes para los jueces de lo mercantil⁴³, como tampoco lo son las resoluciones dictadas por los jueces de lo contencioso-administrativo.

Ahora bien, aunque legalmente las decisiones de las autoridades administrativas no son vinculantes para los jueces y constituyen sólo un indicio más de la ilicitud de la conducta a valorar junto con las demás pruebas aportadas al proceso judicial (por lo que están sometidas a debate y contradicción), los jueces sí suelen seguir y respetar sus decisiones administrativas⁴⁴ por lo que en la práctica tienen un impacto probatorio cualificado.

En el ámbito nacional, no existe una obligación de suspender el procedimiento ante la tramitación en curso de un procedimiento ante las autoridades administrativas sobre los mismos hechos de los que están conociendo los jueces nacionales, sino que esta facultad tiene carácter potestativo⁴⁵.

En cuanto a la ocurrencia de los hechos⁴⁶, jueces y ANC no pueden adoptar decisiones contradictorias. Jueces de lo mercantil, de lo contencioso-administrativo y autoridades administrativas quedan vinculadas entre sí respecto de los hechos declarados probados

⁴⁰ Vid. *Masterfoods*, ap.49.

⁴¹ Anteriormente denominada Comisión Nacional de la Competencia.

⁴² ARROYO APARICIO, A., *El Derecho...*, cit., p. 45.

⁴³ ORTIZ BAQUERO, I. S., <<La aplicación...>>, cit., p. 519: en este punto enumera y desarrolla todo un conjunto de argumentos a favor sobre esta interpretación.

⁴⁴ MARCOS FERNÁNDEZ, F., <<La aplicación...>>, cit., p. 100.

⁴⁵ Vid. Disp. Adicional segunda, cinco y siete de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁴⁶

por uno de ellos. Tal y como señaló el TS: << un hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo>>⁴⁷.

En cuanto a la valoración de los hechos hay que distinguir entre la valoración realizada por las ANC y la realizada por los jueces de lo contencioso-administrativo. En cuanto a la primera, el juez de lo mercantil tiene total libertad para llevar a cabo su propia aplicación de la normativa a los hechos probados. Lo mismo en sentido contrario: las autoridades nacionales de la competencia tienen total libertad a la hora de valorar los hechos⁴⁸.

No obstante, los efectos que la valoración de los jueces de lo contencioso-administrativo debe tener para los jueces de lo mercantil no está tan clara para la doctrina. No es posible aplicar el principio de jerarquía normativa en tanto en cuanto los jueces de lo mercantil y de lo contencioso-administrativo pertenecen a órdenes jurisdiccionales diferentes. Tampoco es posible aplicar el principio de cosa juzgada material dado que las partes, el *petitum* y la causa de pedir seguramente serán distintas en uno y otro procedimiento⁴⁹ (el juez de lo contencioso sólo conocerá de la ilicitud de la conducta, mientras que el de lo mercantil también en relación a los daños y perjuicios causados). En consecuencia, parece que el juez de lo mercantil podrá apartarse de la valoración de los hechos realizada por el órgano contencioso-administrativo y éste de la valoración de los hechos efectuada por aquél.

Por otro lado, ninguna norma regula el reconocimiento de las declaraciones de infracción en otros Estados miembros. Quizá lo adecuado sería acudir al principio de confianza mutua del artículo 33 del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, del Consejo, donde se establece el reconocimiento automático de las sentencias proferidas en el ámbito europeo por parte de las autoridades judiciales de cualquiera de los países miembros de la UE (excepto Dinamarca)⁵⁰.

En último lugar, cabe señalar que el régimen hasta ahora expuesto está llamado a ser modificado. La entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y

⁴⁷ STS de 17 de marzo de 2014.

⁴⁸ Téngase en cuenta que esta discusión sobre la valoración de los hechos sólo tiene sentido en relación a la valoración de la declaración o no de una conducta como anticompetitiva dado que las autoridades administrativas en ningún caso podrán valorar los hechos para resolver acerca de indemnizaciones de daños o nulidades de contratos.

⁴⁹ ORTIZ BAQUERO, I., <<La aplicación...>>, cit., pp. 538 y ss.

⁵⁰ ORTIZ BAQUERO, I., <<La aplicación...>>, cit., p. 541.

del Consejo, de 26 de Noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional (en adelante, Directiva 2014/104) determina, en su artículo 9, que los jueces de lo mercantil quedan vinculados por las declaraciones de infracción firmes tanto de las autoridades de la competencia – Comisión y ANC- como de otros órganos jurisdiccionales –tanto jueces de lo mercantil como de lo contencioso-administrativo- a los efectos de las acciones por daños derivadas de un ilícito anticompetitivo (según la propia norma, estas declaraciones de infracción firmes tendrán “carácter <<irrefutable>>”).

Asimismo, dice la norma, se deberá garantizar que las declaraciones de infracción firmes de las autoridades de competencia de otros Estados miembros serán admitidas, al menos, como prueba de la existencia de la infracción⁵¹. Se aprecia entonces el menor valor probatorio otorgado a las resoluciones procedentes de las autoridades de competencia de otros Estados miembros respecto de las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales, las cuales tendrán un carácter probatorio irrefutable.

3. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

Tal y como ya se mencionó, coexisten en el territorio de España dos regulaciones del Derecho de la libre competencia. Por tanto, para el resarcimiento por una conducta anticompetitiva puede invocarse tanto la normativa comunitaria como la española.

Los presupuestos exigidos para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios por un ilícito anticompetitivo quedan expuestos en el enfoque que el Parlamento Europeo realizó en su Resolución de 26 de marzo de 2009 sobre el Libro Blanco relativo a “las acciones de indemnización con arreglo al Derecho privado deben estar enfocadas al pleno resarcimiento económico del daño sufrido por el perjudicado”⁵², donde se establece que en ella <<se deben respetar los principios de responsabilidad extracontractual>>, basados en los requisitos objetivos de la vulneración del Derecho

⁵¹ Arts. 9.1 y 2 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que rigen las acciones de daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

⁵² “Libro Blanco” de 2008 elaborado por la Comisión, relativo a las “acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, que había estado precedido del “Libro Verde”, de diciembre de 2005, titulado “Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”.

comunitario de la competencia, el daño efectivo, y el nexo causal entre ambas realidades; junto con el elemento subjetivo de la culpa o negligencia⁵³.

Aclarado lo anterior, en la acción de daños pretendida habrá que invocar una vulneración de los arts. 101 y 102 TFUE o de los arts. 1 y 2 LDC si se quiere interponer acción de daños frente a una práctica contraria a la libre competencia. Los artículos 101 TFUE y 1 LDC se refieren a las conductas colusorias, mientras que los arts. 102 TFUE y 2 LDC regulan la práctica anticompetitiva consistente en el abuso de la posición dominante.

En segundo lugar, habrá de probarse que se ha sufrido un daño, el cual debe ser efectivo y evaluable. Con la Directiva 2014/104/UE, existirá una presunción *iuris tantum* de que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios.

Deberá acreditarse también el nexo causal entre la conducta anticompetitiva y el daño soportado. Es precisa una prueba “concreta y completa” de los hechos que demuestren la relación de causa a efecto, para lo cual no obstante “puede tomarse en consideración una cierta probabilidad en el curso normal de las circunstancias del caso”, y ello exige “realizar una interpretación restrictiva, debiendo excluirse lo basado en deducciones inseguras o desprovistas de certidumbre”⁵⁴.

Y, en cuarto lugar, habrá de concurrir culpa o negligencia en el infractor. En este punto conviene señalar que, con carácter general, tratándose de una infracción de las normas de la libre competencia la mera participación en la conducta anticompetitiva se presume que es una actuación culposa. En este sentido, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid en el asunto Antena 3 TV/ LNFP señalaba que <<bastaría, en principio, la declaración de ilicitud del acto para que aquél que se considere perjudicado pueda ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. (...)>>. Y, por su parte, las SSTJUE sobre el asunto Belasco y Tipp-Ex determinan que es jurisprudencia constante que «para que una infracción de las normas sobre la competencia del Tratado pueda considerarse deliberada, no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir estas normas; es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto de la conducta

⁵³DÍEZ ESTELLA, F y PÉREZ FERNÁNDEZ P., <<La directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿La última gran revolución en el Derecho de Defensa de la Competencia?>>, en *Aranzadi Unión Europea* 7, julio 2014, p. 45.

⁵⁴ SAP Madrid (Sección 28ª) nº 73/2006, de 25 de mayo de 2006, caso Conduit c. Telefónica.

que se le imputa era restringir la competencia [...]»⁵⁵. No obstante, sí que es cierto que en algunos casos –aunque esto será lo menos habitual- aun participando en la conducta anticompetitiva se podrá quedar exonerado de responsabilidad por no haber actuado negligentemente (por ejemplo, en los supuestos del art.101.3 TFUE y 1.3 LDC)⁵⁶.

Existen además, como ya se adelantaba, delimitaciones europeas en cuanto a la carga de la prueba. A este respecto, parece que la Directiva 2014/104 promueve las acciones *follow-on* frente a las acciones *stand-alone* -las cuales se explicarán más adelante- dado que se predica el valor probatorio <<irrefutable>> de las declaraciones de infracción firmes realizadas por una autoridad de la competencia –comunitaria o nacional- o de un órgano jurisdiccional competente.

4. EL DERECHO AL PLENO RESARCIMIENTO

No existe una regulación armonizada a nivel comunitario en cuanto al resarcimiento de las víctimas de un ilícito *antitrust*. Por ello, corresponde a los Estados miembros establecer las medidas destinadas a determinar y cuantificar los daños y perjuicios que deben resarcir a estos perjudicados. No obstante, sí existen ciertos principios, límites y reglas del Derecho comunitario a las que los Estados miembros deben someterse en su actuación.

Con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2014/104, se permitía optar a los Estados Miembros por el reconocimiento de los daños punitivos o *punitive damages*⁵⁷; se permitía a los Estados miembros reconocer en favor del perjudicado una indemnización con el fin de castigar al demandado, darle una lección para que no volviera a repetir su conducta ilícita y, además, disuadir a otros de actuar en el mismo sentido⁵⁸. En otras palabras, era posible reconocer el pago de una indemnización a favor de la víctima de una conducta anticompetitiva en concepto de sanción para el infractor.

⁵⁵ BROKELMANN, H., <<La indemnización de los daños y perjuicios>>, en *El Derecho de la competencia y los jueces*, Martínez Lage et al. (coord.), Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2007, pp. 66-67; y también CALVO CARAVACA, A. Y SUDEROW, J, *El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia en la aplicación privada del Derecho Antitrust*, 2015, consulta en 12 de abril de 2016, disponible en: <file:///C:/Users/Pilar/Downloads/2781-2856-1-PB.pdf>.

⁵⁶ BROKELMANN, H., <<La indemnización...>>, cit., p.67.

⁵⁷ STJCE *Manfredi* y otros.

⁵⁸ SALVADOR CODERCH, P., <<Punitive Damages>>, en *Revista InDret*, Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2000, p.3, donde se remite a definiciones ofrecidas por William Prosser en 1971 y John Fleming en 1998.

Los daños punitivos constituyen una institución propia del *Common Law* que, aun siendo de origen británico, actualmente tienen un más claro reflejo en el sistema judicial estadounidense⁵⁹. Dentro de los daños punitivos se encuentran, como una subespecie de los mismos, los daños múltiples o *multiple damages*. Los daños múltiples se caracterizan por la rigidez en su reconocimiento (deben estar previstos legalmente o ser reconocidos por un tribunal de carácter estatal) y porque la indemnización que se reconoce no debe distar excesivamente del daño efectivamente soportado (suelen ser indemnizaciones que consisten en la fracción o un múltiplo de la indemnización compensatoria por daños). Un ejemplo de los daños múltiples, son <<las prestaciones a que tiene derecho un trabajador que sufre un accidente laboral o padece una enfermedad profesional pueden ser incrementadas entre un 30% y un 50% si el accidente o la enfermedad traen causa en una infracción de normas sobre seguridad e higiene en el trabajo. Este incremento corre a cargo del empresario y no es susceptible de aseguramiento (artículo 123 TRLGSS)>>⁶⁰.

Sin embargo, dice ahora la Directiva 2014/104 en su artículo 3.3, que el pleno resarcimiento no conllevará sobrecompensaciones. Por tanto, si bien con anterioridad a la Directiva el resarcimiento tanto de los daños punitivos como de los daños múltiples eran conformes a Derecho, con la Directiva 2014/104 ya no serán resarcibles ni los daños punitivos, ni los múltiples o de otro tipo que supongan sobrecompensaciones para las víctimas.

Así, el derecho al pleno resarcimiento se reconocerá a cualquier persona perjudicada (física o jurídica) por una conducta anticompetitiva e incluirá exclusivamente los daños patrimoniales siguientes⁶¹: el daño emergente (ej: sobrepagos) y el lucro cesante (pérdida de beneficio)⁶², más el pago de intereses⁶³.

Nada se dice, sin embargo, acerca de los daños de carácter extrapatrimonial sufridos como consecuencia de una conducta antitrust (ej: daños de índole psicológica). Pero, a diferencia de lo que ocurre con los daños punitivos tampoco son excluidos por lo que sí serán resarcibles.

⁵⁹ SALVADOR CODERCH, P., <<Punitive...>>, cit., p.3.

⁶⁰ SALVADOR CODERCH, P., <<Punitive...>>, cit., pp. 3-6.

⁶¹ Art. 3 de la Directiva 2014/104/UE.

⁶² Sentencia *Manfredi*, aps. 95 a 97, Libro Blanco punto 2.5 y art. 3.2 de la Directiva 2014/104/UE.

⁶³ STJCE de 2 de agosto de 1993, asunto C-271/1991, *M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, aps. 28-32; *Manfredi* aps. 92 y 97; y Art. 3.2 de la Directiva 2014/104/UE.

5. VÍAS DE ACCIÓN

Frente a una conducta anticompetitiva, se podrán interponer junto con la acción de daños y perjuicios, otras acciones en defensa de los derechos e intereses de las víctimas. Además, podrá optarse por hacerlo de manera individual o bien de forma colectiva con otros afectados.

5.1.- Acción declarativa de la ilicitud de la conducta anticompetitiva ante los órganos judiciales o denuncia ante las autoridades administrativas

Si lo que se persigue es que se declare la ilicitud de la conducta por infracción de las normas de la libre competencia (artículos 1 LDC y 101 TFUE en relación con las conductas colusorias o 2 LDC y 102 TFUE respecto del abuso de posición dominante), de acuerdo con los artículos 4 y siguientes del Reg1/2003, es posible acudir tanto a las autoridades administrativas -Comisión y ANC- como a los órganos judiciales -jueces de lo mercantil-.

El procedimiento sancionador contra el infractor ante las autoridades administrativas comenzará mediante denuncia⁶⁴. Por su parte, el procedimiento ante el órgano judicial comenzará con la acción declarativa de ilicitud de la conducta, fundamentada en alguno de los artículos citados en el párrafo anterior e interpuesta por los legitimados para ello según la ley. Cabe añadir que ante el órgano judicial se deberá invocar la normativa comunitaria de manera aislada o bien la nacional y la comunitaria de forma conjunta⁶⁵.

5.2.- Acción de responsabilidad civil por daños y perjuicios derivada del ilícito *antitrust*

En la defensa de los derechos e intereses de los perjudicados existen dos posibilidades frente a los daños sufridos derivados de una conducta anticompetitiva: a) acudir, en primer lugar, a las autoridades administrativas con el fin de que declaren la ilicitud de la conducta y, con posterioridad, interponer acción de indemnización de daños y perjuicios ante el órgano judicial (acciones *follow on*); b) o bien, acudir directamente al juez para que declare conjuntamente la ilicitud de la conducta y la responsabilidad civil del infractor por los daños que han sido causados (acciones *stand alone*).

En cualquiera de los dos casos, se deduce que el único competente para conocer de las acciones de daños derivadas de un ilícito *antitrust* causados a los particulares –a

⁶⁴ Art.49.1 de la LDC y art. 7.1 del Rgl.1/2003.

⁶⁵ Art. 3 del Regl.1/2003.

diferencia de lo que ocurre con la declaración de la ilicitud de la conducta- es el órgano judicial. Pero, ¿Qué acción debe ejercitarse para dirigirse a él?

Dado que en España no existe acción especial cuando se invoca la vulneración de las normas de libre competencia⁶⁶ como fuente de responsabilidad civil (tanto si se invocan las comunitarias como nacionales), la vía que tiene el perjudicado para ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de un ilícito en el ámbito de la defensa de la competencia es la interposición de una acción de responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 CC (se predica el carácter extracontractual de la responsabilidad civil derivada de un ilícito antitrust adelantando lo que se expone en el epígrafe siguiente sobre prescripción de acciones).

No obstante, la práctica judicial demuestra que, sobre todo durante los primeros años en los que las reclamaciones de daños en el ámbito de la defensa de la competencia fueron reconocidas, los perjudicados en numerosas ocasiones han acudido, al derecho de competencia desleal para reclamar los daños derivados de un ilícito anticompetitivo y, en particular, a la acción de indemnización de daños y perjuicios prevista en el apartado 5 del art. 32 de la LCD con fundamento en la infracción de las normas jurídicas que regulan la libre competencia (art.15.2 LCD)⁶⁷.

5.3.- Nulidad contractual derivada del ilícito antitrust

Adicionalmente, en los casos de aquellos perjudicados que guarden un vínculo contractual con el infractor se podrá interponer también la acción de nulidad contractual prevista en el artículo 1301 CC. Los artículos 1.2 LDC y 101.2 TFUE establecen la nulidad de pleno derecho para las conductas anticompetitivas de carácter negocial. En particular, se dice que <<serán nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidos por la normativa *antitrust*>>.

La Comisión⁶⁸ y el TJCE⁶⁹ coinciden en que esta nulidad afectará exclusivamente a las cláusulas afectadas por la conducta anticompetitiva, manteniéndose la validez del resto

⁶⁶ PÉREZ BUSTAMANTE KÖSTER, Y PASSÁS OGALLAR,J., <<Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia, en *RCDC, núm.1, 2008*, p. 264; y ORTIZ BAQUERO, I., cit., p.315.

⁶⁷ Por ejemplo, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 3 septiembre 2007 (AC\2008\176), ap. 3º, p. 8; y Sentencia nº00073/2006 de la AP de Madrid, de 25 de mayo de 2006, ap. Fundamentos jurídicos, p.2.

⁶⁸ Directrices sobre el art. 81.3 del TCE, punto. 41.

del contrato (nulidad parcial) y sólo se reconocerá la nulidad de todo el contrato (nulidad absoluta) cuando la conducta anticompetitiva afecte a cláusulas esenciales del mismo.

Pero, ¿Es posible ejercer la acción de nulidad contra un contrato celebrado concurriendo el abuso de posición dominante? Ni en la norma comunitaria ni en la norma nacional española se regula la posible nulidad contractual como sanción en relación con el abuso de posición dominante de los artículos 102 TFUE y 2 LDC.

En mi opinión, la acción de nulidad debería reconocerse para cualquier acción anticompetitiva ejecutada a través de un contrato, ya sea una conducta colusoria o un abuso de posición dominante. De lo contrario habría un trato desigual entre las víctimas de una conducta colusoria y las de un abuso de posición dominante. Además, a mi juicio es esta solución la que mejor responde a la aplicación del principio de efecto directo comunitario de las normas de la libre competencia.

5.4.- Acción de cesación y prohibición de su reiteración futura

Además, el TRLGDCU permite a los consumidores y usuarios ejercitar la acción de cesación del art.53 para procurar que la sentencia <<condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura>>. Ésta se podrá ejercer también una vez que la conducta terminó si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. Por tanto, entiendo que esta acción también podrá ser ejercitada ante los tribunales junto con la acción de daños.

5.5.- Acciones colectivas

Más allá de la posible interposición individual de una o varias de las acciones antes enumeradas, las vías procesales que verdaderamente merecen especial atención en el ámbito de defensa de la libre competencia, por su eficacia para el resarcimiento patrimonial de los perjudicados, así como para garantizar la sanción del infractor, son las acciones de carácter colectivo.

Las acciones de carácter colectivo pueden agruparse en dos tipos: las acciones de representación y las acciones colectivas⁷⁰. Las primeras, son aquéllas incoadas por

⁶⁹ STJCE de 30 de junio de 1966, asunto 56/1965, *Socièté Technique Minière* y *STJCE de 11 de septiembre de 2008, asunto C-279/2006, aps. 78-80.*

⁷⁰ ORTIZ BAQUERO. I., <<La aplicación...>>, p. 316.

entidades cualificadas (personas naturales o jurídicas) en representación de dos o más individuos o empresas como, por ejemplo, las que interponen las asociaciones de consumidores en defensa de los intereses de sus asociados. Las segundas, son aquellas otras interpuestas a través de las cuales un grupo de perjudicados puede formular de manera conjunta las pretensiones individuales de cada miembro del grupo contra los infractores y causantes del daño. A modo de ejemplo, son acciones colectivas las interpuestas por las asociaciones de consumidores en defensa de intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores, como se verá más adelante.

En este sentido, el perjudicado podrá también hacer valer sus derechos ante los tribunales mediante acción de carácter colectivo interpuesta junto con otros afectados.

6. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

En cuanto a la responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados de las conductas anticompetitivas existe una discusión abierta entre la doctrina sobre su naturaleza contractual o extracontractual. Resolver esta cuestión resulta fundamental a la hora de fijar el plazo de prescripción del ejercicio de esta acción.

No obstante, parece que la jurisprudencia ha sentado precedente judicial en este sentido recientemente. Según la STS de 8 de junio de 2012, en el asunto ACOR, aludiendo al derecho anglosajón, la responsabilidad civil por daños como consecuencia de un ilícito *antitrust* tiene carácter extracontractual y no naturaleza contractual (*the law of torts* frente a *the law of contracts*)⁷¹.

Así, dada la naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil por un ilícito *antitrust*, su plazo de prescripción será el previsto en el artículo 1968.2 del Código Civil para la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC: un año a contar desde que <<lo supo el agraviado>>. Este plazo, *a priori* sumamente breve, ha sido interpretado por la jurisprudencia de manera ampliamente flexible⁷², en atención al carácter restrictivo de la prescripción y al principio de indemnidad, esto es, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en

⁷¹ STS (Sala 1ª), de 8 de junio de 2012, rec. núm. 2163/09.

⁷² FERNÁNDEZ, C., «Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España» en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, La Ley, septiembre/octubre 2012, pp. 10 y ss.

modo alguno imputables a su persona o comportamiento⁷³. En particular, para los daños causados por comportamientos continuados o permanentes, el plazo se inicia “desde que se conozca cabalmente y de modo cierto el daño definitivo sufrido”⁷⁴, siendo exigible “una verificación total de los daños producidos” para que el perjudicado pueda valorar en su conjunto las consecuencias dañosas y cuantificar la reparación que deba ser reclamada (el TS se ha llegado a referir a una “situación jurídica de aptitud plena para el ejercicio de las acciones”⁷⁵). En este mismo sentido se pronunció el TS en 2013 en el caso Céntrica aduciendo razones de conocimiento cabal del daño sufrido para negar la prescripción de la acción de reclamación de daños⁷⁶.

Pues bien, el régimen de la nueva Directiva 2014/104 prevé que el *dies a quo* del ejercicio de la acción de daños y perjuicios será el momento de cese de la infracción del Derecho de la competencia y a partir de que se tenga conocimiento o se haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho que constituye una infracción del Derecho de la Competencia; b) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio; c) y la identidad del infractor⁷⁷.

Expuesto lo anterior, entiendo que la interpretación amplia y flexible que ha realizado la jurisprudencia acerca del plazo de prescripción de las acciones por daños del 1902 CC se encuentra en consonancia con la Directiva; si bien una reforma legal mejoraría la seguridad jurídica en su aplicación. No obstante, el apartado tercero del artículo 10 de dicha Directiva exige a los Estados miembros que reconozcan un periodo de reclamación de al menos cinco años. A este respecto, será necesaria la oportuna adaptación de la normativa nacional.

Por otro lado, en el supuesto de que el perjudicado decida reclamar a través de la aplicación de la legislación de la competencia desleal, deberá tener en cuenta los plazos de prescripción estipulados en dicha normativa (art. 35 LCD).

⁷³ STS 10/2013, de 21 de enero (RJ 2013, 1824) , que cita las anteriores SSTs 2 de enero de 1991 , 6 de octubre de 1992 , 30 de noviembre de 1999 , 3 de marzo de 1998 , 399/2009, de 12 de junio (RJ 2009, 3391) y 308/2010 , de 25 de mayo (RJ 2010, 5156)).

⁷⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 mayo de 2005, rec 4712/1998.

⁷⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de abril de 1986, RJ 1986\1864.

⁷⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, Sección 1ª, de 4 de septiembre de 2013, no. 528/2913 (RJ 2013\7419).

⁷⁷ Art.10.2 de la Directiva 2014/104/UE.

La acción de nulidad, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria⁷⁸ y la española⁷⁹, es imprescriptible y, por ende, podrá el perjudicado solicitar la declaración de nulidad del contrato y sus efectos en cualquier momento.

Por su parte, las acciones de cesación son imprescriptibles según el art.56 TRLGDCU.

7. LEGITIMACIÓN PARA LA DEFENSA DE DERECHOS E INTERESES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS⁸⁰

Ya desde las sentencias *Courage* y *Manfredi* el derecho al resarcimiento en el ámbito de la defensa de la competencia está reconocido a cualquier perjudicado (incluidos los compradores indirectos)⁸¹, ya sea una persona física (consumidor, proveedor, etc.) o jurídica (empresas y administraciones públicas, etc.), con independencia de la existencia o no de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia⁸².

Pues bien, teniendo en cuenta el objeto de este trabajo, se va a analizar quién se encuentra legitimado en España para defender los intereses de consumidores y usuarios que resulten perjudicados por una conducta anticompetitiva. Acudiendo a la LEC, con una regulación no del todo clara, se deduce lo siguiente:

A) Legitimación individual del propio perjudicado:

Los artículos 10 y 11.1 LEC reconocen que tienen legitimación para ser parte en el proceso <<los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso>>, esto es, se reconoce la legitimación individual de los perjudicados.

Ahora bien, ¿Puede el perjudicado interponer acción en defensa de un interés supraindividual? Sin quedar claro en la LEC, el ordenamiento jurídico viene reconociendo dicha legitimación individual del perjudicado. El perjudicado que perteneciendo a una colectividad quiera actuar en defensa de intereses

⁷⁸ STJCE de 6 de febrero de 1973, asunto C-48/1972, SA *Brasserie de Haecht v Wilkin-Janssen*, aps. 26 y 27; *Courage* ap. 22 y *Manfredi* aps. 57-59; STJCE de 11 de septiembre de 2008, asunto C-279/2006, Cepsa Estaciones de Servicio, ap. 74.

⁷⁹ Por ejemplo, STS de 2 de junio de 2000, caso DISA, fundamentos de derecho 6º y 7º y STS de 30 de junio de 2009.

⁸⁰ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, O., *La tutela...*, cit., pp. 30 y ss.

⁸¹ STJCE, de 20 de septiembre de 2001, *Courage* y *Crehan* (C-443/99, Rec. P. I-002725), aps. 24 a 29 y *Manfredi* aps. 62 y 72.

⁸² *Vid.* Considerando nº13 de la Directiva 2014/104/UE.

supraindividuales afectados podrá hacerlo, tal y como muestra la STC, de 11 de noviembre de 1991 (caso Violeta Friedman)⁸³, que concedía legitimación a una mujer judía para instar la tutela jurisdiccional por vulneración del derecho al honor del pueblo judío, aun cuando las manifestaciones ofensivas no se dirigían contra ella en concreto.

La misma conclusión se puede predicar de los derechos individuales conexos u homogéneos. El perjudicado tiene legitimación para la defensa de derechos individuales conexos porque lo que se pretende es la tutela de un derecho individual pero que, a través de mecanismos colectivos habilitados en la LEC, se tramita de forma conjunta con otros intereses individuales de otros consumidores y usuarios, sin que ello impida ejercitar en cualquier momento la pretensión individual a ninguno de ellos⁸⁴.

Por tanto, el consumidor y usuario que haya sido perjudicado por un ilícito *antitrust* puede ejercitar acción en interés propio, en defensa de un interés supraindividual (interés común compartido con varios sujetos) y/o de intereses individuales conexos (interés individual defendido de manera conjunta con otros intereses particulares).

B) Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios

Según la LEC (art.11.1) –también art.24.1 TRLGDCU- tienen legitimación para la defensa de los intereses de consumidores y usuarios las asociaciones de consumidores y usuarios que se encuentren <<legalmente constituidas>>. Si se acude al TRLGDCU, una asociación está legalmente constituida cuando reúne los requisitos del artículo 23, es decir, cuando cumplen las exigencias de la legislación sobre asociaciones. Además, de acuerdo con el art. 37.c) TRLGDCU deberán estar oportunamente inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Estos requisitos son los exigidos para las asociaciones de carácter estatal por lo que para aquellas de ámbito autonómico habrá que acudir a las normas autonómicas que, a grandes rasgos, repiten estas exigencias.

⁸³ STC (Sala Primera), núm. 214/1991, de 11 de noviembre.

⁸⁴ GRANDE SEARA, P., <<Capacidad y legitimación en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios>>, en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, González Pillado (coord.), Tecnos, Madrid, 2010, p.56: “los derechos individuales conexos u homogéneos son derechos de titularidad individual de cada consumidor o usuario y, aunque esté justificado que se hayan articulado mecanismos procesales que permitan una tutela conjunta de todos ellos, “prevalece su carácter privativo, de modo que cada titular goza de legitimación ordinaria individual para recabar la tutela jurisdiccional de su derecho particular”.

En cuanto a las cooperativas de consumidores y usuarios, a pesar de no ser mencionadas en el art.11 de la LEC, entiendo que deben tener el mismo régimen de actuación que las asociaciones de consumidores ya que, de acuerdo con el artículo 23.1 TRLGDCU, <<también son asociaciones de consumidores y usuarios las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación de las cooperativas>>.

Los supuestos de legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios son de índole diversa. En primer lugar, La LEC se refiere a la legitimación de las asociaciones para interponer acciones en defensa de los intereses de la asociación y de sus asociados.

En segundo lugar, también se permite a la asociación actuar en defensa de los intereses de consumidores y usuarios. En este punto, el artículo 11 de LEC habla de intereses de distinta naturaleza, <<intereses generales>>, <<intereses colectivos>> e <<intereses difusos>>. Cuando el art.11.1 de la LEC habla de intereses generales, el legislador habla de la defensa de intereses supraindividuales de los consumidores y usuarios, mientras que los apartados 2 y 3 del art. 11 de la LEC tratan los derechos individuales conexos u homogéneos⁸⁵.

En este sentido, los artículo 11.2 y 11.3 se refieren a los derechos individuales conexos u homogéneos eso sí, distinguiendo entre una suerte de "intereses colectivos y difusos", respectivamente. En consecuencia, estos artículos reconocen, en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios, lo que se conoce como acciones colectivas. El art.11.2 LEC recoge las acciones colectivas en defensa de intereses colectivos y el art.11.3 LEC las acciones colectivas en defensa de intereses difusos o, también conocidas como acciones de clase⁸⁶. Las primeras se refieren a la posibilidad de ejercer una acción civil en defensa de intereses de un grupo de consumidores determinado o fácilmente determinable ya en la fase declarativa del procedimiento, mientras que las segundas permiten defender los intereses de un grupo de consumidores no determinado en aquella fase procesal o, lo que es lo mismo, sólo determinables en la fase de

⁸⁵ BACHMAIER WINTER, L., : <<La nueva ley de enjuiciamiento civil y los daños con múltiples víctimas. Cuestiones procesales relativas a la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios por el grupo de afectados>>, en *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Separata, Estudios de Derecho Judicial, 2001, pp. 213-214.

⁸⁶FERRERES COMELLA, A., <<Las acciones de clase (*Class Actions*) en la Ley de Enjuiciamiento Civil>>, en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 2005, p.1.

ejecución de la sentencia a partir del objeto de la reclamación que haya sido estimada en la fase declarativa⁸⁷.

La defensa de los intereses de carácter difuso se permite en exclusiva a las asociaciones de consumidores y usuarios, pero además sólo a aquellas que reúnan el requisito de ser <<representativas>>. Según el artículo 24.2 TRLGDCU, son representativas las asociaciones que forman parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito de la asociación sea el autonómico, en cuyo caso se estará a la normativa autonómica (en Aragón, las que formen parte del Consejo Aragonés de Consumidores y Usuarios⁸⁸).

En atención a lo expuesto, las asociaciones de consumidores y usuarios pueden, por tanto, actuar: i) en defensa de los intereses supraindividuales de consumidores y usuarios (art.11.1 LEC); ii) en defensa de derechos individuales conexos, tanto de carácter colectivo (art. 11.2 LEC) como de carácter difuso (art.11.3 LEC); iii) así como en defensa de intereses supraindividuales e individuales conexos de manera conjunta.

D) El Ministerio Fiscal

De acuerdo con la modificación del año 2002 de la LEC, se otorgan facultades al Ministerio Fiscal para ejercitar acciones de cualquier tipo en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios y ya no sólo de cesación, como se decía en la LEC anterior.

E) Grupo de afectados y otras entidades

Según Gutiérrez de Cabiedes, cuando se habla de grupo de afectados se trata de una “pluralidad o conjunto de sujetos, sin personalidad jurídica independiente -es decir, un ente sin personalidad reunido en torno a un interés común y solidario de los mismos”⁸⁹. La LEC reconoce la capacidad de los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso para ser parte del proceso cuando se cumplan una serie de requisitos (art. 6.1.7º).

⁸⁷ Un ejemplo de acción colectiva en defensa de perjudicados que están determinados o son fácilmente determinables será la ejercida en el caso de las cláusulas suelo hipotecarias porque los afectados se pueden fácilmente determinar a partir de los contratos celebrados por el Banco y una acción de clase en defensa de individuos indeterminados o no determinables será la ejercida frente a una campaña de publicidad engañosa o acciones en defensa de todos los usuarios de un aparcamiento público.

⁸⁸ Art. 56 de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón.

⁸⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, <<Comentarios...>>, cit., pp. 228-229.

Por otra parte, la legitimación de los mismos sólo se concede en defensa de los intereses colectivos, es decir, cuando el grupo de afectados esté determinado o sea fácilmente determinable (art.11.2 LEC). A este respecto, especial interés alberga la diligencia preliminar del artículo 256.1.6º LEC dirigida a que, con anterioridad a la iniciación del proceso, los afectados queden claramente determinados.

En último lugar, tienen legitimación también para defender los intereses de consumidores y usuarios las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores y usuarios. La doctrina es unánime al incluir en este supuesto a aquellas asociaciones constituidas con anterioridad al hecho dañoso, cuyo objeto principal no es la defensa de consumidores y usuarios, pero que indirectamente pueden servir a ese fin como las asociaciones de vecinos, de padres, etc.⁹⁰. Discutidas entre la doctrina son, sin embargo, otras entidades como las cooperativas de consumidores y usuarios o las asociaciones legalmente constituidas con posterioridad a la causación del daño⁹¹. Al igual que ocurre en el caso de los grupos de afectados, su legitimación se limita a la defensa de los intereses colectivos (art.11.2 LEC).

Para terminar, conviene advertir ya aquí, que todos estos legitimados podrán interponer acciones colectivas para la defensa de los intereses de consumidores y usuarios que legalmente les es permitido tutelar según lo expuesto. En este sentido, aun cuando los perjudicados no hayan incoado la acción que inicia un procedimiento colectivo o no se hayan personado al inicio del mismo, podrán adherirse a la demanda colectiva en el plazo otorgado para ello una vez realizada la comunicación prevista por el art.15 de la LEC.

8. LAS ACCIONES COLECTIVAS

Dentro de los mecanismos de carácter colectivo destacan las acciones colectivas como mecanismo idóneo para lograr el objetivo del pleno resarcimiento en el ámbito de la libre competencia. En este sentido se pronunció la Comisión en el Libro Verde de 2005⁹². Sorprende, por ello, que la actual Directiva 2014/104 no exija a los Estados

⁹⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, <<Comentarios...>>, cit., p. 224.

⁹¹ MONTERO AROCA, <<De la legitimación...>>, cit., p. 430.

⁹² Vid. Punto 2.5 del Libro Verde sobre <<Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia>>, SEC (2005) 1732, 19 de diciembre de 2005.

miembros reconocer estos mecanismos colectivos de manera obligatoria⁹³. Pero además, las acciones colectivas se tornan aún más interesantes cuando el perjudicado es un consumidor y usuario, teniendo en cuenta <<la asimetría de posiciones extraprocesales entre empresarios y profesionales, por un lado, y consumidores, por otro, que desincentiva al consumidor la asunción de la defensa judicial de sus propios intereses, con los costes del litigio y que, de forma correlativa potencian comportamientos irregulares de algunos empresarios y profesionales, al amparo de su impunidad estadística>>⁹⁴.

Muchos son los motivos por los que las acciones colectivas incentivan la persecución de las conductas anticompetitivas. Por ejemplo, reducen los costes de litigar por perjudicado, permiten la unificación de los medios de todos los afectados para probar la conducta ilícita y consiguen disuadir al infractor de repetir su conducta gracias al mayor importe pecuniario al que, en concepto de indemnización por daños, deberá hacer frente. No obstante su idoneidad, la experiencia judicial ha demostrado las dificultades prácticas que se ponen de manifiesto en el ejercicio de las acciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico.

La primera de las dificultades que es posible detectar se refiere a una normativa procesal española que, como se pudo observar en el epígrafe anterior, favorece la interposición de acciones colectivas en defensa de los intereses de consumidores y usuarios por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios, pero limita la legitimación de otros posibles actores (a excepción del Ministerio Fiscal, desde el año 2000).

En segundo lugar, para la admisibilidad de una demanda colectiva exigen los artículos 11.2 y 11.3 LEC que los perjudicados lo sean de un <<hecho dañoso común>>. Jueces y tribunales vienen reconociendo, con acierto, que la referencia a un hecho dañoso común significa la concurrencia de una identidad fáctica (en derecho anglosajón, *commonality*), lo cual quiere indicar, en realidad, que para que la acción colectiva en defensa de intereses individuales conexos sea ejercitable es necesario que: i) el origen del daño sea unívoco en relación con los distintos consumidores y usuarios afectados; ii) deba resultar innecesario proyectar la conducta o acción dañosa sobre todos y cada uno de los

⁹³ Vid. Considerando 13 de la Directiva 2014/104/UE.

⁹⁴ STS 214/2003, de 9 de mayo (RJ/2013/3088), pp. 28 y 29.

consumidores y usuarios representados, individualmente considerados⁹⁵. En otras palabras, se puede hablar de hecho dañoso común y, por ende, de admisibilidad de la demanda colectiva cuando se cumple que: i) hay un origen común y no controvertido del daño; ii) y es posible enjuiciar sin dificultad cada caso particular, lo cual sucede si la prueba del daño puede realizarse de forma rápida y sencilla, así como que su cuantificación puede llevarse a cabo atendiendo a criterios estandarizados, sin que ello contravenga el derecho individual a la tutela judicial efectiva del art.24 de la Constitución Española. Sólo así será admitida a trámite la demanda colectiva por jueces y tribunales.

Así, por ejemplo, se reconoce que es pertinente una acción colectiva y que existe hecho dañoso común en aquellas demandas colectivas que pretenden la nulidad de las condiciones abusivas (como las cláusulas "suelo") incluidas en los contratos bancarios de préstamos hipotecarios, ya que hay un origen común no controvertido (la ilicitud de una cláusula del contrato) y los efectos de la nulidad sobre cada perjudicado son los mismos (nulidad de la cláusula)⁹⁶.

Más controvertida es la procedibilidad de una acción colectiva cuando aun existiendo un curso causal único (por ejemplo: grandes catástrofes, producto defectuoso, etc.) se pide la reparación de daños y perjuicios para cada afectado⁹⁷ puesto que no es posible enjuiciar "sin dificultad" cada caso particular. Y es que, seguramente, la prueba del daño para cada individuo será una ardua tarea y, además, será inapropiado cuantificar el daño para cada perjudicado según criterios estandarizados, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva y del pleno resarcimiento que deberá limitarse al daño efectivamente soportado.

A ello debe sumarse lo dispuesto en los arts. 209.4º y 219.1º LEC: la sentencia debe contener un pronunciamiento expreso sobre la cantidad a pagar o, indicar claramente las bases para su cálculo o la operación matemática a efectuar ya que, como dice la propia norma, no es posible determinar su importe en la fase de ejecución de la sentencia. Este requisito legal supone que, en múltiples ocasiones, la reclamación individual sea más

⁹⁵ FERRERES COMELLA, A y LÓPEZ DE ARGUMEDO, Á., <<Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuestos en nuestra ley de enjuiciamiento civil. Una propuesta inicial de sistemas alternativos de resolución de conflictos>>, en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, Especial Reformas*, nº extraordinario-2012, p.4.

⁹⁶ STS (Sala de lo Civil) nº 214/2013, de 9 de mayo de 2013 (RJ/2013/3088).

⁹⁷ FERRERES COMELLA, A y LÓPEZ DE ARGUMEDO, Á., <<Las limitaciones...>>, cit., p.4.

eficiente que la interposición de una acción colectiva ya que, debido a la complejidad de la prueba de daño, dificultad de cálculo y larga duración que determinar el importe de la indemnización para cada uno de los afectados conlleva, lo único que se consigue con la acción colectiva es prorrogar en el tiempo el resarcimiento de los daños con el resultado de una tutela judicial efectiva menor, en la cual los casos especiales o particulares quedan desatendidos⁹⁸.

Por ello, algunos autores⁹⁹ y tribunales¹⁰⁰ identifican una alternativa para estos casos en el art. 219.3º LEC. Dicho precepto abre la posibilidad de incoar una acción colectiva cuando exista un hecho común al grupo de afectados y demorar para un proceso ulterior la prueba del nexo causal y cuantificación del daño individual de cada perjudicado. Desde mi punto de vista, esta aparente solución no es tal porque, al final, se van a tener que abrir igualmente tantos procedimientos individuales como perjudicados haya personados en el procedimiento con el único resultado de haber demorado en el tiempo el resarcimiento de las víctimas.

El tercer obstáculo emana del régimen de comunicación y publicidad del art. 15 LEC, debido a que jueces y tribunales se muestran rigurosos en la aplicación del concepto de interés difuso¹⁰¹. Los jueces y tribunales se muestran reticentes a admitir los supuestos en que concurren los presupuestos para el ejercicio de una acción colectiva de tutela de intereses difusos (art.11.3 LEC) y que, por tanto, no requeriría la comunicación de la interposición de la acción colectiva a todos los afectados por parte del demandante, y para la que bastaría la publicación de la admisión a trámite de la demanda colectiva en los medios de comunicación por el Secretario Judicial (art.15.3 LEC).

En ese sentido, argumenta la jurisprudencia que las dificultades prácticas que en ocasiones la comunicación exigida en el art.15.2 LEC puede acarrear para el supuesto de intereses colectivos, no es motivo suficiente para alegar que concurre un interés difuso, ni para argumentar que no es necesario comunicar a todos los afectados el inicio del procedimiento en virtud del art.15.3 LEC. Con carácter ejemplificativo, el fundamento de derecho 2º de la STS (Sala 1ª), de 29 de diciembre de 2010 (RJ

⁹⁸ SAP de Barcelona de 21 de octubre de 2010 y Cfr. Europa Press (www.europapress.es): «Un total de 1.185 empresas de Girona presentan reclamaciones por la nevada de marzo», de 13 de agosto de 2010.

⁹⁹ FERRERES COMELLA, A., <<Las acciones...>>, p. 10.

¹⁰⁰ SAP de Sevilla (Sección 5ª), de 22 de enero de 2004 (AC/2004/5), fundamento de derecho primero, p.4.

¹⁰¹ FERRERES COMELLA, A Y LÓPEZ DE ARGUMEDO, Á., <<Las limitaciones...>>, cit., p. 2.

2011/148) establece que: en el caso de múltiples afectados por contratos bancarios se trata de una acción en defensa de un interés colectivo y no de un interés difuso ya que es fácil determinar a los afectados a través de los contratos suscritos por los bancos con los consumidores. En este mismo sentido, la SAP de Sevilla (Sección 5ª), de 22 de enero de 2004 (AC/2004/5), concluye que: <<no hay que confundir la concurrencia de una fácil determinación de los perjudicados con la laboriosidad o esfuerzos que tal tarea conlleva>>.

Por ello, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones habrá miles de afectados y, dado que la mayor parte de las veces se predicará la concurrencia de un interés colectivo y no de un interés difuso, el requisito de comunicación previsto en el art. 15.2 LEC, generará una gran carga de trabajo para el demandante, demorará en el tiempo la resolución del conflicto y desincentivará la interposición de una acción colectiva.

Adicionalmente, todavía se puede enunciar otro problema más relacionado con las acciones colectivas: la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos. Primero porque los ilícitos anticompetitivos son especialmente difíciles de cuantificar y los jueces no pueden dejar de acudir a informes periciales económicos, normalmente complejos. Y, segundo, porque los jueces y tribunales, como se ha visto, son rigurosos a la hora de permitir una indemnización colectiva según criterios estandarizados, siendo necesario una individualización minuciosa del daño para cada uno de los afectados¹⁰².

Además, no existe un procedimiento específico para las acciones colectivas. El sistema de la LEC está pensado para la tutela de intereses individuales, lo cual ocasiona mayores dificultades prácticas en el ejercicio de acciones colectivas debido a las constantes interpretaciones que de las distintas piezas del proceso civil han de realizar jueces y tribunales.

En cuanto al efecto de cosa juzgada en el ejercicio de las acciones de carácter colectivo, no hay duda de que el efecto de cosa juzgada es "inter partes" en el caso de las acciones ejercidas en virtud del art. 11.2 LEC (defensa de intereses colectivos de consumidores y usuarios), en tanto en cuanto los perjudicados habrán sido individualmente determinados y se habrán personado en la causa por lo que los efectos de la sentencia se restringen a ellos. Ahora bien, en cuanto a la eficacia de las sentencias en el ejercicio de acciones del art. 11.3 LEC, esto es, acciones ejercidas en defensa de intereses difusos,

¹⁰² FERRERES COMELLA, A y LÓPEZ DE ARGUMEDO, Á., <<Las limitaciones...>>, cit., p.5.

es preciso entender que el efecto de cosa juzgada es “*ultra partes*” y no sólo “*in utilibus*” (sentencia confirmatoria) y, por ende, extensible a sujetos no personados en el proceso pero titulares de los derechos que fundamentan el ejercicio de la acción (art.222.3 LEC), tanto en sentencia confirmatoria como denegatoria¹⁰³.

Como efecto final, las acciones colectivas retrasan mucho en el tiempo el resarcimiento de las víctimas, por lo que la dilación temporal en la resolución de los procedimientos de acciones colectivas puede incluirse como un obstáculo adicional para el ejercicio de las acciones colectivas.

Así las cosas, la ventaja de las acciones colectivas es evidente: incentivan a los afectados a reclamar por los perjuicios sufridos (reduciendo los costes individuales de litigar, consiguiendo la reunión de medios por parte de todos los perjudicados, etc.) y, en consecuencia, permiten una mejor protección de los intereses y derechos particulares de los perjudicados al mismo tiempo que se garantiza el castigo de los infractores por sus conductas contrarias al mercado. Sin embargo, como se ha visto, nuestro ordenamiento jurídico todavía no está preparado para ellas, existiendo numerosos obstáculos que desincentivan su utilización¹⁰⁴.

9. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA

La clemencia consiste en el trato favorable que se otorga a las empresas que han sido parte de un cártel o acuerdo colusorio cuando colaboran con las autoridades de la competencia o la Comisión en la detección e investigación de una conducta anticompetitiva. El inicio de los programas de clemencia en la Unión Europea tuvo lugar en 1996 y con la LDC (arts.65 y 66), en España.

En nuestro país, el trato favorable otorgado a los infractores que colaboran dentro de un programa de clemencia consiste en¹⁰⁵: i) una exención del pago de la multa que se hubiera impuesto por participar en una conducta anticompetitiva al primero que aporten elementos de prueba que permitan ordenar una inspección o permitan comprobar una infracción cuando los elementos de prueba que obraban en manos de la Comisión Nacional de la Competencia (actual CNMV) no eran suficientes; ii) una reducción del

¹⁰³FERRERES COMELLA, A., <<Las acciones...>>, cit., pp. 4-5; y MARCOS FERNÁNDEZ, F., <<La aplicación...>>, cit., pp. 96-97.

¹⁰⁴ Opinión manifestada teniendo en cuenta también la entrevista que realicé al presidente de la Unión de Consumidores de Aragón (UCA) José Ángel Oliván.

¹⁰⁵ ORTIZ BAQUERO, I., <<La aplicación...>>, cit., p. 337-345.

importe de la multa para aquellos que sin ser los primeros aporten pruebas que supongan un valor añadido a la investigación¹⁰⁶.

Se deduce entonces que el infractor, persona jurídica (empresa) o física (empleado de la empresa, entre otros), no queda dispensando ni total ni parcialmente de hacer frente al pago de las indemnizaciones por daños que como consecuencia de la conducta anticompetitiva de la que se ha declarado partícipe, pueda exigirse ante los órganos judiciales. En este sentido, el infractor puede verse disuadido de colaborar con las autoridades si, por autoincriminarse, la confesión y pruebas aportadas a las autoridades pueden ser utilizadas en ulteriores procesos de reclamaciones de daños y perjuicios en contra de sus intereses.

El secretismo y complejidad de las conductas anticompetitivas implican que una pieza clave para su detección sean efectivamente la confesión y la aportación de documentos y otras pruebas por parte de los propios participantes en la conducta¹⁰⁷. Así por ejemplo, en España, desde la puesta en marcha de los programas de clemencia y hasta 2014, se impusieron multas de 446 millones de euros gracias a dichos programas, alcanzando las condonaciones los 93 millones de euros (20,8% del total de las sanciones impuestas)¹⁰⁸. Y, como se señala en la Memoria del año 2014 de la CNMC, desde 2009 a 2014 se detectaron 20 cárteles de los cuales 14 fueron descubiertos gracias a la confesión realizada por uno de los infractores a través del programa de clemencia¹⁰⁹.

Por ende, la cuestión a resolver consiste en encontrar un equilibrio entre los programas de clemencia en la aplicación pública del derecho de la libre competencia y el derecho al pleno resarcimiento protegido por su aplicación privada, sin que los programas de clemencia pierdan su atractivo para los infractores y sin que se produzca un menoscabo injustificado en el derecho al pleno resarcimiento de los afectados.

Ya la sentencia del TJUE, de 14 de junio de 2011, sobre el asunto *Pfleiderer* afirmaba la importancia de la aplicación tanto pública como privada del Derecho de la competencia

¹⁰⁶ Arts. 65 y 66 LDC de 2007; Comunicación de la Comisión del 19 de diciembre de 2006, relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (DOUE C 298 de 8.12.2006); y arts. 46 y ss. del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

¹⁰⁷ Vid. Considerando (26) de la Directiva 2014/104/UE.

¹⁰⁸ Noticia aparecida en El Mundo., <<Competencia impulsa su 'programa de chivatos' contra los cárteles>>, consultada el 2 de mayo de 2016, disponible en: <http://www.elmundo.es/economia/2014/06/11/53989ebfca474186548b456f.html>.

¹⁰⁹ MEMORIA 2014 de la CNMC, p.28, consulta en 26 de mayo de 2016, disponible en: https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/memorias_cnmc/20151221_Memoria2014.pdf.

para disuadir los acuerdos y prácticas contrarios a la libre competencia. Por este motivo y dada la ausencia de normas comunitarias de carácter obligatorio, se encomendó a los jueces nacionales ponderar caso por caso, distintos intereses públicos y privados, de acuerdo con la normativa interna y los principios comunitarios¹¹⁰, en la valoración de la pertinencia de la exhibición de las pruebas aportadas en el marco de un programa de clemencia¹¹¹.

Si hasta ahora no había una armonización vinculante de los programas de clemencia para los Estados miembros, la Directiva 2014/104 supone un giro a este respecto. Consciente el legislador europeo del papel destacado que ostentan los propios infractores para el “destape” de las conductas anticompetitivas, la Directiva establece una serie de incentivos con el fin de lograr un mayor número de confesiones por parte de los infractores en el seno de estos programas.

El primero de los incentivos consiste en limitar el acceso a la información suministrada por el infractor en los procedimientos de acciones por daños. Como es sabido, en el seno del procedimiento el demandante puede solicitar al juez que ordene al demandado o un tercero la exhibición de pruebas. Pues bien, para incentivar la colaboración del infractor, no podrán ser exhibidas, por ejemplo, las declaraciones de infracción y, en el caso de ordenar la exhibición de otra información, ésta tendrá que ser proporcionada en atención a una serie de parámetros marcados en la ley, que habrá que ponderar (si se trata de información confidencial que deba protegerse, si la exhibición compromete la investigación de una autoridad de la competencia o puede tener efectos negativos para las empresas que colaboran, etc.)¹¹².

El segundo de los incentivos se encuentra relacionado con la responsabilidad conjunta y solidaria de todos los infractores intervinientes en una conducta colusoria por los daños y perjuicios ocasionados. Los beneficiarios de clemencia sólo serán responsables conjunta y solidariamente ante sus compradores o proveedores directos o indirectos y

¹¹⁰ La sentencia exige a los órganos jurisdiccionales llevar a cabo una ponderación caso por caso en atención a los principios europeos de efectividad y equivalencia.

¹¹¹ STJUE de 14 de junio de 2011, caso C-360/09, asunto *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt* y STJUE de 6 de junio de 2013, asunto C-536/11, caso *DonauChemie*.

¹¹² Arts.5 y 6 de la Directiva 2014/104/UE.

solamente de forma subsidiaria ante otras partes perjudicadas cuando no se haya podido obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas¹¹³.

Así las cosas, ¿Suponen tales incentivos un menoscabo en el derecho al pleno resarcimiento de los consumidores víctimas de una conducta antitrust?

La respuesta entiendo que debe ser afirmativa. El litigio entre infractor y consumidor parte de la asimetría extraprosesal en perjuicio del consumidor a la que se hizo alusión en la introducción y, además, su reclamación encuentra diferentes barreras a superar a lo largo del proceso (coste del litigio, riesgo de imposición de costas, difícil acceso a documentos y otros medios de prueba, obstáculos a superar en la interposición de las acciones colectivas, etc.). En este sentido, los incentivos de los programas de clemencia no hacen sino sumar obstáculos al pleno resarcimiento de las víctimas de un ilícito *antitrust*.

No obstante, entiendo que tal menoscabo está justificado. Los programas de clemencia son necesarios para destapar las conductas anticompetitivas y, por ende, para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a los particulares ya que, sin ellos, numerosas conductas anticompetitivas quedarían impunes. De manera adicional, la armonización otorgada por la Directiva incrementará la seguridad jurídica en el derecho al pleno resarcimiento, evitando soluciones contradictorias en relación a la exhibición de pruebas y responsabilidad de los infractores en todo el territorio de la Unión¹¹⁴.

V: DERECHO COMPARADO EN LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO ANTITRUST Y EL DERECHO AL PLENO RESARCIMIENTO DE LOS PERJUDICADOS: USA VS EUROPA Y ESPAÑA

En Estados Unidos existe una vasta experiencia en la aplicación privada del Derecho *Antitrust*. No exento de críticas, su sistema merece ser atendido en Europa para moldear el todavía "en desarrollo" modelo europeo de aplicación privada del Derecho de la libre

¹¹³ Art. 11 de la Directiva 2014/104/UE.

¹¹⁴ DÍEZ ESTELLA.F y PÉREZ FERNÁNDEZ P., <<La directiva...>>, cit., pp 41-48 señala que: "La *London High Court of Justice* autorizó en su Sentencia de 4 de abril de 2012, caso *NationalGrid*, el acceso a algunos documentos que se habían presentado al hilo de una solicitud de clemencia; tanto el Juzgado local de Bonn (*Amtsgericht*) en su Sentencia de 18 de enero de 2012, como el Tribunal Superior de Düsseldorf (*Oberlandesgericht*) en su Sentencia de 22 de agosto de 2012, denegaron el acceso a todos los documentos relacionados con una solicitud de clemencia por parte de la empresa infractora".

competencia. Sus principales diferencias con el sistema europeo son las que a continuación se enumeran.

La primera diferencia que conviene resaltar se refiere a la posible indemnización por daños punitivos y múltiples reconocida en el sistema estadounidense. Así, en Estados Unidos una modalidad de daños múltiples es la triple indemnización (“*treble damages*”), reconocida en la *Clayton Act de 1914*¹¹⁵. En este sentido, en casi todos los litigios sobre derecho de la competencia el demandante puede recuperar el triple del valor del perjuicio que le fue ocasionado. La triple indemnización fue diseñada para castigar pasadas violaciones de la libre competencia y evitar violaciones futuras (efecto disuasorio o “*deterrence*”)¹¹⁶. No obstante, sí es cierto que en la práctica la triple indemnización se paga raramente. Ello es debido a que la víctima se conforma con el valor atribuido al daño en sí o menos, e incluso, cuando se dicta sentencia, se considera que no existe interés previo al fallo¹¹⁷.

En Europa y en España, sin embargo, con la nueva Directiva 2014/104¹¹⁸, el pleno resarcimiento no conllevará sobrecompensaciones y se limitará al daño efectivamente soportado más el pago de los intereses. De esta manera, como ya se ha expuesto con anterioridad, no será posible indemnizar en concepto de daños punitivos o múltiples.

En segundo lugar, destacan las acciones colectivas, muy arraigadas en el sistema estadounidense, todavía en desarrollo en la Unión Europea. No existe aún una regulación comunitaria vinculante a este respecto¹¹⁹. Y, aunque todos los Estados miembros reconocen ya mecanismos de carácter colectivo en diversos ámbitos¹²⁰, lo hacen de manera distinta a cómo se hace en Estados Unidos. Allí, la pieza clave de las acciones colectivas consiste en que un individuo, incluido un abogado, puede interponer

¹¹⁵ SALVADOR CODERCH, P., <<Punitive...>>, cit., p. 5.

¹¹⁶ WOODS DONNCADH, << Private Enforcement of Antitrust Rules—Modernization of the EU Rules and the Road Ahead>>, en *Loyola Consumer Law Review*, 2004, p. 7, consulta el 1 de mayo de 2016, disponible en: <http://luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/publications/workingpapers/woods.pdf>.

¹¹⁷ Red Europea de Formación Judicial, << Daños antitrust, derecho europeo de la competencia y jueces: acciones públicas y privadas en aplicación de los artículos 101, 102 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por los jueces nacionales (REFJ1224)>>, 2012, p. 5, consulta en 1 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www5.poderjudicial.es/CDA2012/CDA2012-03-ESP.pdf>

¹¹⁸ Apartado IV.4 de este trabajo de << El Derecho al pleno resarcimiento>>.

¹¹⁹ Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE), la cual no tiene carácter vinculante para los Estados Miembros.

¹²⁰ Vid. Considerando nº 9 de la Recomendación 2013/396/UE.

una acción en representación de un grupo indeterminado de demandantes; mientras en Europa, la normativa favorece que las acciones de carácter colectivo se interpongan por las asociaciones de consumidores y usuarios¹²¹.

Por otro lado, dentro de las acciones colectivas, el modelo estadounidense se distingue por su sistema *opt-out*, esto es, aquellas acciones en las que se entienden incluidos todos los sujetos que pertenecen a la clase o grupo que inició la acción salvo aquéllos que manifiestan de forma expresa ante el tribunal su deseo de ser excluidos, reservándose así su derecho al ejercicio de la reclamación individual.

En España, por ejemplo, al no haber una previsión de sistema *opt-out* de las acciones colectivas, los perjudicados que no se hayan adherido a la demanda o que no se hayan personado en el procedimiento pero pertenezcan al grupo que interpuso una acción colectiva, ya no podrán incoar una acción individual sobre la misma infracción.

Al contrario, en Europa y en España el mecanismo recomendado por excelencia es el sistema *opt-in*, es decir, las acciones colectivas en las que es necesario que las víctimas manifiesten expresamente su intención de ser incluidas en la acción a los efectos de que las consecuencias adversas o favorables que se desprenden de ella les pueden ser trasladadas¹²². No obstante, este mecanismo *opt-in* también es compartido por Estados Unidos.

Otra diferencia con el sistema europeo se refiere al sistema de costas favorable al demandante. En el ámbito de la competencia, "los demandados que pierden deben pagar las costas del demandante, pero los demandantes que pierden sólo soportan sus propias costas"¹²³. Al contrario, en Europa y en España, el demandante que pierde pagará, al menos en parte, las costas del vencedor.

En cuarto lugar, también el pago de los honorarios de abogados por *cuota litis* o *contingent fees*, fomenta la interposición de acciones en Estados Unidos. Ello significa que el profesional cobra como honorarios un porcentaje del objeto del pleito, pero sólo

¹²¹ WOODS DONNCADH, << Private Enforcement...>>, cit., p. 15.

¹²² FERRERES COMELLA, A., <<Las acciones de clase...>>, cit., p. 5; ARROYO APARICIO, A., *El Derecho...*, cit., p. 50.

¹²³ Red Europea de Formación Judicial, << Daños antitrust...>>, cit., p. 5.

si éste se gana. "Muchos que deseen interponer demanda no deberán invertir ninguna cantidad para hacerlo"¹²⁴.

Hasta hace unos años en Europa no era tan frecuente su utilización y en muchos países estaban prohibidos (como era el caso español)¹²⁵. Sin embargo, recientemente ello está cambiando. En España, por ejemplo, desde la STS, de 4 de noviembre de 2008, es posible el pacto de *cuota litis* entre abogado y cliente. Esta modernización del servicio de la abogacía también ha quedado reflejada en el Código Deontológico de la Abogacía Española donde se ha suprimido el artículo 16 que se refería a la prohibición de "*Cuota litis*". En los Estados Unidos, los acuerdos *cuota Litis o contingent fees* suelen referirse a un porcentaje de la indemnización en un rango entre el 10% y el 25% del total que se recupere¹²⁶.

Una última característica que merece ser mencionada se refiere a las facultades de investigación o *discovery* que ostentan las partes en el procedimiento¹²⁷. En Estados Unidos a las dos partes del proceso les es exigida la exhibición de documentación extensa y variada. Ello supone una carga considerable tanto para demandante como para demandado, si bien en los procedimientos de consumidores la carga de exhibición es mayor para el demandado. Además, el deber de exhibición en Estados Unidos es reforzado con la pena de prisión máxima de 5 años para quién destruya o no presente determinados documentos¹²⁸.

En España, sin embargo, los particulares en el procedimiento no tienen unas facultades tan amplias como en Estados Unidos para poder investigar y probar el ilícito. Por ello, en defensa de los consumidores y usuarios, lo más común en España será la interposición de acciones de daños *follow-on*¹²⁹. Es decir, que primero se acudirá a las autoridades administrativas competentes para que declaren la ilicitud de la conducta ya que cuentan con amplios poderes de investigación y, posteriormente, se interpondrá acción de resarcimiento de daños en la vía judicial.

¹²⁴ Red Europea de Formación Judicial, << Daños antitrust...>>, cit., p. 4.

¹²⁵ WOODS DONNCADH, << Private Enforcement...>>, cit., p. 6.

¹²⁶ WOODS DONNCADH, << Private Enforcement...>>, cit., p. 2.

¹²⁷ Red Europea de Formación Judicial, << Daños antitrust...>>, cit., p. 4.

¹²⁸ WOODS DONNCADH, << Private Enforcement...>>, cit., p. 8.

¹²⁹ DÍEZ ESTELLA, F Y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., <<La directiva...>>, cit., p.6-7; y entrevista con el presidente de la UCA José Ángel Oliván.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que el sistema estadounidense en la aplicación privada del derecho de la libre competencia es más favorable al perjudicado que el sistema europeo y español. En él, se reúnen toda una serie de medidas favorables a los perjudicados por un ilícito antitrust con el fin de incentivar la interposición de acciones por éstos. De un lado, los perjudicados ven considerablemente reducidos los costes del litigio a través de diversos mecanismos, con los *contingent fees* (que ya se reconocen en Europa también) y las costas favorables al demandante. De otro lado, existen unas facultades de investigación y una legitimación para la defensa de los intereses de los perjudicados más amplias, así como un marco más favorable a la interposición de acciones colectivas. Y, además, la indemnización por daños *antitrust* en los Estados Unidos persigue también un efecto disuasorio de posibles futuras conductas anticompetitivas (a través de los daños punitivos y los *treble damages*), de manera que la indemnización a percibir por los perjudicados puede llegar a ser superior a la prevista en el ámbito europeo, donde se halla limitada al resarcimiento de los daños efectivamente soportados.

VI. CONCLUSIONES

Primera.- En Europa las infracciones de la libre competencia pueden ser declaradas por las autoridades administrativas y por los órganos judiciales, pero sólo estos últimos son los competentes para atender las pretensiones de resarcimiento de los particulares por tales conductas.

Segunda.- La aplicación privada del Derecho de la Libre Competencia ayuda a descubrir y castigar las conductas anticompetitivas (colusorias y abusos de posición dominante), al mismo tiempo que permite el resarcimiento de las víctimas por los daños soportados como consecuencia de ellas.

Tercera.- Los Juzgados de lo Mercantil son los competentes en España para conocer de las infracciones anticompetitivas, tanto si se invoca la normativa comunitaria como la nacional española.

Cuarta.- La responsabilidad civil por daños y perjuicios derivadas de un ilícito *antitrust* es de naturaleza extracontractual según el pronunciamiento de 2012 del TS en el asunto ACOR.

Quinta.- La legitimación activa para la defensa de los intereses y derechos de consumidores y usuarios en el ordenamiento jurídico español corresponde al propio consumidor y, con carácter privilegiado frente a otros actores, a las asociaciones de consumidores y usuarios ya que sólo ellas podrán interponer acciones colectivas en defensa de intereses difusos.

Sexta.- Las acciones colectivas son un instrumento idóneo para impulsar la aplicación privada del Derecho de la Libre Competencia puesto que incentivan las reclamaciones de los particulares a través de la reducción de los costes del litigio por afectado y la unificación de los medios de todos los perjudicados, entre otras.

Séptima.- Sin embargo, existen numerosos obstáculos en el ejercicio de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español que desincentivan su utilización y, en consecuencia, el derecho al pleno resarcimiento de los consumidores y usuarios en el ámbito de la libre competencia no encuentra su plena realización.

Octava.- Aunque podría entenderse que los programas de clemencia en el seno del ámbito de la defensa de la competencia suponen una vulneración del derecho al pleno

resarcimiento, considero que son necesarios para el bienestar del mercado ya que sin los mismos muchas conductas contrarias a la libre competencia quedarían impunes.

Novena.- El sistema estadounidense es más favorable al perjudicado en la aplicación privada del Derecho de la Libre Competencia que el europeo, gracias a una normativa que incentiva las reclamaciones de los particulares. El sistema europeo del *private enforcement* se encuentra todavía en desarrollo y falta de una armonización comunitaria que quizá sería interesante dada la dimensión y relevancia que los mercados tienen hoy en día en nuestra sociedad.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Referencias doctrinales:

- ALFARO ÁGUILA REAL, J., *Derecho de la competencia y la competencia desleal*, disponible en: <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/01/derecho-de-la-competencia-y-derecho-de.html>, consulta en 29 de febrero de 2016.

-ALONSO SOTO, R., <<Derecho de la Competencia>>, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Menéndez et al. (Dir.), vol. I, undécima edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

-ARROYO APARICIO, A., <<Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre "acciones de daños">>, en *El Derecho de la Libre Competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, Vázquez Pena (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- BACHMAIER WINTER, L., <<La nueva ley de enjuiciamiento civil y los daños con múltiples víctimas. Cuestiones procesales relativas a la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios por el grupo de afectados>>, en *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Separata, Estudios de Derecho Judicial, 2001.

-BROKELMANN, H., <<La indemnización de los daños y perjuicios>>, en *El Derecho de la competencia y los jueces*, Martínez Lage et al. (coord.), Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2007.

-CALVO CARAVACA, A. Y SUDEROW, J, *El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia en la aplicación privada del Derecho Antitrust*, 2015. Disponible en: <file:///C:/Users/Pilar/Downloads/2781-2856-1-PB.pdf>. Consulta en 12 de abril de 2016.

- DÍEZ ESTELLA. F y PÉREZ FERNÁNDEZ P., <<La directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿La última gran revolución en el Derecho de Defensa de la Competencia?>>, en *Aranzadi Unión Europea* 7, julio 2014, pp.41 a 58.

- DÍEZ ESTELLA, F. y ESTRADA MERAY. C., << Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: Análisis de jurisprudencia reciente>> en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, La Ley, 2014.
- FERNÁNDEZ, C., «Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España» en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, La Ley, septiembre/octubre 2012.
- FERRERES COMELLA, A., <<Las acciones de clase (*Class Actions*) en la Ley de Enjuiciamiento Civil>>, en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 2005, disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1380/documento/articuloUM.pdf?id=3210> .
- FERRERES COMELLA. A y LÓPEZ DE ARGUMEDO.Á, <<Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuestos en nuestra ley de enjuiciamiento civil. Una propuesta inicial de sistemas alternativos de resolución de conflictos>>, en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, Especial Reformas*, nº extraordinario-2012.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A., *La Competencia*, Alianza Editorial, 2000.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, O., *La tutela civil de consumidores y usuarios: Problemática subjetiva*, Madrid, Junio 2013, disponible en: <http://eprints.sim.ucm.es/22380/> .
- GRANDE SEARA, P., <<Capacidad y legitimación en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios>>, en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, González Pillado (coord.), Tecnos, Madrid, 2010.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Córdón Moreno (coord.), Volumen I, 2ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.

-MARCOS FERNÁNDEZ, F., <<La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles>>, en *Revista ICE*, 50 aniversario de la primera ley de competencia en España, nº876, 2014.

-MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007.

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

-PÉREZ BUSTAMANTE KÖSTER, Y PASSÁS OGALLAR, J., <<Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia, en *RCDC*, núm.1, 2008.

- RED EUROPA DE FORMACIÓN JUDICIAL << Daños antitrust, derecho europeo de la competencia y jueces: acciones públicas y privadas en aplicación de los artículos 101, 102 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por los jueces nacionales (REFJ1224)>>, 2012, disponible en: <http://www5.poderjudicial.es/CDA2012/CDA2012-03-ESP.pdf> .

-SALVADOR CODERCH, P., <<Punitive Damages>>, en *Revista InDret*, Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2000.

-WOODS DONNCADH, << Private Enforcement of Antitrust Rules—Modernization of the EU Rules and the Road Ahead>>, en *Loyola Consumer Law Review*, 2004, disponible en: <http://luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/publications/workingpapers/woods.pdf>.

Referencias jurisprudenciales:

-Auto de la AP de Madrid (Sección 25ª) núm. 216/2009, de 30 de octubre de 2009 (JUR/2010/27582) y número 155/2010, de 5 de noviembre de 2010 (AC/2010/2300).

-SAP de Madrid (Sección 28º) nº 73/2006, de 25 de mayo de 2006, *Conduit* contra *Telefónica*.

- SAP de Madrid nº 00073/2006, de 25 de mayo de 2006.
- SAP de Sevilla (Sección 5ª), de 22 de enero de 2004 (AC/2004/5).
- SJM de Madrid, de 3 de septiembre de 2007 (AC/2008/176).
- STS (Sala 1ª), de 21 de abril de 1986 (RJ/1986/1864).
- STS (Sala 1ª), de 2 de junio de 2000, caso DISA.
- STS (Sala 1ª), de 30 de mayo de 2005, rec.nº 4712/1998.
- STS (Sala de lo contencioso-administrativo), de 4 de noviembre de 2008.
- STS (Sala 1ª), de 8 de junio de 2012, rec. nº 2163/09, asunto *ACOR*.
- STS (Sala 1ª), de 21 de enero de 2013 (RJ/2013/1824).
- STS (Sala 1ª), de 9 de mayo de 2013 (RJ/2013/3088).
- STS (Sala 1ª), de 4 de septiembre de 2013 (RJ/ 2013/7419).
- STJCE de 6 de febrero de 1973, asunto C-48/1972, *SA Brasserie de Haecht v Wilkin-Janssen*.
- STJCE de 2 de agosto de 1993, asunto C-271/1991, *M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.
- STJCE de 13 de abril de 1994, asunto C-128/1992, *Banks* contra *British Coal Corporation* y de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/1998, *Stergios Delimitis* contra *Heninger Bräu AG*.
- STJCE de 30 de junio de 1966, asunto 56/1965, *Socièté Technique Minière* y STJCE de 11 de septiembre de 2008, asunto C-279/2006.
- STJCE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-443/99, *Courage y Crehan*.
- STJCE, de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros*, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04.
- STJUE de 14 de junio de 2011, asunto C-360/09, *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*
- STJUE de 6 de junio de 2013, asunto C-536/11, *DonauChemie*.

Otras referencias:

- Entrevista con el presidente de la UCA, JOSÉ ÁNGEL OLIVÁN, sobre las acciones colectivas.

-MEMORIA 2014 de la CNMC, consulta en 26 de mayo de 2016, disponible en: https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/memorias_cnmc/20151221_Memoria2014.pdf.