

# **Análisis de los remedios públicos y privados en Derecho de la competencia**

Luca Biffaro

---

TESI DOCTORAL UPF / 2015

DIRECTOR DE LA TESI

Dr. Pablo Salvador Coderch

DEPARTAMENT DE DRET





## Resumen

Este trabajo estudia los remedios *antitrust* que la Comisión Europea tiene el poder de imponer en el marco de su actividad de aplicación pública del Derecho de la competencia y asimismo analiza uno de los remedios que pertenecen al área del *private antitrust enforcement*, es decir el remedio indemnizatorio que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden reconocer en favor de las víctimas de ilícitos concurrenciales en los supuestos de ejercicio, en forma autónoma o subsiguiente a la intervención administrativa, de una acción de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia. En el trabajo se realiza antes de todo un encuadramiento general de ambas categorías de remedios en el ámbito del sistema de *antitrust enforcement*. Sucesivamente se desarrolla un análisis de los remedios públicos tanto desde el punto de vista teórico como a la luz de la praxis aplicativa comunitaria, recurriendo a una aproximación metodológica de tipo dogmático y económico. El trabajo, empleando una metodología parecida estudia los aspectos sustanciales y procesales del remedio indemnizatorio. El estudio de este remedio, en particular, se realiza arrancando de un breve análisis de la aplicación privada de la normativa *antitrust* en el ordenamiento estadounidense, del estado de desarrollo del *private antitrust enforcement* en Europa antes de la adopción, *ratione materiae*, de un Libro Verde por parte de la Comisión Europea, de las posiciones asumidas en el debate comunitario por los *stakeholders* españoles y del posible impacto del nuevo régimen armonizado en el ordenamiento jurídico español.

## Abstract

This dissertation deals both with the public antitrust remedies that the European Commission imposes by virtue of the EC Regulation N° 1/2003 as part of its activity of *public antitrust enforcement* and a specific private antitrust remedy, namely the damages actions for breach of EC competition law, regardless of whether they are stand-alone or follow-on ones. We preliminarily draw a general framework for both kind of remedies within the whole antitrust enforcement activity of the European Commission. At a later stage we focus on the public remedies with both a theoretical approach and a case law analysis, and to this purpose we employ a dogmatic and economic methodological approach. Subsequently, by adopting a similar approach we deal with the damages actions for breach of EC competition law. As far as such an analysis is concerned, we take a snapshot of US private antitrust enforcement and we depict the stage of development of such an enforcement in Europe prior to the adoption of a Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules by the European Commission. Finally, we carry out an analysis of both substantive and procedural features of such a remedy by taking into account the views expressed by Spanish stakeholders all along the EU debate, as well as the expected impact of the harmonized regime for antitrust damages actions within the Spanish legal system.



# ÍNDICE

## CAPÍTULO PRIMERO

ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO DE LOS REMEDIOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

<b>1. Introducción: objeto, metodología y herramientas de análisis .....</b>	<b>1</b>
<b>2. Las formas de protección de las situaciones jurídicas subjetivas en la óptica del Análisis Económico del Derecho .....</b>	<b>5</b>
2.1. El modelo estático de Guido CALABRESI y A. Douglas MELAMED: <i>Property Rules</i> y <i>Liability Rules</i> .....	5
2.2. La Catedral y la determinación del remedio más eficiente.....	11
2.3. La Catedral en el modelo dinámico de Abraham BELL y Gideon PARCHOMOVSKY: la introducción de la herramienta de análisis de las <i>Pliability Rules</i> .....	14
<b>3. El concepto dogmático de remedio jurídico .....</b>	<b>18</b>
3.1. Consideraciones preliminares .....	19
3.2. La definición de remedio jurídico en Derecho de la competencia .....	23
3.3. Toma de posición en orden a la definición de remedio jurídico en Derecho de la competencia.....	26
<b>4. La determinación del interés jurídico protegido por el Derecho de la competencia .....</b>	<b>28</b>
4.1. Las raíces del concepto de competencia económica en el pensamiento jurídico europeo: las teorías subjetiva y objetiva desarrolladas por la doctrina alemana en el marco del estatuto normativo de la competencia desleal.....	29
4.2. La tutela de la competencia económica en la experiencia estadounidense: génesis y su desarrollo.....	32
4.2.1. La originaria aplicación de la normativa <i>antitrust</i> tras la adopción de la Sherman Antitrust Act.....	33
4.2.2. El enfoque estructural propugnado por la Harvard School.....	35
4.2.3. La Chicago School y la afirmación de la eficiencia económica: la <i>reductio ad unum</i> de los objetivos del Derecho <i>antitrust</i> .....	37
4.2.4. La fase Post-Chicago .....	39
4.3. La política comunitaria de defensa de la competencia.....	42
4.3.1. El debate sobre la finalidad del Derecho de la competencia en Europa .....	43
a) El bienestar económico general.....	44

b) El bienestar del consumidor.....	46
c) La integración del mercado común.....	51
d) La libertad de competir .....	51
4.4. Toma de posición en orden al concepto de competencia y a las finalidades del Derecho de la competencia con respecto al análisis de los remedios <i>antitrust</i> de naturaleza pública.....	53
<b>5. Las funciones de los remedios <i>antitrust</i>.....</b>	<b>56</b>
5.1. La cesación del ilícito concurrencial .....	58
5.2. La restauración de las condiciones de competencia en el mercado.....	62
5.3. La disuasión de futuros ilícitos <i>antitrust</i> y la prevención de la reincidencia .....	65
<b>6. Multas sancionadoras y función disuasoria .....</b>	<b>68</b>
6.1. Teoría consecuencialista <i>vs.</i> teoría comunicativa de la disuasión .....	70
6.2. La incidencia de los fenómenos psicológicos sobre la toma de decisión del potencial infractor .....	73
6.3. Efecto disuasorio y nivel óptimo de la sanción .....	76
6.4. El efecto disuasorio de las multas sancionadoras en la práctica.....	79
6.4.1. Planteamiento general .....	79
6.4.2. Práxis de la Comisión Europea y orientaciones jurisprudenciales ... ..	81
6.5. Efecto disuasorio y principio de proporcionalidad.....	87
6.6. Toma de posición sobre el debate relativo a la búsqueda del nivel óptimo de las multas sancionadoras y su implicación sobre la utilidad y necesidad que el remedio indemnizatorio cumpla una función disuasoria .....	88
<b>7. Multas sancionadoras, remedios y expropiación de los beneficios ilícitamente obtenidos por los autores de ilícitos concurrenciales .....</b>	<b>94</b>
<b>8. Modelo público y sistema privado de aplicación de la normativa <i>antitrust</i> .....</b>	<b>99</b>
8.1. Consideraciones generales.....	99
8.2. ¿Es el <i>private antitrust enforcement</i> independiente de la aplicación pública del Derecho comunitario de la competencia?.....	103
<b>9. Conclusiones .....</b>	<b>106</b>

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LOS REMEDIOS *ANTITRUST* DE NATURALEZA PÚBLICA

<b>1. Introducción</b> .....	<b>115</b>
<b>2. Marco preliminar para el análisis de los remedios <i>antitrust</i> de naturaleza pública</b> .....	<b>121</b>
2.1. Las bases jurídicas para la imposición de los remedios <i>antitrust</i> de naturaleza pública en los supuestos de infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE.....	122
2.2 Estructura normativa del Derecho de la competencia.....	124
2.2.1. La prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, del TFUE.....	126
2.2.2. La prohibición establecida en el artículo 102, apartado 1, del TFUE.....	132
2.3. El nexo existente entre la elección del remedio y las diferentes tipologías de prácticas anticompetitivas .....	142
2.4. El impacto de las características de la industria y la regulación sobre la determinación de los remedios públicos y la viabilidad de su imposición .	146
2.5. Los remedios <i>antitrust</i> y la economía de los costes de transacción .....	150
<b>3. Remedios <i>antitrust</i> de naturaleza pública y principio del vínculo procedimental</b> .....	<b>154</b>
<b>4. Los remedios imponibles al término de un expediente sancionador</b> .	<b>156</b>
4.1. Las características de los remedios de comportamiento .....	159
4.2. Las características de los remedios estructurales .....	161
4.2.1. La categoría doctrinal de los remedios <i>quasi</i> -estructurales .....	164
<b>5. Los remedios incluidos en las decisiones sobre compromisos</b> .....	<b>165</b>
5.1. Las posibles desventajas del recurso a las decisiones sobre compromisos .....	170
<b>6. Los principios que informan la fase de elección de los remedios <i>antitrust</i> de naturaleza pública: planteamiento general</b> .....	<b>175</b>
6.1 El principio de proporcionalidad .....	175
6.2. El principio de efectividad .....	179
<b>7 El papel normativo de los principios de proporcionalidad y efectividad en la elección de los remedios <i>ex</i> artículo 7 del Reglamento CE 1/2003.</b>	<b>183</b>
<b>8. El papel del principio de proporcionalidad en la elección de los remedios incluidos en las decisiones sobre compromisos</b> .....	<b>186</b>
<b>9. Conclusiones</b> .....	<b>191</b>

## CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DE LOS REMEDIOS *ANTITRUST* DE NATURALEZA PÚBLICA ADOPTADOS POR LA COMISIÓN EUROPEA EN LOS SUPUESTOS DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

<b>1. Introducción</b> .....	<b>196</b>
<b>2. La aplicación de los remedios <i>antitrust</i> de naturaleza pública en la industria energética comunitaria</b> .....	<b>197</b>
2.1. El nivel de competencia existente en la industria energética comunitaria: la primera etapa del proceso de liberalización.....	198
2.2. La aceptación de medidas remediales de tipo comportamental en la primera etapa del proceso de liberalización de la industria energética comunitaria .....	200
2.3. La investigación sectorial en los mercados europeos del gas y la electricidad .....	202
2.4. Los remedios <i>antitrust</i> de naturaleza pública impuestos por la Comisión Europea para corregir los problemas de competencia existentes en la industria energética europea en el trienio 2008-2010: el tercer paquete energético .....	206
2.5. La aceptación de compromisos en los supuestos de abuso de posición de dominio excluyente.....	210
2.6. La adopción de decisiones sobre compromisos en los supuestos de abuso de explotación de la posición dominante .....	216
<b>3. La aplicación de los remedios <i>antitrust</i> de naturaleza pública en los supuestos de ejercicio de los derechos de propiedad intelectual e industrial</b> .....	<b>219</b>
3.1. Objeto y función de los derechos de propiedad intelectual e industrial .....	219
3.2. La relación entre los IPRs y el Derecho de la competencia.....	224
3.3. Ejercicio de los IPRs y responsabilidad <i>antitrust</i> de las empresas en posición de dominio.....	227
3.3.1. IPRs y responsabilidad <i>antitrust</i> en los supuestos de negativa a licenciar ( <i>refusal to license</i> ).....	230
a) El asunto <i>Magill</i> .....	230
b) El asunto <i>IMS</i> .....	232
3.3.2. Los remedios <i>antitrust</i> de naturaleza pública impuestos por la Comisión Europea en los supuestos de <i>refusal to license</i> .....	237
a) Los remedios adoptados en el asunto <i>Magill</i> .....	238



b) Los remedios (de naturaleza provisional) adoptados en el asunto <i>IMS</i> .....	238
3.3.3. Planteamiento crítico de las soluciones adoptadas por el TJUE en los asuntos <i>Magill</i> e <i>IMS</i> .....	242
3.4. Responsabilidad <i>antitrust</i> en los supuestos de negativa a suministrar la información indispensable para competir en el mercado de referencia	245
3.4.1. El asunto <i>Microsoft</i> : planteamiento introductorio .....	245
3.4.2. La decisión sancionadora de la Comisión Europea.....	246
3.4.3. Evaluación crítica del asunto <i>Microsoft</i> .....	247
3.4.4. El remedio comportamental impuesto en el asunto <i>Microsoft</i> : la obligación de suministrar la <i>interface information</i> a través de la concesión de licencias obligatorias.....	252
3.5. La aplicación del remedio de las licencias obligatorias en los supuestos de negativas a contratar opuestas por empresas dominantes que sean titulares de IPRs .....	254
3.5.1. Los criterios para establecer si las licencias obligatorias constituyen un remedio <i>antitrust</i> adecuado.....	255
3.5.2. La determinación del contenido de las licencias obligatorias .....	257

## CAPÍTULO CUARTO

### LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EUROPEA: EL DESARROLLO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS *ANTITRUST DAMAGES ACTIONS*

<b>1. Introducción</b> .....	<b>268</b>
1.1. Ámbito objetivo de análisis.....	270
1.2. Metodología de análisis.....	274
<b>2. <i>Excursus</i> sobre los aspectos principales del sistema estadounidense de <i>private antitrust enforcement</i></b> .....	<b>275</b>
2.1. <i>Treble Damages</i> .....	277
2.2. <i>Standing Restrictions</i> y <i>Passing-on Defence</i> .....	281
2.3. <i>Costs of Damages Actions</i> .....	286
2.4. <i>Class Action</i> y <i>Discovery Rule</i> .....	293
2.5. <i>Notice Pleading System</i> y <i>Settlement Agreements</i> .....	294
<b>3. La aproximación de la jurisprudencia del TJUE a la cuestión de la aplicación privada del Derecho de la competencia</b> .....	<b>298</b>

3.1. La sentencia <i>Courage</i> y el reconocimiento del derecho de los perjudicados por la realización de una práctica anticompetitiva a reclamar judicialmente la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.....	302
3.2. La postura adoptada por el TJUE en el asunto <i>Manfredi</i> .....	307
<b>4. Los (escasos) avances del <i>private antitrust enforcement</i> tras la adopción del Reglamento CE 1/2003.....</b>	<b>313</b>
<b>5. El “Informe <i>Ashurst</i>” y el estado de desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia en los Estados miembros de la UE ..</b>	<b>314</b>
<b>6. El Libro Verde sobre la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia .....</b>	<b>318</b>
6.1. Acceso a las pruebas.....	321
6.1.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	326
6.2. Requisito de conducta culpable .....	330
6.2.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	332
6.3. Daños y perjuicios .....	335
6.3.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	339
6.4. Defensa de repercusión del sobrecoste y legitimación del comprador indirecto.....	341
6.4.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	348
6.5. Defensa de los intereses del consumidor y acciones colectivas .....	350
6.5.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	352
6.6. Coste de las acciones indemnizatorias.....	353
6.6.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	357
6.7. Coordinación de la aplicación pública y privada.....	358
6.7.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	360
6.8. Competencia judicial .....	363
6.8.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	366
6.9. Legislación aplicable.....	366
6.9.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	370
6.10. Requisito de causalidad.....	370
6.10.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	375
6.11. Las demás cuestiones planteadas en el Libro Verde .....	376
6.11.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	379

<b>7. El Libro Blanco relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia .....</b>	<b>380</b>
7.1. Legitimación activa de los compradores indirectos .....	385
7.1.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	388
7.2. Repercusión del sobrecoste.....	389
7.2.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	395
7.3. Acceso a las pruebas.....	398
7.3.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	410
7.4. Efecto vinculante de las resoluciones de las ANC.....	412
7.4.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	425
7.5. Requisito de conducta culpable .....	427
7.5.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	431
7.6. Daños y perjuicios .....	432
7.6.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	440
7.7. Plazos de prescripción .....	444
7.7.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	448
7.8. Costes de las demandas de reparación por daños y perjuicios <i>antitrust</i> .....	449
7.8.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	453
7.9. Interacción entre los programas de clemencia y las demandas de indemnización por daños y perjuicios <i>antitrust</i> .....	455
7.9.1. Comentarios de los <i>stakeholders</i> españoles .....	461
7.10. Los recursos colectivos: Remisión (§.V.1.3.1.).....	463
<b>8. Conclusiones .....</b>	<b>464</b>

## CAPÍTULO QUINTO

ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LAS ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y SU IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

<b>1. La armonización de algunos aspectos de los regímenes nacionales por los que se rigen las <i>antitrust damages actions</i> como medida para fomentar la aplicación privada del Derecho de la competencia en Europa .....</b>	<b>470</b>
1.1. Los argumentos contra la armonización positiva .....	471
1.2. Los argumentos en favor de la armonización positiva .....	475

1.3. La evaluación de impacto sobre la iniciativa legislativa relativa a las <i>antitrust damages actions</i> .....	480
1.3.1. La no inclusión de las medidas relativas a la armonización de los aspectos relacionados con las acciones colectivas en la <i>preferred option</i> .....	485
1.4. Los fundamentos normativos de la armonización positiva en la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea y sus principios rectores .....	490
1.5. La Propuesta de Directiva sobre las <i>antitrust damages actions</i> .....	494
1.5.1. El asunto <i>Pfleiderer</i> y su impacto sobre los programas de clemencia .....	497
1.5.2. La aportación de la jurisprudencia comunitaria en materia de divulgación de la información relativa a los ilícitos concurrenciales .....	504
a) La posición de la jurisprudencia con respecto al acceso al expediente administrativo solicitado sobre la base del Reglamento Transparencia .....	506
b) Ulteriores reflexiones sobre la relación entre el carácter confidencial de la información proporcionada por las empresas afectadas por una decisión sancionadora y la publicación de su contenido.....	513
1.6. <i>Overview</i> de las medidas contempladas en la Propuesta de Directiva relativa a las <i>antitrust damages actions</i> .....	517
1.6.1. La exhibición de los medios de prueba .....	518
1.6.2. El efecto de las resoluciones nacionales.....	521
1.6.3. Los plazos de prescripción .....	524
1.6.4. Las medidas relativas al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria.....	525
1.6.5. Legitimación activa y repercusión del sobrecoste.....	527
1.6.6. La cuantificación del perjuicio ocasionado a las víctimas de ilícitos concurrenciales .....	530
1.6.7. Las medidas relativas a la resolución consensual de litigios.....	532
1.7. El análisis de los beneficios que las medidas contempladas en la Propuesta de Directiva aportan en favor de las partes involucradas en una <i>antitrust litigation</i> .....	537
<b>2. La Directiva 2014/104/UE: Planteamiento general.....</b>	<b>541</b>
2.1. Los aspectos armonizados de carácter procesal del remedio indemnizatorio en Derecho de la competencia .....	544
2.1.1. Las medidas concernientes a la divulgación de las pruebas que se encuentran en poder de las empresas infractoras o un tercero ..	544

a) Divulgación de los medios de prueba y programas de clemencia .....	553
b) Divulgación de los medios de prueba y formas de resolución consensual de los litigios de naturaleza <i>antitrust</i> .....	557
2.1.2. El efecto vinculante de las resoluciones de las ANC .....	560
2.1.3. Los plazos de prescripción .....	566
2.1.4. Responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas infractoras ... ..	571
2.1.5. Las medidas relativas a la defensa de repercusión del sobrecoste... ..	575
2.1.6. Las medidas relativas a la distribución de la carga probatoria y a las reglas de cuantificación del perjuicio.....	580
2.1.7. Las medidas relativas a la solución extrajudicial de controversias resarcitorias de naturaleza <i>antitrust</i> .....	584
2.2. Los aspectos no armonizados por la Directiva 2014/104/UE.....	588
2.2.1. El nexo de causalidad .....	590
2.2.2. Remedio indemnizatorio, elemento subjetivo e incidencia del error en la determinación de la responsabilidad civil extracontractual por daños <i>antitrust</i> .....	593
<b>3. El estado de desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia en el ordenamiento jurídico español antes de la trasposición de la Directiva 2014/104/UE .....</b>	<b>603</b>
3.1. Breve análisis de la casuística jurisprudencial española en materia de <i>private antitrust enforcement</i> .....	606
3.1.1. Remedio indemnizatorio e ilícitos concurrenciales en la industria energética española .....	607
3.1.2. <i>Antitrust damages actions</i> e ilícitos concurrenciales relacionados con el ejercicio de IPRs .....	613
3.1.3. La aplicación del remedio indemnizatorio en los supuestos de realización de carteles secretos.....	615
a) El cártel del azúcar .....	615
b) El cártel del seguro decenal de daños .....	620
<b>4. Conclusiones .....</b>	<b>627</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>634</b>
<b>A. TABLAS DE JURISPRUDENCIA CITADA</b>	
<b>B. BIBLIOGRAFÍA</b>	

## ABREVIATURAS

<b>ADPIC</b>	Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio
<b>ADR</b>	Mecanismos alternativos de resolución de conflictos
<b>AEDC</b>	Asociación Española para la Defensa de la Competencia
<b>AGCM</b>	Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
<b>ANC</b>	Autoridad/es Nacional/es de la Competencia
<b>(A/S)AP</b>	(Auto/Sentencia de la) Audiencia Provincial
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
<b>CEEES</b>	Confederación Española de empresarios de estaciones de servicio
<b>CNC</b>	Comisión Nacional de la Competencia
<b>CNMC</b>	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
<b>DCE</b>	Decisión de la Comisión Europea
<b>DG Comp</b>	Dirección General de Competencia de la Comisión Europea
<b>DOCE</b>	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
<b>DOUE</b>	Diario Oficial de la Unión Europea
<b>EE.UU.</b>	Estados Unidos de América
<b>FRCP</b>	Federal Rules of Civil Procedure
<b>GURI</b>	Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana
<b>GWB</b>	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
<b>IPR/s</b>	Derecho/s de la propiedad intelectual e industrial
<b>(S)JPI</b>	(Sentencia del) Juzgado de Primera Instancia
<b>LDC de 1989</b>	Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia
<b>LDC de 2007</b>	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>Libro Blanco</b>	Libro Blanco de la Comisión Europea sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia
<b>Libro Verde</b>	Libro Verde de la Comisión Europea sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia
<b>OFT</b>	United Kingdom Office of Fair Trading
<b>OMC</b>	Organización Mundial del Comercio
<b>PYME</b>	Pequeñas y medianas empresas
<b>REC</b>	Red Europea de Competencia
<b>RJ</b>	Recopilación de la Jurisprudencia

<b>TCE</b>	Tratado de la Comunidad Europea
<b>TCEE</b>	Tratado de las Comunidades Europeas
<b>TCDC</b>	Tribunal Català de Defensa de la Competència
<b>(R)TDC</b>	(Resolución del) Tribunal de Defensa de la Competencia
<b>(S)TEDH</b>	(Sentencia del) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TFUE</b>	Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea
<b>(A/S)TG(UE)</b>	(Auto/Sentencia del) Tribunal General de la Unión Europea
<b>(S)TJ(UE)</b>	(Sentencia del) Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>(S)TS</b>	(Sentencia del) Tribunal Supremo
<b>TUE</b>	Tratado de la Unión Europea
<b>UAB</b>	Universitat Autònoma de Barcelona
<b>UB</b>	Universitat de Barcelona
<b>UE</b>	Unión Europea





# CAPÍTULO PRIMERO

## ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO DE LOS REMEDIOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

### SINOPSIS

En este primer capítulo se realiza un análisis de los remedios *antitrust* desde la perspectiva general de la aplicación del Derecho de la competencia, es decir tomando en cuenta tanto las herramientas de protección de carácter público como aquella de naturaleza privada. Se tratará de definir en qué consiste la categoría jurídica de remedio, sobre la base de las especificidades que caracterizan el ámbito de la normativa de defensa de la competencia y la determinación del interés jurídico protegido, se ilustrarán las funciones que la misma desarrolla y también cuales son las relaciones que median entre los remedios públicos y privados y las demás herramientas de *enforcement* a disposición de la Comisión Europea. A este último respecto, en particular, se analizarán las multas sancionadoras y los remedios con funciones eminentemente expropiativa. Mediante el recurso a las herramientas del Análisis Económico del Derecho, además, se procederá también a analizar los remedios *antitrust* para averiguar que tipo y grado de protección resultan susceptible de proporcionar al interés jurídico asignado a su tutela y si y bajo cuales circunstancias esta forma de tutela puede variar. Por último se analizará la relación entre modelo público y privado de aplicación del Derecho de la competencia, poniendo especial atención al rol de *enforcement* jugado por el remedio indemnizatorio.

### 1. Introducción: objeto, metodología y herramientas de análisis

El objetivo de esta tesis doctoral es analizar la categoría conceptual de remedio en el ámbito de una específica rama del ordenamiento jurídico: el Derecho de la competencia<sup>1</sup>. En particular, el análisis se centrará sobre el estudio de los

---

<sup>1</sup> A nivel comunitario el Derecho de la competencia constituye una rama del ordenamiento jurídico esencialmente estructurada entorno a dos ordenes de prohibiciones: *i*) el artículo 101 del TFUE, que prohíbe la realización de acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas que restringen la competencia, por objeto o por efecto, en la medida en que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y la prohibición de abusar de la posición de dominio que se ha alcanzado en el mercado; *ii*) el artículo del 102 del TFUE que prohíbe el abuso de posición dominante en la medida en que pueda afectar al comercio entre los

remedios *antitrust* de naturaleza pública aplicados por la Comisión Europea en los supuestos de infracción de la normativa comunitaria de defensa de la competencia y sobre un específico remedio de naturaleza privada, es decir el remedio indemnizatorio, con referencia a los supuestos con respecto a los cuales se aplica un régimen jurídico armonizado de matriz comunitaria.

Antes de todo, y en una óptica general, cabe poner de relieve que escoger como objeto de investigación el concepto de remedio jurídico significa realizar un análisis enfocado esencialmente sobre el estudio de las herramientas de protección de las situaciones jurídicas subjetivas<sup>2</sup> protegidas por el ordenamiento. Al respecto cabe de inmediato señalar que a lo largo de este trabajo se utilizará la categoría de las situaciones jurídicas subjetivas con finalidades exclusivamente descriptivas y por esto, sin entrar en el fondo de los aspectos dogmáticos de la cuestión, entenderemos que dichas situaciones representan la conformación de la posición que los sujetos de derecho mantienen respecto de determinados intereses, es decir aquéllos que el ordenamiento jurídico considera merecedores de tutela.

Un análisis enfocado sobre los instrumentos de tutela de los intereses jurídicamente relevantes, en particular, se caracteriza por una inversión de la perspectiva metodológica tradicional, en cuanto el objetivo que se propone es el estudio de las situaciones jurídicas subjetivas a través del análisis de sus medidas de protección<sup>3</sup>. La importancia de la idea de la perspectiva en el ámbito del análisis jurídico –que ya podemos encontrar con referencia al estudio del Derecho objetivo<sup>4</sup>– reside esencialmente en el hecho de que la adopción de un

---

Estados miembros. A lo largo de este trabajo se empleará la numeración originaria de estas normas, es decir aquella contenida en las decisiones judiciales que se toman en cuenta. Así se citará el artículo 101 también como artículo 81 del TCE (antes del Tratado de Lisboa) o artículo 85 del TCEE (antes del Tratado de Amsterdam) y el artículo 102 también como artículo 82 del TCE o artículo 86 del TCEE.

<sup>2</sup> Esta postura refleja en parte la posición que sostuvo THON (1878, pág. 178) acerca del derecho subjetivo en las relaciones jurídicas *inter privatos* y en parte aquella de derecho público subjetivo creada por JELLINEK (1905, págs. 35 y sigs.). Otras importantes opciones dogmáticas fueron aquellas de JHERING (1852, pág. 327), WINDSCHEID (1875, pág. 170) y OLIVECRONA (1969, pág. 177).

<sup>3</sup> CALABRESI y MELAMED (1972, pág. 1089); FARNSWORTH (2007, pág. 188).

<sup>4</sup> Herbert L. A. HART, por ejemplo, en su obra *The Concept of Law*, empleó la herramienta de análisis conocida como “punto de vista externo-punto de vista interno” para distinguir entre comportamientos regulares y comportamientos regulados. En efecto, si se examinara la conducta que un cierto grupo de individuos lleva normalmente a cabo desde el punto de vista de un observador externo (por ejemplo, desde la perspectiva de un extraterrestre), los resultados del análisis conducirían a la mera constatación empírica de la regularidad y convergencia de la conducta de todos los agentes considerados, mientras no sería posible emitir algún juicio de valor acerca de las razones que subyacen a este tipo de actitud. Ese diferente resultado, en cambio, podría lograrse acudiendo a otro tipo de

enfoque remedial permite realizar un análisis de los objetos de tutela del Derecho mucho más profundizado de aquél que podría llevarse a cabo si se tomara exclusivamente en consideración la fase genética y/o aquélla de asignación de las situaciones jurídicas subjetivas a los sujetos de derecho.

En términos muy aproximativos podemos esquematizar uno de los principales mecanismos de funcionamiento de un sistema jurídico en el modo siguiente: *i)* creación/reconocimiento de situaciones jurídicas subjetivas; *ii)* asignación de las mismas a determinados sujetos de derecho; *iii)* ejercicio de una situación jurídica subjetiva por parte de su titular/vulneración por parte de un tercero; *iv)* tutela de las situaciones jurídicas subjetivas/consecuencias de la invasión de la esfera jurídica ajena. La partición analítica que acabamos de presentar nos sirve para poner de relieve que la aplicación de la idea de perspectiva al estudio de los fenómenos jurídicos sirve para tomar en consideración los múltiples aspectos y las diferentes implicaciones que los caracterizan. Si consideramos, por lo tanto, que la perspectiva juega, básicamente, un papel de herramienta de análisis jurídico, la descomposición analítica de los fenómenos jurídicos asume un valor meramente descriptivo-metodológico. Esto, a efectos de nuestro trabajo, conlleva una doble consecuencia: en primer lugar la adopción de la perspectiva remedial no implica la realización de un juicio de valor y, en segundo lugar, escoger el punto de vista de los remedios (en Derecho de la competencia) significa exclusivamente elegir un punto de partida sin conllevar la exclusión, del perímetro del análisis, de los demás elementos esenciales del fenómeno jurídico considerado.

Por lo tanto, no nos limitaremos a analizar los remedios de forma monista, sino que lo haremos relacionándolos con otros aspectos, cuales por ejemplo la tipología de situación jurídica vulnerada, con especial referencia a la naturaleza del interés protegido, las finalidades de la normativa de la que desciende la situación jurídica protegida (en nuestro caso la normativa de defensa de la competencia), la tipología de conductas o prácticas que vulneran el interés protegido, la normativa relevante a efectos de la determinación de alcance y tipo de responsabilidad que surge de la infracción, la eventual subsistencia de situaciones de conflicto con otros intereses en principio merecedores de tutela. En efecto, es acudiendo a dicha metodología que analizaremos los aspectos

---

perspectiva, es decir examinando la misma conducta desde el punto de vista de los sujetos que la llevan a cabo. La diferencia entre reglas, costumbres, usos y frecuencia estadística puede entenderse jurídicamente sólo acudiendo a la perspectiva del punto de vista interno, en cuanto sólo en presencia de una regla escrita o de una costumbre, los individuos adoptarán un modelo común de comportamiento asumiendo una postura crítica, porque reglas y usos tienen, por un lado, la aptitud de pedir conformidad a sus destinatarios y, por el otro, poseen la fuerza jurídica para reaccionar ante las conductas que se alejan del paradigma de comportamiento normativamente exigible. HART (1961, págs. 69-70); ROSS (1958, págs. 16-17).

jurídicamente relevantes de los remedios jurídicos en Derecho de la competencia, cuales la función desempeñada, las consecuencias que su aplicación produce en la esfera jurídica de los beneficiarios y los terceros, las condiciones de aplicabilidad, las relaciones entre los remedios que pertenecen al plano de la aplicación pública y aquéllos que conciernen a la esfera de la aplicación privada de la normativa *antitrust* y las implicaciones que esta interrelación conlleva en el ámbito del sistema general de *enforcement* de la normativa de defensa de la competencia.

Esta elección metodológica, no sólo nos permite emplear la idea de la perspectiva para descomponer idealmente un mecanismo jurídico, identificar sus diferentes aspectos y analizar los remedios jurídicos en Derecho de la competencia, sino que también presupone tener en cuenta una fundamental intuición del Análisis Económico del Derecho. Como es sabido, a partir del influyente trabajo de Guido CALABRESI y A. Douglas MELAMED del año 1972, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*<sup>5</sup>, ha tenido lugar un incremento de los estudios jurídicos en que las situaciones jurídicas subjetivas y sus formas de protección se han empezado a analizar empleando las categorías allí elaboradas, así como recurriendo a herramientas de matriz económica cuales, por ejemplo, el concepto de eficiencia, los costes de transacción y los incentivos. El trabajo de CALABRESI y MELAMED, en particular, ha introducido una fundamental y muy afortunada distinción entre las formas de protección de las situaciones jurídicas subjetivas, evidenciando que las mismas pueden ser tuteladas mediante reglas de propiedad (*Property Rules*) o reglas de responsabilidad (*Liability Rule*). Nosotros también haremos referencia a esta distinción para examinar algunos aspectos de los remedios jurídicos en Derecho de la competencia

En la primera parte de nuestro trabajo, en particular, hemos decidido emplear el instrumento de las reglas de protección de las situaciones jurídicas subjetivas con una doble finalidad. Por un lado, emplearemos dichas reglas como herramienta para integrar el análisis de las características y funciones de los remedios jurídicos, en cuanto las mismas nos proporcionan elementos muy relevantes para aclarar algunas de las principales cuestiones controvertidas cuales la determinación del concepto de remedio y el encuadramiento sistemático de esta categoría en el ámbito del sistema general de *enforcement* y, por el otro, el uso de estas reglas será de soporte para evaluar la concreta aplicación de los remedios de

---

<sup>5</sup> CALABRESI y MELAMED (1972, págs. 1089 y sigs.). La idea básica de estos autores es que el sistema jurídico puede ser analizado desde diferentes perspectivas. Por analogía al impresionista Monet, que pintó veinte veces la catedral de Rouen variando las condiciones de observación de la misma, CALABRESI y MELAMED introdujeron un nuevo punto de vista, siendo pero concientes que para entender completamente el sistema es necesario tomar (conjuntamente) en consideración todas las perspectivas. CALABRESI y MELAMED (1972, pág. 1090).

naturaleza *antitrust* y los efectos que producen en la esfera jurídica de los sujetos afectados. Al respecto se adoptará el modelo dinámico teorizado en el año 2002 por Abraham BELL y Gideon PARCHOMOVSKY que, arrancando del modelo originariamente elaborado por Guido CALABRESI y A. Douglas MELAMED, han introducido una nueva herramienta de análisis, denominada *Pliability Rule*, mediante la cual se ha puesto de relieve que las situaciones jurídicas subjetivas no están rígidamente protegida por reglas de propiedad o reglas de responsabilidad, sino que las formas de tutela pueden variar al modificarse de ciertas condiciones o al verificarse de ciertos acontecimientos<sup>6</sup>.

## 2. Las formas de protección de las situaciones jurídicas subjetivas en la óptica del Análisis Económico del Derecho

### 2.1. El modelo estático de Guido CALABRESI y A. Douglas MELAMED: *Property Rules* y *Liability Rules*

CALABRESI y MELAMED (1972, págs. 1089 y sigs.) han elaborado un nuevo modelo para sistematizar las situaciones jurídicas subjetivas, que se centra esencialmente en la perspectiva de la forma de tutela que el sistema jurídico acuerda a las mismas<sup>7</sup>. En términos generales, estos autores han puesto de relieve que el ordenamiento jurídico lleva a cabo una originaria asignación de situaciones jurídicas subjetivas (*first order decisions*) y luego decide bajo que forma protegerlas (*second order decisions*). Arrancando de estas premisas, dichos autores han clasificado las situaciones jurídicas subjetivas<sup>8</sup> con arreglo al criterio del tipo de tutela proporcionado por el sistema jurídico, distinguiendo tres supuestos: *i*) situaciones jurídicas subjetivas protegidas mediante reglas de propiedad (*property rules*); *ii*) situaciones jurídicas subjetivas protegidas a través de reglas de responsabilidad (*liability rules*); *iii*) situaciones jurídicas subjetivas enajenables<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> BELL y PARCHOMOVSKY (2002, págs. 1 y sigs.).

<sup>7</sup> Al respecto cabe subrayar que BELL y PARCHOMOVSKY (2002, pág. 11) han afirmado textualmente que: “Calabresi and Melamed’s goal was to analyze the role of law in the assignment and protection of entitlements. Specifically, Calabresi and Melamed sought to shed light on the ways in which the legal system does, and ought to, protect rights”.

<sup>8</sup> Nosotros emplearemos la expresión situaciones jurídicas subjetivas en lugar de *entitlements* a la que hacen referencia CALABRESI y MELAMED (1972, págs. 1089 y sigs.), así como toda la literatura sucesiva. Sobre las diferentes tipologías de situaciones jurídicas subjetivas, desde un punto de vista meramente dogmático, véase HOHFELD (1913, págs. 16 y sigs.).

<sup>9</sup> CALABRESI y MELAMED (1972, págs. 1105-1106) han textualmente afirmado que: “Whenever society chooses an initial entitlement it must also determine whether to protect the entitlement by property rules, by liability rules, or by rules of inalienability. In our framework, much of what is generally called private property can be viewed as an entitlement which is protected by a property rule. No one can take the entitlement to

Analizando el modelo propuesto por CALABRESI y MELAMED se desprende que las reglas de propiedad otorgan una protección más intensa en cuanto, bajo esta modalidad de tutela, las situaciones jurídicas subjetivas pueden ser afectadas sólo con el consentimiento de su titular y sólo en la medida en que los terceros están dispuestos a pagar el precio que este sujeto haya al respecto unilateralmente establecido. En cambio, cuando las situaciones jurídicas subjetivas están protegidas mediante una regla de responsabilidad la tutela acordada es más laxa, porque se admite que los terceros pueden entrometerse en ellas con independencia del previo consentimiento de su titular –pese al hecho de que en estos supuestos el titular no tiene algún poder de prohibir la intromisión ajena en su esfera jurídica– si bien tengan que pagar un precio colectivamente establecido (por ejemplo, por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa). Por último, las situaciones jurídicas subjetivas se consideran inajenables cuando, bajo ciertas circunstancias, el ordenamiento jurídico prohíbe de manera absoluta que las mismas sean objeto de actos de disposición.

Continuando con el análisis del modelo elaborado por CALABRESI y MELAMED emerge que las cuestiones de la asignación y protección de las situaciones jurídicas subjetivas se analizan con respecto a los supuestos en que se produce un conflicto de intereses entre uno o más sujetos de derecho, conflicto éste que el sistema jurídico tiene que solucionar estableciendo, por un lado, cual es la parte que ha de prevalecer y ser tutelada (con consiguiente asignación “originaria” de una situación jurídica subjetiva) y, por el otro, bajo que forma tiene que ser protegido su interés<sup>10</sup>. En particular, el ejemplo que estos autores han escogido para ilustrar como funciona su modelo de análisis es aquello de un conflicto de intereses entre un sujeto que desarrolla una actividad económica que produce

---

private property from the holder unless the holder sells it willingly and at the price at which he subjectively values the property. Yet a nuisance with sufficient public utility to avoid injunction has, in effect, the right to take property with compensation. In such a circumstance the entitlement to the property is protected only by what we call a liability rule: an external, objective standard of value is used to facilitate the transfer of the entitlement from the holder to the nuisance. Finally, in some instances we will not allow the sale of the property at all, that is, we will occasionally make the entitlement inalienable”.

<sup>10</sup> CALABRESI y MELAMED (1972, pág. 1090) han destacado que: “The first issue which must be faced by any legal system is one we call the problem of ‘entitlement’. Whenever a state is presented with the conflicting interests of two or more people, or two or more groups of people, it must decide which side to favor [...] Hence the fundamental thing that law does is to decide which of the conflicting parties will be entitled to prevail [...]”. También BELL y PARCHOMOVSKY (2002, pág. 12) han al respecto textualmente destacado que: “One question is how to assign the entitlement initially between the contending parties. The other is how to protect the initial assignment”.

externalidades perjudiciales (*pollution* o *nuisance*), y una pluralidad de otros sujetos negativamente afectados por la realización de la misma<sup>11</sup>.

Haciendo referencia al antecitado ejemplo, estos autores ponen de relieve que existen cuatro diferentes soluciones del conflicto de intereses, cada una de la cual determina una diferente asignación de la situación jurídica subjetiva considerada y a la elección de una diferente forma de tutela siempre en el marco del binomio *property rules/liability rules*. Antes de todo puede suponerse que el sistema jurídico decida que sean los sujetos afectados por la realización de la actividad que genera externalidades negativas (en el ejemplo citado, los propietarios de las fincas confinantes con aquélla donde se desarrolla la actividad contaminadora) a prevalecer en el conflicto. En este caso se les puede acordar una tutela tanto bajo una regla de propiedad, así que en todo caso y sin algún coste se puede prohibir la actividad de la otra parte (Regla 1), así como bajo una regla de responsabilidad, de tal forma que aunque no pueda prohibirse la actividad de contaminación, se reconoce que el perjuicio que la misma provoca ha de ser indemnizado (Regla 2). Viceversa, si se considera el caso en que el ordenamiento jurídico decida que sea el sujeto que realiza esta actividad la parte que ha de prevalecer en el conflicto, al mismo se le puede reconocer una tutela tanto amparada por una regla de propiedad (Regla 3) –con la consecuencia de que la actividad enjuiciada puede ser realizada a su discreción y sólo puede ser evitada si éste así lo decide y los terceros están dispuestos a pagar el precio que él unilateralmente establezca– como basada sobre una regla de responsabilidad, en cuyo caso la actividad de que se trata puede ser detenida pagando al sujeto que la estaba realizando, o quería hacerlo, una indemnización colectivamente establecida (Regla 4)<sup>12</sup>.

KRIER y SCHWAB (1995, pág. 444) han sintéticamente ilustrado estas cuatro reglas, y las subyacentes combinaciones de asignación de situaciones jurídicas subjetivas y formas de tutela acordadas, con la siguiente tabla:

**TABLA DE KRIER Y SCHWAB**

		FORMAS DE TUTELA	
		<i>regla de propiedad</i>	<i>regla de responsabilidad</i>
ASIGNACIÓN ORIGINARIA	vecinos	Regla 1	Regla 2
	contaminador	Regla 3	Regla 4

<sup>11</sup> CALABRESI y MELAMED (1972, págs. 1115 y sigs.).

<sup>12</sup> ROSE (1997, pág. 2179) ha posteriormente subrayado que tanto la Regla 2 como la Regla 4 del modelo de CALABRESI y MELAMED conducen a una repartición del valor de una situación jurídica subjetiva entre las partes, mientras que las reglas de propiedad no permiten la división de la titularidad.

CALABRESI y MELAMED (1972, pág. 1116), además, han subrayado que la Regla 4 puede ser considerada como un derecho de expropiación parcial unido a un tributo sobre los beneficios y que hasta entonces la misma había pasado casi del todo desapercibida desde el punto de vista teórico e inutilizada desde el punto de vista práctico pese a las cuestiones dogmáticas y los problemas aplicativos que acarrearba. A efectos de nuestro trabajo, sin embargo, el estudio de dicha regla asume una gran relevancia en cuanto, como ha sido también destacado por MELAMED (1997, págs. 2209-2210) y FARNSWORTH (2007, pág. 195), con respecto a la imposición de remedios *antitrust* de naturaleza pública en los supuestos de abuso de posición dominante por parte de un *incumbent* propietario de una infraestructura, un recurso o un *input* esencial y que, al mismo tiempo, sea titular de un derecho de propiedad intelectual e industrial sobre el mismo, se ha asistido a la aplicación de un *Rule 4-type remedy*<sup>13</sup>, con consiguiente protección del interés preeminente (el interés supraindividual de la competencia) a costas y sin el consentimiento del titular de un derecho de propiedad sobre el bien cuyo acceso se ha reconocido a los competidores.

En su modelo teórico CALABRESI y MELAMED (1972, págs. 1093-1105) se han ocupado también de los criterios con arreglo a los cuales el sistema jurídico puede realizar la asignación de las situaciones jurídicas subjetivas en los supuestos de conflicto de intereses entre los sujetos de derecho. En particular, tales autores han agrupado estos criterios en tres distintas categorías: *i*) razones de eficiencia económica; *ii*) razones de naturaleza distributiva; *iii*) otras razones de justicia. En extrema síntesis, el concepto de eficiencia económica al que estos autores han hecho referencia es el óptimo de Pareto<sup>14</sup> que constituye aquella situación en que la asignación de recursos no puede ser mejorable, en el sentido de que una nueva distribución no resultaría susceptible de mejorar el resultado anteriormente logrado para todos los sujetos involucrados en el cambio. CALABRESI y MELAMED, arrancando de esta premisa, han puesto de relieve que para lograr una eficiente asignación de recursos en el mundo real resulta imprescindible tomar en cuenta la presencia de los costes de transacción<sup>15</sup> —la ausencia de transacción es una opción especulativa de tipo meramente teórico—. Como ya había anteriormente destacado el mismo CALABRESI (1970, págs. 135-197) con respecto al ámbito de los accidentes, las decisiones sobre la asignación de la titularidad de situaciones jurídicas subjetivas en presencia de costes de

---

<sup>13</sup> Cfr. *infra sub* §.III.

<sup>14</sup> *Vid. infra sub* §.I.4.3.1.a.

<sup>15</sup> Este concepto ha sido introducido por Ronald H. COASE con su trabajo de 1960 *The Problem of Social Cost*. Posteriormente se ha destacado que existen diferentes costes de transacción que pueden tomarse en consideración cuales, por ejemplo, los costes de búsqueda de la información, los costes de búsqueda de la contraparte negociadora, los costes asociados a los comportamientos oportunistas, los costes de *enforcement*, los costes de monitorización, etc.. Cfr. *infra sub* §.II.2.5.



transacción representan actividades muy complejas, en las que el análisis coste/beneficio ha de ser informado a una serie de criterios cuales, por ejemplo, la imposición de los costes relacionados con el desarrollo de una determinada actividad sobre la parte que puede evitarlos de la forma menos onerosa (*cheapest cost avoider*) y la asignación de la titularidad en favor de la parte que atribuye más valor al recurso involucrado en el conflicto<sup>16</sup>.

CALABRESI y MELAMED, en el ámbito de su modelo teórico, si bien con específica referencia al ejemplo planteado que, cabe recordarlo, se refería a un supuesto de realización de una actividad productora de externalidades negativas, empleando como criterio de asignación aquello de la eficiencia económica<sup>17</sup> han destacado que puede aplicarse la Regla 1 cuando se estima que el sujeto que realiza la actividad de que se trata puede evitar sus consecuencias perjudiciales a un coste inferior a aquéllo que deberían soportar los sujetos afectados<sup>18</sup>. El mismo razonamiento, pero a la inversa, puede llevarse a cabo con respecto a la aplicación de la Regla 3, en cuanto el sistema jurídico puede optar por la misma cuando estima que sean los sujetos afectados por la antedicha actividad los sujetos que deban ser protegidos mediante una regla de propiedad. Evaluando críticamente estos ejemplos, puede observarse que ante un conflicto de intereses las reglas de propiedad resultarían susceptibles de otorgar una protección siempre eficiente sólo en el caso de que no existieran costes de transacción (so forma de costes de negociación) o los mismos fueran muy bajos, porque sólo en estos supuestos la negociación sucesiva a la asignación originaria de titularidad (es decir la asignación sucesiva a la solución del conflicto por parte del ordenamiento jurídico) podría corregir el error que condujo a una *first order decision* ineficiente por no haber asignado *ab initio* la situación jurídica subjetiva al sujeto que atribuye más valor al recurso sobre el cual la misma incide o, en todo caso, al sujeto que representa el *cheapest cost avoider*.

---

<sup>16</sup> Por lo que concierne a las razones de naturaleza distributiva, CALABRESI y MELAMED detectan dos tipos de criterios que pueden incidir sobre la asignación de las titularidades: la distribución de la riqueza en general y la distribución de los bienes-mercedos (educación, salud, integridad física, etc.). En cambio, con la categoría denominada “otras razones de justicia”, estos autores quisieron abarcar todas las demás razones que pueden informar la preferencia por un tipo de asignación de titularidad y que no pueden satisfactoriamente fundamentarse sobre uno de los términos del binomio eficiencia-distribución.

<sup>17</sup> La elección de reglas de protección con arreglo al criterio de la eficiencia económica tiende, en última instancia, a determinar una asignación de los recursos para que los mismos se empleen para sus usos más valiosos. POSNER (2007, pág. 124).

<sup>18</sup> Desde otra perspectiva, la aplicación de la Regla 1 puede tener lugar cuando se reputa que el sujeto que realiza la actividad en cuestión se halla mejor situado para evaluar los costes de su puesta o menos en práctica.

Sin embargo, puesto que los costes de transacción suelen ser muy altos, con independencia de la parte a la que se asigna originariamente la situación jurídica subjetiva en los supuestos en que subsista un conflicto de intereses, CALABRESI y MELAMED han reputado más eficiente que la protección de las situaciones jurídicas subjetivas se otorgue aplicando reglas de responsabilidad. En efecto, bajo el régimen de protección otorgado por las *liability rules* la solución del conflicto de intereses en todo caso conduce, por un lado, a una asignación de situaciones jurídicas subjetivas *ab initio* económicamente eficiente y, por el otro, permite evitar que las partes, negociando posteriormente entre sí, incurran en costes de transacciones innecesarios.

En cambio CALABRESI y MELAMED (1972, pág. 1120), por lo que concierne a la aplicación de la Regla 2, han puesto de relieve que debería recurrirse a la misma cuando no se conoce de antemano cual es la parte involucrada en el conflicto de intereses que confiere un valor más elevado a la situación jurídica subjetiva (en realidad, sería más correcto hacer referencia al recurso, bien o interés sobre el que recae la tutela). Estos autores, además, han destacado que cuando existe este tipo de situación de incertidumbre, también la Regla 4 resulta adecuada para solucionar el conflicto de intereses y otorgar una forma de tutela eficiente, en cuanto a través de la aplicación de esta regla es posible combinar simultáneamente razones de naturaleza distributiva a razones de eficiencia puramente económica.

La breve ilustración del modelo elaborado por CALABRESI y MELAMED nos lleva a constatar que a través del mismo estos autores han tratado de establecer bajo cuales criterios debe establecerse cual es la forma de protección mejor para asignar de manera eficiente y tutelar las situaciones jurídicas subjetivas en las situaciones de conflicto de intereses<sup>19</sup>. Estas cuestiones, en realidad, resultan muy complejas, en cuanto la determinación del remedio más eficiente depende de varios factores cuales, por ejemplo, el número de sujetos involucrados en el conflicto de intereses, la probabilidad de error en la valoración coste/beneficio, el grado de dificultad de determinar del coste de oportunidad de que se lleve a cabo una determinada actividad, la probabilidad de error en el cálculo de los daños provocados por la realización de ciertas conductas, la tipología de costes

---

<sup>19</sup> Al respecto BELL y PAROHOMOVSKY (2002, págs. 13-14) han afirmado que esta constituye la función normativa de la Catedral. Cabe añadir que nosotros afrontaremos la cuestión de la determinación del instrumento legal que mejor protege una determinada situación jurídica subjetiva desde la óptica de la aplicación privada del Derecho, en cuanto no pondremos en comparación los remedios *antitrust* de naturaleza pública con aquéllos de naturaleza privada. Sin embargo reputamos oportunos subrayar que este tema de política jurídica ha sido afrontado por varios autores, de los cuales vale destacar el trabajo de SALVADOR CODERCH *et al.* (2003, págs. 18-22) realizado con respecto al ámbito de la responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos.

de transacción considerada y su incidencia, etc.. En los siguientes párrafos nos ocuparemos de ambas cuestiones, empezando por la problemática de la individuación de los criterios para determinar el remedio más eficiente.

## 2.2. La Catedral y la determinación del remedio más eficiente

La cuestión de la determinación del remedio más eficiente desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho es un tema que trae origen del modelo elaborado por CALABRESI y MELAMED que, como anteriormente ilustrado, han tomado abiertamente posición en favor de las reglas de responsabilidad. Tales autores, en efecto, han considerado que en un mundo en que los costes de transacción son muy bajos o iguales a cero, las reglas de propiedad serían equivalentes a las reglas de responsabilidad en cuanto, aunque la originaria asignación de una regla de propiedad para proteger una determinada situación jurídica subjetiva resultase ineficiente, la ausencia o el bajo nivel de los costes de transacción permitiría que *ex post* se corrigiera este fallo mediante el recurso a los instrumentos negociales. Sin embargo, puesto que este escenario resulta meramente especulativo, puesto que en la realidad los costes de transacción sí que existen, estos autores han reputado las reglas de responsabilidad medidas de protección más eficientes en cuanto, poniendo un límite a la reparación que debe reconocerse en favor del titular de la situación jurídica subjetiva vulnerada, inhiben el poder de veto que podría este sujeto podría ejercitar bajo la operatividad de una regla de propiedad<sup>20</sup>.

El modelo elaborado por CALABRESI y MELAMED ha sido sucesivamente desarrollado por otros autores que por lo general han evidenciado que para determinar cual sea la regla de protección más eficiente resulta necesario tomar en consideración varios elementos, cuales las características de la actividad que vulnera la situación jurídica protegida, el tipo de interés jurídico afectado, si existe un conflicto de intereses con el objeto de protección de otra situación jurídica protegida, el ámbito normativo al que pertenecen las situaciones jurídicas subjetivas y los tipos de costes de transacción. Con respecto a este último perfil y sin alguna pretensión de exhaustividad puede destacarse que BEBCHUK (2001, págs. 601 y sigs.) ha tomado en consideración los costes de negociación y ha abogado por la mayor eficiencia de las reglas de propiedad, SMITH (2007, págs. 1742 y sigs.) ha hecho referencia a los costes administrativos relacionados con el *enforcement* jurisdiccional y también ha mostrado un *favor* por las reglas de propiedad, HYLTON (2006, págs. 137 y sigs.) ha analizado los costes de *enforcement* y ha destacado la mayor eficiencia de las reglas de propiedad, mientras que

---

<sup>20</sup> En sentido análogo se ha expresado también POSNER (1972, pág. 72) afirmando textualmente que: “Where transaction costs are high, the allocation of resources to their highest valued uses is facilitated by denying property right holders an injunctive remedy against invasions of their rights and instead limiting them to a remedy in damages”.

BROOKS (2003, págs. 289-290), adoptando la misma perspectiva, se ha inclinado en favor de las reglas de responsabilidad.

Un importante corolario que puede extraerse del modelo de CALABRESI y MELAMED es que la aplicación de las reglas de propiedad necesitan de una menor intervención pública, en cuanto la tutela que proporcionan a las situaciones jurídicas subjetivas sólo requiere la asignación de las misma. En cambio, las reglas de responsabilidad requieren un mayor compromiso por parte de las Autoridades públicas, puesto que la asignación de titularidad no resulta de por sí suficiente, siendo también necesario que se determine el *quantum* de la indemnización que ha de reconocerse al titular negativamente afectado. A este último respecto, en particular, ha sido destacado que abogar por una forma de protección basada sobre una regla de responsabilidad conlleva costes de evaluación muy elevado en cuanto las Autoridades públicas pueden incurrir en errores en la determinación del importe de la indemnización. Al respecto KRIER y SCHWAB (1995, págs. 440-483) han puesto de relieve que las Autoridades públicas, para no incurrir en costes elevados y neutralizar el riesgo de cometer errores, podrían abogar por una evaluación objetiva del valor del bien protegido que igualmente resulta problemática en la medida en que puede conducir a una infracompensación del titular de la situación jurídica subjetiva y, por consiguiente, afectar negativamente a los incentivos de las partes. La existencia de costes administrativos elevados ha respaldado la posición de quienes han criticado la preeminencia de las reglas de responsabilidad sobre aquéllas de propiedad basándose sobre el argumento de los elevados costes de transacción que las mismas conllevan (en particular, sobre los costes asociados a la negociación *ex post*)<sup>21</sup>.

KAPLOW y SHAVELL (1996, págs. 715 y sigs.) han tratado de refinar el originario modelo de la Catedral poniendo de relieve para establecer cual es la forma más eficiente de protección de una situación jurídica subjetiva es necesario aclarar preliminarmente el tipo de conflicto de intereses de que se trata –al respecto estos autores han distinguido entre *externalities disputes* y *possessory disputes*<sup>22</sup>– y también si entran en juego costes de transacción bajos o elevados. Por lo que afecta al primer tipo de conflicto de intereses, KAPLOW y SHAVELL han observado que en los supuestos en que se producen externalidades perjudiciales –que suelen tener lugar cuando las partes no están en condiciones de negociar– las reglas de responsabilidad resultan medianamente más eficientes<sup>23</sup>, y esto aún

---

<sup>21</sup> POLINSKY (1980a, pág. 1111).

<sup>22</sup> BELL y PARCHOMOVSKY (2002, pág. 17).

<sup>23</sup> KAPLOW y SHAVELL (1996, pág. 719). Estos autores, en particular, suponen que la información a disposición del Estado es imperfecta y, por lo tanto, la decisión sobre la forma de solucionar el conflicto de intereses ha de tomarse sin conocer exactamente los costes de prevención de la actividad que produce externalidades perjudiciales, pero sí que puede estimarse la entidad del perjuicio que la misma provoca (lo que constituye la base

si resulta difícil determinar la entidad del daño indemnizable<sup>24</sup>. Viceversa, con referencia al ámbito de las situaciones jurídicas subjetivas consistentes en el derecho a la posesión de bienes tangibles (*possessory interests in things*), estos autores han reputado que sean las reglas de propiedad a ser más eficientes, con independencia del hecho de que los costes de transacción sean bajos o elevados. La razón principal por la que las reglas de propiedad resultan más eficientes de las reglas de responsabilidad en las *possessory disputes* reside en el hecho de que las *liability rules* acarrear los siguientes dos ordenes de problemas: *i) reciprocal takings*; *ii) sequential takings*<sup>25</sup>.

---

para determinar el *quantum* de la indemnización). Es este, en particular, el supuesto en que las reglas de responsabilidad resultan más eficientes de las reglas de propiedad, en cuanto aplicando una regla de propiedad puede incurrirse en un doble tipo de error que conduce a la adopción de una *second order decision* ineficiente. Así, por un lado, podría prohibirse la realización de la actividad que genera externalidades negativas en el caso de que los costes de prevención sean superiores a la entidad del daño indemnizable, en el cual caso sería más eficiente que el daño ocurriera y fuera indemnizado a través del reconocimiento de una regla de responsabilidad en favor de los sujetos afectados y, por el otro, podría no prohibirse dicha actividad cuando los costes de prevención puedan ser inferiores a la magnitud del perjuicio que su realización provoca, en el cual caso debería preverse una regla de responsabilidad en favor del autor de dicha actividad. En este supuesto, en efecto, la adopción de una regla de responsabilidad resultará más eficiente porque la decisión sobre si realizar o menos esta actividad recae sobre el sujeto que conoce el nivel de los costes de prevención que hace falta soportar, de tal forma que siempre se encuentra en condiciones de escoger la opción económicamente más valiosa. En definitiva, estos autores han destacado que en situaciones relacionadas con el control de las externalidades perjudiciales, las reglas de responsabilidad permiten que el Estado se apodere de la información de que normalmente disponen las partes involucradas en el conflicto de intereses de que se trata. KAPLOW y SHAVELL (1996, pág. 725).

<sup>24</sup> KAPLOW y SHAVELL (1996, pág.727).

<sup>25</sup> KAPLOW y SHAVELL (1996, págs.722 y 765-767). Por lo que concierne al problema de los *reciprocal takings*, en la opinión de estos autores, si se protegieran los *possessory interests in things* mediante una regla de responsabilidad y se fijara el quantum de la indemnización a un nivel extremadamente bajo, entonces tendría lugar una situación en que el primera sujeto se apropiará del bien y abonará la indemnización a la otra parte de la disputa y esta, a su vez, tendría incentivos para hacer lo mismo, dando lugar a una cadena perpetua, al menos desde el punto de vista teórico, de intercambios de posesión del bien sobre el que surge el conflicto de intereses. Por lo que concierne, en cambio, al problema del *sequential takings*, bajo la operatividad de una regla de responsabilidad podría darse el caso de que un tercero se apropie del bien y así lo hagan otros sujetos al infinito. Para este tipo de disputas, por lo tanto, la aplicación de una regla de responsabilidad se demuestra económicamente ineficiente, en cuanto en lugar de contribuir a la determinación del sujeto que atribuye al bien en cuestión el valor más elevado, es susceptible de provocar una serie teóricamente infinita de apropiaciones sobre el mismo bien.

Otro buen ejemplo para demostrar cuanto sea difícil y controvertida la cuestión acerca de la determinación de los criterios bajo los cuales puede establecerse el remedio más eficiente es el trabajo de KRIER y SCHWAB (1995, págs. 440 y sigs.). Estos autores, en particular, han puesto en duda la supuesta superioridad de las reglas de responsabilidad en los casos en que los costes de transacción sean elevados destacando que la misma se basa sobre el asunto de que los perjuicios puedan estimarse siempre de forma acurada<sup>26</sup>. En efecto, lo que no se ha tenido normalmente en cuenta es que la estimación de los daños acarrea, a su vez, costes de transacción (*transaction costs of the judicial process*)<sup>27</sup>, que pueden resultar hasta más elevados de los costes de negociación que se toman en cuenta a la hora de evaluar la eficiencia de las reglas de propiedad, así que en la opinión de estos autores resultaría imposible establecer en abstracto cual es la forma económicamente más eficiente de remedio jurídico. Además, KRIER y SCHWAB (1995, págs. 460-462) han puesto de relieve que en los mismos supuestos en que los costes de negociación suelen ser normalmente considerados elevados (*v.gr.* negociación entre múltiples partes y situaciones de monopolio bilateral), también los costes de estimación de los daños resultan muy elevados, en cuanto la presencia de una pluralidad de sujetos y la falta de un precio de mercado fácilmente verificable hacen la evaluación acurada del perjuicio extremadamente difícil.

Esta breve ilustración de algunas de las principales posiciones doctrinales desarrolladas en el ámbito de la literatura del Análisis Económico del Derecho, nos conduce a observar que la cuestión de la determinación de la regla más eficiente resulta muy controvertida y no puede establecerse de forma absoluta y generalizada.

### **2.3. La Catedral en el modelo dinámico de Abraham BELL y Gideon PARCHOMOVSKY: la introducción de la herramienta de análisis de las *Pliability Rules***

Si bien las herramientas de Análisis Económico del Derecho reglas de propiedad/reglas de responsabilidad hayan sido originariamente empleadas de forma estática y con exclusiva referencia a los conflictos de alcance *inter privados*, CALABRESI (1997, pág. 2202) ha puesto sucesivamente de relieve que la aparente sencillez del modelo fue intencional, porque el mismo servía para introducir en el debate científico una nueva forma de aproximarse y estudiar el problema de la asignación y la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas, que necesitaba ser comprendida y dejaba espacio para el desarrollo de ulteriores análisis, con la posibilidad de complicar el modelo y emplearlo en ámbitos diferentes de aquéllos

---

<sup>26</sup> KRIER y SCHWAB (1995, págs. 453-454).

<sup>27</sup> KRIER y SCHWAB (1995, págs. 475-477).

inicialmente considerados. Además, MELAMED (1997, págs. 2209 y sigs.) ha por su parte evidenciado que la herramienta de análisis *property rules/liability rules* puede ser también utilizada en aquellos supuestos en que el conflicto de intereses afecta a intereses supraindividuales, como por ejemplo sucede en el campo del Derecho *antitrust* con el valor de la competencia económica.

BELL y PARCHOMOVSKY (2002, págs. 1-79), tomando como punto de partida el antecitado modelo elaborado por CALABRESI y MELAMED, han desarrollado un modelo dinámico que, según nuestra opinión, ha tenido el gran mérito de introducir una herramienta de análisis, denominada *Pliability Rules*, particularmente valiosa para estudiar las formas de proteger las situaciones jurídicas subjetivas desde una perspectiva de Análisis Económico del Derecho<sup>28</sup>. Estos autores afirman que el originario cuadro analítico de la Catedral no obstante constituya una sólida base para analizar las situaciones jurídicas subjetivas, necesita ser completado introduciendo herramientas ulteriores al binomio reglas de propiedad/reglas de responsabilidad que, como hemos destacado, CALABRESI y MELAMED no mencionaron por razones de oportunidad<sup>29</sup>. BELL y PARCHOMOVSKY, en particular, han destacado la necesidad de contemplar la incidencia del transcurso del tiempo sobre las modalidades de protección de las situaciones jurídicas subjetivas recurriendo a la herramienta de análisis de las *pliability rules*, siendo incompleto e insatisfactorio limitarse a estudiar las mismas de forma estática, empleando exclusivamente el binomio *property rules/liability rules*.

Las *pliability rules* proporcionan a los titulares de una determinada situación jurídica subjetiva una tutela bajo una regla de propiedad o una regla de responsabilidad, pero la modalidad de protección puede variar en el tiempo si se modifican las condiciones bajo las cuales había sido otorgado el régimen de tutela inicial<sup>30</sup>. BELL y PARCHOMOVSKY (2002, págs. 26-28) han puesto de

---

<sup>28</sup> Otros autores han planteado la introducción de reglas ulteriores arrancando del originario modelo de CALABRESI y MELAMED. Así, por ejemplo, MORRIS (1993, págs. 822 y sigs.), AYRES (1998, págs. 793 y sigs.) y AYRES y BALKIN (1998, págs. 703 y sigs.) han destacado que las situaciones jurídicas subjetivas podrían ser protegidas mediante opciones de compra y venta (*put and call options*) –contra EPSTEIN (1998, págs. 833 y sigs.)–. Por su lado KRIER y SCHWAB (1995, págs. 470-471) y LEVMORE (1997, págs. 2149 y sigs.) han destacado la existencia de las *Startling Rules*. Así por ejemplo KRIER y SCHWAB han planteado la subsistencia de una Regla 5, caracterizada por el hecho de que la protección de una determinada situación jurídica subjetiva dependía del ejercicio de un poder discrecional por parte de su titular, puesto en condiciones de escoger entre una regla de propiedad o una regla de responsabilidad. Sobre la base de esta premisa, LEVMORE ha posteriormente teorizado la subsistencia de 16 variaciones de las originarias 4 Reglas de CALABRESI y MELAMED.

<sup>29</sup> BELL y PARCHOMOVSKY (2002, págs. 4-5).

<sup>30</sup> BELL y PARCHOMOVSKY (2002, pág. 6) han puesto también de relieve que de su modelo dinámico sólo el término *Pliability Rules* resultaba novedoso, en cuanto en el

relieve que las *pliability rules* constituyen reglas amalgamadas que combinan en muchas modalidades diferentes las reglas de responsabilidad y aquéllas de propiedad y que las mismas se aplican en muchos ámbitos jurídicos, cuales por ejemplo el Derecho de la propiedad intelectual e industrial y el Derecho de la competencia y pueden considerarse los conectores del entero sistema de las situaciones jurídicas subjetivas. Por ejemplo, los antedichos autores, hacen referencia al caso de las *zero order pliability rules* relacionadas con la originaria asignación de la titularidad de derechos de propiedad industrial e intelectual, que el ordenamiento protege de forma absoluta sólo por un determinado periodo de tiempo (por ejemplo, las patentes tienen una duración básica de veinte años). En estos supuestos, en efecto, el mero transcurso del tiempo determina un cambio radical en el tipo de tutela acordado al originario titular de la situación jurídica protegida, en el sentido de que el mismo terminará de estar amparado por una regla de propiedad y no sólo no podrá excluir los terceros del acceso al bien sobre el que insistía su derecho, sino que ni siquiera tendrá derecho a obtener una indemnización: la operatividad de esta *pliability rule*, por lo tanto, determina la creación de un régimen de acceso abierto y gratuito.

Para explicar en que consisten las *pliability rules* BELL y PARCHOMOVSKY han hecho analógicamente referencia a una metáfora empleada por el filósofo Nelson GOODMAN en su trabajo de 1955 *Fact, Fiction, and Forecast*<sup>31</sup>, que consideramos oportuno citar textualmente: “An item that is colored ‘grue’ looks green to anyone who observes it prior to a given time – for example, the year 2003. Thereafter, the grue item appears blue. Goodman notes that before the year 2003, anyone examining the grue-colored item would be unable to tell whether she was looking at something that was green or something that was grue. Anyone hearing an item described as ‘green’ before 2003, or as ‘blue’ afterwards, would not know whether the described item were actually green or blue, on the one hand, or grue, on the other. This, says Goodman, demonstrates a characteristic failure of induction. While green, blue and grue are all ontologically distinct – each has its own distinct color characteristic – the observer can never induce whether she has seen grue or either green or blue. Induction, notes Goodman, fails to distinguish between items that appear the same, but are ontologically different”. Por lo tanto, recurriendo a la misma metáfora, estos autores han destacado que las *pliability rules* son diferentes de las *property rules* y las *liability rules*, así como el color *grue* difiere de los colores verde y azul. En un

---

ordenamiento ya existían ámbitos en los cuales los titulares de una situación jurídica subjetiva podían incurrir en una modificación del régimen de tutela en virtud de la variación de las condiciones originarias. Es éste, por ejemplo, el caso de la tutela acordada a los accionistas en supuestos de operaciones societarias de modificación estructural, puesto que su situación jurídica subjetiva pasa de un régimen caracterizado por la operatividad de una regla de propiedad a uno en que se aplica una regla de responsabilidad.

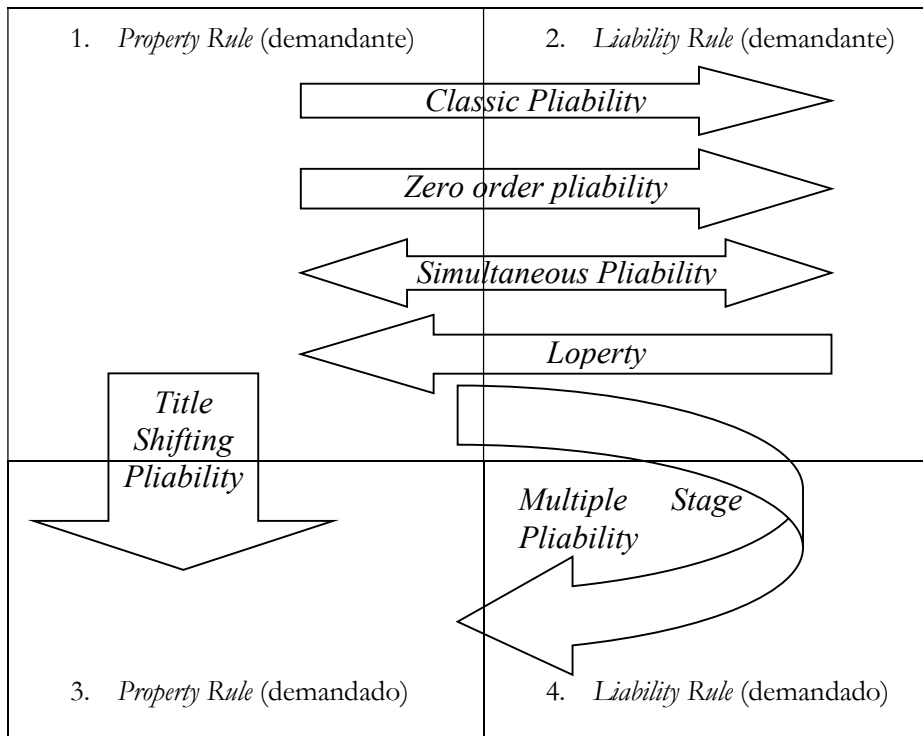
<sup>31</sup> GOODMAN (1955, págs. 1-126).



determinado momento temporal, en efecto, una situación jurídica subjetiva puede parecer protegida mediante una regla o la otra, pero esta simple constatación podría ser equivocada en el caso de que el régimen real de protección fuera amparado por una *pliability rule* en cuanto, por lo visto, la protección acordada por el ordenamiento es susceptible de sufrir variaciones si se modifican las originarias condiciones de tutela.

BELL y PARCHOMOVSKY (2002, págs.) arrancando de las 4 Reglas individuadas por CALABRESI y MELAMED han elaborado una tabla para ilustrar de forma esquemática las posibilidades de análisis que el empleo de la herramienta de las *pliability rules* ofrece. Reportamos a continuación la tabla elaborada por estos autores.

**TABLA DE BELL Y PARCHOMOVSKY**  
PROPERTY RULES, LIABILITY RULES Y PLIABILITY RULES



La tabla enseña que BELL y PARCHOMOVSKY han detectado seis diferentes prototipos de *pliability rules* de los cuales resultan de gran relevancia para nuestros análisis los siguientes tres: *i*) las *classic pliability rules*, cuya aplicación determina una modificación del régimen de protección de las situaciones jurídicas subjetivas a través de la sustitución de una regla de propiedad por una regla de responsabilidad; *ii*) las *simultaneous pliability rules*, cuya aplicación conlleva una

diversificación del régimen de tutela del titular de la situación jurídica subjetiva, entre reglas de propiedad y reglas de responsabilidad, que depende de las cualidades subjetivas de los sujetos de derechos involucrados en el conflicto de intereses; *iii*) las *title shifting pliability rules*, cuya aplicación determina la pérdida absoluta del régimen de protección originariamente otorgado por el ordenamiento a través de la operatividad de una regla de propiedad, en favor de otro sujeto al que se le reconoce, de cara al futuro, una tutela amparada por una (nueva) regla de propiedad. En particular, las *classic pliability rules* y las *simultaneous pliability rules* pueden emplearse en el análisis de los remedios *antitrust* de naturaleza pública que la Comisión Europea ha aplicado en los supuestos de abuso de posición dominante relacionados con el ejercicio de derechos de propiedad industrial e intelectual, mientras las *title shifting pliability rules* pueden utilizarse en el análisis de los remedios estructurales impuestos por la Comisión Europea mediante la adopción de *commitment decisions* (por ejemplo con respecto a las prácticas empresariales realizadas por las empresas dominantes de la industria energética comunitaria).

Antes de concluir esta breve ilustración del modelo dinámico de la Catedral elaborado por BELL y PARCHOMOVSKY consideramos oportuno poner de relieve algunas otras características de las *pliability rules*. Una de las más grandes virtudes que poseen las *pliability rules*, en la opinión de BELL y PARCHOMOVSKY (2002, pág. 7), es que recurriendo a las mismas los *decisión-makers* pueden evitar los problemas de eficiencia que surgen de la mala determinación del régimen de protección de las situaciones jurídicas subjetivas. En efecto, acudiendo a estas reglas puede introducirse un elemento de flexibilidad en la modalidad originaria de tutela, estableciendo bajo cuales condiciones la misma pueda modificarse, pasando de una forma más intensa (regla de propiedad) a una más lata (regla de responsabilidad) y viceversa.

Por último cabe evidenciar que las *pliability rules* permiten modular la gestión de los incentivos de forma más eficiente que las reglas de propiedad y aquéllas de responsabilidad consideradas de forma monista, pudiendo combinar los incentivos de ambas en diferentes gradaciones. Estos autores han destacado que el ordenamiento jurídico está permeado de *pliability rules*, en cuanto son muy numerosos los supuestos en que se dan las condiciones para que se produzca un cambio en el originario régimen de protección de las situaciones jurídicas, de tal forma que resulta residual el ámbito en que el análisis de los remedios jurídicos pueda llevarse a cabo acudiendo de forma aislada a las *property rules* y *liability rules*.

### 3. El concepto dogmático de remedio jurídico

### 3.1. Consideraciones preliminares

En términos generales definir el concepto de remedio no constituye una tarea sencilla, como demuestra el hecho de que en la literatura jurídica se han propuesto y desarrollado diferentes posturas<sup>32</sup>. Algunos autores, en particular, han atribuido a esta categoría un significado polifacético, incluyendo en la misma cualquier solución a un problema jurídico: “In a broad sense, almost any solution to any kind of problem can be regarded as a remedy. One could say ‘education is a remedy for discrimination’”<sup>33</sup>. Nosotros no nos ceñiremos a dicha postura en cuanto consideramos que la misma no sea satisfactoria<sup>34</sup> y carezca de utilidad científica<sup>35</sup> en cuanto, por un lado, proporciona una definición extremadamente amplia del concepto de remedio que nos llevaría a extender excesivamente su objeto, alcance y función y, por el otro, no toma en consideración uno de los elementos que reputamos fundamentales para definir la categoría de remedio jurídico, es decir la existencia de una estricta relación entre la función de los remedios jurídicos y el objeto y las finalidades de protección de la normativa cuya infracción constituye uno de los presupuestos para proceder a su aplicación<sup>36</sup>.

Abogar por una definición amplia de remedio jurídico, en efecto, conduciría a adoptar soluciones insatisfactorias, en cuanto llevaría a incluir en el paradigma remedial herramientas que cumplen finalidades completamente diferentes. Si por ejemplo hacemos referencia a la aplicación pública del Derecho de la competencia por parte de las Autoridades nacionales de la competencia (ANC) podemos observar que los informes adoptados en el ámbito de la actividad de *advocacy*<sup>37</sup> no deberían ser incluidos en la categoría de remedio jurídico. En efecto,

---

<sup>32</sup> BIRKS (2000, pág. 3).

<sup>33</sup> PARKER (1975, pág. 10); DOBBS (1993, pág. 20).

<sup>34</sup> ZAKRZEWSKI (2005, pág. 2).

<sup>35</sup> WADDAMS (1983, pág. 113), por ejemplo, ha afirmado que “(t)heoretically, almost every legal question could be posed in terms of remedies, but this would give the word so wide a meaning as to be useless”.

<sup>36</sup> Por lo que concierne a este aspecto de la cuestión, cabe subrayar que en virtud del hecho de que a lo largo de este trabajo estudiaremos los remedios *antitrust* que se aplican tanto en los supuestos de aplicación pública del Derecho de la competencia, como en aquéllos de aplicación privada, la normativa relevantes a efectos del análisis de los remedios *antitrust* será por un lado la normativa de defensa de la competencia y, por el otro, con respecto al remedio indemnizatorio en los conflictos *inter privados*, las normas que concurren a formar el régimen jurídico aplicable en los supuestos de responsabilidad extracontractual.

<sup>37</sup> En ámbito *antitrust*, por lo que concierne a la experiencia italiana, el legislador ha otorgado a la AGCM el poder de señalar, *ex post*, al Parlamento los problemas competitivos que afectan a leyes, reglamentos o actos administrativos ya en vigor (artículo 21 de la Ley núm 287 de 10 de octubre de 1990) y, *ex ante*, el poder de emitir informes, *motu proprio* o tras específica instancia de una entidad pública competente, sobre

a diferencia de lo que sucede cuando las ANC imponen un remedio de naturaleza *antitrust* en el marco de un expediente administrativo-sancionador en virtud de la subsistencia de complejidades de naturaleza concurrencial acerca de la práctica empresarial objeto de evaluación o a causa de la determinación definitiva en el plano administrativo sobre el carácter anticompetitivo de la misma, los informes adoptados en el ejercicio de la actividad de *advocacy* tienen una finalidad diferente y explican sus efectos en un plano distinto en cuanto, en lugar de afectar directamente a la esfera jurídica de las empresas involucradas en tales procedimientos administrativos, se dirigen directamente al legislador para que adopte medidas legislativas que neutralicen los problemas de competencia que descienden de la normativa señalada o impida *ab initio* que tales problemas puedan surgir, modificando el alcance de una intervención normativa *in fieri*.

Además, cabe preliminarmente evidenciar que a efectos de nuestro trabajo la solución del problema definitorio de la categoría de remedio jurídico tomará en consideración tanto el plano de la aplicación pública, como aquello de la aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia. Esto desciende del hecho de que este trabajo no sólo se ocupa de estudiar las herramientas remediales de naturaleza pública adoptadas por la Comisión Europea<sup>38</sup>, sino que se extiende también al análisis del remedio indemnizatorio que recae en el ámbito de los remedios antitrust de naturaleza privada para cuya aplicación resultan competentes, a instancia de los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial, los órganos jurisdiccionales nacionales. Cabe además precisar que también con respecto a los remedios de naturaleza privada, el *focus* de la investigación abarcará el análisis del remedio indemnizatorio en los supuestos de incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia<sup>39</sup>.

Por lo que concierne a la aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia, cabe además destacar que el concepto de remedio jurídico se suele emplear también con referencia a las consecuencias de carácter civil que descienden de las prácticas empresariales anticompetitivas<sup>40</sup>. Dichas

---

el futuro impacto competitivo de proyectos de ley o reglamento (artículo 22 de la Ley 287/1990).

<sup>38</sup> Por lo que concierne al estudio de los remedios públicos en Derecho de la competencia, en efecto, hemos decidido circunscribir el ámbito material de investigación exclusivamente a los remedios que pueden ser adoptados por la Comisión Europea y, por lo tanto, no nos ocuparemos de las facultades de las ANC.

<sup>39</sup> Cfr. *infra sub* §.IV.1.1.

<sup>40</sup> La Comisión Europea en algunas ocasiones ha recurrido al término remedio para referirse a las acciones de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia ([Documento de trabajo de los servicios de la Comisión anexo al Libro Verde sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia](#), Bruselas,

consecuencias incluyen la posibilidad de que los sujetos perjudicados –por ejemplo, por la realización de un cártel o un abuso de posición de dominio en el mercado de referencia– consigan, tras el buen éxito de una acción judicial, uno de los siguientes resultados: *i*) la declaración de nulidad de los contratos contrarios a la prohibición establecida por el artículo 101 del TFUE (y las normas nacionales equivalentes), así como la nulidad consecuencial de los demás contratos conectados con el acuerdo anticompetitivo (por ejemplo, los contratos estipulados con los agentes económicos que operan en el mercado aguas abajo); *ii*) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la infracción de la normativa *antitrust*; *iii*) la cesación de la práctica empresarial contraria al Derecho de la competencia, en el caso de que se haya ejercitado una acción autónoma (*stand-alone*), es decir una acción que prescinde de cualquier otra previa decisión, de naturaleza judicial o administrativa, con la que ya se haya declarado (y confirmado) que la práctica empresarial de que se trata poseía carácter anticompetitivo<sup>41</sup>.

Siempre en una perspectiva de carácter general, otro elemento que reputamos oportuno considerar en la solución del problema definitorio del concepto de remedio jurídico es el papel históricamente jugado por la máxima *ubi ius ibi remedium* en los ordenamientos de *civil law* y *common law* en el ámbito de las relaciones jurídicas *inter privatos*. En particular, por lo que concierne a los ordenamientos de *civil law*, la lógica subyacente a la aplicación de esta máxima se ha fundamentado sobre el presupuesto de la previa existencia de una situación jurídica subjetiva y la subsiguiente, estricta vinculación entre la misma y los medios de tutela proporcionados por el ordenamiento jurídico. Dicha aplicación presenta una cierta utilidad en la medida en que pone de relieve uno de los

---

19 de diciembre de 2005, COM(2005) 672 final –no publicado en el Diario Oficial– aps. 17-18, 20, en adelante “Commission Staff Working Paper del Libro Verde”). Sin embargo, en el ámbito de los documentos oficiales posteriormente adoptados por las Instituciones comunitarias, cuales el texto de la Propuesta de Directiva ([Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea](#), COM(2013) 404 final, presentada por la Comisión Europea el 11 de junio de 2013) y el texto de esta propuesta aprobado por el Parlamento europeo ([Resolución legislativa del Parlamento europeo, de 17 de abril de 2014](#)), la palabra remedio no resulta mencionada. También el Abogado General JACOBS, en sus conclusiones sobre el asunto *AOK Bundesverband* (se trataba de distintas peticiones de decisión prejudicial), ha hecho referencia al carácter remedial de las *antitrust damages actions* (Conclusiones del Abogado General JACOBS, presentadas el 22 de mayo de 2003, [AOK Bundesverband et al.](#), asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, RJ 2004/I/2493, ap. 21).

<sup>41</sup> Las acciones autónomas difieren de las acciones de seguimiento (*follow-on*) por el hecho de que estas últimas se promueven posteriormente a la adopción de una decisión de carácter administrativo –adoptada por la Comisión Europea o una ANC– que ya haya comprobado la naturaleza anticompetitiva de la práctica empresarial enjuiciada.

elementos fundamentales de los remedios jurídicos, constituido por el hecho de que los mismos constituyen herramientas de protección de intereses jurídicamente relevantes para el ordenamiento.

Sin embargo, tampoco resultaría satisfactorio ceñirnos exclusivamente a la misma para delimitar el concepto de remedio jurídico, porque también en este caso consideramos que una definición que se limita a establecer, *sic et simpliciter*, que un remedio jurídico representa una herramienta de tutela de una situación jurídica subjetiva sería excesivamente amplia e igualmente de escasa utilidad científica. Dicha definición, en particular, no resultaría adecuada para explicar aquéllos supuestos en que las medidas remediales no se limitan a restablecer la situación preexistente a la infracción, yendo más allá de la restauración de las condiciones de competencia existentes en el mercado antes de la realización de una práctica empresarial (supuestamente) anticompetitiva<sup>42</sup>.

Una definición de remedio jurídico fundamentada sobre este presupuesto lógico, además, conllevaría otro tipo de problema, en cuanto no sería en abstracto susceptible de abarcar aquellas medidas que deberían aplicarse en los supuestos en que el legislador no ha previamente establecido, en el plano normativo, la existencia de una determinada situación jurídica subjetiva. Adoptar una aproximación excesivamente formalista, en efecto, puede acarrear la vulneración de intereses jurídicamente merecedores de tutela, allí donde los mismos no hayan todavía encontrado un expreso reconocimiento normativo: esto conduciría a una laguna o disminución de tutela, en cuanto frente a las situaciones de posible o concreta vulneración de tales intereses el ordenamiento no permitiría acudir eficazmente a algún tipo de protección jurídica.

En los ordenamientos de *common law*, en cambio, la formulación de la máxima ha históricamente sido la siguiente: *ubi remedium, ibi ius*; (*ubi ius, ibi remedium*). En tales ordenamientos, por lo que se refiere al ámbito de las relaciones y los conflictos *inter privatos*, los remedios jurídicos se han siempre básicamente considerado una “cura” de las consecuencias dañinas causadas por los ilícitos: *cure for wrongs* en obsequio a su etimología latina<sup>43</sup>. Por lo que concierne a la formulación de la antecitada máxima cabe mencionar la muy conocida *dissenting opinion* formulada por el juez Lord Holt CJ en el ámbito de una famosa decisión de la Court of King’s Bench<sup>44</sup> en materia de derecho de daños. En la misma, en particular, emerge con claridad que la lógica subyacente a la imposición de remedios jurídicos se basa sobre una relación de reciprocidad entre los intereses jurídicamente protegidos y las correspondientes herramientas de protección: “If

---

<sup>42</sup> Se trata de los remedios *antitrust* de naturaleza pública que la Comisión Europea puede imponer aceptando los compromisos propuestos por las empresas involucradas en un expediente administrativo sancionador. Cfr. *infra sub* §.II.5.

<sup>43</sup> LAWSON (1980, pág. 15).

<sup>44</sup> Court of King’s Bench, *Ashby v. White*, 92 ER 126 (1703).

the plaintiff has a right, he must of necessity have a means to vindicate and maintain it, and a remedy if he is injured in the exercise or enjoyment of it, and, indeed it is a vain thing to imagine a right without a remedy; for want of right and want of remedy are reciprocal [...]<sup>45</sup>.

La correspondencia biunívoca entre remedios y situaciones jurídicas protegidas no permite, en principio, que se generen disminuciones o vacíos de tutela en el ordenamiento. Al respecto se suele decir que en los sistemas de *common law* son los remedios que conforman las situaciones jurídicas subjetivas, no caracterizándose por la misma rigidez de los tipos legales de los ordenamientos de *civil law*. A efectos de nuestro trabajo, el aspecto más importante que puede extraerse de la formulación de la antedicha máxima por lo que se refiere a su utilización en la experiencia jurídica de *common law*, estriba en la oportunidad de acudir a una aproximación sustantiva en la determinación del objeto de protección de los remedios jurídicos. En los ordenamientos de *common law* –antes de lo ocurrido en los sistemas de *civil law*– en efecto, los remedios han históricamente constituido herramientas de protección susceptibles de ser adoptadas no sólo ante la vulneración de intereses protegidos mediante situaciones jurídicas asimilables a los derechos subjetivos<sup>46</sup>, sino también ante la realización de ilícitos que lesionaban intereses, por decir así, no positivizados<sup>47</sup>. Este dato resulta de gran relevancia a efectos de nuestro análisis, puesto que la naturaleza del interés protegido mediante el Derecho de la competencia asume naturaleza supraindividual y, por lo tanto, los remedios jurídicos que pertenecen al área de la aplicación pública de esta normativa no se encuentran en condiciones de reciprocidad con un derecho subjetivo, sino más bien con un interés colectivo.

### **3.2. La definición de remedio jurídico en Derecho de la competencia**

Hasta ahora el problema definitorio del concepto jurídico de remedio en Derecho de la competencia ha sido exclusivamente afrontado por el Profesor Ioannis LIANOS<sup>48</sup> que, a través de dos distintos trabajos, se ha ocupado de esta cuestión –juntos con el problema de la determinación de los límites al margen de discrecionalidad de la Comisión Europea en la imposición de remedios antitrust de naturaleza pública– y ha tratado de lograr una solución teórica consistente, en cuanto si bien en la literatura moderna el concepto legal de remedio se ha

---

<sup>45</sup> La House of Lords, sucesivamente, con una mayoría de quince votos a favor sobre un total de dieciseis, ratificó la opinión discordante del juez Lord HOLT CJ.

<sup>46</sup> PAGNI (2004, págs. 65 y sigs.).

<sup>47</sup> DI MAJO (2003, pág. 341).

<sup>48</sup> LIANOS (2011, págs. 1-36); ID. (2013a, págs. 1-83).

empleado de forma difusa tanto en el campo del Derecho Privado (sobre todo con referencia al Derecho de los contratos y a la responsabilidad aquiliana) como en el ámbito del Derecho Público<sup>49</sup>, todavía no se ha formado un consentimiento uniforme sobre su contenido, alcance y significado<sup>50</sup>.

La elaboración teórica de LIANOS, arrancando del estudio de las principales soluciones elaboradas *ratione materiae* por la doctrina civilista, ha antes de todo puesto de relieve que la atribución de múltiples significados al concepto de remedio jurídico ha conllevado una significativa falta de convergencia en seno a la literatura científica que no ha permitido circunscribir con precisión el perímetro conceptual de esta categoría<sup>51</sup>. Para entender en que medida esta falta de convergencia ha condicionado la labor dogmática inherente a la definición de remedio jurídico es suficiente considerar que la falta de consentimiento se ha traducido en la elaboración de soluciones teóricas heterogéneas, algunas de las cuales centradas esencialmente sobre la finalidad de los remedios (en algunas construcciones se han considerado remedios sólo las herramientas dotadas de una finalidad correctiva, en otros exclusivamente aquéllas con finalidad de prevención) y otras más bien enfocadas sobre la estructura de los mismos (en estos supuestos los remedios se han variadamente considerados como acciones, derechos subjetivos, ordenes judiciales o resultados finales). Además, estas discrepancias doctrinales se han repercutido también sobre los criterios empleados para clasificar los remedios jurídicos, como demuestra el hecho de que se han propuesto distintas taxonomías. Al respecto ZAKRZEWSKI (2005, págs. 23-42) ha destacado que las clasificaciones principalmente empleadas a nivel doctrinal resultan las siguientes: *i*) remedios coercitivos y no coercitivos; *ii*) remedios substitutivos y específicos; *iii*) remedios clasificados con arreglo a la función desempeñada (compensatoria, restitutoria, punitiva o preventiva).

LIANOS (2013a, págs. 12-13 y 22-23), además, toma en particular consideración la definición elaborada por ZAKRZEWSKI (2005, págs. 46-47), que se caracteriza por estar esencialmente enfocada sobre la relación que los remedios median con

---

<sup>49</sup> HILL (1969, págs. 1109 y sigs.); LEWIS (2008, págs. 15 y sigs.); LEVINE, JUNG y THOMAS (2009, págs. 23 y sigs.).

<sup>50</sup> WADDAMS (1983, pág. 113), por ejemplo, ha afirmado que “It is apparent from an examination of these books [on remedies] that the scope and meaning of this legal subject area [the law of remedies] is by no means settled. ...no authority has tried to define or delimit ‘remedies’”. En ese mismo sentido se ha expreso también LAITHIER (2005, pág. 106), evidenciando que “Admittedly, the often-used notion of remedy is seldom rigorously analyzed by common lawyers” y ZAKRZEWSKY (2005, pág. 1) “It is not surprising then that books are written and courses taught under the title of ‘Remedies’. What is surprising is that the foundations, ambit, and structure of the law of remedies have so far eluded close scrutiny”. Un resumen de estas posturas se encuentra en el trabajo de SHALEV y ADAR (2008, pág. 2).

<sup>51</sup> ZAKRZEWSKI (2005, págs. 11-22); LIANOS (2013a, pág. 12).



las situaciones jurídicas subjetivas protegidas y, por el otro, sobre los efectos que dichas herramientas resultan susceptibles de producir respecto de las situaciones jurídicas subjetivas afectadas. Se trata de una definición estricta y de carácter formal, que circunscribe la categoría conceptual de remedios jurídicos sobre la base del vehículo jurídico empleado para adoptarlos: la orden judicial. Arrancando de estas premisas, este autor pasa a clasificar los remedios jurídicos en dos sub-grupos, distinguiendo entre remedios que replican el contenido de las situaciones jurídicas afectadas por la realización de una conducta ilícita y remedios que modifican tales situaciones<sup>52</sup>. Los remedios jurídicos que pertenecen a la primera categoría (*replicative remedies*)<sup>53</sup> se caracterizan por el hecho de que se limitan a replicar la posición jurídica asignada a los sujetos de derecho por el ordenamiento antes de la adopción de la orden judicial, y eso con independencia del tipo de reclamación judicial (acción de indemnización por daños y perjuicios sufridos o acción de cesación). En cambio, los remedios jurídicos que pertenecen a la segunda categoría (*transformative remedies*) pueden ir más allá de lo acordado por la situación jurídica subjetiva afectada por la conducta ilícita; tales remedios si bien se caractericen por una mayor flexibilidad, pueden acarrear incertidumbre a causa de la falta de predecibilidad que los caracteriza. A efectos de nuestra investigación dicha definición, y la subsiguiente taxonomía, podría emplearse sólo desde un punto de vista descriptivo y sólo con respecto a los remedios que pertenecen al área del *public antitrust enforcement*, en cuanto las medidas remediales que la Comisión Europea puede imponer adoptando una decisión sobre compromisos pueden lato sensu considerarse *transformative remedies*.

Por lo que concierne a la específica postura adoptada por LIANOS (2013a, págs. 14-18) cabe evidenciar que este autor aboga por una definición funcionalmente orientada de remedios jurídicos en Derecho de la competencia. Con respecto a la individuación de la función desempeñada por tales remedios, este autor afirma que a través de los mismos los *enforcers* de la normativa *antitrust* tienden a restablecer las condiciones de competencia existentes en el mercado antes de la realización del ilícito concurrencial (*macro-goal*) y que el alcance de esta finalidad ha de ser interpretado en sentido amplio, en el sentido de que la adopción de estos remedios no sólo ha de determinar la cesación de la práctica empresarial

---

<sup>52</sup> ZAKRZEWSKI (2005, págs. 60-80).

<sup>53</sup> Puede afirmarse que los remedios replicativos se inspiran a una lógica de justicia correctiva. POSNER (1981, pág. 201) ha destacado que la idea básica que subyace a la lógica correctiva es aquella de la indemnización del perjuicio sufrido, que implica la necesidad de reparar las consecuencias del ilícito restableciendo la situación anteriormente existente. Este autor, en particular, por lo que concierne al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, ha expresamente afirmado que: “law is a means of bringing about an efficient allocation of resources by correcting externalities and other distortion in the market’s allocation of resources. The idea of rectification in the Aristotelian sense is implicit in this theory”.

que infringe la normativa de defensa de la competencia (en el caso de los remedios públicos) y compensar las víctimas (en el caso de los remedios privados), sino que debe también crear los incentivos adecuados para disuadir las empresas infractoras y las demás empresas que actúan en el mercado de la eventual futura realización de otros ilícitos concurrenciales (*micro-goals*). LIANOS, además, considera que también las multas sancionadoras pueden incluirse en la categoría de remedio jurídico en Derecho de la competencia, puesto que este autor reputa tales herramientas como *substitutionary remedies* que compensan la colectividad por la alteración del fisiológico enfrentamiento competitivo.

Por último cabe considerar que en el ámbito del Derecho Privado autores como WADDAMS (1983, pág. 113), RENDLEMAN (2000, pág. 535) y LAYCOCK (2002, pág. 1) han elaborado una definición estricta de remedio jurídico que abarca las situaciones jurídicas subjetivas de segundo grado que surgen del incumplimiento de una obligación o un deber, asumiendo la forma de una carga impuesta al sujeto al que puede legalmente ascribirse la responsabilidad de tal incumplimiento. Con arreglo a esta postura cabrían en la categoría de remedios jurídicos las medidas que consisten en la corresponsión de un beneficio práctico en favor del titular, perjudicado, de la situación jurídica subjetiva de primer grado. En primer lugar, debemos subrayar que no hemos considerado útil emplear dicha definición para analizar los remedios *antitrust* de naturaleza pública, en cuanto la misma se fundamenta sobre una idea de correlación que no subyace necesariamente a todos los remedios que recaen en el área del public antitrust enforcement —en particular no es adecuada para los remedios impuestos mediante decisiones sobre compromisos—. En segundo lugar, dicha definición ni siquiera resulta satisfactoria por lo que concierne al estudio del remedio indemnizatorio, en cuanto si bien ponga de relieve el rasgo básico de este remedio —consistente en reparar los perjuicios económicos que los ilícitos concurrenciales provocan a los sujetos afectados— no toma en consideración que la vulneración de tales intereses adquiere relevancia desde la perspectiva del *private antitrust enforcement* sólo en la medida en que el perjuicio reclamado en juicio constituya efectivamente un daño de naturaleza *antitrust*.

### **3.3. Toma de posición en orden a la definición de remedio jurídico en Derecho de la competencia**

Nosotros también hemos decidido adoptar una definición funcionalmente orientada de remedios jurídicos en Derecho de la competencia. En particular, emplearemos una definición estrictamente vinculada al tipo de interés jurídico protegido por la normativa de defensa de la competencia, en cuanto reputamos que la función de los remedios jurídicos ha de ser ancilar respecto de la protección del interés jurídico asignado a su tutela. Dicha postura, además, sirve a poner de relieve que existe una fuerte complementariedad entre los remedios que pertenecen al área de la aplicación pública del Derecho de la competencia y aquéllos que recaen en el ámbito de la aplicación privada de esta normativa, puesto que el remedio indemnizatorio no sólo produce sus efectos en las

relaciones de naturaleza privada que intercorren entre las empresas infractoras y los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial, sino que su aplicación también resulta susceptible de incidir sobre la salvaguardia del interés jurídico directamente protegido por la normativa *antitrust*<sup>54</sup>.

Nuestra opción metodológico-hermenéutica, por lo tanto, requiere que se aclare preliminarmente y con un mayor grado de precisión el tipo de interés jurídico que el ordenamiento protege a través de la normativa de defensa de la competencia. Antes de ocuparnos de este aspecto, si embargo, cabe señalar que no existe en doctrina una posición unánimemente compartida acerca del número y las tipologías de funciones que se encomiendan a los remedios jurídicos en el ámbito del Derecho de la competencia. Al respecto puede destacarse que la literatura resulta dividida entre autores que abogan por la coexistencia de una multiplicidad de funciones<sup>55</sup>, otros que consideran que la función desarrollada por tales remedios es única<sup>56</sup> (si bien luego existan diferentes perspectivas acerca de la naturaleza y el carácter de esa función<sup>57</sup>) y otros aún<sup>58</sup> que, si bien consideran única la función desarrollada estiman que la misma consista en una meta-función, como tal susceptible de ser alcanzada en vario modo mediante la previa consecución de objetivos intermedios, que dependen y varían en virtud del tipo de remedio escogido (*micro-goals* y *macro-goals*)<sup>59</sup>.

Nosotros, en cambio, abogamos por la postura de quienes estiman que la función de los remedios jurídicos en Derecho de la competencia sea única y, en particular, consista en la restauración y mantenimiento de las condiciones de competencia en el mercado afectado por la realización de la práctica anticompetitiva. Si por un lado puede considerarse que dicha elección nos proporciona un válido criterio para delimitar el perímetro jurídico del área de lo remedial, por el otro, la adopción de una postura monista en orden al tipo de función desarrollada por los remedios *antitrust* no conduce a una restricción de las tipologías de remedios aplicables como demuestra el hecho de que la Comisión Europea puede acudir legítimamente a remedios restaurativos<sup>60</sup> de tipo

---

<sup>54</sup> Cfr. *infra sub* §.I.4.4, §.I.7, §.I.8.

<sup>55</sup> MELAMED (2009, pág. 359).

<sup>56</sup> PITOFKY (2002, pág. 170), por ejemplo, hace referencia a la función de compensación de las víctimas del ilícito *antitrust*.

<sup>57</sup> FOX (2005, pág. 573) se refiere a la función disuasoria y preventiva de los remedios que, por lo tanto, resultarían idóneos para generar incentivos que minimicen la posibilidad de que se realicen conductas reincidentes en el futuro.

<sup>58</sup> LIANOS (2013a, pág. 14).

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> Cabe poner de relieve, si bien este aspecto será objeto de análisis *infra sub* §.II, que los remedios públicos que la Comisión Europea puede adoptar, en el marco de un procedimiento administrativo-sancionador por infracción de los artículos 101 u 102 del TFUE, tienen que estar finalizado a la consecución del objetivo de la cesación de la

comportamental o estructural y los jueces nacionales, en sede de *private antitrust enforcement*, a remedios de naturaleza compensatoria. Sin embargo, la circunstancia de que esta clase de remedios pueda poseer diferentes características y estructuras, no implica que pueda asumir cualquier tipo de carácter. Por esta razón, por lo tanto, excluirémos del área de lo remedial tanto las herramientas que persiguen una finalidad meramente preventiva y que no se adopten en el marco de un procedimiento administrativo-sancionador<sup>61</sup>, cuales por ejemplo los instrumentos de *advocacy*, y, por el otro, las medidas que poseen una finalidad meramente represiva, es decir las multas sancionadoras, si bien nos ocuparemos de la misma para analizar el papel de los remedios jurídicos en el cuadro general del enforcement de la normativa de defensa de la competencia y también para sacar algunas conclusiones acerca de la posibilidad de imponer remedios públicos de naturaleza expropiativa (*disgorgement*)<sup>62</sup>.

Arrancando de estas premisas, en esta primera parte de nuestro análisis nos ocuparemos de las siguientes tres cuestiones. Antes de todo individuaremos la tipología y la naturaleza del interés jurídico protegido por la normativa comunitaria de defensa. Luego analizaremos más en detalle las funciones que el ordenamiento jurídico encomienda a los remedios jurídicos que la Comisión Europea tiene el poder de imponer en el marco de expedientes administrativo-sancionadores por infracción de los artículos 101 u 102 del TFUE. En tercer y último lugar, trataremos de establecer cual es el grado de complementariedad que media entre los remedios *antitrust* que pertenecen al área del *public enforcement* del Derecho de la competencia y el remedio indemnizatorio.

#### 4. La determinación del interés jurídico protegido por el Derecho de la competencia

Creemos que la mejor forma de determinar tipología y naturaleza del interés jurídico protegido por el Derecho de la competencia, consiste en llevar a cabo un breve *excursus* de las razones históricas que han determinado la positivización de un sistema de normas que vela por la defensa de la competencia en el mercado. Al respecto se tomará en cuenta tanto la evolución continental del concepto jurídico-económico de competencia, como la evolución de este mismo concepto

---

infracción de la normativa *antitrust*, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7 del Reglamento CE 1/2003. [Reglamento \(CE\) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOCE L 1/1 de 4 de enero de 2003.](#)

<sup>61</sup> Si estas medidas se adoptaran en el ámbito de un procedimiento *antitrust*, sí asumirían valor remedial, en cuanto no mirarían sólo a evitar la futura comisión de conductas anticompetitivas, sino que jugarían un papel concreto en la cesación de un específico comportamiento infractor.

<sup>62</sup> Cfr. *infra sub* §.I.7.

en el ámbito de la experiencia norteamericana. Consideramos que la referencia a la experiencia de los EE.UU. sea necesaria puesto que, históricamente, la primera normativa *antitrust* fue adoptada por el legislador federal estadounidense y eso tuvo una cierta influencia sobre la creación del sistema europeo de defensa de la competencia.

#### **4.1. Las raíces del concepto de competencia económica en el pensamiento jurídico europeo: las teorías subjetiva y objetiva desarrolladas por la doctrina alemana en el marco del estatuto normativo de la competencia desleal**

El fenómeno de la competencia adquirió una importancia central en la economía con la llegada de la edad industrial. A partir de esta época y hasta mediados del siglo XX, los juristas europeos que se ocuparon de las cuestiones relacionadas con los conflictos interempresariales, acudieron exclusivamente a las herramientas conceptuales del Derecho privado. En la fase inicial<sup>63</sup> de la discusión científica europea alrededor de la relevancia jurídica del fenómeno económico de la competencia, por lo tanto, el enfoque principal recayó sobre la protección de los intereses económicos de los empresarios respecto de los actos desleales que los demás competidores podían realizar en su contra. Los estudiosos consideraron los intereses subyacentes a este fenómeno so forma de situaciones jurídicas de naturaleza meramente privada, otorgándoles protección a través del reconcimiento de la titularidad de atomísticos derechos subjetivos.

No se dedicó, en cambio, la misma sistemática atención al análisis de las prácticas y conductas anticompetitivas, como los carteles de fijación de precios y el abuso de posición de dominio, por ser todavía verdes las exigencias relacionadas con la protección del mercado en su conjunto. La necesidad de castigar las prácticas y comportamientos empresariales que resultasen dañinos para el correcto funcionamiento del mercado, sin embargo, no resultaba ajena a la cultura europea, no sólo porque las instancias colectivas de tutela ya se estaban afirmando (pensamos por ejemplo a la doctrina alemana de la objetividad), sino también por la incidencia de los influjos culturales externos<sup>64</sup> y las experiencias

---

<sup>63</sup> Ya con la primera ley alemana contra los actos de competencia desleal, es decir la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 1896, se tomó en consideración el carácter supraindividual de los intereses en juego en los conflictos interempresariales. Un buen ejemplo de este aspecto se halla, por ejemplo, en el hecho de que la legitimación activa para ejercer la acción de cesación de un acto de competencia desleal –es decir un acto que otorgaba a la empresa infractora una indebida ventaja contra sus competidores (*Wettbewerbsvorsprung*)– se reconocía también a los competidores no directamente afectados por la conducta desleal. CSERES (2005, pág. 161).

<sup>64</sup> Se ha de tener en cuenta, además, que en el curso del año 1890, el Congreso de los Estados Unidos de América aprobó la Sherman Antitrust Act, la primera ley federal

jurídicas anteriores. Bajo este último perfil, en efecto, ya durante el siglo XIII<sup>65</sup> en el Reino de Inglaterra los Tribunales solían censurar este tipo de conductas, considerándolas *contra legem* por el hecho de causar restricciones injustificadas del comercio<sup>66</sup>.

El enfoque europeo originario tiene sus raíces en la teoría subjetiva de los intereses jurídicos subyacentes a la competencia económica, que se desarrolló al hilo del Código Civil alemán (el *Bürgerliches Gesetzbuch*). Este cuerpo normativo constituía el manifiesto liberal del rico empresario, es decir del hombre de negocios lo suficiente experto para ejercer sus libertades negociales y de empresa de forma conciente y racional, capaz de autoprotgerse contra cualquier tipo de daño que el ejercicio de tales libertades hubiese podido acarrearle<sup>67</sup>. Al empresario, por lo tanto, se le reconoció el derecho (subjetivo y accionable *erga omnes*) a que nadie interfiriera en el desarrollo de su actividad económica<sup>68</sup>: cualquier intrusión indebida habría, en efecto, determinado una lesión patrimonial de su esfera personal, fuente de responsabilidad aquiliana y susceptible de indemnización.

La postura subjetiva recibió fuertes críticas, en cuanto su principio rector (*neminem laedere*) podía aplicarse a la actividad de empresa exclusivamente en una perspectiva estática, es decir respecto de los intereses patrimoniales del empresario hacia la preservación de la integridad de los bienes materiales de su propia empresa. La operatividad de dicho principio, en cambio, suscitaba significativas perplejidades en una óptica de desarrollo dinámico de la actividad empresarial, puesto que el ejercicio de la misma, por su íntima naturaleza, necesariamente lleva los agentes económicos a luchar entre sí para maximizar las ganancias<sup>69</sup>. Analizando el proceso competitivo desde una perspectiva dinámica, viene menos el dogma de la protección absoluta de la esfera jurídico-patrimonial de los empresarios y se afirma el opuesto paradigma de la libertad de expansión

---

de los EE.UU. en materia *antitrust*, cuya finalidad residía en la lucha contra la monopolización ilícita del mercado, el abuso de posición dominante y los acuerdos colusorios.

<sup>65</sup> MUELLER (2008, pág. 1) nos informa que, en el año 1215, en el Reino de Inglaterra fue considerado ilícito un acuerdo de precio realizado entre tintoreros.

<sup>66</sup> La *restraint of trade doctrine* se convirtió en una bisagra del *common law* anglosajón. En el pronunciamiento relativo al *leading case* Mitchell v. Reynolds, 1 P Wms 181 (Q.B. 1711), Lord Smith LC afirmó que: “it is the privilege of a trader in a free country, in all matters not contrary to law, to regulate his own mode of carrying it on according to his own discretion and choice. If the law has regulated or restrained his mode of doing this, the law must be obeyed. But no power short of the general law ought to restrain his free discretion”.

<sup>67</sup> ZWEIGERT y KÖTS (1998, pág. 78).

<sup>68</sup> VON GIERKE (1895); KOHLER (1901, págs. 155 y sigs.).

<sup>69</sup> FIKENTSCHER (1958, pág. 214).

económica (*Entfaltungsfreiheit*), siendo permitido que este resultado se consiga, de forma lícita, también a costas de los demás competidores (*Vernichtungszweck*).

Por esto en el seno de la doctrina alemana se elaboró la contrapuesta teoría de la objetividad del interés jurídico subyacente al fenómeno de la competencia económica. Si bien se trató de una postura inicialmente circunscrita al ámbito exclusivo de los conflictos interempresariales, refiriéndose a supuestos de competencia desleal, sin embargo la teoría de la objetividad determinó un cambio de perspectiva muy significativo, introduciendo en el discurso científico los conceptos de “derecho a la posición competitiva” y “derecho al libre y leal desarrollo de la actividad económica”<sup>70</sup>. Con este cambio de registro la tutela jurídica de la competencia se desencadenó de su matrix originaria y se extendió también al ámbito de los intereses supraindividuales (*doppelter Interessenschutz*).

A partir de entonces el empresario terminó de recibir protección jurídica en contextos de desarrollo leal y correcto de la lucha competitiva. Se consideró, en efecto, que este agente económico no mereciera algún amparo normativo en el caso de que hubiese incurrido en un perjuicio económico (disminución del poder de mercado) a causa de la conducta que los competidores, ajustándose a las reglas de comportamiento objetivamente permitidas por el ordenamiento, realizaban en el mercado<sup>71</sup>. En estos supuestos el perjuicio sufrido se reputó un elemento fisiológico del juego concurrencial, que el legislador debía fomentar reconociendo relevancia jurídica a un cierto tipo de competencia económica.

La teoría objetiva condujo a la consagración del principio de la *par condicio* de los empresarios respecto del interés al libre y correcto desarrollo de la competencia en el mercado. Este principio se afirmó en un plano supraindividual, no surgiendo de la necesidad de tutelar directamente específicas situaciones jurídico-patrimoniales de los empresarios, ni del interés particular de cada uno de ellos a primar en la lucha competitiva sobre las demás empresas de la industria. La emersión de este principio llevó a proporcionar una tutela mediada de los intereses de los empresarios *uti singuli* (*doppelter Interessenschutz*) y sólo en la medida en que la protección de los mismos fuese funcional a la salvaguardia del interés, común al círculo de todos los agentes económicos que actuaban en un mismo mercado, a la regularidad del enfrentamiento competitivo<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Por una reconstrucción histórica de la teoría objetiva del Derecho de la competencia en el derecho alemán de daños véanse BUCHNER (1971, pág. 132); ZEUNER (1983, pág. 196); MARKESINIS (1990, pág. 53).

<sup>71</sup> KUMMER (1960, págs. 105 y sigs.).

<sup>72</sup> JAEGER (1970, pág. 29).

## 4.2. La tutela de la competencia económica en la experiencia estadounidense: génesis y su desarrollo

El debate científico que tuvo lugar en Europa acerca del tipo de tutela jurídica que debe ser acordado para preservar y estimular la competencia económica, puso de relieve que el ordenamiento tiene que proteger el interés supraindividual al correcto funcionamiento del mercado. El Derecho de la competencia, por lo tanto, tiene por objeto la protección del proceso competitivo<sup>73</sup> y su aplicación mira a garantizar que el enfrentamiento interempresarial se realice de forma regular: la normativa de defensa de la competencia contrasta la realización de prácticas y conductas empresariales anticompetitivas con el fin de restablecer en el mercado las normales condiciones de competencia. Proporcionar adecuadamente este tipo de tutela, sin embargo, resulta una tarea muy compleja en cuanto además de no existir en abstracto un nivel óptimo de competencia que haya de lograrse en el mercado para inferir que el mismo funcione correctamente, resulta teóricamente muy complejo establecer si ante la comisión de determinados tipos de comportamientos empresariales el enfrentamiento competitivo se haya alterado o menos.

Dichos elementos ponen de manifiesto que la finalidad de tutela subyacente a la normativa *antitrust* constituye el factor dirimente a la hora de establecer si una determinada práctica empresarial haya alterado o menos las condiciones de competencia existentes en el mercado de referencia y en qué medida la intervención de las Autoridades de la competencia deba ser realizada para poner remedio a un funcionamiento defectuoso del mercado. En efecto, tanto el juicio sobre la licitud de las conductas y prácticas empresariales, como aquéllo sobre la regularidad de los procesos competitivos, no podrían formularse si no se tuviesen en consideración el objeto de protección de la normativa de defensa de la competencia.

Partiendo de la constatación de la existencia de una estricta vinculación entre objeto y finalidad de tutela de las normas *antitrust* y, además, tomando en cuenta que las herramientas de Derecho privado no resultan adecuadas para garantizar el fisiológico desarrollo de la competencia, siendo su alcance circunscrito a la mera protección de intereses individuales de naturaleza privada<sup>74</sup>, procederemos a ilustrar brevemente la experiencia estadounidense en ámbito *antitrust*, puesto que fue en EE.UU que brotó esta rama del Derecho.

---

<sup>73</sup> WHISH y BAILEY (2012, pág. 1).

<sup>74</sup> Cabe subrayar que los intereses jurídico-patrimoniales de los empresarios muy a menudo resultan de signo contrario a las exigencias de tutela del mercado. La maximización de las ganancias, en efecto, constituye un objetivo que prevalece, desde la perspectiva empresarial, sobre el interés supraindividual a la salvaguardia y el mantenimiento de condiciones competitivas en el mercado.



En particular, mientras en los EE.UU. ya en el 1890 se había adoptado la Sherman Antitrust Act, es decir una normativa finalizada a la protección del mercado, en Europa este resultado se alcanzó sólo a mediados del siglo XX. Esta significativa discrasia temporal se debe en buena medida al hecho de que en EE.UU. antes que en Europa, contrariamente a lo que habían afirmado los economistas clásicos<sup>75</sup>, se cesó de considerar el mercado como una institución capaz de alcanzar autónomamente una situación de equilibrio y se estimó necesario introducir un control público sobre determinados comportamientos empresariales. Si bien no cabía duda de que la economía de mercado tuviese que fundamentarse sobre el principio de la libre competencia, sin embargo se estimó oportuno no dejar que las empresas compitiesen entre sí sin algún tipo de control, puesto que la total ausencia de vigilancia sobre el desarrollo del proceso competitivo no habría asegurado el pluralismo económico, fomentando más bien el surgimiento de peligrosas aglomeraciones de poder de mercado.

#### **4.2.1. La originaria aplicación de la normativa *antitrust* tras la adopción de la Sherman Antitrust Act**

En los EE.UU., como acabamos de señalar, pese a la necesidad de instaurar una forma de control público del mercado a nivel federal, se adoptó la Sherman Antitrust Act de 1890<sup>76</sup>. Esta primera normativa *antitrust*, sin embargo, no mencionaba expresamente la palabra competencia, en cuanto las justificaciones subyacentes a la lucha a los *trusts*<sup>77</sup> no eran de carácter exclusivamente económico. Con la adopción de este texto legal, en efecto, el Congreso de EE.UU. trató de perseguir diferentes objetivos, también de carácter político-

---

<sup>75</sup> SMITH (1776).

<sup>76</sup> *An Act to Protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*, ch. 647, 26 Stat. 209 (1890). La normativa *antitrust* de los EE.UU. fue implementada en el año 1914, con la adopción de la Clayton Act (*An Act to Supplement existing laws against unlawful Restraints and Monopolies, and for other purposes*, ch. 323, 38 Stat. 730, 1914), con que se prohibieron los acuerdos vinculados, la discriminación de precios, los *interlocking directorates* y se introdujo el control de las concentraciones económicas. En el mismo año, además, se introdujo la Federal Trade Commission Act, con la cual se creó la *Federal Trade Commission*, que aún hoy en día es la entidad pública que aplica la normativa federal en materia *antitrust*. Completan el sistema de las leyes federales estadounidenses en materia *antitrust*, la Robinson Patman Act de 1936 y la Celler Kefauver Act, aprobada en el 1950.

<sup>77</sup> El *trust* fue el instrumento jurídico mayormente empleado por los oligopolistas estadounidenses con el fin de preservar sus elevadas ganancias contra los efectos perjudiciales de la competencia de precio. Buena prueba del macizo recurso al *trust* se desprende del hecho de que en muchas industrias (petróleo, azúcar, whisky, plomo, aceite de algodón y de lino) los *shareholders* de las mayores empresas confirieron sus participaciones sociales a un consejo fideicomisario (*board of trustee*) que, de esta forma, adquiriría el control de todas las empresas y podía determinar su política industrial como si actuara en el mercado en posición de monopolio. HANDLER (1932, págs. 184 y sigs.).

social<sup>78</sup>, cuales la salvaguardia del bienestar económico de los consumidores<sup>79</sup>, la tutela de determinadas *business performances*<sup>80</sup>, el fomento de la eficiencia productiva, la tutela de las pequeñas empresas<sup>81</sup>, la protección de la libertad de empresa y la tutela del pluralismo democrático<sup>82</sup>.

El hecho de que en el debate legislativo que condujo a la adopción de la Sherman Antitrust Act no hubiesen participado economistas<sup>83</sup> se tradujo en la casi total ausencia de influjo de las razones económicas sobre las elecciones de política legislativa en materia *antitrust*. Fue eso uno de los principales motivos por los cuales la primera normativa *antitrust* estadounidense no fue predispuesta para proveer herramientas jurídicas capaces de alcanzar y preservar una estructura de mercado que se inspirase al modelo teórico de la competencia perfecta<sup>84</sup>, ni se interesó directamente del problema de la ineficiencia asignativa<sup>85</sup>.

---

<sup>78</sup> HOVENKAMP (1999a, págs. 48-49); PITOFSKY (1979, págs. 1051-1055); BORK (1966, págs. 10-22).

<sup>79</sup> Esta exigencia se conecta a los efectos típicos del monopolio, es decir el incremento de precio y la reducción de la producción. Obstaculizar la producción de dichos efectos significa incrementar el bienestar económico de los consumidores, en cuanto se disminuye en su beneficio la cantidad de renta que los empresarios consiguen extraer de la comercialización de bienes y servicios. HOVENKAMP (1981, pág. 17).

<sup>80</sup> El Congreso de EE.UU. consideró que el nivel óptimo de competencia dependía de las prestaciones de las empresas, en el sentido de que las mismas habrían tenido que disminuir el nivel de los precios minimizando sus costes de producción en virtud de una más eficiente estructura interna, aportando mejoras tecnológicas y consiguiendo economías de escala. Para que un mercado fuera competitivo, por lo tanto, no era necesario que en la industria actuaran muchas empresas, en cuanto la mejor medida de la competitividad se hacía depender del nivel de *output* logrado en condiciones de equilibrio. AREEDA y HOVENKAMP (2000, págs. 3-4). El concepto de equilibrio de mercado se debe a los estudios de WALRAS (1874).

<sup>81</sup> AREEDA y HOVENKAMP (2000, pág. 99). Las presiones políticas de las pequeñas empresas también contribuyeron a la adopción de la Sherman Antitrust Act. Dichas entidades económicas, en efecto, sufrieron significativos perjuicios de los carteles y concentraciones de hecho vía *trust*, porque las grandes empresas habían empezado a realizar en su perjuicio prácticas abusivas de *margin squeeze*, pese al hecho de que los productos comercializados por los *co-cartelists* o por las empresas controladas por el *board of trustee* constituían, en la casi totalidad de los supuestos, *input* esenciales para los agentes económicos más pequeños que operaban en los mercados aguas abajo. MOTTA (2004, pág. 3); PARDOLESI (2006, pág. 2).

<sup>82</sup> LANDE (1982, pág. 83).

<sup>83</sup> THORELLI (1955, pág. 23).

<sup>84</sup> La competencia perfecta constituye un modelo ideal de mercado elaborado por los economistas neoclásicos cuales JEVONS (1871) y MENGER (1871). Este modelo teórico se caracteriza por los siguientes aspectos: *i*) un elevado número de consumidores y productores con una pequeña cuota de mercado (*price takers*), de manera que no puedan afectar al precio de los bienes y servicios comercializados; *ii*) todas las empresas vendan un producto homogéneo (también desde la perspectiva de las preferencias de la

Cabe además destacar que la explícita afirmación del principio de la competencia económica, en sede de aplicación de las prohibiciones de la Sherman Antitrust Act, fue obra de la jurisprudencia. En el año 1904, en efecto, el Tribunal Supremo de EE.UU. decidió el muy conocido asunto *Northern Securities* afirmando que: “Congress has, in effect, recognized the rule of free competition by declaring illegal every combination or conspiracy in restraint of interstate and international commerce”<sup>86</sup>. Fue sólo más adelante, en el año 1958, que el Tribunal Supremo de EE.UU. volvió a afirmar con mayor vigor dicho principio en la decisión del asunto *Northern Pacific Railway*, estableciendo que la competencia económica constituía un mecanismo de asignación de recursos<sup>87</sup>.

#### 4.2.2. El enfoque estructural propugnado por la Harvard School

La aplicación jurisprudencial de la normativa *antitrust* y la influencia del pensamiento económico académico condujeron a un cambio de paradigma conocido como *structure-conduct-perform paradigm*<sup>88</sup> que, buscando el conseguimiento de más altos niveles de eficiencia, imprimió un carácter marcadamente económico a la justificación político-legislativa subyacente a la protección de la competencia.

La afirmación de este paradigma se debe a las aportaciones científicas de la *Harvard School*<sup>89</sup> que, ciñéndose de forma muy estricta a la teoría del oligopolio de

---

demanda); *iii*) exista simetría informativa entre productores y consumidores, es decir la información resulte completa, gratuita y fácilmente accesible; *iv*) no existan barreras de entrada o salida del mercado; *v*) los bienes y factores de producción gocen de una perfecta movilidad, siendo irrelevantes los costes de transporte; *vi*) no existan costes de transacción en la adquisición de bienes y servicios. KRUGMAN y WELLS (2009, págs. 330-351).

<sup>85</sup> LANDE (1982, pág. 83).

<sup>86</sup> [Northern Securities Co. v. United States](#), 193 U.S. 197 (1904).

<sup>87</sup> [Northern Pacific Railway Co. v. United States](#), 356 U.S. 1, 4 (1958). En particular, el Tribunal Supremo de EE.UU. afirmó que: “It rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress”.

<sup>88</sup> MASON (1939, págs. 61-74). Critican la aproximación simplicista de este paradigma PHILLIPS (1970, págs. 26-37) y SUTTON (1991, pág. 58).

<sup>89</sup> Nos referimos al periodo comprendido entre los años treinta y sesenta del siglo XX, porque a partir de los años setenta el enfoque de los exponentes de la *Harvard School*, acerca de las justificaciones subyacentes a la política de defensa de la competencia, mutó completamente, como aclarado por HOVENKAMP (2008a, pág. 35). El pensamiento de la *Harvard School* tuvo un gran influjo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE.UU., sobre todo durante el periodo en que el juez Earl WARREN revistió el cargo de *Chief Justice* (1953-1969). Cfr. [Brown Shoe Co. v. United States](#), 370 U.S. 543 (1962).

Cournot<sup>90</sup>, consideró la estructura del mercado como el factor determinante del nivel competitivo de la industria. Arrancando de la premisa que las prestaciones y las conductas de las empresas resultan afectadas por la estructura y el nivel de competencia existente en el mercado y, además, considerando que el bienestar económico de una colectividad de individuos, con especial referencia al bienestar de los consumidores, depende de las prestaciones que ofrecen las empresas en términos de calidad, nivel de precios y variedad de los bienes y servicios comercializados, se formó el *structure-conduct-perform paradigm*. La aplicación de este paradigma condujo a una tutela de la competencia entendida como preservación de una cierta estructura de la industria.

Los fautores de este paradigma estaban convencidos que dejando que el mercado mantuviera o asumiera una estructura no competitiva, los beneficios en términos de eficiencia asignativa y productiva que descienden de la competencia económica no se habrían podido lograr, en cuanto los mercados caracterizados por una estructura monopolística<sup>91</sup> o por otras formas imperfectas de competencia, cuales el oligopolio<sup>92</sup> y la competencia monopolística<sup>93</sup>, habrían

---

<sup>90</sup> HOVENKAMP (2008b, pág. 110).

<sup>91</sup> La moderna teoría del monopolio se adscribe a MARSHALL (1890) y SRAFFA (1926, pág. 537). Un mercado monopolístico es un mercado sin competencia, que se caracteriza por la presencia de una única, grande empresa que ofrece un producto que carece de sustitutos. Se trata de una estructura de mercado que genera una ineficiente asignación de recursos entre los agentes económicos, en cuanto el monopolista posee un poder de mercado que le permite incrementar el precio por encima del nivel de competencia: es el monopolista que decide el precio (*price maker*). La consiguiente reducción del *output* es la otra cara de la ineficiencia que genera el monopolio, en cuanto conlleva que menos consumidores, es decir aquéllos que tienen un precio de reserva igual o superior al precio de monopolio, puedan adquirir los bienes y servicios, no existiendo en el mercado otras alternativas a las que éstos puedan dirigir sus elecciones económicas. KRUGMAN y WELLS (2009, págs. 357-359 y 363-367).

<sup>92</sup> ROBINSON (1933). La industria oligopolística es aquella en que actúan pocas empresas con un cierto poder de mercado. Se trata de la estructura de mercado más difundida en la realidad económica, cuya origen depende, en buena medida, de los mismos factores que conducen al monopolio, cuales la existencia de economías de escala. Las ineficiencias causadas por el oligopolio se deben al hecho de que este tipo de estructura facilita la colusión entre empresas. En efecto, la presencia de un número exiguo de agentes económicos en el lado de la oferta simplifica la estipulación de acuerdos anticompetitivos y la organización de carteles secretos, permitiendo además un más intenso control de su cumplimiento y una reacción más eficaz contra los *co-cartelists* que desvíen su comportamiento con la intención de maximizar las ganancias fuera del esquema del cartel. KRUGMAN y WELLS (2009, págs. 388-395).

<sup>93</sup> CHAMBERLIN (1933). La competencia monopolística es una estructura de mercado que se caracteriza por la presencia de muchas empresas que ofrecen productos diferenciados (por tipología, colocación geográfica o calidad) y por el hecho de que no existen barreras de entrada o salida del mercado en el largo plazo. También la competencia imperfecta genera una ineficiencia asignativa, en cuanto los competidores, actuando como

conducido a una *loss of efficiency*, integrando por su propia naturaleza supuestos de *market failure*<sup>94</sup>.

La eficiencia económica se convirtió así en la razón principal que justificaba la necesidad de preservar la competencia en el mercado. El valor-objetivo de la consecución del bienestar social, sin embargo, no constituía un concepto abstracto, siendo un resultado que coincidía con el logro simultáneo de una situación de eficiencia asignativa y productiva. Siguiendo los postulados de los economistas neoclásicos, se afirmó que la combinación óptima de estos efectos se habría podido producir sólo en condiciones de competencia perfecta, siendo ésta la única estructura de mercado que permitiría alcanzar la maximización del *social welfare*. De esto descendía que el único tipo de competencia económica que habría tenido que tutelarse jurídicamente era aquella que permitía un funcionamiento del mercado idéntico al que se habría tenido en condiciones de competencia perfecta.

En la doctrina económica y en aquella *antitrust* autores cuales CLARK (1940, págs. 241-256) y WHISH y BAILEY (2012, pág. 16) han criticado esta conclusión, por apoyarse sobre un modelo teórico de hecho inalcanzable en la realidad. Ha sido esta una de las razones que han conducido a la afirmación de que el objeto de protección jurídica y el concreto objetivo de la política *antitrust* resultaría la tutela de la competencia entendida como *workable competition*<sup>95</sup>. Al respecto, sin embargo, no se ha logrado un concepto unánimemente compartido, habiendo surgido significativas dificultades teóricas a la hora de determinar en que habría tenido efectivamente que consistir esta forma de competencia<sup>96</sup>.

#### **4.2.3. La Chicago School y la afirmación de la eficiencia económica: la *reductio ad unum* de los objetivos del Derecho *antitrust***

---

monopolistas, fijan los precios por encima del coste marginal de producción. Esto conduce a la pérdida de buena parte de las posibles transacciones beneficiosas que habrían podido realizarse si el mercado hubiese sido competitivo, en cuanto los consumidores con un precio de reserva por lo menos igual al coste de producción no se hallan en condiciones de adquirir los bienes o servicios comercializados. La competencia monopolística, además, genera otro tipo de ineficiencia, porque los competidores suelen incurrir en un exceso de capacidad, produciendo una cantidad superior a la que habría resultado necesaria para minimizar el coste medio total. KRUGMAN y WELLS (2009, págs. 416-419 y 425-427).

<sup>94</sup> MILL (1859a, págs. 169-170); SIDGWICK (1901, págs. 402-403); BATOR (1958, pág. 351).

<sup>95</sup> En sentido crítico véase la posición de SOSNICK (1958, págs. 380-423).

<sup>96</sup> ASCH (1983, págs. 100-104).

La vinculación entre competencia y eficiencia económica constituyó la premisa del pensamiento científico de los miembros de la *Chicago School* en materia de Derecho *antitrust*. Tales estudiosos reputaron que la consecución de una situación de equilibrio caracterizada por una eficiente asignación de recursos escasos fuese el único objetivo del Derecho de la competencia<sup>97</sup>. Los miembros de esta Escuela, en efecto, criticaron el hecho de que la normativa *antitrust* había sido aplicada de forma extremadamente amplia, terminando por prohibir prácticas comerciales eficientes en perjuicio de los intereses de los consumidores y de la economía de EE.UU. en su conjunto<sup>98</sup>.

La aportación de la *Chicago School* al estudio del Derecho *antitrust* ha sido muy significativa, porque puso de relieve la existencia de una estricta relación entre el objeto de tutela (el regular desarrollo de la competencia en el mercado) y la finalidad de protección de la normativa *antitrust*<sup>99</sup>. Los miembros de la *Chicago School*, en particular, afirmaron que esta normativa habría tenido que ser aplicada sólo en los supuestos en que una determinada práctica o conducta empresarial hubiese resultado ineficiente para el mercado. Arrancando desde el modelo neoclásico de eficiencia, considerado un paradigma neutral de valoración de la eficiencia económica, los exponentes de esta Escuela defendieron el carácter competitivo de la mayoría de los mercados y, por consiguiente, emplearon este criterio para establecer si una determinada conducta o práctica empresarial fuese anticompetitiva, dejando de acudir al paradigma empleado por la *Harvard School* (*structure-conduct-perform paradigm*) en cuanto a la luz del nuevo enfoque, el grado de concentración del mercado no constituía un criterio adecuado para establecer si un determinado comportamiento empresarial tuviese una actitud anticompetitiva. Las implicaciones prácticas del enfoque científico de la *Chicago School* fueron muy significativas, como demuestra el hecho de que la intervención *antitrust* quedó esencialmente circunscrita a los carteles secretos, con especial referencia a aquéllos de reparto del mercado y fijación de precios, y a las concentraciones horizontales de tamaño monopolístico<sup>100</sup>.

Cabe además recordar que en el año 1978 el juez BORK, uno de los más influyentes exponentes de la *Chicago School*, publicó su famoso libro *The Antitrust*

---

<sup>97</sup> BORK (1978, pág. 90).

<sup>98</sup> EASTERBROOK (1982, págs. 705 y sigs.), ID. (1986, págs. 1969 y sigs.).

<sup>99</sup> DENOZZA (1988, pág. 15).

<sup>100</sup> SPIVACK (1983, pág. 652). En particular, durante el mandato presidencial de Ronald Reagan (1980-1988), la economía estadounidense vivió una etapa muy conservadora, en la que se minimizó la aplicación de las normas jurídicas a las empresas y la política *antitrust* se caracterizó por una menor intervención de las agencias públicas pese a la confianza en el funcionamiento eficiente de los libres mercados. La política económica del Gobierno Reagan, conocida como “*Reaganomics*”, fue grandemente influenciada por las posiciones de la *Chicago School* que se inspiraban al modelo económico neoclásico. FLYNN (1983, págs. 270 y sigs.).

*Paradox: A Policy at War with Itself*, en el que resumió su pensamiento sobre el Derecho *antitrust* enfatizando una vez más que la única finalidad de esta normativa consistía en la consecución del bienestar del consumidor<sup>101</sup> (*consumer welfare*). La influencia de su postura teórica fue tan grande que también el Tribunal Supremo de EE.UU. acudió a la misma en sus decisiones de la época<sup>102</sup>. En particular, con esta obra el juez BORK proporcionó una consistente solución al debate sobre las finalidades del Derecho de la competencia<sup>103</sup> y, asimismo, creó los presupuestos para el comienzo de un nuevo debate sobre el significado que habría tenido que asignarse a la expresión *consumer welfare*<sup>104</sup>.

#### 4.2.4. La fase Post-Chicago

El movimiento de opinión denominado *Post-Chicago*, que interesó tanto el mundo académico que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, criticó duramente el enfoque de la *Chicago School*. La idea de fondo era que el funcionamiento de los mercados fuese mucho más complejo de lo que reputaban los exponentes de la *Chicago School* y que, por lo tanto, el modelo neoclásico de eficiencia que esta Escuela había adoptado, no resultaba adecuado para evaluar las prácticas y conductas empresariales en la economía real<sup>105</sup>. En particular, entre los autores que criticaron la aproximación metodológica y económica de la Escuela de Chicago podemos destacar la posición de SCHOTTER (1990, pág. 26) y LIBERTINI (2010, pág. 107) que pusieron de relieve que el enfoque de esta Escuela fue muy poco riguroso y faltaba de carácter científico, con la consecuencia de que los resultados del análisis no podían ser averiguados, siendo el mero producto de una elaboración matemática desarrollada sobre un modelo artificial. Los exponentes del movimiento *Post-Chicago* reputaron que la metodología de la *Chicago School* fuese inadecuada para guiar el análisis *antitrust*,

---

<sup>101</sup> BORK (1978, pág. 51). El juez BORK ya había adoptado esta postura a finales de los años sesenta, afirmando que la única forma legítima de interpretar el Derecho *antitrust* era aquella que se informaba al criterio del bienestar del consumidor. BORK (1967, pág. 242).

<sup>102</sup> *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979); *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, 367 (1982); *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 107 (1984).

<sup>103</sup> En el año 2005 HOVENKAMP ha afirmado que: “[...] after thirty years, the debate over antitrust’s ideology has quieted. Most now agree that the protection of consumer welfare should be the only goal of antitrust laws”. HOVENKAMP (2005b, pág. 2).

<sup>104</sup> Por lo que respecta al Derecho de la competencia el significado del concepto de bienestar del consumidor no coincide con aquello del correspondiente concepto económico (HOVENKAMP, 1982, págs. 5-6). En el ámbito *antitrust*, en efecto, al *consumer welfare* se suelen atribuir los siguientes dos significados: a) *consumer surplus* (BRODLEY, 1987, págs. 1020-1021); b) *total surplus* (CARLTON, 2007, págs. 156-159).

<sup>105</sup> HOVENKAMP (1985, pág. 213); JACOBS (1995, págs. 219 y sigs.).

pese a su intrínseca inadecuación a evaluar las dinámicas, prácticas y estrategias que las empresas concretamente realizan en el mercado.

Mientras las teorías de los estudiosos de la *Chicago School* se iban afirmando y la jurisprudencia del Tribunal Supremo empezaba a fundamentar sus decisiones sobre los postulados teóricos propugnados por dicha Escuela, los economistas empezaron a emplear la teoría de los juegos para desarrollar modelos más sofisticados y precisos de análisis de las prácticas y conductas empresariales<sup>106</sup>.

Tres fueron las principales características del movimiento *Post-Chicago*. En primer lugar si bien no se rechazó por completo el criterio de la eficiencia económica, el análisis *antitrust* no se condujo acudiendo exclusivamente a la eficiencia asignativa, sino que se realizó también a la luz de otros valores, en virtud de la desconfianza sobre los mecanismos de autorregulación del mercado. En segundo lugar, se criticaron duramente los presupuestos de la teoría económica neoclásica<sup>107</sup>. Al respecto, se puso de relieve que los presupuestos de esta teoría recurrían muy pocas veces en la realidad, en cuanto los agentes económicos suelen tomar sus decisiones en situación de incertidumbre, porque no poseen una información completa, y en contextos dinámicos. El modelo teórico propugnado por la *Chicago School* no tomaba en consideración el punto de vista dinámico del análisis económico en materia *antitrust*, en cuanto se había alejado del modelo de los economistas clásicos, que fueron los primeros en concebir la competencia como proceso competitivo<sup>108</sup>. En tercer lugar, el movimiento *Post-Chicago* promovió una aproximación evolucionista que encontraba su fundamento teórico en el pensamiento de ALCHIAN<sup>109</sup>. En particular, este economista sostuvo que la competencia funcionase en base a un mecanismo darwiniano de selección, según el cual las empresas que operan a un nivel elevado de costes están destinadas a salir del mercado, determinando la exclusiva permanencia de los agentes económicos que consiguen maximizar sus ganancias a un coste medio de producción más bajo. El resultado que se alcanza aplicando este enfoque resulta parecido a aquéllo auspiciado por los economistas neoclásicos, con la diferencia que no se tendrán en cuenta los factores que se dan muy pocas veces en la realidad, cuales la simetría informativa de los competidores y la total ausencia de incertidumbre sobre las consecuencias de los comportamientos económicos que se realizan en el mercado<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> BAKER (2002, págs. 68-69); HOVENKAMP (2002, págs. 21-22).

<sup>107</sup> Se trata de los siguientes postulados: *a*) racionalidad de los agentes; *b*) ausencia total de incertidumbre en la realidad económica; *c*) desplazamiento de los recursos económicos hacia los sectores más rentables, pese a la perfecta simetría informativa existente en el mercado. MILGROM y ROBERTS (1992, pág. 75).

<sup>108</sup> FOX (1981, pág. 1169).

<sup>109</sup> ALCHIAN (1950, págs. 211-222).

<sup>110</sup> En particular, la teoría evolucionista, se fundamenta sobre el pensamiento económico de Friedrich VON HAYEK y Joseph A. SCHUMPETER. VON HAYEK (1948, págs. 92 y



El movimiento *Post-Chicago* tuvo el mérito de introducir en el análisis *antitrust* el estudio de los aspectos relacionados con el concepto de eficiencia dinámica<sup>111</sup>. El cambio de enfoque fue provocado también por los límites que la aproximación marginalista evidenciaba con respecto al análisis de las conductas empresariales en los mercados tecnológicos, que se habían ido desarrollando siempre más a lo largo de la década de los setenta. Se notó, en efecto, que la aproximación de la *Chicago School* basada sobre el criterio de la eficiencia asignativa, no resultaba satisfactoria con respecto a la evaluación de aquellas conductas y prácticas empresariales que tenían lugar en contextos de mercado en los cuales las preferencias de los consumidores terminaban por ser afectadas por factores competitivos diferentes del precio. El movimiento *Post-Chicago* tuvo un cierto influjo en la política *antitrust* estadounidense, como demuestra por ejemplo el hecho de que su modelo de análisis fue empleado por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE.UU. a la hora de establecer, en el famoso caso *Kodak*<sup>112</sup>, el carácter pro o anticompetitivo de la conducta unilateral enjuiciada.

El movimiento *Post-Chicago* fue, a su vez, objeto de críticas por parte de ilustres exponentes del mundo académico y, a parte la jurisprudencia *Kodak*, no incidió de forma consistente en la praxis decisoria de los Tribunales estadounidenses. En efecto, tanto en razón de los sofisticados modelos económicos empleados para analizar los comportamientos empresariales (esencialmente basados sobre la

---

sigs.), en particular, había considerado el proceso competitivo como un mecanismo impersonal de coordinación óptima de las decisiones individuales tomadas en ausencia de información completa. En el pensamiento de SCHUMPETER (1942, págs. 81 y sigs.), en cambio, la competencia se concibió como capacidad de los agentes económicos de generar nuevos productos, procesos y formas de organización y acceso al mercado (*process of creative destruction*).

<sup>111</sup> ELLIG y LIN (2001, págs. 16 y sigs.); LANGLOIS (2001, págs. 193 y sigs.); MAKOVSKI y OSTROY (2001, págs. 479 y sigs.); PERITZ (2002, pág. 108); PLEATSIKAS y TEECE (2001, págs. 95 y sigs.); RUBINFELD y HOVEN (2001, págs. 65 y sigs.). El desarrollo del concepto de eficiencia dinámica se debe, en gran medida, a las intuiciones de Edward CHAMBERLIN, que en su modelo de competencia monopolística, fundado sobre la diferenciación de los productos, ilustró que las empresas pueden acudir a factores de competencia diferentes del precio, cuales la innovación y la publicidad. CHAMBERLIN (1933, págs. 56-57).

<sup>112</sup> *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services et al.*, 504 U.S. 451 (1992). A la multinacional Kodak se le contestó una práctica de *tie-in*, asumiendo que por medio de la misma había logrado excluir los competidores de los mercados de los repuestos y las reparaciones para fotocopiadoras. El Tribunal Supremo de EE. UU. concluyó que Kodak había vulnerado la Sección segunda de la Sherman Antitrust Act, por haberse aprovechado del efecto bloqueador (*lock-in*) que la venta del producto principal (la fotocopiadora) había provocado sobre los consumidores, para así incrementar el precio de los productos y servicios comercializados en los mercados conectados. EVANS y PADILLA (2004, pág. 7).

aplicación de la teoría de los juegos), cuanto la falta de *tests* empíricos que pudiesen comprobar si la aplicación de los postulados teóricos fuese correcta, han determinado el progresivo abandono de este enfoque<sup>113</sup>.

### 4.3. La política comunitaria de defensa de la competencia

El ordenamiento comunitario fomenta y tutela la competencia entre empresas (artículo 3, apartado 3, del TFUE). La importancia que dicha finalidad tiene para la política comunitaria ha llevado autores cuales MARKERT (1971, pág. 207), WEILER (1999, pág. 307) y DREXL (2010, pág. 659) a considerar que la competencia constituya el pernio de la constitución material europea. Aunque el TFUE no expresa de forma explícita lo que ha de entenderse por competencia, la literatura científica dominante ha abogado por un concepto empírico de tipo económico<sup>114</sup>. En términos generales se ha afirmado que competir significa luchar o pelear por ser superior a los demás y, por lo que concierne al ámbito del enfrentamiento interempresarial, este término se ha usado con el significado de luchar por ganar en el mercado más clientes y consumidores respecto de los competidores<sup>115</sup>. Sin embargo, la definición normativa de competencia no puede limitarse a la mera constatación empírica que las empresas luchan entre sí para incrementar su poder de mercado<sup>116</sup> y maximizar sus ganancias. En efecto, este concepto económico de competencia no posee de por sí una autónoma relevancia jurídica, y sólo la adquiere en la forma, medida y límites establecidos por el legislador.

Si es cierto que el legislador comunitario ha optado por una economía de mercado fundada sobre la existencia de un régimen de competencia entre las empresas que actúan en la misma industria, sin embargo de la misma no

---

<sup>113</sup> HOVENKAMP (2005b, pág. 38).

<sup>114</sup> DABBAH (2004, pág. 2); RITTER y BRAUN (2005, págs. 4-5); FAULL y NIKPAY (2007, págs. 4 y sigs.); PACE (2007, pág. 37).

<sup>115</sup> WHISH y BAILEY (2012, págs. 3 y sigs.). Mirando a la experiencia *antitrust* del Reino Unido, por ejemplo, podemos constatar que la Competition Commission (ahora Competition and Markets Authority) había definido la competencia económica, tanto en su Directrices sobre el control de las concentraciones económicas ([Merger References: Competition Commission Guidelines](#), 2003, CC2, pár. 1.20), como en aquéllas relativas a la individuación del mercado de referencia ([Market Investigation References: Competition Commission Guidelines](#), 2003, CC 3, pár. 1.16), en el modo siguiente: “a process of rivalry between firms or other suppliers seeking to win customers’ business over time”.

<sup>116</sup> Una empresa posee poder de mercado si puede aplicar, de forma rentable, un precio superior al precio que habría tenido que practicar en condiciones de competencia perfecta. El poder de mercado, definido en estos términos, se mide recurriendo al índice de Lerner:  $L = (P - C_{Ma})/P$ . LERNER (1934, págs. 157-175).

desciende la necesidad de proporcionar protección normativa a cualquier tipo de enfrentamiento competitivo. Lo que el principio de libre competencia exige es que las concretas modalidades de desarrollo del enfrentamiento interempresarial no se pongan en contraste con su justificación, consistente en asegurar que las empresas que comercializan los productos y servicios mejores para los consumidores primen en el mercado<sup>117</sup>.

Los objetivos de política económica del legislador comunitario, como por ejemplo la completa realización de la integración del mercado común, han ejercitado un considerable influjo sobre la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, terminando por afectar al debate europeo sobre el número y naturaleza de sus finalidades, así como sobre la individuación de los remedios *antitrust* más adecuados para poner fin a los ilícitos concurrenciales.

#### **4.3.1. El debate sobre la finalidad del Derecho de la competencia en Europa**

Por lo que concierne a los remedios *antitrust* de naturaleza pública, la individuación de la finalidad perseguida por el Derecho comunitario de defensa de la competencia constituye una indispensable herramienta de análisis, en cuanto para determinar si la tipología de intervención empleada con respecto a una determinada práctica anticompetitiva resulte proporcionada y efectiva, es necesario tomar en consideración el objetivo de la acción de *antitrust enforcement*. Podría darse por el ejemplo el caso de que la finalidad principal perseguida por la Comisión Europea a través de su actividad de aplicación pública del Derecho de la competencia, sea aquella de velar por la salvaguardia del proceso de integración del mercado común. Este supuesto se ha verificado cuando la normativa *antitrust* se ha aplicado a las prácticas restrictivas del comercio paralelos entre los Estados miembros de la UE. En efecto, en estos casos la finalidad perseguida es más bien de naturaleza político-económica con la consecuencia de que pueden emplearse remedios jurídicos desproporcionados o ineficaces con respecto a las específicas finalidades del *enforcement antitrust*, determinando un empeoramiento a largo plazo del estado y nivel de competencia en el mercado (*v.gr.* incremento de los precios, menor variedad de bienes y servicios disponibles, menor cantidad de producto, etc.).

Por estas razones la cuestión relativa a la finalidad del Derecho de la competencia constituye un presupuesto del examen de los remedios *antitrust*, aún si la misma no presenta una fácil, ni unívoca solución. Al respecto cabe antes de todo poner derelieve que todavía no se ha solucionado el debate científico (que involucra tanto la doctrina como la jurisprudencia) entorno a la subsistencia de

---

<sup>117</sup> ASCARELLI (1960, pág. 30); LIBERTINI (2006, pág. 87).

múltiples finalidades para el Derecho de la competencia. Del mismo modo se sigue discutiendo acerca de la naturaleza de estas finalidades, porque aún no se ha aclarado si la misma sea exclusivamente económica, o más bien político-social.

Antes de ilustrar las perspectivas que más éxito han tenido en el escenario comunitario, cabe poner de relieve que gran parte del debate europeo sobre este tema se ha alimentado en el seno de las principales posturas doctrinales y jurisprudenciales norteamericanas, así que nuestro examen no podrá prescindir de la sintética ilustración de algunos puntos y conceptos claves que han surgido en el ámbito de la experiencia estadounidense, así como en el marco de la teoría económica internacional.

### a) El bienestar económico general

La primera aproximación que reputamos oportuno analizar es aquella que considera que el Derecho de la competencia debe promover el bienestar económico (*economic welfare*). Dicha perspectiva surge del influjo que la economía del bienestar y la teoría del consumidor han ejercitado sobre el análisis *antitrust*, así como del hecho de que en Europa, a partir de la última década del siglo XX, se ha afirmado una aproximación más económica, como demuestra el hecho de que las Instituciones comunitarias han implementado en este sentido los reglamentos comunitarios en materia de control de las concentraciones económicas y restricciones verticales. Desde el punto de vista teórico dicha aproximación se basa sobre el concepto de eficiencia. De este concepto hace falta tomar preliminarmente en cuenta dos definiciones: la eficiencia de PARETO<sup>118</sup> y la eficiencia de KALDOR-HICKS.

La eficiencia de PARETO es un concepto económico que sirve para determinar si una cierta asignación de recursos conduce a la mejor situación posible para todos los sujetos involucrados. Este tipo de aproximación, cuando se emplea en el ámbito de la teoría microeconómica o de la organización industrial, desplaza el enfoque de la evaluación sobre el análisis de la demanda de mercado. La situación de equilibrio (u óptimo de Pareto) se logra cuando la asignación de recursos no puede mejorarse, en el sentido de que no es posible redistribuir de forma diferente los recursos sin que ese cambio determine el empeoramiento de, por lo menos, una de las posiciones logradas bajo la situación anterior. En el modelo de KALDOR-HICKS<sup>119</sup>, en cambio, la situación de equilibrio en la

---

<sup>118</sup> PARETO (1909).

<sup>119</sup> HICKS (1939, págs. 696-712); KALDOR (1939, págs. 549-552). Cabe añadir que el concepto de eficiencia de Kaldor-Hicks rompe con el tradicional enfoque de la economía del bienestar, en cuanto no se interesa de la comparación entre las diferentes utilidades individuales. ROBBINS (1932).

asignación de los recursos económicos se logra cuando el estado de la economía anteriormente alcanzado puede todavía modificarse, aunque eso conlleve un empeoramiento de algunas de las posiciones conseguidas bajo el estado anterior. La posibilidad de realizar ese cambio, en efecto, depende del hecho de que los beneficios generales (*total efficiency gains*) que se producen como consecuencia de la nueva distribución de recursos, permiten compensar, por lo menos de forma potencial, las pérdidas sufridas por determinados sujetos, dando lugar a una situación de equilibrio superior a aquella anteriormente existente.

Ahora bien, si en la individuación de las finalidades del Derecho *antitrust* se abogara por una perspectiva orientada hacia los postulados de la economía del bienestar fundada sobre el estándar de KALDOR-HICKS, por lo que concierne a la evaluación del nivel de eficiencia existente entre diferentes estados competitivos, podría afirmarse que el Derecho de la competencia tiende hacia la maximización del bienestar total del mercado, dado por la suma de la excedencia de los productores y la excedencia de los consumidores: por eso el análisis *antitrust*, así como el análisis de los remedios jurídicos aplicables a las empresas infractoras, se caracterizaría por el recurso al *total welfare standard*. Se trata de un estándar que úne la excedencia de diferentes grupos económicos (productores y consumidores) y sirve para medir, en términos de bienestar económico, las consecuencias que se producen en el mercado como consecuencia del pasaje de un estado competitivo a otro.

Bajo dicha postura se requiere un incremento de la excedencia total –dada por la suma del *consumer surplus* y *producer surplus*– para afirmar que la nueva situación de mercado resulta igualmente o más eficiente de la anterior y que, por lo tanto, la práctica empresarial enjuiciada no tiene algún efecto anticompetitivo. Eso quiere decir que aún si la excedencia de determinados grupos o sujetos disminuya respecto del nivel logrado bajo el anterior estado competitivo, la práctica empresarial que ha generado el cambio resultará lícita desde el punto de vista del Derecho *antitrust*.

El *total welfare standard*, sin embargo, parece no jugar algún papel en el ámbito del análisis *antitrust* comunitario, en cuanto lo que se busca en Europa con la aplicación del Derecho de la competencia es la consecución o salvaguardia de situaciones competitivas en las que la excedencia del consumidor resulte superior a la excedencia del productor. Si nos fijamos, por ejemplo, en lo dispuesto por el artículo 101, apartado 3, del TFUE, nos damos cuenta que el Derecho comunitario prevé la posibilidad de que un acuerdo *prima facie* anticompetitivo (artículo 101, apartado 1, del TFUE) goce de una exención individual, sólo si se cumplen algunas condiciones normativas, entre las cuales cabe destacar la transferencia en favor de los consumidores de una parte sustancial de los beneficios económicos logrados con la estipulación del acuerdo. Esta conclusión puede leerse como un claro índice del hecho de que el análisis *antitrust*

comunitario resulta afectado por cuestiones de justicia distributiva<sup>120</sup>, puesto que con la aplicación concreta del Derecho de la competencia se tiende a favorecer un determinado tipo de asignación de recursos económicos, caracterizado por un *favor* hacia la categoría de los consumidores.

## b) El bienestar del consumidor

La perspectiva que juega el papel principal en el debate sobre las finalidades del Derecho *antitrust* es la protección del bienestar del consumidor<sup>121</sup>. Analizando las decisiones de la Comisión Europea y los pronunciamientos del TJUE<sup>122</sup>, en efecto, emerge que en la praxis aplicativa del Derecho comunitario de la competencia existe una tensión positiva hacia el objetivo de la maximización del “bienestar del consumidor”. Antes de interrogarnos sobre el significado jurídico de esta expresión, es oportuno considerar que uno de los elementos del análisis *antitrust* consiste en establecer si la realización de un comportamiento unilateral o una práctica empresarial conlleven o menos un perjuicio económico para los consumidores<sup>123</sup> (*consumer harm*). Al respecto la misma Comisión Europea ha, en varias ocasiones, expresamente afirmado que la finalidad última del Derecho comunitario de la competencia consiste en la protección de los intereses de los consumidores<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> LIANOS (2013b, pág. 8). En EE.UU., en cambio, los exponentes de la *Chicago School* consideraron los argumentos de justicia distributivas ajenos a la política *antitrust*. BORK (1978, pág. 90); POSNER (1981, pág. 92).

<sup>121</sup> En Europa existen diferentes posturas acerca de las razones teóricas que fundamentan la preferencia para la salvaguardia de los intereses de los consumidores. En efecto, hay quienes abogan por razones históricas, haciendo referencia a la originaria intención de los Tratados institutivos de las Comunidades Económicas Europeas (AKMAN, 2009, págs. 267-303); quienes ponen el énfasis sobre la relativa debilidad de la *lobby* de los consumidores respecto de las demás *lobbies* (NEVEN y RÖLLER, 2005, págs. 829-848) y quienes abogan por razones de justicia distributiva (LIANOS, 2007, págs. 34 y sigs.).

<sup>122</sup> STJ de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark A/S contra Konkurrencerådet*, C-209/10, RJ digital, aps. 20, 22 y 24.

<sup>123</sup> DAYAGI-EPSTEIN (2009, págs. 67 y sigs.).

<sup>124</sup> Cfr. [Comunicación de la Comisión \(2004/C 101/08\), Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado](#) (en adelante “Directrices art. 81.3”), *DOUE* C 101/97, de 27 de abril de 2004. En particular, el apartado 13 de esta Comunicación prevé que: “El artículo 81 (TCE) tiene por objetivo proteger la competencia en el mercado con vistas a un mayor bienestar del consumidor y una eficaz asignación de recursos. A estas finalidades contribuyen la competencia y la integración del mercado, pues la creación y mantenimiento de un mercado único y abierto favorece la eficaz asignación de recursos en toda la Comunidad en beneficio de los consumidores” (subrayado añadido). La [Comunicación de la Comisión \(2009/C 45/02\) con la que se dictan las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas](#)

La terminología empleada por la Comisión Europea, sin embargo, no ha sido siempre unívoca, porque en algunos documentos se ha hecho recurso a la expresión *consumer surplus*, mientras en otros la misma se halla sustituida con el concepto de *consumer welfare*<sup>125</sup>. La cuestión terminológica no constituye un mero ejercicio semántico<sup>126</sup>, en cuanto si se aboga por la postura que pone al centro de las finalidades *antitrust* la maximización del bienestar del consumidor —o más bien se considera que éste constituya el único objetivo del Derecho de la competencia— resulta de fundamental importancia establecer cual es su significado jurídico, pese a las repercusiones que dicha elección conlleva sobre la actividad de *antitrust enforcement*.

Con respecto a este asunto hace antes de todo falta poner de relieve que ni el TJUE ha aclarado de forma explícita lo que ha de entenderse por bienestar del consumidor, ni en la literatura científica<sup>127</sup> se ha logrado una posición compartida acerca del significado jurídico de este concepto.

Una primera, posible declinación del concepto de bienestar del consumidor puede realizarse en términos de *consumer surplus standard*. Desde un punto de vista microeconómico la excedencia del consumidor constituye la parte de la pérdida de riqueza que los consumidores sufren en consecuencia de la restricción de la competencia. Esta situación, por ejemplo, se verifica cuando la puesta en práctica de una cierta conducta empresarial determina un incremento de precio y, por consiguiente, algunos consumidores, que en la situación anterior poseían recursos económicos suficientes para adquirir los productos afectados, no estarán más en condiciones de hacerlo, aunque su patrón de consumo indique que todavía estarían dispuesto a comprarlos. Si esta perspectiva se emplea acudiendo al concepto de eficiencia de KALDOR-HICKS, entonces la transferencia de riqueza en favor de los productores no conducirá a una restricción ilícita de la competencia cada vez que cabría la posibilidad de que las empresas compensen la pérdida económica de los consumidores con su propia excedencia. En presencia de situaciones *Kaldor-Hicks efficient* no haría falta proteger en todo caso el *consumer surplus*, porque hasta cuando los productores puedan reparar la pérdida actual sufrida por los consumidores, éstos últimos no incurrirían en algún perjuicio económicamente relevante desde un punto de vista *antitrust*.

---

**dominantes**, en adelante “Orientaciones sobre el art. 82”, *DOUE C 45/7*, de 24 de febrero de 2009, en su apartado 5 afirma que: “Cuando aplique el artículo 82 a la conducta excluyente de las empresas dominantes, la Comisión se centrará en los tipos de conducta más lesiva para los consumidores [...]”.

<sup>125</sup> Cfr. Orientaciones sobre el art. 82, aps. 19, 30 y 86.

<sup>126</sup> BRODLEY (1987, pág. 1032).

<sup>127</sup> CSERES (2007, págs. 121-173); ORBACH (2011, págs. 133-164); NAZZINI (2011, pág. 49); LIANOS (2013b, pág. 16).

La antedicha postura, sin embargo, no es la que se ha impuesto en el escenario europeo, pese al hecho de que mediante la *efficiency defence* el beneficio de la exención individual de los acuerdos restrictivos de la competencia, el reconocimiento de la licitud de las conductas unilaterales o la viabilidad de la operación de concentración económica, pueden alcanzarse sólo si la mayor parte de los beneficios económicos generados por la conducta, práctica u operación empresarial de que se trata se hayan efectivamente trasladado a los consumidores. Si se adoptara este enfoque (*narrow consumer welfare standard*<sup>128</sup>), debería concluirse que la consecución del objetivo de la maximización del bienestar del consumidor por medio de la aplicación del Derecho *antitrust* implica, en todo caso, la salvaguardia de la excedencia del consumidor: de esto además descendería que todas aquellas prácticas empresariales que conduzcan a una situación de equilibrio *Kaldor-Hicks efficient* habrían de ser consideradas anticompetitivas.

Siempre con el fin de determinar el significado jurídico del concepto de bienestar del consumidor, consideramos oportuno tomar en consideración una declinación diferente del concepto de *consumer welfare*, basada sobre la extrapolación del concepto de *consumer choice* o *consumer sovereignty*<sup>129</sup> desde el cauce de la *theory of harm* y su consiguiente traslación en el plano de las finalidades del Derecho de la competencia<sup>130</sup>. Abogar por esta postura, en particular, significa reputar que la maximización del bienestar del consumidor puede alcanzarse salvaguardando un elevado nivel de elección en el mercado, lo que implica que la aplicación pública de la normativa de defensa de la competencia debe incidir sobre aquellas prácticas empresariales que generan una disminución de la variedad de bienes y servicios en el mercado. Se trata de un enfoque que se inspira a una línea de análisis que caracteriza el *case law* comunitario, como demuestra la subsistencia de muchas importantes decisiones de la Comisión Europea y pronunciamientos del TJUE<sup>131</sup> en que se ha considerado de fundamental importancia tomar en

---

<sup>128</sup> LIANOS (2013b, pág. 17).

<sup>129</sup> AVERITT y LANDE (1997, pág. 715).

<sup>130</sup> Por *consumer choice*, en particular, se entiende la situación en que los consumidores no sólo tienen el poder de establecer libremente cuales bienes y servicios satisfacen de forma exhaustiva sus necesidades, sino que también poseen la capacidad de adquirirlos a un precio competitivo. LANDE (2001, pág. 503).

<sup>131</sup> En orden cronológico: *i*) DCE de 17 de diciembre de 1975, IV/26.699 – *Chiquita* (76/353/CEE), DOCE L 95/1 de 9 de abril de 1976, ap. 3; STJ de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company et al. contra Comisión*, C-27/76, RJ 1978/I/207; *ii*) DCE de 9 de junio de 1976, IV/29.020 – *Vitaminas* (76/642/CEE), DOCE L 223/27 de 16 de agosto de 1976, aps. 22 y 24; STJ de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann La Roche contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-85/76, RJ 1979/I/461, aps. 90, 103 y 106; *iii*) DCE de 7 de octubre de 1981, IV/29.491 – *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin* (81/969/CEE), DOCE de 9 de diciembre de



consideración, en las distintas fases del análisis *antitrust*<sup>132</sup>, el nivel de elección que residuaba en el mercado, para luego establecer si la conducta enjuiciada tuviese un alcance anticompetitivo y si su realización hubiese provocado o menos un perjuicio relevante para los consumidores.

Otro índice sobre el que se fundamenta la postura de quienes consideran que la salvaguardia de la capacidad de elección de los consumidores constituya el objetivo del *enforcement* comunitario en materia *antitrust*, se deduce de las Orientaciones que la Comisión Europea ha adoptado en materia de aplicación del artículo 102 del TFUE. En este documento, en efecto, se ha destacado que las conductas anticompetitivas de naturaleza excluyente provocan tres tipos de daños para los consumidores: *i*) un incremento de precios; *ii*) una disminución de calidad; *iii*) una restricción de las posibilidades de elección<sup>133</sup>.

La postura que pone al centro de las finalidades del Derecho *antitrust* la salvaguardia de la *consumer choice* se basa también sobre la constatación que tanto las prácticas anticompetitivas, como las concentraciones económicas que determinan el surgimiento o fortalecimiento de una posición de dominio en el mercado, conducen a una reducción del número efectivo de *players*, lo que de por sí afecta negativamente al nivel de competencia existente en el mercado<sup>134</sup>. La reducción, real o artificial, del número de las empresas que compiten entre sí conlleva, en efecto, una reducción de las posibilidades de elección para los consumidores, puesto que los mismos, en el escenario *post*-infracción, sólo podrán adquirir los bienes y servicios comercializados por la empresa dominante y las demás empresas que hayan conseguido resistir a los efectos excluyentes.

Si nos fijamos en los supuestos de abuso de posición dominante (*tie-in*, *margin squeeze*, *refusal to deal*, *predatory pricing*, *loyalty rebates*, etc.) podemos constatar que las consecuencias antes ilustradas generan, desde la perspectiva del bienestar del consumidor, una discrasia de resultados entre las situaciones a corto y a largo plazo. En efecto, si bien a corto plazo los consumidores resultan en condiciones de sacar algunos beneficios de la conducta anticompetitiva (*v.gr.* la empresa dominante para excluir a los rivales del mercado ofrece descuentos muy

---

1981, L 353/33, ap. 37; STJ de 9 de noviembre de 1983, [NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-322/81, RJ 1983/3461, ap. 73.

<sup>132</sup> NIHOUL (2012, pág. 63).

<sup>133</sup> Cfr. Orientaciones sobre el art. 82, *cit.*, ap. 19.

<sup>134</sup> El mismo TJUE, por ejemplo, ha puesto de relieve que el carácter anticompetitivo de una práctica empresarial puede desumirse de la reducción de la posibilidad de *switching* para los consumidores y de la subsiguiente disminución de presión competitiva que esto genera en el mercado de referencia. Cfr., *ex multis*, STJ de 2 de abril de 2009, [France Télécom SA contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-202/07, RJ 2009/I/2369, ap. 112, que concierne a un caso de precios predatorios.

favorables o vende a un precio muy bajo), sin embargo a largo plazo –asumiendo que existan barreras de entrada– la falta de presión competitiva determinada por la ausencia de empresas rivales terminaría perjudicando a los consumidores, porque la empresa dominante tendrá incentivos para actuar de forma monopolística y, por ello, practicará precios muy elevados, disminuirá la cantidad de *output*, empeorará la calidad de sus productos con el fin de maximizar sus ganancias.

Además, aún si no se dieran en el mercado las condiciones para lograr la antecitada situación de largo plazo, el exclusivo mantenimiento de un bajo nivel de precio no podría compensar el *vulnus* a la competencia provocado por la exclusión de los demás competidores, en cuanto igualmente permanecería una significativa reducción de las posibilidades de elección para los consumidores. Es esta la razón que ha llevado el TJUE a rechazar la *efficiency defence*<sup>135</sup> en los supuestos en que las empresas en posición de dominio han tratado de justificar sus conductas afirmando que el mantenimiento de un bajo nivel de precio a largo plazo compensaría el *deficit* de *consumer choice* provocado por la salida de los competidores.

Desde el punto de vista práctico la aplicación concreta de este enfoque suscita múltiples dudas, en cuanto establecer cual es el nivel óptimo de *consumer choice* que ha de lograrse en el mercado o bien, desde la óptica remedial, cuales son las herramientas jurídicas que permiten lograr dicho resultado, no constituye una tarea fácilmente realizable. Al respecto puede ponerse de relieve que si se considera la *consumer choice* como una finalidad de por sí del Derecho de la competencia, eso podría incidir negativamente sobre la actividad de *public antitrust enforcement*. En efecto, si la Comisión Europea aplicara esta metodología terminaría por interesarse en vía directa de la tutela de las posiciones individuales de las empresas que actúan en el mercado de referencia, con la consecuencia de que la protección de los consumidores resultaría supeditada a la salvaguardia de intereses individuales (si esto fuera así, por ejemplo, la permanencia de los demás competidores en el mercado dependería en todo caso del mantenimiento de un cierto nivel de elección para los consumidores y no, en cambio, de la eficiencia de los competidores afectados por la práctica empresarial de que se trata<sup>136</sup>), más bien que a la tutela del interés público al correcto funcionamiento del mercado.

---

<sup>135</sup> Se trata del asunto *France Télécom* en el que el operador dominante había contestado el carácter predatorio de su conducta empresarial, pese a la imposibilidad de recuperar las pérdidas incurridas para realizarla (*recoupment test*).

<sup>136</sup> NAZZINI (2011, pág. 31) ha puesto de relieve que la permanencia de una empresa en el mercado podría quedar tutelada, por ejemplo, por el mero hecho de que la misma ofrezca un producto diferenciado y no en virtud de un análisis *antitrust* que haya también tenido en cuenta la relación entre la incidencia de la práctica empresarial enjuiciada y la eficiencia de las demás empresas afectadas.

Por último cabe subrayar que ELZINGA (1977, págs. 1194-1195) y BRODLEY (1987, págs. 1037-1039) mantienen una postura minoritaria según la cual el interés a largo plazo de los consumidores está supeditado a la satisfacción a corto plazo de los intereses económicos de la sociedad en su conjunto. Esta postura requiere que la conducta empresarial satisfaga las siguientes tres condiciones: *i)* la conducta tiene que conducir a un incremento del bienestar general, mediante la realización de eficiencias en la producción y en la innovación; *ii)* la realización de la conducta ha de ser proporcionada y necesaria y perjudicar los consumidores sólo a corto plazo y en la menor medida posible; *iii)* la conducta no ha de eliminar completamente la competencia en el mercado y el *deficit* provocado ha de ser efectivamente recuperado a largo plazo.

### c) La integración del mercado común

El objetivo de la integración del mercado común ha significativamente marcado la historia del Derecho comunitario de la competencia. Por esto las restricciones del comercio paralelo se han siempre considerado prácticas anticompetitivas por contrariedad al artículo 101, apartado 1, del TFUE (ilícito concurrenciales por objeto), aún si en concreto no fuesen susceptibles de afectar negativamente a los intereses de los consumidores finales<sup>137</sup>. Las restricciones al comercio paralelo, además, ni siquiera gozan del beneficio de la aplicación de la regla *de minimis*<sup>138</sup>, ni del beneficio de las exenciones por categoría con arreglo al Reglamento núm. 330/2010<sup>139</sup>, porque se consideran restricciones *hardcore* de la competencia.

Las restricciones del comercio paralelo se han considerado también contrarias al artículo 102 del TFUE<sup>140</sup>. Al respecto cabe añadir que el Tribunal de Justicia no ha considerado que este tipo de restricciones integrasen un supuesto de práctica anticompetitiva *per se*. En efecto, la empresa en posición de dominio puede superar la presunción de anticompetitividad si es capaz de demostrar la proporcionalidad de la práctica realizada y el hecho de que la misma constituya la única forma de proteger sus intereses comerciales.

### d) La libertad de competir

---

<sup>137</sup> STJ de 6 de octubre de 2009, *GlaxoSmithKline contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-501/06 P, RJ 2009/I/9291, aps. 59, 62-64.

<sup>138</sup> STJ de 13 de diciembre de 2012, *Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros*, C-226/11, publicada en la Recopilación electrónica (Recopilación general), ap. 37.

<sup>139</sup> Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

<sup>140</sup> STJ de 16 de septiembre de 2008, *Sot. Léloukas kai Sia EE et al. contra GlaxoSmithKline AEEVE Farmakeftikon Proïonton*, C-468/06 y C-478/06, RJ 2008/I/7139, ap. 54.

LOVDAHL GORMSEN (2010a, pág. 22) y AKMAN (2014a, págs. 183 y sigs.) han afirmado que la finalidad del Derecho de la competencia reside exclusivamente en la protección de la libertad de competir. Este enfoque surge como forma de reacción a la reciente implementación de una metodología de análisis *antitrust* basada sobre la evaluación de los efectos económicos de las conductas empresariales (*effects-based approach*) y trae su justificación de una cierta interpretación del pensamiento ordoliberal<sup>141</sup> y del *case law* comunitario menos reciente<sup>142</sup>, caracterizado por un método de análisis más bien formalista (*form-based approach*), prácticamente ajeno a consideraciones concernientes a los beneficios de eficiencia derivados de las prácticas y conductas enjuiciadas<sup>143</sup>.

La idea principal de este enfoque es que el proceso competitivo y la libertad económica de las empresas han de ser salvaguardados en todo caso, con independencia de los efectos que eso conlleva sobre el bienestar general. Los autores que consideran la libertad de competir como el objetivo principal del Derecho *antitrust*, en efecto, supeditan el logro de esta finalidad con la consecución de un objetivo más general, consistente en un orden económico caracterizado por la ausencia de injerencia de los poderes públicos en la determinación de las decisiones industriales y, al mismo tiempo, por el impedimento a la creación de situaciones de concentración de poder económico en las manos de una única empresa<sup>144</sup> (*complete competition*).

Este enfoque sin embargo no ha tenido mucho éxito, en cuanto arranca del equivocado presupuesto que la postura ordoliberal sea ideológica y no consecuencialista y dá por sentado que un tipo de análisis que toma en consideración las consecuencias económicas de las conductas empresariales resulta incompatible con la realización de una situación de *complete competition*. En el pensamiento ordoliberal, en cambio, nunca se ha considerado que el proceso competitivo constituya de por sí un valor jurídico digno de protección absoluta<sup>145</sup>, atribuyéndosele la función de herramienta necesaria para impedir la creación o consolidación en el mercado de peligrosas concentraciones de poder económico en las manos de pocas empresas.

---

<sup>141</sup> GERBER (2001, pág. 52); ANDRIYCHUK (2010, pág. 583). En el pensamiento ordoliberal el objetivo del Derecho de la competencia consiste en la protección del proceso competitivo (*Institutionsschutztheorie*) y no en la mera salvaguardia de específicos grupos económicos (*Individualschutztheorie*), como los consumidores o los competidores de la empresa dominante.

<sup>142</sup> LOVDAHL GORMSEN (2007, pág. 335).

<sup>143</sup> LOVDAHL GORMSEN (2010b, pág. 47).

<sup>144</sup> AKMAN (2012, pág. 58).

<sup>145</sup> MAIER-RIGAUD (2012, pág. 137).

En el pensamiento ordoliberal, por lo tanto, el objetivo de la *complete competition*, que subyace a la aplicación del Derecho de la competencia con el fin de salvaguardar la libertad de competir en el mercado, más bien que constituir un *benchmark* de naturaleza empírica, es un principio general que debería guiar al legislador durante el proceso de creación de las reglas jurídicas para gobernar el juego de la competencia<sup>146</sup>. Por eso, a efectos de nuestro análisis, no abogaremos por esta postura, aunque se irá considerando a lo largo del presente trabajo que la salvaguardia de un cierto nivel de competencia en el mercado constituye uno de los objetivos del *antitrust enforcement*.

#### **4.4. Toma de posición en orden al concepto de competencia y a las finalidades del Derecho de la competencia con respecto al análisis de los remedios *antitrust* de naturaleza pública**

No obstante las experiencias jurídicas estadounidense y europea en materia *antitrust* sean diferentes, tanto en los puntos de partida<sup>147</sup> como en la evolución subsiguiente, ambas se caracterizan por la existencia de una íntima vinculación entre la tutela de la competencia y la maximización del bienestar del consumidor. Esto nos lleva a concluir que la tutela de la competencia, en una óptica normativa, ha de entenderse como exigencia de salvaguardia del correcto funcionamiento del mercado y no como protección de situaciones jurídicas individuales, así que sólo en presencia de una práctica empresarial que afecta negativamente al regular desarrollo del proceso competitivo se podrá legítimamente acudir a los instrumentos de *enforcement* proporcionados por el Derecho de la competencia.

En efecto, si es cierto que la normativa *antitrust* cumple al mismo tiempo la doble función de preservar el sistema de economía de mercado y salvaguardar las libertades individuales de las empresas<sup>148</sup> —poniéndolas en condiciones de enfrentarse en el mercado con otros agentes económicos que realizan la misma actividad<sup>149</sup>— esto no se resuelve en una protección absoluta e incondicionada de

---

<sup>146</sup> MESTERMÄCKER (2011, pág. 41).

<sup>147</sup> Como ya se ha tenido forma de señalar, mientras en EE.UU. la normativa *antitrust* fue introducida para luchar contra las enormes agregaciones empresariales de poder económico y por lo tanto, con una patente función anti-monopolio; en Europa la normativa de defensa de la competencia se introdujo con la finalidad de soporte para la consecución del mercado común.

<sup>148</sup> El Derecho de la competencia, con sus reglas, tiende a limitar la libertad de comportamiento de las empresas para garantizar a las mismas la libertad de competir en el mercado. Al respecto DIRLAM y KAHN (1954, pág. 17) han afirmado que la preservación de la competencia representa, paradójicamente, una negación del *laissez-faire* en el interés último del *laissez-faire*.

<sup>149</sup> MASSAGUER (1990, págs. 245 y sigs.).

todo tipo de empresa. La garantía que el Derecho de la competencia proporciona a la libertad de empresa se limita a salvaguardar el correcto funcionamiento del enfrentamiento competitivo, sin intrometerse en sus resultados, por un lado promoviendo el valor de la competencia fundada sobre el mérito empresarial (*competition on the merits*) y, por el otro, fomentando la supervivencia en el mercado de los mejores operadores económicos<sup>150</sup>.

La necesidad de garantizar en estos términos el mantenimiento de un régimen competitivo en el mercado, significa asegurar que los consumidores puedan, por un lado, satisfacer exhaustivamente sus necesidades y, por el otro, ejercer libremente el papel de jueces de los resultados económicos de las empresas<sup>151</sup>. La preservación de un régimen competitivo en el mercado, por lo tanto, tiene el efecto de asegurar que todas las empresas se enfrenten bajo las mismas condiciones y puedan prevalecer sobre los competidores única y exclusivamente en razón de sus propios méritos empresariales. La existencia de una competencia virtuosa constituye, por lo tanto, la precondition fundamental para que los consumidores puedan gozar de productos de mejor calidad, diferentes variedades y en mayor cantidad, en cuanto bajo un régimen competitivo resultan destinadas a permanecer en el mercado exclusivamente las empresas eficientes, aquellas más eficientes estarán en condiciones de incrementar legítimamente su tamaño (y sus ganancias) y los competidores ineficientes estarán destinados a salir del mercado o a quedar marginalizados<sup>152</sup>. Por esto, la finalidad de alcanzar una situación en que la competencia existente no resulte falseada por la realización de conductas y prácticas empresariales anticompetitivas, es el objetivo que subyace a las herramientas de *antitrust enforcement*, incluidos los remedios.

En particular, la tensión hacia el perseguimiento del objetivo de la salvaguardia del correcto funcionamiento del mercado en la óptica del análisis de los remedios *antitrust*, incide sobre la conformación del *antitrust enforcement* no sólo desde la perspectiva empresarial, sino también desde la perspectiva de la protección de los intereses económicos de los consumidores. En sede de aplicación del Derecho de la competencia, en efecto, el recurso a la imposición de remedios públicos, y la determinación en concreto de su tipología, no mira a la restauración de genéricas modalidades de desarrollo regular del proceso competitivo, tendiendo

---

<sup>150</sup> Si nos fijamos a las reglas sobre el abuso de posición de dominio, nos damos cuenta que las mismas no prohíben, en términos absolutos, la adquisición de una posición de monopolio o de poder muy elevada, si este resultado refleja el esfuerzo empresarial realizado para lograrla y una estructura productiva más eficiente de aquella de los competidores.

<sup>151</sup> GHIDINI (1978, págs. 33 y sigs.) ha destacado que los consumidores desarrollan un papel de fundamental importancia en el mercado, en cuanto con sus decisiones económicas contribuyen a la tutela del interés público al correcto desarrollo del juego competitivo.

<sup>152</sup> ALCHIAN (1950, pág. 211); NELSON y WINTER (1982, pág. 23).

más bien a restablecer un escenario competitivo en el que los consumidores posean la más amplia libertad de elección posible (*consumer choice*) y se les permita ejercer una efectiva presión competitiva sobre las diferentes empresas de la industria.

Es ésta, en última instancia, la solución que permite conjugar la finalidad principal del Derecho *antitrust* –consistente en la salvaguardia y el mantenimiento del correcto funcionamiento del mercado y de los procesos competitivos que en el mismo se desarrollan– por un lado con la tutela de los intereses empresariales a la primacía en el mercado exclusivamente sobre la base del mérito, del nivel de eficiencia productiva y del grado de innovación y, por el otro, con la exigencia de proteger los intereses económicos de los consumidores –con particular referencia a la maximización de su bienestar económico en términos de *consumer surplus*–.

Por último cabe añadir que el estudio de los remedios *antitrust* en el contexto europeo no puede no tomar en consideración que a partir de la mitad del siglo XX, el Derecho de la competencia ha constituido una poderosa herramienta normativa que la Comisión Europea y los jueces comunitarios han empleado para conseguir el objetivo de la integración del mercado común. En particular, esta consideración ha de tenerse en cuenta a la hora de analizar las decisiones comunitarias, en cuanto muchas de ellas se hallan estrechamente conectadas con la lógica de la integración económica del mercado comunitario, y esto ha tenido sus recaídas sobre el proceso de elección de los remedios públicos impuestos a las empresas involucradas en expedientes administrativo-sancionadores<sup>153</sup>.

De las anteriores consideraciones descende que mediante la aplicación pública de la normativa *antitrust*, y por lo tanto también a través de la imposición de medidas remediales en el marco de los procedimientos administrativos por infracción de los artículos 101 u 102 del TFUE, la Comisión Europea desempeña una tarea institucional consistente en la protección de un interés jurídico de naturaleza supraindividual. Se trata de una conclusión que posee relevancia también por lo que respecta a los remedios *antitrust* de naturaleza privada, cuales por ejemplo el remedio indemnizatorio, en cuanto el hecho de que el interés protegido por la normativa de defensa de la competencia consista en el mantenimiento de un régimen competitivo en el mercado, constituye el *benchmark* de referencia para establecer en qué supuestos se produce también una vulneración relevante, bajo la óptica de la aplicación del Derecho de la competencia, de los intereses económicos particulares de las víctimas de ilícitos concurrenciales.

Esto quiere decir que si una práctica empresarial no lesiona el interés supraindividual protegido por la normativa de defensa de la competencia, su

---

<sup>153</sup> *Vid. infra sub .III.2.*

realización no resulta susceptible de provocar algún perjuicio jurídicamente relevante, a efectos de la aplicación privada de la normativa *antitrust*, para los sujetos afectados por el proceso competitivo. En definitiva, también en el plano privado el alcance de los remedios *antitrust* ha de determinarse con respecto a la realización de ilícitos concurrenciales, en cuanto la relevancia de la vulneración de los intereses económicos particulares resulta supeditada a la lesión del interés supraindividual al mantenimiento de un régimen competitivo en el mercado. Sólo ante la realización de prácticas empresariales que, por objeto o por efecto, restrinjan la competencia, las víctimas de tales ilícitos (competidores, clientes o consumidores) sufrirán una lesión de sus intereses económicos relevante desde la óptica del Derecho de la competencia y, por consiguiente, podrán acudir a los remedios *antitrust* de naturaleza privada, por ejemplo ejerciendo una acción de indemnización por daños y perjuicios por infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE.

Siempre por lo que se refiere a la aplicación privada de la normativa *antitrust*, la conclusión propuesta respecto de la determinación del interés jurídico protegido nos lleva a concluir que ante la realización de prácticas empresariales que no lesionan el interés supraindividual de la competencia en el sentido anteriormente aclarado, el hecho de que de las mismas descienda la lesión de intereses económicos particulares podrá adquirir relevancia jurídica sólo en la medida en que el perjuicio causado sea de por sí injusto por representar la vulneración de un interés jurídicamente protegido por otro tipo de normativa o, en cambio, por ser la consecuencia de la lesión de un diferente tipo de interés supraindividual protegido por el ordenamiento jurídico. Como ejemplo del primer supuesto puede tomarse en cuenta el caso de que se haya estipulado un acuerdo vertical que, si bien no recaiga en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 330/2010<sup>154</sup>, alcance lograr una exención específica por resultar procompetitivo a efectos del artículo 101, apartado 3, del TFUE. Algunas cláusulas de dicho acuerdo (por ejemplo aquellas relativas a los derechos de propiedad intelectual e industrial), sin embargo, pueden integrar los extremos de un acto de competencia desleal contra específicos competidores y generar, limitadamente a este aspecto, un perjuicio jurídicamente relevante e indemnizable bajo el régimen normativo que se aplica en los supuestos de competencia desleal (en este caso el conflicto de intereses adquiere una dimensión meramente *business to business*).

## 5. Las funciones de los remedios *antitrust*

---

<sup>154</sup> Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en adelante “Reglamento de exención por categorías”).



Por lo que concierne a la cuestión de las funciones de los remedios de naturaleza *antitrust* cabe antes de todo observar que MELAMED (2010, págs. 359 y sigs.), HJELMENG (2013, págs. 1007 y sigs.) y KOMNINOS (2014, págs. 141 y sigs.), considerando de forma conjunta los remedios que pertenecen al área del *public antitrust enforcement* y aquéllos que recaen en el ámbito del *private antitrust enforcement*, han evidenciado que los remedios que se aplican en los supuestos de infracción de la normativa de defensa de la competencia desarrollan cuatro diferentes funciones<sup>155</sup>: *i*) determinar la cesación del ilícito concurrencial; *ii*) restaurar la situación existente antes de la realización de una práctica restrictiva de la competencia; *iii*) disuadir la realización de futuras infracciones y prevenir la reincidencia de las empresas infractoras; *iv*) otorgar una forma de compensación económica en favor de los sujetos perjudicados.

Al respecto podemos observar que los objetivos subyacentes a las primeras tres funciones se consiguen a través de la aplicación de los remedios *antitrust* de naturaleza pública<sup>156</sup> –si bien cabe destacar que las Autoridades de la competencia, en su actividad de aplicación pública del Derecho *antitrust*, tienen el poder de alcanzar los objetivos de la disuasión de la realización de futuras infracciones y prevención de la reincidencia, a través de la imposición de multas sancionadoras– mientras que el objetivo subyacente a la función compensatoria se realiza a través de la imposición del remedio indemnizatorio –perteneciente al área de la aplicación privada del Derecho *antitrust*– de competencia de los jueces nacionales de los Estados miembros de la UE y que se reconoce en favor de los

---

<sup>155</sup> Cabe además añadir que WILS (2009, pág. 5) consideró que la aplicación pública del Derecho *antitrust* persigue también otro tipo de objetivo, consistente en la clarificación de las prohibiciones normativas contenidas en los artículos 101 y 102 del TFUE.

<sup>156</sup> Cabe considerar, sin embargo, que la cesación de un ilícito concurrencial puede alcanzarse también a través del remedio de la nulidad de pleno derecho establecido por el artículo 101, apartado 2, del TFUE. Al respecto HJELMENG (2013, pág. 1014) ha destacado que dicha previsión normativa complementa el poder de la Comisión Europea de ordenar la cesación de una práctica anticompetitiva (cfr. STJ de 1 de junio de 1999, [Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV](#), C-126/97, RJ 1999/I/3055), pero su operatividad, quedando supeditada a la iniciativa de una de las partes del contrato contrario a la normativa de defensa de la competencia, resulta de hecho limitada y este remedio sólo resulta eficaz por lo que se refiere a los contratos estipulados en el marco de relaciones de tipo vertical. Por lo que se refiere a este último dato, podemos considerar que la mayoría de las decisiones prejudiciales del TJUE concernientes al remedio de la nulidad *ex* artículo 101, apartado 2, del TFUE, se refieren a contratos estipulados en el ámbito de relaciones verticales. Véase, *ex multis*, STJ de 30 de junio de 1966, [Société Technique Minière \(L.T.M.\) contra Maschinenbau Ulm GmbH \(M.B.U.\)](#), C-56/65, RJ 1966/337, ap. 76; STJ de 18 de diciembre de 1986, [VAG France SA contra Établissements Magne SA](#), C-10/86, RJ 1986/I/4071.

sujetos perjudicados que hayan interpuesto con éxito favorable una demanda judicial de indemnización de daños y perjuicios<sup>157</sup>.

## 5.1. La cesación del ilícito concurrencial

En primer lugar analizaremos la función consistente en la cesación del ilícito concurrencial. Al respecto resulta antes de todo oportuno poner de relieve que se trata del una función asignada directamente por parte del legislador comunitario, en cuanto la misma resulta expresamente contemplada en el artículo 7 del Reglamento CE 1/2003<sup>158</sup>. La necesidad de que los remedios *antitrust* de carácter público alcancen la cesación de la conducta o práctica empresarial contraria a la normativa de defensa de la competencia produce una primera importante consecuencia aplicativa, en el sentido de que el objetivo que se persigue a través de esta función se refleja de forma directa sobre el contenido de los remedios concretamente escogidos por la Comisión Europea.

En particular, HELLSTRÖM *et al.* (2009, pág. 58) han observado que es muy frecuente que las obligaciones impuestas a las empresas infractoras a través de la vía remedial medien una estricta relación con el tipo de práctica restrictiva de la competencia concretamente llevada a cabo<sup>159</sup>. La Comisión Europea, sin embargo, a la hora de escoger los remedios necesarios para conseguir el objetivo de la cesación de un ilícito concurrencial, goza de una discrecionalidad administrativa que varía en función del tipo de infracción llevada a cabo. Eso descende de las diferentes naturaleza y lógica que informan los artículos 101 y 102 del TFUE<sup>160</sup> y cuya origen se halla en el contenido de la correspondiente prohibición. En efecto, por un lado, lo que básicamente se prohíbe en los supuestos de infracción del artículo 101 del TFUE es la prosecución de la cooperación ilícita o de la colusión entre empresas que tendrían que operar de forma independiente en el mercado, mientras que, por el otro, en los supuestos de infracción del artículo 102 del TFUE, lo que se prohíbe es el abuso de una posición de dominio; en este último caso el ilícito concurrencial puede asumir en

---

<sup>157</sup> Nuestro análisis, se ceñirá ahora sólo a las funciones desarrolladas por los remedios *antitrust* de naturaleza pública, mientras que el análisis del remedio indemnizatorio se afrontará en los capítulos **IV** y **V** del presente trabajo.

<sup>158</sup> La jurisprudencia comunitaria, ya bajo la vigencia del Reglamento CEE 17/1962, había admitido esta función remedial sin reserva alguna. Véase, por ejemplo, STJ de 6 de marzo de 1974, [Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), asuntos acumulados C-6/73 y C-7/73, RJ 1974/223, ap. 45; STJ de 6 de abril de 1995, [Radio Telefis Eireann \(RTE\) e Independent Television Publications Ltd \(ITP\) contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-241/91 P, RJ 1995/I/743, ap. 90.

<sup>159</sup> Estos autores han afirmado que el remedio refleja la infracción (*mirror the infringement*).

<sup>160</sup> WHISH y BAILEY (2012, pág. 253).

la práctica formas muy distintas, como se desprende también de la naturaleza meramente ejemplificativa del catálogo contenido en el artículo 102, apartado 2, del TFUE<sup>161</sup>, en el que se contemplan sólo algunas de las prácticas con las que puede realizarse este tipo de infracción de la normativa *antitrust*. Estas diferencias, en particular, inciden sobre el contenido de los remedios *antitrust* de naturaleza pública, en el sentido de que cuando los mismos se imponen con respecto a una infracción del artículo 101 del TFUE, por lo general, la Comisión Europea debería limitarse a ordenar la cesación de la cooperación ilícita o de la colusión, mientras que cuando su imposición afecta a una infracción del artículo 102 del TFUE, la Comisión Europea puede lícitamente acudir a una gama mucho más amplia de opciones.

Por lo que se refiere a este aspecto, cabe señalar que la jurisprudencia comunitaria<sup>162</sup> ha puesto de relieve que en los supuestos de infracción del artículo 101 del TFUE, la libertad contractual debe seguir siendo la norma y, por lo tanto, la posibilidad de imponer a las empresas infractoras obligaciones de carácter positivo queda muy circunscrita y limitada. Por eso, en principio no puede reconocerse a la Comisión Europea la facultad de imponer remedios que se resuelvan en la imposición a cargo de una de las partes del acuerdo estipulado en violación del artículo 101 del TFUE, de la obligación de establecer relaciones contractuales, porque eso se pondría en contraste con el prevalente principio de la libertad contractual. En estos supuestos, en efecto, es muy común que se den varias formas de solucionar los problemas de naturaleza *antitrust*—por ejemplo, si la infracción de que se trata afectara al sistema de distribución, las partes podrían alcanzar la cesación de la conducta anticompetitiva escogiendo en principio tanto la supresión como la modificación del sistema distributivo— de tal forma que la Comisión Europea sólo tiene la facultad de declarar que existe una infracción y por el efecto ordenar a las partes afectadas que pongan fin a la misma, sin que por eso pueda prever e imponerles una específica forma de *compliance* entre las distintas, alternativas, conductas posibles para conformar la conducta a las previsiones normativas del Tratado.

HJELMENG (2013, págs. 1011-1012), sin embargo, ha puesto de relieve que la Comisión Europea tiene el poder de individuar específicas obligaciones positivas con respecto a las infracciones del artículo 101 del TFUE, sólo para asegurarse que la orden de cesación del ilícito concurrencial se haga efectiva: por ejemplo, la Comisión Europea tiene el poder de imponer remedios que obliguen las

---

<sup>161</sup> STJ de 21 de febrero de 1973, [Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-6/72, RJ 1973/215, ap. 26.

<sup>162</sup> STG de 18 de septiembre de 1992, [Automec S.r.l. contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-24/90, RJ 1992/II/61, aps. 51-52.

empresas infractoras a informar sus contrapartes contractuales acerca del carácter no vinculante del acuerdo anticompetitivo<sup>163</sup>.

Además, si bien la doctrina jurisprudencial sentada por el TJUE en ocasión de la decisión sobre el asunto *Automec* resulta también aplicable en los supuestos de infracción del artículo 102 del TFUE cuando el abuso de posición de dominio se articula alrededor de una práctica empresarial de tipo contractual, eso no excluye que la Comisión Europea pueda escoger remedios que impongan a cargo de las empresas infractoras específicas obligaciones. En la praxis aplicativa la Comisión Europea ha recurrido a este tipo de remedios, por ejemplo, en los supuestos de denegación de suministro<sup>164</sup> y en aquéllos en que el abuso de posición de dominio se ha llevado a cabo a través de una práctica vinculada<sup>165</sup>. Cabe destacar,

---

<sup>163</sup> STG de 8 de junio de 1995, [Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-9/95, RJ 1995/II/1611, ap. 158. DCE de 25 de noviembre de 1981, [IV/428 – VBBB/VBVB](#) (82/123/CEE), *DOCE* L 54/36 de 25 de febrero de 1982; DCE de 12 de diciembre de 1988, [IV/27.393 y IV/27.394 – Publishers Association – Net Book Agreements](#) (89/44/CEE), *DOCE* L 22/12 de 26 de enero de 1989; DCE de 28 de enero de 1998, [IV/35.733 – VW/Audi](#) (98/273/CE), *DOCE* L 124/60 de 25 de abril de 1998. En algunos supuestos de infracción del artículo 101 del TFUE, además, la Comisión Europea no sólo ha impuesto sobre las empresas infractoras un remedio de carácter informativo, sino que ha también establecido de forma detallada que tipo de información debería ser vehiculada a la contraparte contractual: en particular, se ordenaba de conceder a las mismas un determinado plazo, dentro del cual habrían tenido que optar por la renegociación de las condiciones de sus contratos o por la rescisión mediante un preaviso razonable. DCE de 23 de diciembre de 1992, [IV/32.745 – Astra](#) (93/50/CEE), *DOCE* L 20/23 de 28 de enero de 1993; DCE de 17 de octubre de 2007, [COMP/38.606 – Groupement des Cartes Bancaires](#) (2009/C 183/07), publicado en la página *web* de la DG Comp (un resumen de la Decisión ha sido posteriormente publicado en el *DOUE* C 183/12 de 5 de agosto de 2009); DCE de 19 de diciembre de 2007, [COMP/34.579 – MasterCard](#), [COMP/36.518 – EuroCommerce y COMP/38.580 – Commercial Cards](#) (2009/C 264/04), publicada en la página *web* de la DG Comp (un resumen de la Decisión ha sido posteriormente publicado en el *DOUE* C 264/8 de 6 de noviembre de 2009).

<sup>164</sup> DCE de 21 de diciembre de 1988, [IV/31.851 – Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE](#) (89/205/CEE), *DOCE* L 78-743 de 21 de marzo de 1989; DCE de 13 de agosto de 2003, [D3/38.044 – NDC Health/IMS Health](#) (2003/741/CE), *DOUE* L 268/69 de 18 de octubre de 2003; DCE de 24 de marzo de 2004, [COMP/C-3/37.792 – Microsoft](#) (2007/53/CE), *DOUE* L 32/23 de 6 de febrero de 2007. Sin embargo, cabe poner de relieve que en los supuestos de *refusal to deal* la Comisión Europea no recurre siempre a la imposición de una obligación de suministro. Por lo que concierne a este perfil, véase la DCE de 22 de junio de 2011, [COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska](#) (2011/C 324/07), publicada en la página *web* de la DG Comp (un resumen de esta Decisión ha sido posteriormente publicado en el *DOUE* C 324/7 de 9 de noviembre de 2011).

<sup>165</sup> DCE de 24 de marzo de 2004, [COMP/C-3/37.792 – Microsoft](#), *cit.*, con referencia a la parte de la decisión en que la Comisión Europea ordenó a Microsoft que ofreciera a los usuarios finales y a los fabricantes de equipos originales, una versión de Windows en

además, que siempre con respecto a las infracciones del artículo 102 del TFUE, en algunas ocasiones la Comisión Europea ha impuesto a cargo de las empresas infractoras un específico remedio informativo, consistente en la obligación de presentar periódicamente ante la misma Comisión Europea, una relación detallada respecto del actual desarrollo de la actividad empresarial objeto de la conducta que ha sido considerada anticompetitiva<sup>166</sup>.

Cabe además añadir que los jueces comunitarios han afirmado que resulta legítimo que la Comisión Europea declare la anticompetitividad de una práctica empresarial también en el caso de que la misma haya cesado de ser realizada<sup>167</sup>. Al respecto podemos observar que esta exigencia surge, por un lado, de la necesidad de evitar que las mismas empresas vuelvan a realizar la misma práctica en el futuro y, por el otro, de la necesidad de aclarar la posición de la Comisión Europea con respecto a determinados tipos de asuntos, de manera que los terceros sepan que una determinada práctica empresarial resulta contraria a la normativa de defensa de la competencia<sup>168</sup>. Por ejemplo, la Comisión Europea ha decidido pronunciarse sobre el carácter anticompetitivo de la práctica empresarial llevada a cabo por Deutsche Poste AG<sup>169</sup>, si bien dicha empresa ya hubiese cesado la realización de la práctica enjuiciada, en consideración de las siguientes motivaciones: “La Comisión considera que una decisión formal sobre este punto puede aclarar su posición. De este modo, no sólo se puede hacer desistir de este comportamiento a DPAG, sino también a otras empresas que puedan ejercer o intentar ejercer prácticas similares. Además, la seguridad jurídica que se desprende de tal Decisión de la Comisión también está en el interés de otros posibles competidores”<sup>170</sup>. Por último observamos que la misma postura jurisprudencial ha sido mantenido con respecto a resoluciones con que la Comisión Europea decida archivar las denuncias concernientes a la supuesta realización de prácticas anticompetitivas<sup>171</sup>.

---

perfecto estado de funcionamiento y que no incluyera el Reproductor de Windows Media (“WMP”).

<sup>166</sup> DCE de 14 de enero de 1998, [IV/34.801 FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG](#) (98/190/CE), *DOCE* L 72/30 de 11 de marzo de 1998; DCE de 17 de junio de 1998, [IV/36.010-F3 – Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato](#) (98/538/CE), *DOCE* L 252/47 de 12 de septiembre de 1998.

<sup>167</sup> STJ de 2 de marzo de 1983, [Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH \(GVL\) contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-7/82, RJ 1983/I/91, aps. 16-28.

<sup>168</sup> O'DONOGHUE y PADILLA (2013, pág. 883).

<sup>169</sup> DCE de 20 de marzo de 2001, [COMP/35.141 – Deutsche Post AG](#) (2001/354/CE), *DOCE* L 125/27 de 5 de mayo de 2001.

<sup>170</sup> DCE de 20 de marzo de 2001, [COMP/35.141 – Deutsche Post AG](#) (2001/354/CE), *cit.*, ap. 48 *in fine*.

<sup>171</sup> En particular el TJUE ha establecido que: “[...] la Comisión no puede basarse en el mero hecho de que hayan cesado las prácticas supuestamente contrarias al Tratado para

## 5.2. La restauración de las condiciones de competencia en el mercado

La segunda función desarrollada por los remedios *antitrust* de naturaleza pública resulta estrictamente conectada con la finalidad principal de la normativa de defensa de la competencia, es decir la salvaguardia del correcto funcionamiento del mercado a través del mantenimiento de un régimen competitivo<sup>172</sup>. En efecto, no siempre la imposición de un remedio que imponga a las empresas infractoras la cesación de la práctica anticompetitiva resulta *ex se* suficiente para restaurar las condiciones de competencia en el mercado, en cuanto puede ocurrir que el ilícito concurrencial concretamente llevado a cabo haya producido una serie de alteraciones que hace falta solucionar de forma específica para evitar el riesgo que, por un lado, las empresas infractoras continúen sacando ilícitas ganancias de los efectos producidos por sus anteriores conductas ilícitas y, por el otro, los competidores horizontales sigan sufriendo un perjuicio económico de la persistente alteración de las condiciones de competencia existentes en el mercado afectado<sup>173</sup>.

Esta función de los remedios *antitrust* de naturaleza pública ha sido expresamente reconocida no sólo por parte de autores cuales HELLSTRÖM *et al.* (2009, pág. 47); HJELMENG (2013, pág. 1021), sino también por la jurisprudencia comunitaria. Al respecto cabe antes de todo mencionar la decisión que el TJUE ha asumido en orden al asunto *AKZO*<sup>174</sup> estableciendo que “Procede señalar a este respecto que la disposición impugnada tiene por objeto impedir la repetición de la infracción y eliminar las consecuencias de ésta. Es en esta perspectiva en la que debe situarse dicha disposición. Por una parte, prohíbe a AKZO dirigirse de nuevo a los clientes de ECS ofreciéndoles precios ventajosos, sin hacer extensivos los beneficios de los mismos a su propia clientela. Por otra parte, le prohíbe, en el caso de que ECS intentara recuperar la clientela que le había quitado ilícitamente,

---

decidir archivar sin ulterior trámite, por inexistencia de interés comunitario, una denuncia que impute tales prácticas, sin haber verificado si persistían los efectos contrarios a la competencia ni si, en su caso, la gravedad de las supuestas distorsiones de la competencia o la persistencia de sus efectos eran idóneas para conferir interés comunitario a la referida denuncia”. STJ de 4 de marzo de 1999, *Union française de l’express (Ufex), anteriormente Syndicat français de l’express international (SFEI), DHL International y Service CRIE contra Comisión de las Comunidades Europeas y May Courier*, C-119/97 P, RJ 1999/I/1341, ap. 95.

<sup>172</sup> Cfr. *infra sub* §.I.4.4.

<sup>173</sup> SALOP y ROMAINE (1999, págs. 617 y sigs.); MELAMED (2010, pág. 364); O’DONOGHUE y PADILLA (2013, pág. 882).

<sup>174</sup> STJ de 3 de julio de 1991, *AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-62/86, RJ 3359/I/1991.

alinearse a sus precios, sin poder trasladar dicha ventaja a su clientel<sup>175</sup> y por consiguiente que “La disposición impugnada no puede calificarse de contraria a la equidad, porque se limita a prohibir a AKZO proseguir su comportamiento ilícito y a permitir a ECS restablecer la situación que existía antes del conflicto [...]”<sup>176</sup> (subrayado añadido). El reconocimiento jurisprudencial de esta función fue posteriormente confirmado por el TJUE en ocasión de la decisión sobre el asunto *UFEX*<sup>177</sup>. En particular, el TJUE afirmó que: “[...] cuando los efectos contrarios a la competencia persisten después de haber cesado las prácticas que los hayan causado, la Comisión sigue siendo competente, con arreglo a los

---

<sup>175</sup> STJ de 3 de julio de 1991, *AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*, ap. 155.

<sup>176</sup> STJ de 3 de julio de 1991, *AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*, ap. 157. En particular, la Comisión Europea había sancionado AKZO por abuso de posición dominante en el mercado comunitario de peróxidos orgánicos, en cuanto dicha empresa había infringido el artículo 86 TCE al adoptar frente a una sociedad competidora, Engineering and Chemical Supplies (que en su Decisión la Comisión Europea menciona como “ECS”) un comportamiento destinado a socavarle el negocio y/o a provocar su retirada del mercado. En particular, AKZO había realizado contra ECS las siguientes prácticas: *i*) proferido amenazas durante ciertas reuniones; *ii*) ofrecido y suministrado sistemáticamente a precios anormalmente bajos aditivos de la harina a los clientes del sector de “grandes fabricantes de harina independientes”; *iii*) efectuado ofertas selectivas a los clientes de ECS por los aditivos de la harina; *iv*) ofrecido a los clientes de ECS bromato de potasio y una mezcla de vitaminas a precio de reclamo, con el fin de atraer a su clientela hacia la gama completa de aditivos de la harina, eliminando a su competidor; *v*) seguido una política comercial eliminadora respecto a ciertos proveedores, con el fin de obtener en primera instancia detalles precisos sobre las ofertas que les hacían otros proveedores de aditivos de la harina (incluida ECS) y luego realizando una oferta a un precio ligeramente inferior a la oferta más baja existente en el mercado, obteniendo por esa vía el pedido. A la luz de la práctica anticompetitiva que acabamos de ilustrar decidió imponer a AKZO (y a sus filiales) un remedio consistente en la obligación de “abstenerse de hacer ofertas o aplicar precios u otras condiciones de venta respecto a los aditivos de la harina en la Comunidad que tuvieran como consecuencia que los clientes cuyos pedidos se disputan con ECS pagasen precios diferentes de los aplicados por AKZO Chemie BV a clientes comparables”. DCE de 14 de diciembre de 1985, [IV/30.698 – ECS/AKZO Chemie](#) (85/609/CEE), *DOCE* L 374/1 de 31 de diciembre de 1985, artículo 3.

<sup>177</sup> STJ de 4 de marzo de 1999, [Union française de l'express \(Ufex\), anteriormente Syndicat français de l'express international \(SFIE\), DHL International y Service CRIE contra Comisión de las Comunidades Europeas y May Courier](#), *cit.* Véase también STJ de 2 de octubre de 2003, [International Power plc, British Coal Corporation, PowerGen \(UK\) plc y Comisión de las Comunidades Europeas contra National Association of Licensed Opencast Operators \(NALOO\)](#), asuntos acumulados C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P y C-180/01 P, *RJ* 2003/I/11421.

artículos 2, 3, letra g), y 86 del Tratado, para actuar con vistas a su supresión o neutralización [...]”<sup>178</sup>.

HJELMENG (2013, pág. 1022), en particular, ha observado que en la práctica se ha asistido a un utilizzo muy limitado de los remedios *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003 por parte de la Comisión Europea con función de restauración de las condiciones de competencia afectadas por la realización del ilícito concurrencial. Este *trend* se debe en buena medida al hecho de que resulta muy complicado asignar a los remedios *ex* artículo 7 Reglamento CE 1/2003 un contenido que sea conforme a los cánones del principio de proporcionalidad, cuando los mismos se imponen no sólo con el propósito de poner fin al ilícito concurrencial, sino también con el fin de reparar la alteración de la competencia que ha tenido lugar en el mercado. En efecto, si nos fijamos en las prácticas empresariales anticompetitivas por contrariedad al artículo 102 del TFUE, podemos por ejemplo observar que la solución remedial *prima facie* más viable para restaurar la competencia en el mercado, consistente en la reducción de la cuota de mercado de la empresa dominante (remedio de tipo estructural<sup>179</sup>), podría a su vez generar una ilegítima alteración en el funcionamiento del mercado, cada vez que la empresa que ha abusado de su posición dominante había logrado la misma de forma virtuosa<sup>180</sup>. Ante este escenario, en la opinión de HJELMENG (2013, pág. 1022), la solución más viable estribaría en la imposición de remedios que incrementan la exposición de las empresas infractoras a la competencia, solución esa que podría lograrse a través de la predisposición de medidas que faciliten la entrada de los *newcomers* en el mercado

---

<sup>178</sup> STJ de 4 de marzo de 1999, *Union française de l'express (Ufex), anteriormente Syndicat français de l'express international (SFED), DHL International y Service CRIE contra Comisión de las Comunidades Europeas y May Courier*, *cit.*, aps. 94-95. Además, el TJUE estableció que: “[...] la Comisión no puede basarse en el mero hecho de que hayan cesado las prácticas supuestamente contrarias al Tratado para decidir archivar sin ulterior trámite, por inexistencia de interés comunitario, una denuncia que impute tales prácticas, sin haber verificado si persistían los efectos contrarios a la competencia ni si, en su caso, la gravedad de las supuestas distorsiones de la competencia o la persistencia de sus efectos eran idóneas para conferir interés comunitario a la referida denuncia”.

<sup>179</sup> Cfr. *infra sub* §.II.6.

<sup>180</sup> Sin embargo, en la praxis de la Comisión Europea, posteriormente confirmada por la jurisprudencia comunitaria, se han impuesto remedios estructurales con el fin de restaurar las condiciones de competencia anteriormente existentes, cuando la alteración del régimen competitivo descendía de una única y reversible operación comercial (*single reversible legal transaction*). En particular, con respecto al asunto *Continental Can*, el remedio impuesto por la Comisión Europea contemplaba la cesión por parte de la empresa dominante de la cuota de minoría, cuya adquisición había producido una alteración de las condiciones de competencia en el mercado. DCE de 9 de diciembre de 1971, **IV/26.811 – Continental Can Company (72/21/CEE)**, *DOCE* L 7/25 de 8 de enero de 1972, confirmada por la STJ de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*



—esta solución, en particular, sería la única efectivamente posible en el caso de que el ilícito concurrencial de que se trate haya producido consecuencias irreversibles, cuales por ejemplo la salida del mercado de los competidores horizontales—.

La función de restauración de las condiciones de competencia en el mercado, en cambio, puede ser mejor conseguida a través de las medidas contempladas en los compromisos propuestos por las empresas interesadas y que la Comisión Europea convierte en obligatorios adoptando una decisión *ex* artículo 9 del Reglamento CE 1/2003. En efecto estas medidas —que a efectos de nuestra investigación consideramos pertenecientes a la categoría de los remedios *antitrust* de naturaleza pública<sup>181</sup>— constituyen un vehículo jurídico mejor para arreglar las alteraciones del régimen competitivo principalmente por tres ordenes de razones. En primer lugar, los compromisos contemplan medidas escogidas por las mismas empresas involucradas en un procedimiento administrativo por supuesta infracción de la normativa de defensa de la competencia, con la consecuencia que la Comisión Europea no se enfrenta con los problemas relacionados con la compresión de la autonomía privada de las empresas afectadas. En segundo lugar, el principio de proporcionalidad se aplica de manera menos estricta a las decisiones *ex* artículo 9 del Reglamento CE 1/2003 y eso amplía el ámbito de las medidas remediales que pueden ser contempladas en las mismas. En tercer lugar, la existencia de un ilícito concurrencial no constituye una *conditio sine qua non* para que pueda imponerse un remedio con el fin de restaurar las condiciones de competencia en el mercado, en cuanto el régimen competitivo puede ser alterado también a causa de la realización de prácticas empresariales con respecto a las cuales la Comisión Europea se haya meramente limitado a manifestar la subsistencia de inquietudes concurrenciales como consecuencia de los resultados de su análisis preliminar de determinadas prácticas empresariales.

### **5.3. La disuasión de futuros ilícitos *antitrust* y la prevención de la reincidencia**

Los remedios *antitrust* de naturaleza pública, por último, también cumplen la función de disuadir la realización de futuros ilícitos concurrenciales y prevenir la reincidencia de las empresas infractoras. Al respecto, sin embargo, la Comisión Europea se enfrenta con un problema de seguridad en el tráfico económico y jurídico, en el sentido de que si prohibiera toda conducta o práctica empresarial análoga a aquélla que se ha considerado anticompetitiva generaría una fuerte incertidumbre sobre las empresas que operan en el mercado europeo. La Comisión Europea, por lo tanto, tiene que limitarse a prohibir la realización de

---

<sup>181</sup> *Vid. infra sub* §.II.

futuras prácticas o conductas con objeto o efectos equivalentes a aquéllos que caracterizaban las prácticas empresariales sancionadas.

En realidad, si hacemos referencia a la posición de la jurisprudencia comunitaria, podemos observar que la función disuasoria no constituye un *proprium* de los remedios *antitrust*<sup>182</sup>, en cuanto el efecto de prohibir la realización de futuras prácticas anticompetitivas desciende directamente de los artículos 101 y 102 del TFUE, y no podría en principio ser alcanzado por parte de la Comisión Europea a través de la vía remedial, en cuanto si eso fuera así cabría el riesgo de que esta Institución comunitaria actuara más allá de sus poderes. Por eso, la circunstancia de que las decisiones *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003 incluyan la prohibición de realizar futuros ilícitos concurrenciales, asume un carácter meramente declarativo<sup>183</sup>. En efecto la Comisión Europea no está habilitada para prohibir de forma absoluta la realización de determinadas prácticas empresariales, porque eso equivaldría a una injustificada compresión de la autonomía empresarial, que representa uno de los principios fundamentales de los Países del entorno europeo.

La jurisprudencia comunitaria ha trazado los límites de los poderes de la Comisión Europea, estableciendo que cuando la misma impone remedios *antitrust* de naturaleza pública con la finalidad de poner fin a una infracción del

---

<sup>182</sup> Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE reconoce que las decisiones sancionatorias a través de las cuales se imponen a las empresas infractoras remedios *antitrust* de naturaleza pública, pueden suponer la prohibición de emprender en el futuro conductas o prácticas similares a aquéllas que se han considerado anticompetitivas. STG de 6 de octubre de 1994, [Tetra Pak International SA contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-83/91, RJ 1994/II/755, ap. 220.

<sup>183</sup> La jurisprudencia comunitaria, por ejemplo, se había pronunciado en este sentido con respecto a un supuesto en el que la Comisión Europea había impuesto a las empresas infractoras el deber de abstenerse de tomar parte a cualquier sistema de intercambio de información que pudiera tener un objeto o un efecto idéntico o similar al acuerdo ya considerado anticompetitivo (STG de 27 de octubre de 1994, [Fiatagri UK Ltd y New Holland Ford Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-34/92, RJ 1994/II/905, ap. 39). Al respecto se observó que la normativa comunitaria de defensa de la competencia (en particular, se trataba del artículo 85, apartado 1, TCE) ya de por sí contempla la prohibición de realizar en el futuro prácticas anticompetitiva, y que no es necesario que la Comisión Europea imponga ulteriores y específicas obligaciones a las empresas infractoras, en cuanto las prohibiciones generales, constituyendo disposiciones de orden público, se imponen a las empresas demandantes con independencia de cualquier orden conminatoria de la Comisión Europea sobre este extremo. Véase también STG de 11 de marzo de 1999, [Eurofer ASBL contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-136/94, no publicado aún, ap. 226; STJ de 28 de mayo de 1998, [New Holland Ford Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-8/95 P, RJ 1998/I/3175; STJ de 2 de octubre de 2003, [Eurofer ASBL contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-179/99 P, RJ 2003/I/10725.

Derecho de la competencia, no puede poner a cargo de las empresas afectadas obligaciones que vayan más allá de lo necesario y adecuado para alcanzar el restablecimiento de la legalidad en relación con la normativa infringida<sup>184</sup>. Esta doctrina jurisprudencial, que hace aplicación del principio de proporcionalidad<sup>185</sup> en sede de evaluación de los remedios concretamente escogidos, resulta de fundamental importancia para ver como opera en concreto la función de disuasión con respecto a la imposición de los remedios de carácter público.

Los jueces comunitarios, por lo tanto, si por un lado consideran lícito que la Comisión Europea imponga a las empresas infractoras una genérica obligación de abstenerse de la eventual, futura comisión de conductas o prácticas idénticas o similares a aquéllas ya sancionadas<sup>186</sup>, por el otro entienden que el Ejecutivo comunitario no pueda legítimamente imponer obligaciones que vayan más allá de lo necesario para restablecer la legalidad vulnerada, prohibiendo en vía general y de forma absoluta la realización de determinadas tipologías de conductas o prácticas empresariales, prescindiendo de una necesaria evaluación en concreto del efectivo alcance anticompetitivo de las mismas<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> STJ de 6 de abril de 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*, ap. 93; STG de 8 de junio de 1995, *Langnese Iglo GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-7/93, RJ 1995/II/1533, ap. 209; STG de 8 de junio de 1995, *Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-9/93, RJ 1995/II/1611, ap. 163.

<sup>185</sup> Por lo que se refiere, más en particular, al principio de proporcionalidad en materia de remedios *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, véase *infra sub* §.II.4.

<sup>186</sup> DCE de 13 de julio de 1994, *IV/C/33.833 – Cartoncillo* (94/601/CE), *DOCE* L 243/1 de 19 de septiembre de 1994.

<sup>187</sup> Otro buen ejemplo de esta postura jurisprudencial se encuentra en la STG de 14 de mayo de 1998, *Sarrió SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-334/94, RJ 1998/II/1439, aps. 264-281, que anuló la DCE de 13 de julio de 1994, *IV/C/33.833 – Cartoncillo*, *cit.*, en la parte relativa a la imposición de específicas obligaciones, por vía remedial, con el fin de prevenir la reincidencia de la práctica anticompetitiva sancionada. El asunto objeto de la Decisión de la Comisión Europea se refería a una práctica contraria al entonces artículo 85, apartado 1, TCE, realizada por dieciocho empresas que a través de un intercambio anticompetitivo de información había logrado uniformar el precio de un determinado producto –el producto en cuestión era el cartoncillo, en tres distintas calidades, empleado tanto con respecto a los embalajes de productos alimentarios, como no alimentarios, cuales por ejemplo cosméticos, medicamentos y cigarrillos–. La Comisión Europea, impuso a las empresas infractoras un remedio caracterizado no sólo caracterizado por el deber de abstenerse, en relación a las actividades relacionadas con el cartoncillo, de la realización de cualquier acuerdo o práctica concertada cuyo objeto o efecto pudiera ser similar a la práctica considerada anticompetitiva, sino también por la obligación de no efectuar cualquier intercambio de información comercial mediante el cual: *i*) se informe directa o indirectamente a los participantes sobre la producción, ventas, cartera de pedidos, porcentaje de utilización de las máquinas, costes de los precios de venta o planes de mercadotecnia de los demás

## 6. Multas sancionadoras y función disuasoria

Arrancando de las consideraciones anteriormente realizadas entorno a la función disuasoria de los remedios *antitrust* de naturaleza pública, estimamos oportuno analizar la herramienta principal a disposición de las Autoridades de la competencia para disuadir los potenciales infractores de la realización de ilícitos concurrenciales, es decir las multas sancionadoras. Si bien a efectos de nuestro trabajo no consideramos que dicha herramienta de *enforcement* constituya un remedio jurídico, al mismo tiempo reputamos necesario analizar su fundamento, características y aplicación por parte de la Comisión Europea, en cuanto es posible especular sobre el hecho de que las multas sancionadoras puedan

---

fabricantes; *ii*) aun cuando no se revele información concreta alguna, se promueva, facilite o fomenta una respuesta común del sector frente a las condiciones económicas por lo que al precio o al control de la producción se refiere; *iii*) pudieran controlar la adhesión o el cumplimiento de cualquier acuerdo formal o tácito referente a los precios o al reparto de las cuotas de mercado en la Comunidad; *iv*) se intercambie información significativa desde el punto de vista de la competencia, a través de un sistema distinto del autorizado (es decir un sistema elaborado de tal forma que excluya no sólo cualquier información a partir de la cual se pueda determinar la conducta de cada fabricante, sino también todos los datos relativos a la situación actual de recepción y cartera de pedidos, el porcentaje previsto de utilización de capacidad de producción (en ambos casos, aun con datos globales) o la capacidad de producción de cada máquina), y de celebrar cualquier reunión o contacto de otro tipo con objeto de discutir el significado de la información intercambiada, así como la posible o probable reacción del sector o de los fabricantes frente a tal información. El TGUE, en particular, por lo que se refiere a las obligaciones relativas a las específicas prohibiciones de futuros intercambios de información comercial, consideró que la Comisión Europea había ido más allá de lo necesario para restablecer la legalidad de las conductas de las empresas infractoras con respecto a la normativa de defensa de la competencia –que en el supuesto enjuiciado había sido vulnerada a través de la realización de una concreta práctica concertada contraria al artículo 85, apartado 1, del TCE– en cuanto con la imposición del remedio que acabamos de ilustrar también había prohibido el intercambio de determinados datos estadísticos, con el fin de prevenir el establecimiento de un posible cimiento de potenciales conductas contrarias a la competencia, sin que en la parte dispositiva de la decisión, leída conjuntamente con la exposición de motivos, constara que el intercambio de datos estadísticos constituía en sí una infracción del artículo 85, apartado 1, del TCE. El TGUE, además, apreció que el mero hecho de que un sistema de intercambio de datos estadísticos pueda utilizarse con fines contrarios a la competencia no le convierte de por sí en una práctica concertada contraria a la normativa *antitrust*, y si las mismas empresas anteriormente sancionadas llevan a cabo en el futuro una semejante práctica, la Comisión Europea no puede prohibirla de antemano con carácter absoluto a través de la imposición de un remedio *antitrust* de naturaleza pública, sino que sólo puede hacerlo después de que haya comprobado en concreto que la misma tiene un efectivo alcance anticompetitivo.

convertirse en un vehículo para conseguir finalidades de tipo remedial. En particular, si el sistema normativo previera herramientas complementarias a las multas sancionadoras, con su imposición las Autoridades de la competencia podrían también alcanzar una finalidad *lato sensu* compensativa: esto podría ocurrir en el caso de que la imposición de estas sanciones se realizara con el fin de expropiar los beneficios ilícitamente obtenidos por las empresas infractoras (*disgorgement*) y los recursos así recuperados se destinaran a las víctimas de los ilícitos concurrenciales – este mecanismo, por ejemplo, está previsto por el sistema alemán de *public antitrust enforcement*–.

Antes de ocuparnos de este aspecto procederemos a realizar un análisis de las multas sancionadoras en Derecho comunitario de la competencia tomando como punto de referencia la función disuasoria desempeñada por las mismas, que constituye su finalidad normativa preeminente. La función disuasoria reviste una importancia central en el ámbito del sistema de *public antitrust enforcement*, en cuanto constituye uno de las pilares sobre el cual se apoya la salvaguardia de un régimen competitivo en el mercado. Al respecto MELAMED (2009, págs. 360-361) ha afirmado que la imposición de multas sancionadoras, por su negativa incidencia sobre los incentivos que conducen las empresas a realizar ilícitos concurrenciales, genera para todos los agentes económicos que podrían ser potencialmente afectados por el incumplimiento de la normativa *antitrust*, un beneficio económico mucho mayor de aquéllo que podrían conseguir si, ante los supuestos de infracción, se aplicaran exclusivamente medidas de carácter reparatorio.

En términos generales el concepto de disuasión se fundamenta sobre la siguiente lógica: la sanción imponible en los supuestos de realización de una determinada actividad infractora tiene que ser de tal entidad que los potenciales infractores, a la hora de llevar *ex ante* a cabo el cálculo coste/beneficio para decidir si realizarla o menos, sepan que si abogan por la comisión del ilícito podrán incurrir en pérdidas superiores a los beneficios esperados<sup>188</sup>. Si la lógica de fondo aparece clara y sencilla, sin embargo resulta muy difícil establecer en concreto qué magnitud sancionatoria produciría un efecto disuasorio, puesto que son muchos los factores que deben ser tenidos en cuenta. Entre estos factores podemos por ejemplo destacar: el régimen de responsabilidad normativo (responsabilidad objetiva, responsabilidad por culpa, etc.), la tipología de sanción (pecuniaria, no pecuniaria, mixta), la adversidad o neutralidad al riesgo de los potenciales infractores, la incidencia de los costes administrativos (por lo que se refiere a nuestro ámbito de análisis, podemos tener en cuenta tanto los costes conectados con la actividad de las Autoridades de la competencia, como los costes soportados por las partes involucradas en un procedimiento administrativo), la

---

<sup>188</sup> WILS (2006a, pág. 190).

incidencia de los errores en la actividad de *enforcement*, la probabilidad de que las infracciones sean efectivamente detectadas, etc.<sup>189</sup>.

Si nos ceñimos al ámbito de las prácticas anticompetitivas —es decir analizamos un contexto en que existen costes administrativos, el *enforcement* de la normativa *antitrust* no es cierto, existe el riesgo de incurrir en errores de tipo I y tipo II, los agentes económicos no son neutrales al riesgo— la probabilidad de descubrimiento de la infracción constituye uno de los elementos que, juntos a los beneficios y pérdidas esperadas por los potenciales infractores, han de ser considerados en la determinación del nivel sancionatorio para que las multas *antitrust* constituyan una amenaza creíble y cumplan efectivamente una función disuasoria. Esto quiere decir que en dicho escenario la imposición de una sanción resulta susceptible de producir un efecto disuasorio si el *quantum* de la misma es igual a un valor excedente los beneficios esperados por los potenciales infractores descontado por la probabilidad de que la sanción sea efectivamente impuesta<sup>190</sup>.

### 6.1. Teoría consecuencialista vs. teoría comunicativa de la disuasión

Históricamente el concepto de disuasión ha surgido en el marco de la teoría consecuencialista elaborada por los utilitaristas<sup>191</sup>, sucesivamente revisada en términos económicos por influyentes estudiosos cuales POSNER (1985, pág. 1193), por los cuales la sanción consiste en un instrumento de política social necesario para crear los incentivos adecuados en favor de los miembros de la colectividad, con el fin de que los mismos realicen conductas más eficientes. Desde un punto de vista teórico, analizando el concepto de disuasión en clave normativo-consecuencialista, puede afirmarse que la efectiva imposición de una sanción ante la realización de una cierta conducta debería realizarse sólo si eso resulta funcional a la maximización del bienestar colectivo<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> POLINSKY y SHAVELL (2007, págs. 406 y sigs.). Estos autores, en particular, han estudiado las sanciones como herramienta de *public enforcement* arrancando del presupuesto de que el problema general de la aplicación pública de una determinada normativa reside en la maximización del bienestar colectivo. Por bienestar colectivo, POLINSKY y SHAVELL entienden los beneficios que los individuos pueden sacar de sus comportamientos, menos los costes de prevención de los daños que podrían causar con sus comportamientos, los costes de los daños efectivamente causados y los costes que el sistema público debe soportar para imponerles una sanción.

<sup>190</sup> WILS (2006a, pág. 190).

<sup>191</sup> BENTHAM (1823, págs. 121 y sigs.).

<sup>192</sup> De este principio discenden varios axiomas prácticos que nos indican que la sanción esperada tiene que ser de alcance más elevado respecto de los beneficios esperados y, además, que la sociedad tendría que invertir recursos hasta que el coste marginal de una

Los que abogan dogmáticamente en favor de la teoría consecuencialista afirman que las consecuencias producidas por la disuasión resultan desvinculadas del sistema de valores de los individuos. La justificación de esta postura reside en el hecho de que los consecuencialistas acuden a una teoría externa para establecer el grado de utilidad de una conducta. De este modo, para averiguar si es oportuno sancionar un determinado comportamiento hace falta preguntarse, por un lado, qué utilidad tiene para la sociedad alcanzar dicho resultado y, por el otro, si la inversión de recursos necesaria para lograr el efecto disuasorio conduce a la maximización del bienestar colectivo. Por eso si la utilidad, en términos de *social welfare*, es exigua o negativa<sup>193</sup>, la sociedad no tendrá algún incentivo en la inversión de recursos para detectar y sancionar la conducta infractora, mientras que sí los tendrá si la utilidad que descende de su neutralización conduce a un resultado extremadamente positivo u óptimo.

Por el contrario, los fautores de la teoría comunicativa<sup>194</sup> (*expressive theory*) afirman que el significado de una conducta depende del conjunto de reacciones emocionales que la misma suscita en los demás miembros de una cierta colectividad<sup>195</sup>. Dicha teoría, en efecto, se basa sobre el siguiente asunto: los individuos confieren valor a particulares categorías de bienes y esta inclinación conduce a la creación de normas sociales. Tales normas constituyen los parámetros con arreglo a los cuales debe evaluarse la conducta de los miembros de la colectividad, con la consecuencia de que resultarán lícitas sólo las conductas que sean conformes a las inclinaciones originarias de los sujetos agentes. Por lo tanto, a diferencia de la aproximación consecuencialista, bajo esta otra postura el fundamento lógico que ha de tomarse en cuenta para establecer si hace falta disuadir los sujetos de la realización de una determinada conducta, resulta interno al sistema dogmático que justifica la intervención sancionadora. Acudiendo a la aproximación comunicativa no puede abogarse por el carácter prohibido de una conducta y, por consiguiente, disuadir su cumplimiento y castigar su autor de forma más o menos ejemplar, sin que se haya previamente considerado cual es su valor a la luz del significado social que la misma posee. Por ejemplo, la competencia económica podría generar, para ciertas empresas, unas pérdidas económicas mayores de aquéllas sufridas en consecuencia de un robo; sin embargo la razón por la cual sólo la acción de robar y no también aquélla de competir legítimamente se considera una conducta sancionable, depende del

---

sanción adicional no iguale el beneficio marginal que se obtendría evitando la realización de la conducta ilícita. POSNER (1992, págs. 223-231).

<sup>193</sup> La sanción resulta injustificada si no es rentable o genera un desperdicio excesivo de recursos. BENTHAM (1823, pág. 172).

<sup>194</sup> FEINBERG (1965, págs. 397 y sigs.); DUFF (1986, págs. 233 y sigs).

<sup>195</sup> ANDERSON (1993, págs. 29-30).

hecho de que únicamente la primera suscita una reacción emocional negativa para la colectividad<sup>196</sup>.

Lo que se desprende de las dos posturas que acabamos de ilustrar es que con arreglo a la aproximación comunicativa de la *expressive theory*, la individuación de las conductas respecto de las cuales cabe imponer una sanción se realiza sobre la base del conjunto de percepciones que surgen del personal sistema de valores escogido *ab initio* por cada uno de los miembros de una cierta colectividad, mientras que acudiendo a la aproximación consecuencialista, la disuasión de una determinada conducta ha de llevarse a cabo sólo si eso resulta económicamente justificado a la luz de los resultados de un específico análisis coste/beneficio<sup>197</sup>. Este análisis, en particular, toma en consideración los costes y beneficios esperados por el potencial infractor. Los beneficios esperados consisten en el valor de la variable positiva que los sujetos agentes esperan lograr de la realización de una cierta conducta (*v.gr.* el provecho económico), que resulta igual a la media aritmética de los resultados que podrían obtenerse si fuera posible repetir al infinito la conducta de que se trata. Los costes esperados, en cambio, representan el valor de la variable negativa en que los sujetos agentes esperan medianamente incurrir tras el cumplimiento de la conducta considerada. La entidad de estos costes, en particular, se calcula en función de factores cuales: la magnitud de la sanción (*v.gr.* el importe de la multa), la rapidez con que se logra imponerla y la probabilidad de que la conducta infractora sea detectada.

Si consideramos una conducta que infringe las normas *antitrust*, el análisis coste/beneficio que el potencial infractor debe llevar a cabo *ex ante*, resulta aún más complejo, en cuanto la determinación de la magnitud de los términos de comparación (ganancias y pérdidas) depende de un más amplio número de factores. En particular, para medir el valor de los beneficios esperados se tendrán que examinar las características estructurales del mercado<sup>198</sup> cuales: el grado de

---

<sup>196</sup> KAHAN (1999, pág. 420).

<sup>197</sup> KAHAN (1999, pág. 427). Sin embargo, por su naturaleza empíricamente especulativa la teoría consecuencialista de la disuasión ha sido objeto de críticas por parte de la psicología cognitiva. El punto débil de la aproximación consecuencialista residiría en el hecho de que respecto de la gran mayoría de las variables que entran en juego en el análisis *cost-oriented* del efecto disuasorio –elasticidad de la demanda, probabilidad de convencimiento, etc.– sólo se puede contar con una información escasa. Obtener más elementos es una tarea difícil, en cuanto depende de la resolución de complejos problemas empíricos. Por esa razón los individuos tienden a solucionar la incertidumbre que envuelve las disputas empíricas con arreglo a sus apriorísticos. Por consiguiente, aún cuando el análisis de las conductas se realiza en un marco puramente consecuencialista es muy probable que los juicios de valor de carácter no económico contaminen o hasta dominen los axiomas *cost-oriented*. ROBERTS y STALANS (1997, págs. 242-243); SLOVIC *et al.* (1982, pág. 463).

<sup>198</sup> La identificación de la relación coste/beneficio resulta aún más problemática cuando la empresa es parte de un acuerdo colusorio. Los carteles, en efecto, siendo el resultado



elasticidad de la demanda, las condiciones actuales de competencia, la existencia de barreras de entrada, el nivel de concentración existente en el mercado, etc. Respecto de las pérdidas esperadas, en cambio, el elemento más problemático se halla en la determinación de la probabilidad de descubrimiento, que depende de factores cuales: el tipo de infracción llevada a cabo, la cantidad de experiencia acumulada por la empresa y las prioridades sancionatorias de la Comisión Europea<sup>199</sup>.

## 6.2. La incidencia de los fenómenos psicológicos sobre la toma de decisión del potencial infractor

Volviendo a considerar la lógica fundamental de la disuasión, cabe otra vez poner de relieve que la imposición o la amenaza de una sanción produce un efecto disuasorio si las pérdidas esperadas por el potencial infractor exceden las ganancias esperadas. No se trata, sin embargo, de un proceso que pone en relación pérdidas y ganancias en términos absolutos, sino tan sólo las pérdidas y ganancias esperadas desde la perspectiva del potencial infractor. Para determinar estos parámetros hace falta analizar también las representaciones subjetivas de los sujetos agentes: se trata de un dato muy importante en la determinación de la cuantía de las multas sancionadoras, porque si no se tomara en cuenta podría comprometerse el conseguimiento del efecto disuasorio. En efecto, si se individuaran los elementos sobre los cuales se apoya el análisis coste/beneficio que cada potencial infractor lleva a cabo antes de cometer el ilícito (es decir, los factores constituidos por las ganancias esperadas, la probabilidad de descubrimiento e imposición de una sanción, así como el nivel sancionador esperado), sin considerar los influjos psicológicos que inciden sobre el proceso decisional de los potenciales infractores, se llegaría a un resultado inadecuado desde un doble punto de vista: político-general y jurídico-sancionador.

En términos generales, para predecir cual es la probabilidad de que un evento futuro acaezca, uno de los métodos de cálculo más empleado es aquéllo conocido como “Ley de Bayes”<sup>200</sup>. Con arreglo a este método se tiene que establecer, antes de todo, cual es la probabilidad estadística que un cierto evento acaezca y, luego, ajustar el dato obtenido (*base rate*) con toda la información particular que el concreto agente posee sobre una específica situación. Se ha puesto de manifiesto, sin embargo, que existen algunos fenómenos psicológicos,

---

de la interacción dinámica entre empresas que buscan la maximización de sus propias ganancias, introducen ulteriores variables en la evaluación del potencial infractor, en cuanto será necesario estimar la probabilidad de que el cártel no se destabilice a causa de la realización de una conducta desviada a obra de los demás *co-cartelists*.

<sup>199</sup> BEBCHUK y KAPLOW (1993, pág. 217); WILS (2006a, pág. 190).

<sup>200</sup> HOGG *et al.* (2012, págs. 208-209).

los atajos o *shortcut* conocidos como *representativeness heuristic* y *availability heuristic*, que llevan los individuos a infrautilizar o ignorar el *base rate* a la hora de realizar sus predicciones y que, en última instancia, les conducen a tomar decisiones equivocadas. La incidencia de estos atajos sobre el cálculo probabilístico del potencial infractor, ha de ser tenida en debida cuenta por las Autoridades de la competencia, porque de no hacerlo se incurriría en el riesgo de desvirtuar el carácter disuasorio de las multas sancionadoras. Muchos individuos, en efecto, confían excesivamente sobre la representatividad heurística, calculando las probabilidades que un cierto evento se verifique en base al grado de correspondencia biunívoca que existe entre éste y un determinado proceso causal<sup>201</sup>. Este atajo psicológico amplía el margen de error en cuanto excluye del cálculo algunos factores, como por ejemplo la tasa de frecuencia del evento en ausencia de información específica (*base rate frequency*), que en cambio habrían de ser considerados en el juicio probabilístico. Cabe añadir que ha sido demostrado que si al agente no se le proporciona, o no consigue obtener por sí mismo, alguna específica información sobre el proceso causal, es mucho más probable que acuda y utilice correctamente la *base rate frequency*<sup>202</sup>.

En otras situaciones, y bajo circunstancias cuales la proximidad temporal de un suceso fáctico, la facilidad de inferir un resultado o realizar una asociación lógica, en el cálculo probabilístico entra en juego el atajo psicológico de la *availability heuristic*, que consiste en el influjo que el recuerdo de un determinado suceso fáctico tiene sobre la prognosis de su futura repetición<sup>203</sup> o de las consecuencias de un hecho análogo. Es cierto que en muchas ocasiones los individuos recuerdan un hecho por razones distintas de la frecuencia general con la cual el mismo se repite en la realidad, como la circunstancia de que haya sido bien publicizado o se haya repetido muchas veces en su entorno. La circunstancia de que un individuo posea ya de antemano la disponibilidad de algunos escenarios, formados a partir de ciertos recuerdos, puede conducir a una representación inexacta acerca de la frecuencia con la cual un evento se produce, llevándole a sobrestimar la relevancia de determinados acontecimientos a expensas de la *base rate*. Bajo estas circunstancias, el cálculo pronóstico resultará dominado por el atajo de la disponibilidad heurística y será muy probable que la decisión adoptada resulte subóptima o completamente equivocada<sup>204</sup>.

Existe, además, otro fenómeno psicológico que influye sobre el proceso decisional de los individuos: el exceso de confianza (*overconfidence bias*). Este atajo,

---

<sup>201</sup> TVERSKY y KAHNEMAN (1974, pág. 1124).

<sup>202</sup> TVERSKY y KAHNEMAN (1973a, pág. 237).

<sup>203</sup> TVERSKY y KAHNEMAN (1973b, pág. 215).

<sup>204</sup> POSNER (1998a, pág. 1572) ha afirmado que cuando la información relacionada con un evento pasado corresponde con su tasa ordinaria de frecuencia, el hecho de que el agente haya confiado sobre su disponibilidad heurística sin acudir a las probabilidades estadísticas, no genera por sí sola una toma de decisión equivocada.

muy sencillamente, estriba en el hecho de que los individuos tienden por lo general a considerar mucho más probable que les sucedan eventos favorables y a subestimar la probabilidad opuesta<sup>205</sup>.

WILS (2006a, pág. 194) ha observado que la *availability heuristic* y la *overconfidence bias* resultan los atajos psicológicos que mayormente influyen sobre el cálculo probabilístico de los potenciales infractores de la normativa *antitrust*. En primer lugar, la disponibilidad de múltiples escenarios hace que los individuos se fijen de manera desproporcionada sobre los eventos más recientes, sucedidos en su entorno o mejor publicizados. Este *shortcut* tiene una significativa implicación respecto de la función disuasoria de las multas *antitrust*, en cuanto pone de relieve que las mismas están íntimamente relacionadas con la visibilidad de los esfuerzos represivos llevados a cabo por la Comisión Europea<sup>206</sup>. En algunos supuestos, por ejemplo, es el conocimiento previo de la política de *enforcement* del Ejecutivo comunitario que influye sobre las determinaciones empresariales, así que si la Comisión Europea consigue publicizar difusamente sus decisiones<sup>207</sup>, podría incidir sobre el atajo que influye en el proceso decisional de los potenciales infractores<sup>208</sup>.

En segundo lugar, el atajo del exceso de confianza hace que los sujetos que, por cuenta de una empresa, toman la decisión de cometer un ilícito *antitrust*, tienden a poner una confianza excesiva sobre los beneficios que podrán obtener de esta violación y, viceversa, a infravalorar la probabilidad de ser descubiertos. Por eso, sólo si el importe de la multa se calculara *ex ante*, tomando como puntos de referencia la plausible representación de los potenciales infractores sobre los beneficios esperados y la probabilidad de ser descubiertos, la cuantía sancionadora establecida alcanzaría un efecto disuasorio. Si, en cambio, el importe de la multa se calculara *ex post*, sobre la base de lo que ha concretamente

---

<sup>205</sup> WEINSTEIN (1989, pág. 1232) ha evidenciado que la infravaloración de la posibilidad de que acaezca un evento desfavorable aumenta cuando se percibe que el evento en cuestión resulta controlable.

<sup>206</sup> KOROBKIN y ULEN (2000, págs. 1089).

<sup>207</sup> Por lo general, la difusión de información sobre la política represiva de las Autoridades de la competencia conduce a una disminución de la propensión a realizar ilícitos concurrenciales (*moral effect*). Al respecto véanse TYLER (1990, pág. 19) y SUNSTEIN (1996, pág. 2021).

<sup>208</sup> WILS (2006a, pág. 194), además, ha indicado que nunca podría alcanzarse un nivel absoluto de disuasión, puesto que, aunque temporalmente se logre, las empresas, tan pronto como se olviden de las últimas decisiones sancionadoras de las Autoridades de la competencia, volverán a cometer nuevas infracciones.

sucedido, entonces el *quantum* de la sanción resultaría excesivamente bajo y no cumpliría alguna función disuasoria<sup>209</sup>.

### 6.3. Efecto disuasorio y nivel óptimo de la sanción

La fórmula más apropiada para establecer el nivel óptimo de una sanción *antitrust* depende de los presupuestos de partida. Al respecto se comparten el campo dos distintas aproximaciones: la postura disuasoria (*deterrence approach*) y la postura de la internalización (*internalization approach*). Según la postura disuasoria el nivel óptimo es aquéllo que excede los beneficios esperados, descontado por la probabilidad de que se imponga la multa<sup>210</sup>, mientras que la postura de la internalización<sup>211</sup> establece que la sanción óptima coincide con el perjuicio neto que la conducta infractora provoca en la esfera jurídico-patrimonial de los terceros distintos del sujeto pasivo de la misma, descontado por la probabilidad de que se imponga la multa<sup>212</sup>.

WILS (2006a, pág. 194), tomando en consideración la existencia de estas dos aproximaciones, ha puesto de relieve que la diferencia entre las mismas reside en su distinta perspectiva de fondo acerca de la finalidad primaria de la normativa *antitrust*. La postura de la internalización, en efecto, considera que la finalidad principal del Derecho de la competencia consiste en la maximización de la eficiencia económica general<sup>213</sup> y, en función del perseguimiento de dicho objetivo, acude a la fórmula antes ilustrada con arreglo a la cual se desplazan todos los costes y beneficios de la conducta ilícita sobre el infractor. El resultado

---

<sup>209</sup> Si se emplea la perspectiva *ex post*, la multa *antitrust* puede producir un efecto disuasorio sólo si se incrementa a través de la aplicación de algún factor de corrección. HYLTON (2003, pág. 47).

<sup>210</sup> STIGLER (1970, pág. 526); ELZINGA y BREIT (1976, págs. 9-15).

<sup>211</sup> BECKER (1968, pág. 169); LANDES (1983, pág. 652).

<sup>212</sup> Tanto los fautores del *deterrence approach* que aquéllos del *internalization approach*, a veces emplean una terminología distinta y en lugar de hablar de descuento afirman que el primer valor ha de ser multiplicado por el inverso de la probabilidad de que se imponga una sanción.

<sup>213</sup> BORK (1966, págs. 7 y 44). La originaria postura de BORK ha sido confirmada por los exponentes de la Chicago Law School, por los cuales el objetivo principal del Derecho de la competencia consiste en la maximización del bienestar económico general dado, desde un punto de vista microeconómico, por la suma de la excedencia total del consumidor y aquélla del productor (eficiencia agregada). POSNER (2001, págs. 9-32). La postura de BORK, además, ha sido expresamente compartida por parte de un magistrado del Tribunal Supremo de EE.UU. que, afirmando que en el ámbito *antitrust* la eficacia asignativa primaria sobre otros valores, ha puesto de relieve que a partir de los años setenta del siglo XX el Tribunal Supremo de los EE.UU. se ha implícitamente ajustado a dicha aproximación en sus decisiones. GINSBURG (2006, págs. 225-228).

de la internalización, en particular, resultaría conforme a la política *antitrust*, generando un efecto disuasorio únicamente respecto de las violaciones ineficientes, representadas por aquellas que producen, en una óptica general, más costes que beneficios. La aproximación disuasoria, en cambio, reputa que la normativa *antitrust* persiga un objetivo más amplio<sup>214</sup>, consistente en la prevención de cualquier ilícita sustracción de riqueza, en perjuicio de los consumidores, conectada con la realización de ilícitos concurrenciales<sup>215</sup>. Los factores del *deterrence approach*, por lo tanto, abogan por la disuasión de todos los supuestos de violación de la normativa *antitrust*, con independencia del hecho de que la conducta procure a su autor más beneficios que pérdidas.

De estas dos posturas aquella disuasoria ha encontrado más éxito tanto en el ámbito de la doctrina especializada<sup>216</sup>, como en las posturas de la Comisión Europea y en los pronunciamientos de los jueces comunitarios. El *internalization approach* conlleva significativos problemas de aplicación práctica, porque en la determinación del nivel óptimo de una sanción, hace falta cuantificar el daño sufrido por todos los terceros afectados por la conducta ilícita. Este cálculo, además de tener en cuenta la probabilidad de que se imponga una multa, ha de pasar necesariamente por la estimación de la tasa de transferencia de riqueza en favor de la empresa infractora y por la individuación de las pérdidas irrecuperables experimentadas por los consumidores. Pese a la dificultad de estimar concretamente dichos factores, la Comisión Europea estaría sujeta a un margen más amplio de error, con una negativa incidencia sobre la eficacia disuasoria de las multas sancionadoras<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> A la misma conclusión se llega también si se estima que el objetivo de las prohibiciones *antitrust* consiste en la protección del proceso decisional de los consumidores, LANDE (2001, pág. 503) o en el mantenimiento de una estructura abierta y competitiva de mercado, FOX (2002, pág. 371).

<sup>215</sup> Las normas *antitrust* tratan de prevenir que en la sociedad se produzca ineficiencia asignativa, prescindiendo de cualquier consideración de justicia distributiva alrededor de los recursos económicos y productivos. En efecto, la extracción de la excedencia del consumidor por parte de las empresas que actúan de manera anticompetitiva, constituye antes de todo una vulneración del derecho subjetivo de propiedad (KIRKWOOD y LANDE, 2008, págs. 200-201). Ni siquiera se llega a una conclusión diferente tomando en consideración la posibilidad de que sucesivamente se logre alcanzar una compensación entre los efectos negativos que la conducta prohibida genera para los consumidores presentes en el mercado afectado y los efectos positivos que se producen en favor de los consumidores que se hallan en un mercado geográfico distinto. LANDE (1982, págs. 631-638).

<sup>216</sup> WILS (2006a, pág. 195).

<sup>217</sup> Existe, además, otro argumento en contra de la aplicación práctica del *internalization approach*, que se basa sobre la observación que dicha postura sólo produce débiles efectos morales.

Bajo la postura disuasoria, en cambio, el margen de error es más reducido en virtud de la mayor facilidad relativa que el Ejecutivo comunitario encuentra a la hora de establecer un importe sancionador que exceda los beneficios que la empresa espera sacar de su conducta anticompetitiva. Las dificultades, en efecto, se ciñen al hecho de tener que tomar en cuenta los atajos psicológicos que influyen sobre las decisiones de las personas físicas que actúan por cuenta de las empresas infractoras. Los que abogan por la adopción de esta última postura, sin embargo, tienen que solucionar el problema del *trade-off* existente entre nivel sancionador y probabilidad de descubrimiento<sup>218</sup>. Si es cierto que las Autoridades de la competencia, a la hora de imponer una multa sancionadora, pueden acudir en abstracto a diferentes combinaciones de nivel del importe y probabilidad de descubrimiento, optar en concreto por un importe elevado con baja probabilidad de imposición o viceversa, no conduce al mismo resultado desde una óptica de disuasión óptima.

Por lo que concierne al aspecto relacionado con el nivel del importe de la multa, cabe subrayar que el principal argumento en contra de la imposición de multas de importe bajo estriba en el hecho de que el descubrimiento de las violaciones *antitrust* conlleva significativos costes administrativos por las Autoridades de la competencia, los tribunales y las empresas<sup>219</sup>. Por consiguiente, las sanciones efectivamente impuestas no alcanzarían un nivel óptimo de disuasión. En cambio, los principales argumentos que, desde el punto de vista teórico, se suelen aducir en contra de la imposición de multas de importe elevado son múltiples y consisten en: *a)* el papel jugado por el atajo de la disponibilidad heurística en la toma de decisiones de los individuos; *b)* la limitada capacidad financiera de las empresas<sup>220</sup>; *c)* los efectos sociales y económicos de las sanciones<sup>221</sup>; *d)* razones de justicia retributiva<sup>222</sup>. Por lo que concierne, en cambio,

---

<sup>218</sup> POLINSKY y SHAVELL (1979, pág. 881); BLOCK y SIDAK (1980, pág. 1131); KAPLOW (1992, pág. 3). En cambio, PARKER (1989, págs. 563-566) ha afirmado que la baja probabilidad de descubrimiento no depende de la elección de política sancionadora de las Autoridades de la competencia, siendo más bien conectada a la culpabilidad de los autores de la infracción.

<sup>219</sup> LANDES (1983, pág. 657).

<sup>220</sup> La imposición de una sanción que excede la capacidad financiera de una empresa, conduce la misma a concurso. En ausencia de mercados perfectos, la situación que se verifica no sólo se repercute sobre los administradores y los accionistas, sino que también afecta a los intereses económicos de los empleados, clientes, proveedores y credidores de la sociedad, acarreando significativos costes sociales. KRAAKMAN (1984, pág. 882).

<sup>221</sup> Las empresas pueden trasladar a los consumidores finales el perjuicio económico sufrido a causa de la imposición de una sanción *antitrust*, incrementando el precio de sus bienes y servicios (*passing-on defence*). Por medio de esta excepción, tanto las empresas que han abusado de su posición de dominio, como aquellas que han participado a un cartel secreto, tratan de demostrar que los competidores han trasladado los perjuicios sufridos a los consumidores finales y, por eso, su pretensión indemnizatoria resulta infundada. Como veremos el Tribunal Supremo de EE.UU. no admite este tipo de defensa, mientras

al aspecto de la probabilidad de descubrimiento, el resultado cambia según se opte por una perspectiva de análisis *ex ante* o *ex post*.

Cabe añadir, por último, que el plano de la disuasión marginal no juega un papel significativo en la elección del tipo de *trade-off* que se quiere alcanzar. Bajo este perfil, en efecto, la disuasión marginal no tiene relevancia práctica, en cuanto no incide sobre la extensión del ámbito, duración e intensidad de las infracciones *antitrust*. Por esto, también planteando un escenario en que la Comisión Europea opte de manera frecuente por la imposición de multas de importe elevado –con independencia de la tipología de ilícito concurrencial– las empresas infractoras, a sabiendas de que se les impondrá una sanción muy elevada, igualmente no tendrán interés a empeorar la gravedad de la infracción *in fieri* porque, de hacerlo, incrementarían las probabilidades de ser descubiertas<sup>223</sup>.

## 6.4. El efecto disuasorio de las multas sancionadoras en la práctica

### 6.4.1. Planteamiento general

La finalidad disuasoria de las multas *antitrust* constituye el objetivo predominante de esta herramienta de *enforcement* como se desprende de la decisión del TJUE<sup>224</sup>

---

que el TJUE ya en los años noventa ha del siglo pasado ha reconocido la posibilidad de oponer dicha excepción (STJ de 14 de enero de 1997, [Comateb et al. contra Directeur général des douanes y droits indirects](#), asuntos acumulados de C-192/95 a C-218/95, RJ 1997/I/165, pár. 22). Cfr. también SCHAEFER (1975, pág. 883); COFFEE (1981, págs. 401-402); STRAND (2010, pág. 7). *Vid. infra sub* §.IV.2.2, §.IV.6.5, IV.7.2, §.V.1.6.5 y §.V.2.1.5.

<sup>222</sup> Desde una perspectiva retributiva, las sanciones de importe excesivamente elevado pueden entrar en conflicto con el principio de proporcionalidad. La imposición de una sanción *antitrust*, en efecto, no sólo tiende a disuadir la empresa infractora, sino que también conlleva un efecto moral, fortaleciendo el compromiso interior hacia las normas jurídicas de los sujetos que ya de por sí actúan conformemente a la ley. Para conseguir esta última finalidad, en particular, es necesario que la sanción sea percibida como justa, es decir resulte proporcionada a la infracción llevada a cabo. SUNSTEIN *et al.* (2000, pág. 237).

<sup>223</sup> SHAVELL (1992, pág. 345).

<sup>224</sup> En esta misma línea se inserta también el TGUE, que comparte la metodología de las [Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a\), del Reglamento \(CE\) n° 1/2003](#) (2006/C 210/02), en adelante “Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras”, *DOCE* C 210/2 de 1 de septiembre de 2006. Dichas Directrices, en efecto, se ponen el objetivo de fortalecer el efecto disuasorio de las sanciones *antitrust*. STG de 27 de septiembre de 2006, [Archer Daniels Midland Co. contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-329/01, RJ 2006/II/3255.

en el asunto *Musique Diffusion*<sup>225</sup>. El importante papel que desarrolla el factor de disuasión<sup>226</sup> en la política y praxis *antitrust* comunitaria se desprende del hecho de que el mismo constituye, a la vez, un elemento guía de la política de competencia de la Comisión Europea y un específico criterio de determinación de la gravedad de los ilícitos concurrenciales<sup>227</sup>, incidiendo de forma significativa sobre el cálculo del *quantum* de las multas sancionadoras<sup>228</sup>.

La Comisión Europea, por lo que concierne al primer aspecto, en su informe sobre la política de competencia para el año 2008, ha evidenciado que la finalidad disuasoria tiene que prevalecer sobre aquella represiva en cuanto: “El objetivo último de la Comisión cuando prohíbe una conducta contraria a la competencia y multa a los miembros de un cartel no es sólo castigarlos por su conducta pasada sino, ante todo, disuadir a cualquier empresa de proseguir o iniciar una conducta contraria a la competencia”<sup>229</sup>. Por lo que afecta, en cambio, al rol del factor de disuasión en el cálculo de la cuantía de las multas *antitrust*, después de la adopción de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras<sup>230</sup> y tras la puesta en marcha y el desarrollo de los programas de clemencia, la jurisprudencia comunitaria ha afirmado en varias ocasiones que dicho factor caracteriza la finalidad de las sanciones pecuniarias en Derecho de la competencia. En particular, la finalidad disuasoria sirve no sólo a orientar la conducta futura de las empresas infractoras<sup>231</sup>, sino también a influir sobre los comportamientos de las demás empresas que actúan en la industria afectada.

---

<sup>225</sup> STJ de 7 de junio de 1983, *SA Musique Diffusion française et al. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-100/80, RJ 1983/1825.

<sup>226</sup> La expresión “factor de disuasión” aparece en múltiples decisiones jurisprudenciales de los tribunales de la UE. Cfr., *ex multis*, STG de 15 de marzo de 2006, *BASF AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-15/02, RJ 2006/II/497; STJ de 22 de mayo de 2008, *Evonik Degussa GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas et al.*, C-266/06 P, RJ 2008/I/81; STG de 30 de abril de 2009, *Nintendo Co., Ltd y Nintendo of Europe GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-13/03, RJ 2009/II/975.

<sup>227</sup> STJ de 17 de julio de 1997, *Ferriere Nord S.p.a. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-219/95 P, RJ/I/4411.

<sup>228</sup> GIACOBBO-PEYRONNEL y SINGER (2009, pág. 75).

<sup>229</sup> Punto 8 del Informe de la Comisión – Informe sobre la política de competencia 2008, de 23 de julio de 2009 (SEC/2009/1004, COM/2009/374).

<sup>230</sup> Estas Directrices (Considerando 4º) también abogan por una finalidad de prevención, al mismo tiempo especial y general, de las multas que se imponen a las empresas que llevan a cabo una infracción del Derecho comunitario de la competencia.

<sup>231</sup> STG de 25 de octubre de 2005, *Groupe Danone contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-38/02, RJ 2005/II/4407; STJ de 19 de marzo de 2009, *Archer Daniels Midland Co. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-510/06 P, RJ 2009/I/1843.



El factor de disuasión se ha convertido en una pieza clave de la política *antitrust* comunitaria, como demuestra el hecho de que a partir de los mediados de los años noventa del siglo pasado, la Comisión Europea ha incrementado el importe medio de las multas<sup>232</sup> y ha continuado a incrementarlo de forma exponencial<sup>233</sup> con el doble fin de prevenir de forma más eficaz la realización de prácticas y conductas anticompetitivas y luchar contra el recidivismo<sup>234</sup>.

#### 6.4.2. Práxis de la Comisión Europea y orientaciones jurisprudenciales

Para entender el nexo que existe entre el efecto disuasorio de las multas sancionadoras y la gravedad de un ilícito concurrencial ha de tomarse en consideración que ya la Comisión Europea, a la hora de finalizar un procedimiento administrativo-sancionador, tiene que determinar la cuantía de las multas considerando tanto la gravedad que la duración de la infracción. La jurisprudencia comunitaria<sup>235</sup>, por su parte, ha afirmado que la gravedad de una infracción ha de ser apreciada: “en función de un gran número de factores, tales como, en particular, las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el

---

<sup>232</sup> BOS y SCHINKEL (2006, pág. 674).

<sup>233</sup> AL-AMEEN (2010, pág. 83).

<sup>234</sup> GERADIN y HENRY (2005, pág. 1). La Comisión Europea ha considerado que el recidivismo constituye la prueba principal de que una multa anteriormente impuesta no ha sido lo suficientemente disuasoria. En el año 2001, por ejemplo, el Ejecutivo comunitario ha impuesto a Michelin una multa de 19.760.000 euro por haber abusado de su posición de dominio a través de la implementación de un sistema de descuentos de fidelidad (DCE de 20 de junio de 2001, [COMP/E-2/36.041/PO – Michelin](#) (2002/405/CE), aps. 361-363, *DOCE* L 143/45 de 31 de mayo de 2002). El importe de la multa, en particular, fue incrementado del 50% por el hecho de que Michelin ya había cometido el mismo ilícito en 1981 (DCE de 7 de octubre de 1981, IV.29.491 – *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin* (81/969/CEE), *cit.*) y en virtud del hecho de que el apartado 2º del artículo 15 del Reglamento CEE 17 de 21 de febrero de 1962, consideraba explícitamente la reincidencia como una circunstancia agravante susceptible de implicar un aumento del importe de la multa. Al respecto cabe añadir que el TJUE ha confirmado en varias ocasiones que la Comisión Europea, en virtud del artículo 15 del Reglamento CEE 17/1962 (es decir, antes de la entrada en vigor del Reglamento CE 1/2003), podía tener en cuenta la reincidencia en la determinación de la gravedad de un ilícito concurrencial (STJ de 8 de febrero de 2007, [Groupe Danone contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-3/06, RJ 2007/I/1331, aps. 36-42).

<sup>235</sup> ATJ de 25 de marzo de 1996, [Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid et al. contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-137/95, RJ 1996/I/1611, ap. 54; STJ de 17 de julio de 1997, [Ferriere Nord S.p.a. contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), *cit.*, ap. 33.

alcance disuasorio de las multas, y ello sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente”.

La Comisión Europea goza, en principio, de un cierto margen de discrecionalidad<sup>236</sup> cuando estima en que medida el efecto disuasorio ha de incidir sobre la fijación del importe de la multa. Por esta razón la misma no se ha vinculado, a la hora de adoptar las Directrices para el cálculo de las multas sancionadoras por infracción del Derecho comunitario de la competencia, a una rígida metodología<sup>237</sup>, ni a criterios taxativos de análisis<sup>238</sup>. El Ejecutivo comunitario, por lo que afecta a la determinación de la gravedad de los ilícitos concurrenciales, ya bajo la vigencia de las [Directrices de 1998 para el cálculo de las multas sancionadoras](#)<sup>239</sup> (punto 1, sección A, párrafo cuarto), se había limitado a mencionar genéricamente la necesidad de fijar un importe que dotara las multas sancionadoras de un carácter lo suficientemente disuasorio<sup>240</sup>.

---

<sup>236</sup> La jurisprudencia comunitaria ha siempre considerado imprescindible dotar a la Comisión Europea de un cierto margen de discrecionalidad a la hora de determinar el importe de las multas *antitrust*, en cuanto las mismas constituyen una de las más poderosas herramientas para actuar concretamente la política de competencia y conseguir que las empresas ajusten su comportamiento a las normas del Tratado. STG de 6 de abril de 1995, [G. B. Martinelli contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-150/89, RJ 1995/II/1165, ap. 59.

<sup>237</sup> STJ de 16 de noviembre de 2000, [Cascades SA contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-279/98, RJ 2000/I/9693, aps. 39-47; STG de 8 de julio de 2008, [Lafarge SA contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-54/03, RJ 2008/II/120, ap. 659.

<sup>238</sup> Dicha postura fue avalada por los tribunales comunitarios ya bajo la vigencia de las Directrices de 1998 para el cálculo de las multas sancionadoras, estableciendo que la indicación de datos numéricos, relativos al método de cálculo de las multas, no era indispensable para el cumplimiento de la obligación de motivación. STJ de 2 de octubre de 2003, [Salzgitter AG contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-182/99 P, RJ 2003/I/10761, ap. 75.

<sup>239</sup> [Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA \(98/C 9/03\)](#), en adelante “Directrices de 1998 para el cálculo de las multas sancionadoras”, *DOCE C 9/3* de 14 de enero de 1998.

<sup>240</sup> La jurisprudencia comunitaria ha defendido esta elección metodológica afirmando que: “[...] al constituir la disuasión una finalidad de la multa, la exigencia de asegurar la misma constituye una exigencia general que debe guiar a la Comisión durante toda la fase de cálculo de la multa y no exige necesariamente que este cálculo venga caracterizado por una etapa específica destinada a una evaluación global de todas las circunstancias pertinentes a efectos de la consecución de dicha finalidad”. STG de 15 de marzo de 2006, [BASF AG contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), *cit.*, ap. 226; STG de 8 de octubre de 2008, [Le Carbone-Lorraine contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-73/04, RJ 2008/II/2661, ap. 131.

La metodología de cálculo dispuesta por tales Directrices funcionaba del siguiente modo: por un lado, la determinación del importe de base se establecía en función de la gravedad y duración de la infracción –en cuanto únicos criterios que figuraban en el Reglamento CEE 17/62– y, por el otro, el dato obtenido se tenía que ajustar en función de la aplicación de circunstancias agravantes o atenuantes específicas que, incrementando o rebajando el importe de base, conducían a la determinación del *quantum* definitivo de la multa.

Si bien autores tales JOSHUA y CAMESASCA (2004, pág. 6) y CAMILLI (2006, págs. 592-593) han duramente criticado la metodología empleada por las Directrices de 1998 para el cálculo de las multas sancionadoras, porque la determinación del importe de base de la multa dependía de un punto de partida arbitrario, exclusivamente anclado a los parámetros de la gravedad y duración de la infracción y completamente desvinculado de los efectos cuantitativos de la infracción<sup>241</sup>; los jueces comunitarios han estimado que estas Directrices se caracterizaban por una metodología objetiva, que fomentaba la transparencia de cálculo, garantizando al mismo tiempo el efecto disuasorio de las multas, en cuanto las empresas no podían prever con facilidad la magnitud del importe sancionador que habría sido determinado por el Ejecutivo comunitario<sup>242</sup>.

A pesar de las críticas recibidas, el método de cálculo de las multas que la Comisión Europea ha empleado antes de la entrada en vigor del Reglamento CE 1/2003 y de la adopción de las [Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras](#), puede considerarse legítimo en virtud de la configuración normativa de los procedimientos administrativo-sancionadores por infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE. En el marco de tales expedientes, en efecto, las partes siempre han podido representar exhaustivamente, mediante el ejercicio del derecho de participación procedimental, su posición respecto de los hechos contestados, siendo normativamente garantizado, a lo largo de todo el procedimiento, su derecho de defensa y el contradictorio con la Comisión Europea<sup>243</sup>. Es por esta razón que a las empresas involucradas en dichos procedimientos se les ha reconocido el derecho a ser oídas antes que la Comisión Europea adoptara una decisión definitiva sobre el asunto enjuiciado. Por consiguiente, al Ejecutivo comunitario se le ha impuesto la obligación de

---

<sup>241</sup> SIMONSSON (2010, pág. 97) ha puesto de relieve que el hecho de que la metodología establecida por las Directrices de 1998 para el cálculo de las multas sancionadoras, respecto de la determinación del importe de base, no mediase alguna conexión con el valor económico de las ventas realizadas por las empresas infractoras en el mercado afectado, se debía a su finalidad esencialmente retributiva.

<sup>242</sup> STG de 8 de julio de 2008, [BPB plc contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-53/03, RJ 2008/II/1333, ap. 336.

<sup>243</sup> Las alegaciones y deducciones de las partes del procedimiento, en efecto, se enfocan sobre el tamaño de la empresa, sus recursos financieros y el potencial efecto disuasorio de la sanción.

indicar, en el pliego de cargos<sup>244</sup>, los principales elementos de hecho y derecho que podían conducir a la imposición de una multa sancionadora –y entre ellos el factor de disuasión y en que medida el mismo se había considerado para determinar la gravedad de la infracción– de manera que las partes fueran en condiciones de contestarlos y presentar pruebas pertinentes<sup>245</sup>.

Con la adopción de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras se ha introducido una nueva metodología de cálculo, en el ámbito de la cual el efecto disuasorio asume un explícito papel ya en la determinación del importe de base de tales multas. A diferencia de lo que se preveía en las Directrices de 1998 para el cálculo de las multas sancionadoras, en la actual política sancionadora de la Comisión Europea se prevé que el importe de base no sólo ha de ser calculado en función de la gravedad<sup>246</sup> y duración de la infracción, sino que a través de su determinación se tienen que satisfacer exigencias de disuasión. Las nuevas Directrices, en efecto, establecen expresamente que: “[...] independientemente de la duración de la participación de una empresa en la infracción, la Comisión incluirá en el importe de base una suma comprendida entre el 15% y el 25% del valor de las ventas, [...] con el fin

---

<sup>244</sup> La Comisión Europea en el pliego de cargos delimita, en particular, los elementos de hecho y derecho que se han decidido tener en cuenta para determinar el importe de la multa sancionadora. Tras su comunicación, las empresas afectadas pueden ejercer la facultad de ser oídas, facultad esa que recae no sólo sobre el principio de la sanción, sino también sobre cada uno de los factores que la Comisión Europea ha considerado oportuno tener en cuenta para fijar el correspondiente *quantum*. STJ, 2ª, de 29 de junio de 2006, [Showa Denko KK contra Comisión de las Comunidades Europeas et al.](#), C-289/04 P, RJ 2006/I/5859, aps. 69-71.

<sup>245</sup> Los procedimientos *antitrust* nacionales funcionan de manera parecida. Véase, por ejemplo, el artículo 50, ap. 3, de la [Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia](#), en adelante “LDC de 2007”, BOE núm. 159 de 4 de julio de 2007, y el artículo 14 del Reglamento en materia de procedimientos de competencia de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ([Decreto del Presidente della Repubblica Italiana núm. 217 de 30 de abril de 1998](#), publicado en la *GURI* núm. 158 de 9 de julio de 1998).

<sup>246</sup> Los puntos 13, letra *a)* y 19, letra *b)*, apartado 1, de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras, por lo que concierne al parámetro de la gravedad, prevén que el importe de base de la multa se vinculará a una proporción del valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente. Según lo dispuesto por el punto 21, letra *b)*, apartado 1, además, la proporción del valor de las ventas que la Comisión habrá de tener en cuenta, podrá alcanzar el 30% del valor globalmente realizado en el último ejercicio (*variable mark-up*). Este *mark-up*, sin embargo, ha sido criticado por AL-AMEEN (2010, pág. 87) que ha evidenciado que su determinación carece tanto de justificación teórica como de respaldo empírico, pese al hecho de que la Comisión Europea no ha aclarado si su función sea aquella de expropiar las empresas de las ganancias ilícitamente obtenidas o la de compensar la sociedad por las pérdidas producidas.

de disuadir a las empresas incluso de participar en acuerdos horizontales de fijación de precios, de reparto de mercados y de limitación de la producción. La Comisión podrá aplicar también este importe adicional en el caso de otras infracciones [...]”<sup>247</sup>.

El análisis de las disposiciones de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras pone de relieve que a nivel comunitario se ha abogado por la postura teórica del *deterrence approach*<sup>248</sup>. En particular, cabe destacar que en el marco de la praxis sancionatoria de la Comisión Europea la finalidad disuasoria de las sanciones *antitrust* ha logrado su ápice con respecto a los *hardcore infringements*, cuales los carteles secretos de fijación de precio, reparto de mercados y limitación de la producción. En estos supuestos han entrado simultáneamente en juego dos factores de disuasión en cuanto, por un lado, el importe de base de la sanción se ha calculado considerando el límite legal máximo del *variable mark-up*, fijado en el 30% del volumen de ventas globalmente realizado durante el último ejercicio<sup>249</sup> y, por el otro, se ha aplicado también la *entry fee* del 15-25% del valor de las ventas<sup>250</sup>. En realidad la Comisión Europea, con el fin de alcanzar un mayor nivel de disuasión, puede superar el límite del 30% del volumen de ventas globalmente realizado durante el ejercicio como parámetro de referencia para calcular el importe de base de la sanción, pese al hecho de que las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras prevén expresamente que el Ejecutivo comunitario, en el ejercicio de su discrecionalidad en materia sancionatoria, pueda apartarse de la metodología ordinariamente establecida y superar el límite fijado al punto 21 que, so forma de regla general, prevé que: “[...] la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta se fijará en un nivel que podrá alcanzar hasta el 30%”<sup>251</sup>.

En los últimos años la Comisión Europea, aplicando esta nueva metodología de cálculo, ha impuesto multas sancionadoras muy elevadas a los *co-cartelists*<sup>252</sup>. Otro

---

<sup>247</sup> Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras, punto 25.

<sup>248</sup> AL-AMEEN (2010, pág. 91).

<sup>249</sup> El punto 23 de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras prevén que: “Los acuerdos horizontales de fijación de precios, de reparto de mercados y de limitación de la producción, que suelen ser secretos, se cuentan, por su propia naturaleza, entre los casos más graves de restricción de la competencia. En el marco de la política de competencia, deben ser sancionados con severidad. Por tanto, la proporción de las ventas considerada para este tipo de infracciones se situará generalmente en el extremo superior de la escala”. Cfr. también Reglamento CE 1/2003, artículo 23, ap. 2.

<sup>250</sup> Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras, puntos 23 y 25.

<sup>251</sup> *Ibidem*, punto 37.

<sup>252</sup> La Comisión Europea, por ejemplo, ha impuesto una sanción de 1,47 billiones de euro a los miembros del cartel sobre la venta de tubos de rayos catódicos (DCE de 5 de diciembre de 2012, [COMP/39.437 – Tubos para pantallas de televisor y de ordenador](#) (2013/C 303/07), un resumen de esta decisión ha sido publicado en el *DOUE* C 303/13

dato que emerge del análisis de las multas sancionadoras impuestas por la Comisión Europea en el marco de la lucha a los carteles, es que contra las empresas reincidentes se han realizado intervenciones sancionadoras más severas con la finalidad de lograr un mayor impacto disuasorio<sup>253</sup>. Por lo que concierne, en cambio, a las decisiones relativas a los supuestos de abuso de posición dominante, en los últimos años se ha observado como la Comisión Europea haya fluctuado entre la imposición de sanciones de importe extremadamente elevado<sup>254</sup> y sanciones de importe relativamente alto<sup>255</sup>. De los documentos

---

de 19 de octubre de 2013). La Comisión Europea, además, ha impuesto una sanción de más de 1,3 billones de euro a los miembros del cartel de suministro de vidrio para automóviles a constructores de vehículos ligeros, en particular turismos y vehículos comerciales ligeros, para primer montaje o sustitución, en lo que se denomina “mercado de equipo original” (DCE de 12 de noviembre de 2008, [COMP/39.125 – Vidrio para automóviles](#) (2009/C 173/08), un resumen de esta decisión ha sido publicado en el *DOUE C 173/13* de 25 de julio de 2009).

<sup>253</sup> La Comisión Europea ha incrementado el importe de la sanción impuesta a dos de las empresas (ENI S.p.A. y Shell Deutschland Oil GmbH) participantes en un cártel dirigido a fijar precios e intercambiar y revelar información comercialmente sensible en los mercados de las ceras de parafina y en aquéllo de la materia prima necesaria para la fabricación de ceras de parafina, que se denomina *slack wax*. El incremento del importe de base se ha establecido a causa de la reincidencia de estas dos empresas que, en el momento en que se produjo la infracción, ya habían sido sancionadas por la Comisión Europea por la participación en otros carteles (DCE de 1 de octubre de 2008, [COMP/39.181 – Ceras para velas](#) (2009/C 295/13), un resumen de esta decisión ha sido publicado en el *DOUE C 295/17* de 4 de diciembre de 2009). El incremento del importe de base, merced a la aplicación de la circunstancia agravante de la reincidencia, ha sido asombroso con respecto a la posición en el cártel del vidrio para automóviles (COMP/39.125) del grupo Saint-Gobain, en cuanto la Comisión Europea ha aplicado un aumento del 60% (la sanción impuesta ha sido de 896 millones de euro).

<sup>254</sup> La Comisión Europea ha impuesto una sanción de 1,6 billones de euro a Intel por haber abusado, entre 1997 y 2007, de su posición dominante (70%) en el mercado de las Unidades Centrales de Proceso de arquitectura “x86” (CPU para ordenadores). Intel, en particular, ha sido sancionada por haber realizado una práctica de descuentos condicionales, concediendo a fabricantes de equipos originales importantes descuentos supeditados sólo en el caso de que los mismos adquirieran (de Intel) la totalidad o casi de los suministros que necesitaban (DCE de 13 de mayo de 2009, [COMP/C-3/37.990 – Intel](#) (2009/C 227/07), un resumen de esta decisión ha sido publicado en el *DOUE C 227/13* de 22 de septiembre de 2009).

<sup>255</sup> La Comisión Europea ha impuesto una sanción de casi 127 millones y medio de euro a la sociedad Telekomunikacja Polska S.A. por haber abusado, en el período comprendido entre agosto 2005 y octubre 2009, de su posición de dominio (en realidad un monopolio exclusivo del 100%) en el mercado de acceso de banda ancha mayorista (BSA) y en el mercado de acceso mayorista a la infraestructura de red en una ubicación fija (LLU). Telekomunikacja Polska, en particular, ha sido sancionada por haber llevado a cabo una compleja estrategia para limitar la competencia en todas las fases del proceso de acceso a sus productos mayoristas (DCE de 22 de junio de 2011, [COMP/39.525 –](#)

oficiales públicamente disponibles (es decir los resúmenes de las decisiones), emerge que en los últimos y más relevantes supuestos de abuso de posición de dominio, la Comisión ha optado por imprimir una finalidad más bien represiva a la multa (*specific deterrence*), enfocándose casi exclusivamente sobre la especial gravedad de la conducta anticompetitiva<sup>256</sup>.

## 6.5. Efecto disuasorio y principio de proporcionalidad

El considerable incremento del importe de las multas sancionadoras en materia *antitrust* que por lo visto resulta funcional a la consecución de una finalidad disuasoria, pone un problema de justicia retributiva y conlleva la necesidad de averiguar si el volumen del importe de la sanción adoptada resulta o menos compatible con el principio de proporcionalidad<sup>257</sup>.

El respeto de este principio por parte de la Comisión Europea constituye una exigencia imprescindible que la jurisprudencia comunitaria ya ha tenido manera de aclarar en sus decisiones, estableciendo que: “la necesidad de garantizar que el efecto disuasorio de la multa sea suficiente, requiere adaptar el importe de la multa con objeto de tomar en consideración el impacto que se pretende obtener en la empresa multada, a fin de que dicha multa no resulte insignificante o, por el contrario, excesiva, sobre todo habida cuenta de la capacidad económica de la empresa en cuestión, conforme a las exigencias derivadas, por una parte, de la necesidad de garantizar la eficacia de la multa y, por otra, el respeto del principio de proporcionalidad”<sup>258</sup>.

La necesidad de satisfacer esta exigencia ha siempre limitado el margen de discrecionalidad de la Comisión Europea en la apreciación de la incidencia del efecto disuasorio sobre la gravedad de la infracción. En particular el Ejecutivo comunitario ha tenido siempre que respetar los principios generales del derecho, entre los cuales cabe destacar aquéllos de proporcionalidad e igualdad de trato,

---

[Telekomunikacja Polska](#) (2011/C 324/07), un resumen de esta decisión ha sido publicado en el *DOUE* C 324/7 de 9 de noviembre de 2011).

<sup>256</sup> Si consideramos la decisión del asunto *Telekomunikacja Polska*, la Comisión Europea, a la hora de calcular el importe de la multa sancionadora, ha decidido, por un lado, no aplicar alguna circunstancia agravante específica, ni tomar expresamente en consideración la exigencia de disuasión y, por el otro, se ha ceñido exclusivamente a la gravedad y duración de la infracción. Resumen de la DCE de 22 de junio de 2011, COMP/39.525 – *Telekomunikacja Polska*, *cit.*, ap. 33.

<sup>257</sup> SUNSTEIN *et al.* (2000, pág. 237); WILS (2008a, pág. 64).

<sup>258</sup> STJ de 22 de mayo de 2008, *Evonik Degussa GmbH* contra Comisión de las Comunidades Europeas *et al.*, *cit.*; STG de 18 de junio de 2008, [Hoechst GmbH](#) contra Comisión de las Comunidades Europeas, T-410/03.

reconocidos también por la jurisprudencia comunitaria<sup>259</sup>. En este último sentido, por ejemplo, podía leerse una de las previsiones contenidas en las Directrices de 1998 para el cálculo de las multas sancionadoras, con arreglo a la cual el resultado final del cálculo de las multas sancionadoras en ningún caso habría podido rebasar el techo del 10% del volumen de negocios mundial de las empresas infractoras (punto 5, letra a)).

Dicha previsión, además, se ha expresamente incluido en el Reglamento CE 1/2003 que en su artículo 23, apartado 2, establece que: “Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia: a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado; b) contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento; c) no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento. Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior”<sup>260</sup>.

## **6.6. Toma de posición sobre el debate relativo a la búsqueda del nivel óptimo de las multas sancionadoras y su implicación sobre la utilidad y necesidad que el remedio indemnizatorio cumpla una función disuasoria**

Desde una perspectiva de carácter general, las sanciones *antitrust* no podrían, ni deberían, cumplir una función disuasoria y, por lo tanto, no hace falta que se individualice el nivel óptimo de las mismas, ni se establezcan criterios metodológicos y operativos para que efectivamente se alcance este resultado. En primer lugar, las sanciones *antitrust* no pueden cumplir de por sí una función

---

<sup>259</sup> STG de 27 de septiembre de 2006, [Jungbunzlauer AG contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-43/02, RJ 2006/II/3435, ap. 87. Por lo que concierne a la aplicación del principio de igualdad de trato, la Comisión Europea no puede tratar de manera diferente situaciones que son comparables o de manera idéntica situaciones diferentes, a menos que este trato desigual pueda ser objetivamente justificado. STJ de 13 de diciembre de 1984, [Sermide SpA contra Cassa conguaglio zucchero et al.](#), C-106/83, RJ 1984/4209, ap. 28; STG de 14 de mayo de 1998, [BPB de Eendracht NV contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-311/94, RJ 1998/II/1129, ap. 309.

<sup>260</sup> Posteriormente, también en el ámbito de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras se ha previsto que: “Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1/2003”. Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras, *cit.*, punto 32.



disuasoria, en cuanto existen obstáculos de naturaleza normativa que impiden lograr este resultado. En efecto, el artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento CE 1/2003 establece que: “[...] Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia: a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado; [...] Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior”<sup>261</sup>.

La barrera normativa del umbral del 10% del volumen de negocios realizado por las empresas infractoras durante el último ejercicio social, que la Comisión Europea no puede sobrepasar en su proceso de determinación del *quantum* de las sanciones *antitrust*, configura una razón de derecho imperativo que obstaculiza la consecución de un nivel sancionador óptimo. La existencia de este límite se debe al hecho de que el ordenamiento jurídico considera preeminente la protección del interés al mantenimiento de un régimen competitivo en el mercado respecto de otras finalidades. En efecto, si no existiera dicho límite y la Comisión Europea impusiera a las empresas infractoras multas extremadamente elevadas, con la finalidad de alcanzar un nivel óptimo de disuasión respecto de la eventual realización de futuras infracciones *antitrust*, el hecho de no haber tenido en cuenta la *ability to pay* de las empresas sancionadas podría conducir a su salida del mercado y, por consiguiente, determinar una alteración del equilibrio competitivo que se había alcanzado en el mercado anteriormente a la realización del ilícito concurrencial de que se trate.

Por su parte, NOBLE y PILSBURY (2008, pág. 126) han observado que las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras establecen una metodología de determinación del *quantum* de las sanciones *antitrust* consistente con el objetivo de recuperar el sobrecoste generado por la implementación de carteles secretos y, al respecto, se ha estimado que la entidad del mismo suele ascender, medianamente, a un valor comprendido hasta el 30% de este mismo volumen, y eso no obstante se haya normativamente fijado un límite máximo para la determinación de las multas sancionadoras, correspondiente al 10% del volumen de negocios total realizado por las empresas infractoras (*v.gr.* los *co-cartelists*) durante el último ejercicio social. La discrasia entre estos dos parámetros resulta soltando aparente, en cuanto puede explicarse sobre la base del hecho de que la mayoría de las empresas sancionadas por la participación a un cártel secreto constituyen empresas multiproductos mientras el objeto del cártel podría ser circunscrito sólo a algunos de los productos que las mismas comercializan.

---

<sup>261</sup> También las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras establecen expresamente que “Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1/2003”.

En estos supuestos, por lo tanto, el importe final de la multa sancionadora, siendo parametrado sobre el volumen de negocios total de las empresas infractoras, conduce a un resultado sancionatorio adecuado respecto de la entidad del sobrecoste efectivamente alcanzado por los *co-cartelists*.

Además, la imposición por vía normativa de una barrera de naturaleza cuantitativa refleja la existencia de razones de carácter axiológico a la obstaculización de un régimen sancionador que conduzca a la imposición de multas calculadas para lograr un nivel óptimo de disuasión. En todo ordenamiento, en efecto, existe una jerarquía de valores que, a todos los niveles, los operadores jurídicos han de tener en cuenta, puesto que la misma incide tanto sobre el *decision-making process* del legislador como sobre las modalidades y la praxis aplicativa de las normas jurídicas existentes. En nuestro ámbito de análisis, como ya se ha tenido forma de señalar con anterioridad, la finalidad última de la normativa *antitrust* consiste en el mantenimiento de condiciones de competencia en el mercado y no en la consecución, a toda costa, de un nivel óptimo de disuasión. Si bajo una perspectiva *ex post*, respecto de la realización de una práctica anticompetitiva, resultaría preferible abogar por un régimen sancionador que tienda en todo caso a incrementar el grado de disuasión, en cambio, desde una perspectiva *ex ante*, resultaría más eficiente, y compatible con la finalidad del Derecho de la competencia en su conjunto, abogar por un régimen sancionador que preserve la capacidad económico-financiera de las empresas infractoras, de forma tal que tras la imposición de la sanción no resulte perjudicada su capacidad de competir en el mercado.

Otra importante razón que puede ponerse a fundamento del hecho de que las multas *antitrust* no tengan que alcanzar necesariamente un nivel sancionatorio óptimo, consiste en la circunstancia de que la imposición de una medida punitiva de tal alcance resultaría desproporcionada para la comunidad jurídica por ser incompatible y del todo ajena al debate jurídico. En particular, si las multas sancionadoras fueran calculadas con el fin de alcanzar un nivel óptimo de disuasión, las mismas faltarían de proporcionalidad en una visión de conjunto del sistema jurídico, pese a la generalizada percepción de menor gravedad que se suele atribuir a los ilícitos concurrenciales, comparada con la mayor gravedad de otras tipologías de conductas ilícitas sancionadas por el ordenamiento, por ejemplo las conductas delictuosas (obviamente, allí donde el ordenamiento no haya abogado por atribuir un desvalor penal a los ilícitos concurrenciales).

Cabe añadir que un reciente pronunciamiento del TJUE parece haber aclarado que el debate científico acerca del nivel óptimo de las sanciones no puede ser útilmente trasladado al plano de la aplicación pública del Derecho de la competencia, ni resulta susceptible de afectar a la política sancionatoria de la Comisión Europea. Ocurre preliminarmente considerar que la metodología prevista por las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras resulta susceptible de producir una diferenciación entre el tratamiento sancionatorio de las *multi-product firms* y aquéllo de las *single-product firms* en los supuestos de participación al mismo cártel secreto. En efecto, la aparente

discrasia entre el parámetro bajo el cual se determina el importe de base de la multa y aquéllo que se toma en consideración para establecer el importe final de la misma, deviene concreta en estos supuestos, desembocando en un tratamiento sancionatorio más represivo para las empresas multiproducto en comparación con aquéllas monoproducción<sup>262</sup>. Además, en los supuestos en que todas las empresas que participan a un cártel secreto fueran monoproducción podría darse el caso de que el importe final de las multas sancionadoras exceda, para todas las empresas involucradas en el ilícito concurrencial, el umbral máximo del 10% del volumen de negocios total realizado durante el último ejercicio social, a pesar del eventual diferente aportación y de la aplicación de circunstancias atenuantes o agravantes: puesto que este umbral no puede ser sobrepasado, el importe final de la multa deberá ser rebajado para que pueda ajustarse a este límite. En estas situaciones surge un significativo problema, en cuanto la Comisión Europea no podría diferenciar, desde un punto de vista sancionatorio, la responsabilidad de los *co-cartelists* y esta circunstancia, como ha sido puesto de relieve por el TGUE con referencia al asunto *Putters*, es susceptible de repercutirse negativamente sobre el principio de individualización de las penas y de las sanciones<sup>263</sup>.

Para obviar a este problema, la Comisión Europea ha abogado en una reciente decisión (asunto *Sobres*<sup>264</sup>) por una reducción proporcional del importe final de las multas sancionadoras impuestas a los *co-cartelists* monoproducción para así diferenciar la posición de las mismas en función de su específica responsabilidad en la realización de la infracción *antitrust* de que se trate. El Ejecutivo comunitario, en particular, recurriendo a su poder discrecional en materia de política sancionatoria, ha rebajado el importe final de las sanciones calculadas aplicando la metodología de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras, de forma proporcional a los resultados del cálculo de un coeficiente denominado *mono-product ratio*, que pone en relación las ventas del producto objeto del cartel con el volumen de negocios total y las diferencias entre las partes según su participación individual en la infracción<sup>265</sup>.

De la tendencia sancionatoria manifestada por la Comisión Europea en ocasión de la determinación del *quantum* de las multas en el asunto *Sobres*—aunque se trate de un supuesto que el mismo Ejecutivo comunitario considera excepcional—desciende que el *enforcer* comunitario, en la aplicación de su política sancionatoria

---

<sup>262</sup> NOBLE y PILSBURY (2008, pág. 126).

<sup>263</sup> STG de 16 de junio de 2011, *Putters International NV contra Comisión Europea*, T-211/08, RJ 2011/II/3729, ap. 75.

<sup>264</sup> DCE de 10 de diciembre de 2014, AT.39780 — *Sobres* (2015/C 74/05), un resumen de esta decisión se ha publicado en el *DOUE* C 74/5 de 3 de marzo de 2015, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39780/39780\\_3528\\_6.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39780/39780_3528_6.pdf)).

<sup>265</sup> DCE de 10 de diciembre de 2014, AT.39780 — *Sobres* (2015/C 74/05), *cit.*, ap. 91.

en materia *antitrust*, más bien que tratar de alcanzar un nivel sancionatorio óptimo ha abogado por la modulación de las responsabilidades individuales de las empresas infractoras, rebajando los importes sancionatorios finales calculados con arreglo a la metodología ordinaria. Este supuesto resulta particularmente significativo a efectos de nuestro análisis, en cuanto afecta a un supuesto de *hardcore infringement*. Al respecto cabe ulteriormente constatar que si bien la Comisión Europea haya declarado que, no obstante la aplicación del *mono-product ratio*, las multas sancionadoras se fijan a un nivel proporcionado a la naturaleza de la infracción y adecuado para alcanzar una finalidad disuasoria, en la práctica el descuento que se aplica a las empresas infractoras con el fin de modular su específica responsabilidad es susceptible de conducir a la imposición de un *quantum* sancionatorio mucho más bajo de los beneficios, en términos de sobrecoste, obtenidos a través de la participación al cártel, sobre todo si tomamos en consideración que en supuestos cuales aquéllos que acabamos de analizar las empresas infractoras son monoproducción. En definitiva, la más reciente praxis sancionatoria de la Comisión Europea pone de manifiesto que la búsqueda de un nivel sancionatorio óptimo no constituye un objetivo jurídicamente, ni políticamente al alcance del *enforcer* comunitario.

Las anteriores consideraciones resultan muy útiles para aclarar el cuadro de las relaciones existentes en los dos planos de *enforcement* de la normativa comunitaria de defensa de la competencia. En efecto, puede observarse que en el ámbito del sistema europeo de *enforcement* del Derecho de la competencia únicamente las multas sancionadoras cumplen una función disuasoria, si bien el importe de las mismas no se determine con el fin de alcanzar un nivel óptimo de disuasión, en cuanto el legislador comunitario ha expresamente excluido que las *antitrust damages actions* tengan que desarrollar un papel disuasorio, asignando a las mismas una función de naturaleza meramente compensatoria<sup>266</sup>, lo que les convierte en el principal instrumento que las víctimas de ilícitos concurrenciales tienen a disposición para obtener la reparación de los daños y perjuicios sufridos a causa de la realización de una infracción *antitrust*<sup>267</sup>. De esto se desprende que el remedio indemnizatorio constituye la única herramienta directa de protección de los intereses económicos individuales de los sujetos perjudicados por la realización de ilícitos concurrenciales, en cuanto ninguna forma de tutela parecida se halla contemplada en el plano del *public antitrust enforcement*: en línea general, la Comisión Europea carece del poder de ordenar a las empresas infractoras la reparación de los daños causados como consecuencia de sus prácticas anticompetitivas. En realidad sólo eventualmente, en el caso de que las empresas involucradas en un expediente administrativo-sancionador por supuesta infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE propongan unos

---

<sup>266</sup> Cfr. *infra sub* §.I.8, §.IV y §.V.

<sup>267</sup> McAfee *et al.* (2008, págs. 1863-1865), sin embargo, ha observado que el ejercicio de las *antitrust damages actions* incrementaría, de hecho, el efecto disuasorio que descende de la imposición de multas sancionadoras (efecto disuasorio adicional).

compromisos con arreglo al artículo 9 del Reglamento CE 1/2003, y la Comisión Europea se incline a aceptarlos, podrían ser impuestas medidas remediales de tipo indemnizatorio que beneficien directamente los sujetos perjudicados por la realización de una práctica empresarial que, si bien no se pueda técnicamente configurar como ilícito concurrencial, haya por lo menos sido considerada fuente de perplejidades de naturaleza concurrencial<sup>268</sup>.

Dichas consideraciones nos llevan a afirmar que el hecho de que el ejercicio de las *antitrust damages actions* pueda conducir a un incremento de las probabilidades de descubrimiento de una práctica anticompetitiva no afecta a la función asignada a las mismas en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia. Además, resulta controvertido establecer si el ejercicio de tales acciones determine o menos un efectivo incremento de las probabilidades de identificación de los ilícitos concurrenciales puesto que tanto las acciones de seguimiento (*follow-on actions*) que las acciones autónomas (*stand-alone actions*) no resultan prácticamente adecuadas para detectar las infracciones más graves de la normativa *antitrust*, cuales los carteles secretos. Podría, en cambio, sostenerse que las *antitrust damages actions* concurren a detectar los demás tipos de ilícitos concurrenciales, cuales el abuso de posición de dominio y los acuerdos restrictivos de carácter horizontal o vertical. Sin embargo, ni siquiera esta conclusión resulta correcta, en cuanto estas tipologías de ilícitos resultan muy fáciles de detectar por las Autoridades de la competencia con independencia del ejercicio de una acción resarcitoria por parte de los sujetos concretamente perjudicados. En estos supuestos, en efecto, es muy probable que el autor de la infracción sea delatado por sus competidores o clientes que, por el hecho de haber quedado excluidos o marginalizados del mercado como consecuencia de la realización de una de estas prácticas anticompetitivas, poseen fuertes incentivos a denunciar el autor de la infracción ante la Autoridad de la competencia.

En definitiva puede concluirse que la función precipuamente compensatoria que caracteriza las acciones resarcitorias hace que las mismas no constituyan una herramienta de *enforcement* adecuada para perseguir una función precipuamente disuasoria. Este resultado no cambia ni siquiera considerando los eventuales efectos secundarios que puede plantearse desciendan de la concesión de un remedio indemnizatorio, puesto que el mismo no resulta susceptible de aportar algún beneficio práctico en términos de incremento de la tasa de descubrimiento de las infracciones *antitrust*, sobre todo con respecto a los *hardcore infringements*. Por estas razones no resulta de alguna utilidad, ni tampoco aparece necesario, que los órganos jurisdiccionales nacionales establezcan el *quantum* de la indemnización con el fin de alcanzar un nivel disuasorio óptimo en el marco de un contexto sinérgico de *enforcement* público-privado.

---

<sup>268</sup> Cfr. infra sub §.

## 7. Multas sancionadoras, remedios y expropiación de los beneficios ilícitamente obtenidos por los autores de ilícitos concurrenciales

El tema del carácter remedial de las multas sancionadoras en Derecho de la competencia constituye una cuestión teórica muy discutida. En efecto, mientras por un lado es pacífico que dichas multas persiguen esencialmente una finalidad disuasoria, en cuanto con su imposición la Comisión Europea trata de lograr que la normativa de defensa de la competencia no vuelva a ser infringida en el futuro, por el otro no existe una posición compartida sobre si tales herramientas de *public enforcement* puedan también contribuir al cese definitivo de los ilícitos concurrenciales y, por ende, a la corrección de los problemas de competencia provocados por tales infracciones.

Antes de todo y de forma general, podemos observar que existen dos macroposiciones en orden a la cuestión del carácter remedial de las multas sancionadoras en Derecho de la competencia: por un lado la postura de quienes consideran que exista una neta distinción entre multas sancionadoras y remedios *antitrust* de naturaleza pública y, por el otro, la postura de quienes reconocen que tales multas también desarrollan una función de tipo remedial. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), por ejemplo, respalda la postura de la distinción entre multas y remedios, afirmando por una parte que los remedios constituyen medidas finalizadas a poner fin a las prácticas anticompetitivas, a interrumpir los efectos perjudiciales que descenden de las mismas, a prevenir su repetición y a restaurar las condiciones de competencia en el mercado, y, por la otra, que las multas constituyen herramientas de disuasión y, en algunos supuestos, de compensación de las víctimas<sup>269</sup>. En la misma línea de pensamiento se colocan LOWE y MAIER-RIGAUD (2008, pág. 598) y HELLSTRÖM *et al.* (2009, pág. 45), como demuestra el hecho de que estos autores consideran que las multas sancionadoras desarrollan exclusivamente una finalidad de prevención –general y particular– en cuanto su imposición sólo sirve para evitar que las empresas infractoras, así como las demás empresas que actúan en la industria afectada por el ilícito concurrencial de que se trate, vuelvan en el futuro a llevar a cabo otras infracciones *antitrust*. Bajo esta postura las multas sancionadoras terminarían por no jugar algún papel en el plano de la restauración del proceso competitivo.

Viceversa, otros autores, como por ejemplo BARNETT (2007, pág. 554), incluyen las multas sancionadoras previstas por el artículo 23 del Reglamento CE 1/2003, así como las multas coercitivas contempladas en el siguiente artículo 24, en el

---

<sup>269</sup> OCDE – Policy Roundtables (2006), *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, pág. 20.

álveo de la categoría de los remedios *antitrust* de naturaleza pública. Al respecto cabe añadir que también SHELANSKI (2007, pág. 614) afirma que las multas sancionadoras no sólo constituyen medidas punitivas con función disuasoria, sino que también poseen carácter remedial. Este autor, en particular, fundamenta su postura sobre un doble argumento: por un lado se afirma que las multas *antitrust* pueden ser empleadas como medios para restaurar las condiciones de competencia en ausencia de otros remedios viables y, por el otro, se considera que las mismas pueden contribuir a neutralizar los efectos perjudiciales que descenden de la realización de prácticas anticompetitivas, por ejemplo expropiando las empresas infractoras de los beneficios ilícitamente obtenidos.

Nosotros también consideramos que las multas sancionadoras puedan, en abstracto, desarrollar una función remedial en la medida en que acoplen a la función disuasoria también una función expropiativa de los beneficios ilícitamente obtenidos por las empresas infractoras. Esta aplicación, en efecto, convertiría las sanciones *antitrust* en herramientas de *enforcement* aptas para concurrir a restaurar las condiciones de competencia existentes en el mercado antes de la realización de un ilícito concurrencial. Si las multas sancionadoras pudieran efectivamente alcanzar de forma simultánea estas dos funciones, su imposición podría concurrir a regresar a la preexistente situación de mercado con consiguiente restauración de las condiciones económicas de todas las empresas que actúan en la industria afectada *but-for the infringement*. Este resultado de *enforcement* eliminaría la alteración del enfrentamiento competitivo provocada por el ilícito incremento del poder de mercado de las empresas infractoras (en cuanto las mismas no podrían beneficiarse de las ventajas económicas ilícitamente obtenidas), y por el injusto detrimento económico sufrido por los agentes económicos perjudicados (*in primis* los competidores). Sin embargo, la existencia de límites normativos al ejercicio del poder sancionatorio de la Comisión Europea hace inviable, en un contexto del *public antitrust enforcement*, la realización práctica de la opción de *policy* que acabamos de ilustrar. En particular, el hecho de que el límite máximo de las multas sancionadoras no puede rebasar el umbral del 10% del del volumen de negocios total realizado por las empresas infractoras durante el último ejercicio social, hace que en muchos supuestos el importe final de las sanciones imponibles sea inferior al beneficio ilícitamente obtenido a causa de la infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE (*v.gr.* el supuesto en que las empresas que participan a un cartel secreto sean monoproducción y a las mismas se les aplique un descuento determinado sobre la base del mecanismo del *mono-product ratio*). Por estas razones consideramos que las multas sancionadoras no constituyan vehículos jurídicos adecuados para expropiar los beneficios ilícitamente obtenidos por las empresas infractoras.

Ni siquiera el remedio indemnizatorio representa una herramienta de tutela adecuada para conseguir una finalidad expropiativa, en cuanto a través de la armonización del régimen jurídico aplicable a los supuestos de responsabilidad extracontractual que descenden del incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia, el legislador comunitario ha expresamente asignado a las acciones de indemnización por daños y perjuicios una función resarcitoria. Este

carácter, sin embargo, no representa de por sí un obstáculo absoluto a que las *antitrust damages actions* persigan una finalidad expropiativa, sin embargo en los supuestos en que el daño *antitrust* resulta fragmentado porque sufrido por una pluralidad indeterminada de sujetos, la falta actual de una herramienta colectiva de tutela con un régimen jurídico armonizado, así como la falta de coordinación con las herramientas de *enforcement* público, cuales las multas sancionadoras y los eventuales remedios indemnizatorios impuestos so forma de compromisos, impiden al remedio indemnizatorio desarrollar una función expropiativa.

Por lo tanto, reputamos que sólo en el ámbito del *public antitrust enforcement*, mediante el recurso a una herramienta remedial *ad hoc*, pueda emplearse la técnica del *disgorgement* como medio ulterior de corrección de las alteraciones de mercado provocadas por la realización de prácticas anticompetitivas y, al mismo tiempo, como herramienta jurídica de soporte a la plena indemnización de los perjuicios sufridos por las víctimas de ilícitos concurrenciales<sup>270</sup>. Al respecto consideramos muy relevante mencionar la propuesta que ha sido formulada por ELHAUGE (2010, págs. 89-93) que ha destacado como la expropiación de los beneficios ilícitamente obtenidos podría ser un remedio muy valioso a la hora de corregir las alteraciones del régimen competitivo que descenden de los abusos de posición de dominio so forma de precios excesivos.

Por lo que concierne a esta práctica empresarial, el antedicho autor pone preliminarmente de relieve que el artículo 102, apartado 1, lit. *a*), del TFUE al prohibir *ex se* que las empresas dominantes puedan imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas (prohibición de precios excesivos) constituye una disposición que engendra muchos problemas en cuanto incide de forma significativa sobre el libre ejercicio de la autonomía empresarial. Normalmente, en efecto, las empresas que se hallan en posición de dominio han logrado esta posición de forma meritoria, realizando inversiones valiosas para desarrollar sus productos y procesos industriales y, por esto, han terminado por ser más eficientes de los rivales en el enfrentamiento competitivo: las ganancias que dichas empresas consiguen lograr del ejercicio de su actividad de empresa desde una posición de dominancia, por lo tanto, pueden considerarse el justo premio para haber alcanzado una mayor competitividad respecto de los competidores<sup>271</sup>. Además, el hecho de que en el mercado se practiquen precios elevados no constituye de por sí un acontecimiento dañino, en cuanto los mismos favorecen y fomentan la

---

<sup>270</sup> En efecto, en términos generales, la expropiación de los beneficios ilícitamente conseguidos por el autor de una infracción jurídicamente relevante está asociada a la subsistencia de un enriquecimiento injusto del infractor y a la simultánea (injusta) pérdida patrimonial de los sujetos perjudicados en consecuencia de la realización de una actividad ilícita. Sobre el concepto de *disgorgement* en general véanse, por ejemplo, los trabajos de BIRKS (1985), FARNSWORTH (2014) y GÓMEZ LIGÜERRE (2013, págs. 387-396).

<sup>271</sup> ELHAUGE (2003a, pág. 332); ID. (2003b, pág. 796).



entrada de los *newcomers* (si obviamente no existen obstáculos a la misma, como por ejemplo la presencia de barreras de entrada), lo que incrementa la competencia y se repercute de forma positiva sobre el bienestar de los consumidores. No obstante la existencia de esta prohibición, la Comisión Europea tiende a no recurrir a la cualificación jurídica de las prácticas empresariales contrarias al artículo 102 del TFUE en términos de precios excesivos, también allí donde esto habría sido plausible (*v.gr.* asunto *Microsoft*)<sup>272</sup>.

ELHAUGE (2010, págs. 90-91), sobre la base de estas premisas, ha puesto de relieve que sería mejor interpretar restrictivamente la prohibición establecida en el artículo 102, apartado 1, lit. *a*), del TFUE, en cuanto la misma, añadiendo un elemento ulterior a la prohibición de discriminación establecida en el artículo 102, apartado 1, lit. *c*), del TFUE<sup>273</sup>, colma una laguna del sistema normativo comunitario de defensa de la competencia, que sólo se limita a prohibir el ejercicio abusivo de una posición dominante, pero no su ilícita consecución (*monopolization*). En efecto la actividad de *public antitrust enforcement* relacionada con dichos supuestos podría limitarse a sancionar, so forma de abuso de posición dominante, sólo la imposición de precios excesivos que se lleve a cabo posteriormente a la consecución ilícita de una posición de dominancia, en cuanto esto permitiría, si bien indirectamente, castigar la *monopolization*<sup>274</sup>.

ELHAUGE (2010, pág. 91) ha reputado que el remedio más eficiente para corregir las alteraciones de la competencia que se producen en los supuestos de fijación excesiva de precios por parte de empresas que han logrado de forma ilícita una posición dominante en el mercado, es la expropiación de los beneficios ilícitamente obtenidos. Este remedio, en efecto, resulta también más viable de un remedio de tipo estructural, cuya imposición a través de una decisión sancionadora está supeditada a límites normativos más estrictos<sup>275</sup>. Este autor, habiendo formulado su propuesta cuando el proceso de armonización del régimen jurídico aplicable a las *antitrust damages actions* no había todavía finalizado, había también destacado que el recurso a un remedio con función expropiativa habría resultado particularmente adecuado al contexto comunitario, pese al hecho de que el mismo se caracterizaba por un nivel de aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia insatisfactorio, tanto con respecto a la indemnización de los daños *antitrust*, como con respecto a la expropiación de los beneficios ilícitamente obtenidos por las empresas infractoras –este argumento se fundaba sobre las deficiencias del sistema de aplicación privada relativas al

---

<sup>272</sup> ELHAUGE y GERADIN (2007, pág. 254).

<sup>273</sup> Esta previsión normativa prohíbe: “[...] c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”.

<sup>274</sup> RÖLLER (2007, págs. 9-13); PAULIS (2008, págs. 518-519).

<sup>275</sup> Cfr. *infra sub* §.II.6 y §.II.7.

régimen probatorio, a las acciones colectivas y a las reglas de distribución de las costas procesales—. Hoy en día este argumento resulta parcialmente superado, si bien el legislador comunitario no haya mejorado, mediante el proceso de armonización que ha recientemente afectado al régimen de las *antitrust damages actions*, todos los aspectos de criticidad evidenciados por ELHAUGE (*v.gr.* acciones colectivas y costas procesales<sup>276</sup>).

Nosotros en cambio consideramos que la Comisión Europea debería recurrir a una aplicación generalizada de los remedios de carácter expropiativo, en cuanto el recurso al *disgorgement* no presenta alguna significativa contraindicación respecto de la configuración actual del sistema comunitario de *enforcement* del Derecho de la competencia. En efecto, el principal obstáculo a la aplicación de remedios expropiativos consiste en el efecto de sobredisuasión que los mismos pueden conllevar. Sin embargo, dicho problema surge concretamente sólo cuando los demás remedios concurrentes, sobre todo aquéllos que pertenecen al plano del *private antitrust enforcement*, ya de por sí garanticen una completa expropiación de los beneficios ilícitamente obtenidos por las empresas infractoras. En el contexto europeo no creemos que el remedio indemnizatorio sea susceptible de alcanzar este resultado, puesto que la acción de armonización del legislador comunitario no ha conducido a la completa eliminación de los obstáculos al ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios por infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE. Cabe además añadir que la presencia de límites normativos al ejercicio de los poderes sancionatorios de la Comisión Europea impide que la imposición de multas sancionadoras pueda erosionar completamente las ganancias conectadas con la realización de ilícitos concurrenciales.

Por esto, si miramos al sistema de *antitrust enforcement* en su conjunto, el recurso a los remedios expropiativos por parte del Ejecutivo comunitario presenta una gran ventaja en cuanto, en lugar de ser un posible elemento de sobredisuasión, resulta susceptible de concurrir al cumplimiento de las funciones repristinatoria, disuasoria e indemnizatoria (en este último caso debería también preverse la creación de un fondo de compensación en el que confluyan los recursos pecuniarios expropiados a las empresas infractoras para luego destinarlos, bajo ciertas condiciones, a los sujetos perjudicados). La viabilidad del recurso a remedios públicos de naturaleza expropiativa, además, resultaría también muy elevada, en cuanto es generalmente más fácil calcular la cuantía total de las ganancias ilícitamente obtenidas que el daño económico particular sufrido por cada sujeto perjudicado por la realización de un ilícito concurrencial. Por último cabe evidenciar que la falta eventual de claridad acerca del carácter anticompetitivo de la práctica empresarial enjuiciada puede constituir un límite significativo a la aplicación de este tipo de remedio: esto, en particular, puede

---

<sup>276</sup> Cfr. *infra sub* §.V.

ocurrir cuando el asunto es novedoso y no existe una praxis administrativa consolidada, ni una doctrina jurisprudencial constante y pacífica.

## **8. Modelo público y sistema privado de aplicación de la normativa *antitrust***

Antes de concluir este primer, introductorio capítulo consideramos oportuno desarrollar algunas observaciones de carácter general sobre las dos macro-vías de *enforcement* de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, es decir el sistema público caracterizado por la primacía del papel de la Comisión Europea y la tutela de un interés supraindividual y el sistema privado caracterizado por la descentralización de la tutela y la protección de los intereses económicos particulares de las víctimas de los ilícitos concurrenciales.

### **8.1. Consideraciones generales**

Modelo público y sistema privado de aplicación de la normativa *antitrust* constituyen dos vías de *enforcement* entorno a las cuales se ha generado un amplio debate doctrinal. En particular, el debate se ha centrado en larga medida sobre la evaluación comparativa de estos sistemas con arreglo a diferentes parámetros<sup>277</sup> cuales, por ejemplo, el grado de protección del interés jurídico tutelado por la normativa de defensa de la competencia o el nivel de satisfacción de los generales objetivos de *enforcement* de esa normativa<sup>278</sup>. Además, la confrontación de estos dos sistemas se ha llevado a cabo arrancando desde diferentes perspectivas, entre las cuales cabe mencionar el punto de vista del Derecho y Economía, principalmente enfocado sobre la individuación del modelo más eficiente.

Al respecto cabe de inmediato poner de relieve que ORTIZ BAQUERO (2011, pág. 41) ha correctamente evidenciado que este tipo de impostación hace que el debate asuma una valencia meramente teórica, siendo extremadamente controvertido establecer en términos absolutos cual de los dos modelos

---

<sup>277</sup> KOMNINOS (2008, pág. 6).

<sup>278</sup> HARDING y JOSHUA (2003, pág. 229) han evidenciado que tres son los objetivos generales de *enforcement* de la normativa *antitrust*: *i*) poner fin a las infracciones detectadas (*injunctive*); *ii*) indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la realización de prácticas anticompetitivas (*compensatory*); *iii*) sancionar los autores de las infracciones con el propósito de disuadirlos de la realización de ulteriores ilícitos (*punitive*). KOMNINOS (2006, pág. 9), en cambio, ha señalado que el *private antitrust enforcement* satisfaría plenamente estos tres objetivos, siendo prevalente respecto de la compensación de los perjudicados; mientras el *public antitrust enforcement* aún careciendo de medidas directas de compensación, asumiría un papel prevalentemente punitivo.

constituya el mejor sistema de *enforcement*<sup>279</sup>. Sin embargo, consideramos oportuno reconstruir los aspectos esenciales de la cuestión, porque por un lado estimamos que sea útil en la determinación del tipo de relación existente entre *public* y *private enforcement* del Derecho comunitario de la competencia y, por el otro, que sirva para entender las razones que subyacen a las diferentes elecciones disponibles: *a)* prevalencia de un sistema respecto del otro; *b)* independencia recíproca; *c)* admisibilidad de un cierto grado de interrelación.

Por lo que concierne al tema de la prevalencia de un sistema de *enforcement* respecto del otro cabe antes de todo destacar que, en términos generales, ya a mediados de los años 70 del siglo XX en las discusiones académicas de EE.UU. se había desarrollado un importante debate acerca de la eficiencia de estos dos modelos de aplicación de las normas jurídicas. BECKER y STIGLER (1974, págs. 1-18), centrándose sobre la eficacia disuasoria del *private enforcement*, afirmaron que mediante una correcta configuración de esta vía de aplicación podían lograrse resultados mucho más eficientes de aquéllos que habrían podido ser conseguidos a través del recurso a un sistema de aplicación pública. En particular, estos autores consideraron que los daños resarcibles habrían tenido que ser fijados en una cuantía mayor de los perjuicios efectivamente sufridos por los perjudicados, con el fin de incrementar el ejercicio de las acciones resarcitorias y, por consiguiente, aumentar la probabilidad de descubrimiento de los infractores<sup>280</sup>.

Con posterioridad, LANDES y POSNER (1975, págs. 1-46)<sup>281</sup> pusieron de relieve que la eficiencia del *private enforcement* no podía afirmarse de forma general, ni estaba exclusivamente supeditada a una correcta configuración normativa, en cuanto en muchos supuestos, para alcanzar los resultados de eficiencia que la doctrina había anteriormente destacado, resultaba necesario realizar ingentes inversiones y, en todo caso, no habría sido posible asegurar una correcta gestión de los riesgos de duplicación de los esfuerzos, desperdicio de recursos y sobredisuasión. Por último, cabe tener en cuenta que autores muy influyentes, cuales SHAVELL (1982, pág. 333) y POSNER (2003, pág. 632), subrayaron que otro importante problema conectado con la implementación del *private enforcement* consistía en la dificultad de establecer, por un lado, el nivel óptimo de incentivos en favor de los sujetos perjudicados y, por el otro, el nivel óptimo de las sanciones públicas que habrían de imponerse a los autores de las infracciones.

El debate acerca del modelo de *enforcement* preferente desde una perspectiva de eficiencia económica ha tenido lugar también en Europa. En términos generales en el ámbito de este debate se han contrapuesto las posiciones de quienes

---

<sup>279</sup> WALLER (2006, pág. 368); PARDOLESI (2009, pág. 18).

<sup>280</sup> *Ibidem*.

<sup>281</sup> *Contra* FRIEDMAN (1984, págs. 379-397).

estimaban superior el modelo de aplicación pública<sup>282</sup>, a las posturas de quienes abogaban por la mayor eficiencia del sistema de aplicación privada<sup>283</sup>.

Por lo que se refiere al específico ámbito del Derecho de la competencia, entre los argumentos utilizados para afirmar la mayor eficiencia del modelo público respecto del *private antitrust enforcement* cabe señalar los siguientes: *i*) desde el principio faltarían adecuados incentivos para incrementar el ejercicio de acciones de daños y perjuicios, en cuanto los perjudicados sólo persiguen intereses económicos personales<sup>284</sup>; *ii*) no se realizarían inversiones suficientes en los litigios *antitrust* de naturaleza jurisdiccional, puesto que los demandantes suelen actuar tomando en consideración sólo los costes y beneficios esperados<sup>285</sup> y no también los efectos beneficiosos que un éxito positivo del juicio podría producir con respecto a las conductas futuras de otros potenciales infractores (*under-investment*); *iii*) los sujetos privados podrían utilizar el Derecho de la competencia de una forma estratégica, es decir con el fin de neutralizar las legítimas prácticas empresariales de competidores más eficientes para proteger sus intereses económicos<sup>286</sup>; *iv*) los sujetos perjudicados no estarían bien situados, sobre todo con respecto a los *hardcore infringements*<sup>287</sup>, para demostrar en juicio la existencia de una práctica empresarial anticompetitiva<sup>288</sup>; *v*) la aplicación privada del Derecho

---

<sup>282</sup> Véase, sin presunción de exhaustividad, PETITBÒ JUAN y BERENGUER FUSTER (1998, pág. 30); PAULWEBER (2000, pág. 45); WILS (2003a, pág. 473); MARTÍNEZ MULERO (2005, pág. 116); FINGLETON (2006, págs. 60-61); BUXBAUM (2007, pág. 48); MACKENRODT (2008, págs. 170-171).

<sup>283</sup> BRODLEY (1995, pág. 35); JONES (2004, págs. 13-24); MCAFEE *et al.* (2008, pág. 1864).

<sup>284</sup> PETITBÒ JUAN y BERENGUER FUSTER (1998, pág. 30); WILS (2003a, pág. 482); SEGAL y WHINSTON (2006, págs. 9-11). En particular, este supuesto podría verificarse ante situaciones de dependencia económica del sujeto perjudicado respecto de la empresa infractora. VAN DEN BERGH y CAMESASCA (2001, pág. 331). Cfr. *infra sub* §.IV.1.1 y §.IV.3.4.1. COLOMER HERNÁNDEZ (pág. 474); ALONSO SOTO (2005, pág. 41); PARDOLESI (2009, pág. 22), en cambio, consideran que los jueces nacionales, a la hora de aplicar el Derecho de la competencia, persiguen también el objetivo de salvaguardar el interés público al mantenimiento de un régimen de competencia en el mercado.

<sup>285</sup> MARTÍNEZ MULERO (2005, pág. 116).

<sup>286</sup> MÖSCHEL (1995, pág. 23); GINSBURG (2005, pág. 435). Cfr. *infra sub* §.IV.3.4.1.

<sup>287</sup> Cfr. *infra sub* §.II.1.1.1.a) y §.IV.3.4.1.

<sup>288</sup> Véase, sin presunción de exhaustividad, PRICHARD (1979, pág. ); WILS (2003a, págs. 476-477); RÜGGERBERG y SCHINKEL (2006, pág. 401); BUXBAUM (2007, pág. 49); SEGAL y WHINSTON (2007, págs. 306-309); TESAURO (2007, pág. 1601); CRANE (2009, pág. 327); PARDOLESI (2009, págs. 12-13). Al respecto, MARCOS FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ GRAELLS (2008, pág. 481); LANDE y DAVIS (2008, pág. 898); ORTIZ BAQUERO (2011, pág. 51) han evidenciado que en términos generales es posible observar que la mayoría de acciones de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la realización de carteles secretos se ejercen después de la adopción de una decisión sancionadora por parte de las Autoridades de la competencia (*follow-on actions*). Véase también el discurso

de la competencia no determinaría un incremento significativo de la tasa de detección de los carteles secretos<sup>289</sup>; *vi*) en general, el modelo de aplicación privada contaría con herramientas de disuasión más limitadas<sup>290</sup>.

Por lo que concierne, en cambio, a los argumentos empleados para demostrar la mayor eficiencia del sistema de aplicación privada respecto del modelo de *public antitrust enforcement*, cabe destacar los siguientes: *i*) en los ordenamientos jurídicos en que el sistema de aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia es más desarrollado, la evaluación de la mayoría de casos *antitrust* tiene lugar ante los órganos jurisdiccionales<sup>291</sup>; *ii*) el sistema de *public enforcement* no dispondría de recursos suficientes para perseguir todas las prácticas anticompetitivas<sup>292</sup> y por consiguiente su aplicación necesitaría de un mecanismo de selección de casos<sup>293</sup>; *iii*) el sistema de *public enforcement* sería menos eficiente también porque presenta un problema de agencia<sup>294</sup>; *iv*) las acciones de indemnización por daños y perjuicios constituirían un importante factor de disuasión, en cuanto las empresas infractoras podrían incurrir en ingentes pérdidas económicas si una multitud de perjudicados interpusiera con éxito ese tipo de demanda judicial en su contra<sup>295</sup>; *v*) a través de la aplicación pública del Derecho *antitrust* no podrían disponerse medidas de carácter compensatorio en favor de los sujetos perjudicados y, por lo tanto, los mismos no podrían obtener alguna indemnización de las pérdidas ocasionadas por la realización de prácticas anticompetitivas, en el marco de procedimientos administrativo-sancionadores ante las Autoridades de la competencia<sup>296</sup>; *vi*) a través de los juicios *stand-alone* se

---

del Vicepresidente de la Comisión Europea y Comisario Europeo de la Competencia Joaquín ALMUNIA “[Public enforcement and private damages actions in antitrust](#)”, Parlamento Europeo - ECON Committee, Bruselas 22 de septiembre de 2011.

<sup>289</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL (2009, pág. 20). *Contra* PARDOLESI (2008, pág. 204).

<sup>290</sup> SHAVELL (1985, pág. 1232).

<sup>291</sup> VAN DEN BERGH y CAMESASCA (2001, pág. 325).

<sup>292</sup> WILS (2003a, pág. 480).

<sup>293</sup> VAN DEN BERGH y KESKE (2007, pág. 471).

<sup>294</sup> LANDE y DAVIS (2008, págs. 881-883).

<sup>295</sup> Véase al respecto el discurso del Comisario Europeo de la Competencia Nellie KROES “[Enhancing Actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe](#)”, Harvard Club, Nueva York, 22 de septiembre de 2005, en que se afirmó: “In the first place, the threat of having to pay damages for the harm caused by an infringement of the competition rules has a strong additional deterrent effect. An effect over and above the sanctions that can be imposed via public enforcement. [...]”; CONNOR y LANDE (2005, págs. 513 y sigs.); LANDE (2006, págs. 651 y sigs.).

<sup>296</sup> Desde la óptica del Derecho y Economía, la finalidad compensatoria que cumple la acción indemnizatoria no tiene de por sí alguna incidencia sobre la determinación del sistema de *enforcement* más eficiente, en cuanto las medidas de justicia correctiva sólo inciden sobre la distribución de la riqueza existente, sin incrementar el bienestar colectivo de la sociedad. Sin embargo, las medidas de carácter compensatorio juegan un papel en el

podría alcanzar un nivel más intenso de aplicación de la normativa *antitrust*, en cuanto la intervención de los órganos jurisdiccionales abarcaría muchos supuestos no perseguidos por las Autoridades de la competencia<sup>297</sup>.

## 8.2. ¿Es el *private antitrust enforcement* independiente de la aplicación pública del Derecho comunitario de la competencia?

El segundo ámbito del análisis concierne a la identificación de los términos de la relación existente entre modelo público y sistema privado de aplicación de las normas comunitarias de defensa de la competencia abarca el tema de la independencia del *private antitrust enforcement*. Al respecto cabe antes de todo señalar que en varias ocasiones la Comisión Europea<sup>298</sup> ha expresado una posición favorable a la independencia de la aplicación privada de la normativa comunitaria *antitrust*. En el mismo sentido se ha pronunciado también KOMNINOS (2006, págs. 5 y sigs.); ID (2014, págs. 146 y sigs.), afirmando que la existencia de una relación de complementariedad entre el modelo de *public antitrust enforcement* y el sistema de aplicación privada, no desvirtúa la independencia del uno respecto del otro. Además, una postura similar consta en las conclusiones que el abogado general MAZÁK ha formulado ante el TJUE en ocasión del asunto *Pfleiderer*, afirmando que: “Considero que el Reglamento n.º 1/2003 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no han establecido ningún tipo de jerarquía legal u orden de prioridades entre la exigencia de cumplimiento del Derecho de competencia de la UE por las autoridades y las acciones civiles por daños y perjuicios”<sup>299</sup>.

---

antedicho análisis en la medida en que se demuestre que a través de las mismas es posible alcanzar un mayor nivel de detección de los ilícitos concurrenciales.

<sup>297</sup> Entre las principales razones por las que las Autoridades de la competencia deciden no iniciar un procedimiento administrativo-sancionador por infracción de la normativa *antitrust* destacamos las siguientes: *a*) la disponibilidad de recursos escasos (COFFEE Jr, 1983, pág. 217; BÖGE y OST, 2006, pág. 197); *b*) la selección de casos puede ser partidaria y tendenciosa (WILS, 2003c, pág. 212).

<sup>298</sup> Cfr, por ejemplo, el discurso del Comisario Europeo de la Competencia Nellie KROES “[More Private Antitrust Enforcement through Better Access to Damages: An Invitation for an Open Debate](#)”, tenido en ocasión del congreso *Private Enforcement in EC Competition law: The Green Paper on Damages Actions*, Bruselas, 9 de marzo de 2006; Comisión Europea MEMO/05/489 de 20 de diciembre de 2005, [European Commission Green Paper on damages actions for breach of EC Treaty anti-trust rules – frequently asked questions](#), con específica referencia a la sección “What in the Commission’s view are the advantages of private actions for damages?”; DE SMIJTER *et al.* (2006, pág. 1).

<sup>299</sup> Conclusiones del Abogado General MAZÁK presentadas el 16 de diciembre de 2010 en el asunto C-360/09, [Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt](#).

Creemos sin embargo que la cuestión de la independencia del *private antitrust enforcement* constituya un falso problema. Al respecto cabe recordar que el TJUE ha establecido el principio de la primacía de las Instituciones comunitarias respecto de los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación del Derecho comunitario. En efecto, en el asunto *Masterfoods* el TJUE ha afirmado que: “[...] cuando un órgano jurisdiccional nacional se pronuncia sobre un acuerdo o una práctica cuya compatibilidad con los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado ya ha sido objeto de una Decisión de la Comisión, dicho órgano no puede dictar una resolución contraria a tal Decisión, aun cuando ésta se oponga a una resolución dictada por un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia”<sup>300</sup>.

No obstante, PAULIS y GAUER (2003, pág. 69) y KOMNINOS (2006, pág. 16) han tratado de defender la tesis de la independencia del *private antitrust enforcement*, poniendo de relieve que el principio de la primacía de la Comisión Europea en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia descendería exclusivamente del carácter supranacional del Ejecutivo comunitario y no se fundamentaría sobre la existencia de una relación jerárquica entre la misma y los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>301</sup>.

Sin embargo, contrariamente a la antecitada doctrina, entendemos que el TJUE ha correctamente declinado el principio de primacía del Derecho comunitario

---

<sup>300</sup> STJ de 14 de diciembre de 2000, [Masterfoods Ltd contra HB Ice Cream Ltd.](#), C-344/98, RJ 2000/I/11369, ap. 60. Esta decisión del TJUE, dictada antes de la entrada en vigor del Reglamento CE 1/2003, se fundamentaba en particular: *i)* sobre el asunto que el TCE atribuía a la Comisión Europea el cometido de velar por la aplicación de los entonces artículos 85 y 86 TCE y la competencia para definir la orientación y para ejecutar la política comunitaria en materia *antitrust*; *ii)* sobre el principio que los actos de las Instituciones comunitarias gozan de una presunción de legalidad mientras no hayan sido anulados o revocados (STJ de 15 de junio de 1994, [Comisión de las Comunidades Europeas contra BASF AG, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, DSM NV, DSM Kunststoffen BV, Hüls AG, Elf Atochem SA, Société artésienne de vinyle SA, Wacker Chemie GmbH, Enichem SpA, Hoechst AG, Imperial Chemical Industries plc, Shell International Chemical Company Ltd y Montedison SpA](#), C-137/92 P, RJ 1994/I/2555, ap. 48); *iii)* sobre el principio de cooperación leal que impone a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales en el ámbito de sus competencias, el deber de “adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Derecho comunitario y de abstenerse de las que puedan poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado” (STJ de 10 de abril de 1984, [Sabine von Colson y Elisabeth Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen](#), C-14/83, RJ 1984/1891, ap. 26 que hacía referencia a las obligaciones de los Estados miembros derivadas de una directiva comunitaria; STJ de 13 de noviembre de 1990, [Marleasing SA contra La Comercial Internacional de Alimentación SA](#), C-106/89, RJ 1990/I/4135, ap. 8; STJ de 17 de diciembre de 1998, [Società italiana petroli SpA \(IP\) contra Borsana Srl](#), C-2/97, RJ 1998/I/8597, ap. 26).

<sup>301</sup> *Contra* KJØLBYE (2002, pág. 181).



con específica referencia a las decisiones que la Comisión Europea adopta en materia de Derecho de la competencia, estableciendo que las mismas resultan vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales tanto si los destinatarios no las impugnan o, en el caso de que esto acaezca, si los jueces comunitarios no las hayan anulado<sup>302</sup>. En todo caso, cabe destacar que KOMNINOS (2007, pág. 1393)<sup>303</sup> ha evidenciado que el TJUE no quiso afirmar la supremacía de la Comisión Europea, en su calidad de autoridad administrativa, sobre los jueces nacionales, sino la supeditación de tales jueces al TJUE, en virtud del hecho de que el Tratado, a través de la predisposición de la herramienta procesal del recurso prejudicial (artículo 267 del TFUE), asigna en vía exclusiva a este juez comunitario la función de salvaguardia de la interpretación uniforme del Derecho comunitario.

De este escenario desciende que el punto crucial de la cuestión no consiste en realizar esfuerzos teóricos para demostrar y justificar que la aplicación privada de la normativa *antitrust* comunitaria goza de un grado más o menos intenso de independencia de la aplicación pública, sino que reside en la determinación de los términos de la relación existente entre estos dos modelos de *enforcement*. En efecto, desde nuestro punto de vista, en lugar de acudir a las categorías relacionales de jerarquía e independencia, estimamos más fructuoso detectar los puntos de intersección entre estas dos diferentes vías de aplicación del Derecho de la competencia. En particular, empleando esta perspectiva de análisis, podemos afirmar que *public* y *private antitrust enforcement* se influyen recíprocamente. Por ejemplo, si tomamos en consideración una de las herramientas del *private enforcement*, es decir la acción de indemnización por daños y perjuicios, podemos observar que una de las condiciones para fomentar y hacer efectivo su ejercicio hace falta que las mismas se rijan por un específico régimen jurídico

Sin embargo, la previsión de reglas *ad hoc* puede influir sobre diversos aspectos de la aplicación pública del Derecho de la competencia, cuales por ejemplo la eficacia de los programas de clemencia<sup>304</sup>, la finalización de un procedimiento mediante compromisos<sup>305</sup> y la determinación de la cuantía de las multas

---

<sup>302</sup> COOKE (2001, pág. 19); O'KEEFFE (2001, pág. 304).

<sup>303</sup> El principio de derecho expresado por el TJUE con la adopción de la decisión *Masterfoods* fue recogido por el legislador comunitario entrando a formar parte del conjunto de reglas dictadas en el marco del proceso de descentralización en la aplicación del Derecho de la competencia (artículo 16 del Reglamento CE 1/2003). *Vid. infra sub* §.IV.7.4.

<sup>304</sup> VOILLEMOT (2005, pág. 46); FORT (2008, pág. 24); DE STEFANO (2012, pág. 103); GONZÁLEZ DE ZÁRATE CATÓN (2013, págs. 6 y sigs.).

<sup>305</sup> DEKEYSER, BECKER y CALISTI (2010, págs. 677-686).

sancionadoras, en cuanto no rige el principio del *ne bis in idem*<sup>306</sup> entre procedimiento administrativo y proceso judicial y, por eso, a las empresas infractoras se les pueden imponer tanto multas sancionadoras como obligaciones indemnizatorias<sup>307</sup>. Al mismo tiempo, si a las reclamaciones por daños y perjuicios ocasionados por la realización de ilícitos concurrenciales se les aplicara el ordinario régimen sustancial y procesal de responsabilidad extracontractual, por un lado sería muy difícil que las víctimas de tales ilícitos alcanzaran obtener la compensación de los perjuicios sufridos y, por el otro, el sistema de *antitrust enforcement* en su conjunto perdería gran parte de los beneficios que descenden de la existencia de un mayor grado de sinergia e interoperabilidad entre las dos principales macro-vías de *enforcement*.

## 9. Conclusiones

1. A la luz de las anteriores consideraciones creemos que entre *public* y *private enforcement* del Derecho de la competencia exista una relación de complementariedad. En particular, dicha relación se fundamenta sobre el hecho de que ambas vías de *enforcement* concurren, con diferentes medidas y un diverso grado de intensidad, a la realización del objetivo preeminente del sistema *antitrust* en su conjunto, es decir la salvaguardia y el mantenimiento de condiciones de competencia en el mercado<sup>308</sup>. En efecto también la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia produce en cierta medida el efecto de desincentivar la realización de prácticas empresariales anticompetitivas<sup>309</sup>, concurriendo al mantenimiento de un nivel efectivo de competencia en el mercado interior. Por su parte la jurisprudencia comunitaria ha puesto de relieve que la admisibilidad de acciones resarcitorias contra las empresas que incumplen el Derecho de la competencia resulta perfectamente compatible con la tutela del interés público subyacent a esta normativa<sup>310</sup>.

---

<sup>306</sup> Sobre la aplicación de la prohibición del *bis in idem* en el Derecho comunitario de la competencia véase WILS (2003b, págs. 131 y sigs.).

<sup>307</sup> TEMPLE LANG (1984, pág. 265); JONES y SHARPSTONE (1997, pág. 91).

<sup>308</sup> Cabe recordar que en el ámbito de este trabajo hemos considerado que la salvaguardia y el mantenimiento de condiciones de competencia en el mercado constituya la finalidad última del Derecho de la competencia (cfr. *supra sub* §.I.4.4). Si se hubiese abogado por una postura diferente las conclusiones logradas con respecto al alcance y a los términos de la relación entre *public* y *private antitrust enforcement* del Derecho comunitario de la competencia habrían sido diferentes (*vid. infra*).

<sup>309</sup> KOMNINOS (2014, pág. 145).

<sup>310</sup> Véase también STG de 6 de octubre de 2005, [Sumitomo Chemical Co. Ltd y Sumika Fine Chemicals Co. Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), asuntos acumulados T-22/03 y T-23/03, RJ 2005/II/4065, ap. 128, en la que se afirmó que: “[...] la existencia de medios para resarcirse de los daños civiles puede asimismo cumplir una

2. En general, por lo que concierne al papel de la aplicación privada del Derecho de la competencia en el ámbito del *enforcement* de la normativa comunitaria *antitrust*, podemos antes de todo destacar que la jurisprudencia del TJUE, anteriormente a la entrada en vigor del Reglamento CE 1/2003, ya había reconocido a los jueces nacionales la competencia jurisdiccional para aplicar directamente esta normativa. Por eso a las víctimas de ilícitos concurrenciales ya se les había reconocido el derecho a ejercitar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, tanto la acción (o excepción) de nulidad contra los acuerdos contrarios a la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, del TFUE, como la acción de indemnización por daños y perjuicios<sup>311</sup>.
3. Si es cierto que diferentes fueron las razones subyacentes al impulso que la jurisprudencia comunitaria proveyó para que en el ordenamiento comunitario se consiguiera un mayor desarrollo del *private enforcement* del Derecho de la competencia, una de las principales se halló en la necesidad de fortalecer el sistema general de protección del interés público a la salvaguardia y mantenimiento de condiciones de competencia en el mercado<sup>312</sup>. En efecto, a pesar de algunas críticas doctrinales, es indudable que uno de los beneficios que descienden de la aplicación privada de la normativa *antitrust* consiste en un cierto incremento de las probabilidades de descubrimiento de las prácticas infractoras, sobre todo con referencia al ejercicio de *stand-alone actions* en los supuestos de abuso de posición de dominio. Esto produce un beneficio específico, en cuanto la admisibilidad de acciones indemnizatorias introduce un ulterior factor de disuasión en el

---

función de interés público, en la medida en que tales medios pueden constituir una disuasión contra la infracción de las normas sobre competencia”.

<sup>311</sup> STJ de 20 de septiembre de 2001, [Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al.](#), C-453/99, RJ 2001/I/6297, ap. 27, en que se estableció: “En efecto, un derecho de esta índole [es decir, la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia] refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”. El TJUE se pronunció en el mismo sentido en la STJ de 13 de julio de 2006, [Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA](#), [Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA](#) y [Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA](#), asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, RJ 2006/I/6619, ap. 91. Para un examen más detallado de estas sentencias y sus implicaciones sobre el desarrollo de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia véase *infra sub* §.IV.3.1.

<sup>312</sup> Cfr. *infra sub* §.IV.3.1.

sistema de *antitrust enforcement* en su conjunto. En efecto, las empresas que planean realizar ilícitos concurrenciales, han de tener en cuenta el riesgo de ser demandadas en juicio y, por lo tanto, han de incluir en la balanza coste/beneficio del potencial ilícito concurrencial, también el riesgo de tener que reparar los costes de la indemnización. La admisibilidad del remedio indemnizatorio, por lo tanto, influye sobre la toma de decisión de los potenciales infractores, en cuanto reduce la rentabilidad esperada de las prácticas anticompetitivas.

4. Cabe además observar que un sistema de *antitrust enforcement* articulado entorno a una doble vía de intervención genera más desincentivos para los potenciales infractores, porque las probabilidades de descubrimiento resultan más elevadas, conllevando para los mismos un riesgo concreto de incurrir en una doble penalización económica, correspondiente a la imposición de multas sancionadoras por parte de las Autoridades de la competencia y a la obligación de indemnizar los perjuicios causados a las víctimas de los ilícitos concurrenciales.
5. La importancia de este aspecto puede evaluarse a la luz de la experiencia norteamericana. En el ordenamiento estadounidense, en efecto, se ha siempre considerado que la mejor forma de salvaguardar el mantenimiento de condiciones de competencia en el mercado residía en la articulación de un sistema basado sobre una doble vía de *enforcement*, administrativa y jurisdiccional<sup>313</sup>. A diferencia de la experiencia comunitaria, en el ordenamiento jurídico estadounidense el *private enforcement* ha prosperado desde la entrada en vigor de la normativa *antitrust*, en cuanto el legislador norteamericano ha predispuesto, *ab initio*, un sistema de incentivos para fomentar el ejercicio de las acciones resarcitorias, cuales por ejemplo la previsión de daños triples contenida ya en el ámbito de la primera legislación *antitrust* de matriz federal (la Sherman Act) y confirmada por las legislaciones posteriores (la Clayton Act). Dicha previsión, en particular, ha producido una doble y opuesta consecuencia: desde la perspectiva de los sujetos perjudicados por la comisión de un ilícito concurrencial, esa medida ha proporcionado fuertes incentivos al ejercicio de acciones indemnizatorias<sup>314</sup> y, desde la perspectiva de los potenciales infractores, ha sido siempre percibida como una medida especialmente aflictiva<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup> Cfr. *infra sub* §.IV.2.

<sup>314</sup> ALONSO SOTO (2010, págs. 277-280).

<sup>315</sup> Por un análisis coste/beneficio de la previsión de daños triples en el sistema estadounidense véase *infra* §.IV.2. Por lo que concierne en cambio al debate comunitario acerca de la introducción de daños punitivos en el régimen especial de responsabilidad civil por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia véase *infra sub* §.IV.3.4.6.

6. Sin embargo, la relación de complementariedad entre *public* y *private antitrust enforcement* no se agota con el fortalecimiento de la función disuasoria<sup>316</sup> del sistema general de aplicación de la normativa de defensa de la competencia. En efecto, cabe poner de relieve que en la experiencia europea el fortalecimiento del sistema general de *antitrust enforcement* no ha sido el único ni el prevalente motivo que ha generado la necesidad de fomentar el desarrollo de la aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia. En particular, tanto el legislador comunitario<sup>317</sup> como la Comisión Europea<sup>318</sup>, han asignado en vía principal una función compensatoria a las acciones de indemnización por daños y perjuicios.
7. Al respecto cabe observar que en virtud del hecho de que entre las herramientas de *public antitrust enforcement* no se contempla de forma explícita algún mecanismo de naturaleza compensatoria<sup>319</sup>. En efecto, cuando al cabo de un expediente administrativo-sancionador la Comisión Europea decide imponer a las empresas infractoras una multa sancionadora y también unas medidas remediales para poner fin al ilícito constatado, no está habilitada para adoptar medidas de reparación de los daños sufridos por las víctimas de la infracción *antitrust*<sup>320</sup>. En efecto, la única forma directa de reparación

---

<sup>316</sup> Al respecto se señala que en la doctrina se registran posiciones discrepantes. En efecto, algunos autores, cuales por ejemplo HJELMENG (2013, pág. 1030), arrancando de una diferente postura acerca de los objetivos perseguidos por el Derecho de la competencia (maximización del *total welfare*), consideran que las acciones de daños y perjuicios no cumplan una función disuasoria y, por lo tanto, no desempeñen algún papel en la relación de complementariedad entre *public* y *private antitrust enforcement*. En cambio, SCHWARTZ (1981, pág. 29), considerando por un lado que la finalidad última del Derecho de la competencia consista en la maximización del bienestar del consumidor y por el otro que los derechos patrimoniales de los perjudicados han de ser protegidos sólo y exclusivamente porque sus titulares forman parte del proceso competitivo, ha estimado que las acciones resarcitorias no desarrollan, en principio, una función complementaria a las medidas de *public enforcement*, no siendo adecuadas para lograr la maximización del bienestar del consumidor.

<sup>317</sup> Parlamento Europeo, Informe sobre el Libro Verde: Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (2006/2207(INI)), de 10 de abril de 2007.

<sup>318</sup> Libro Blanco COM(2008) 165 final, Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, {SEC(2008) 404 SEC (2008) 405 SEC (2008) 406}, de 2 de abril de 2008.

<sup>319</sup> Cfr. artículo 7 del Reglamento CE 1/2003.

<sup>320</sup> En algunos asuntos la Comisión Europea ha considerado las medidas reparatorias voluntariamente adoptadas por las empresas infractoras y finalizadas a la corresponsión de una compensación financiera sustancial, como circunstancias atenuantes para la determinación del importe de base de la multa sancionadora. DCE de 30 de octubre de 2002, COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution y COMP/36.321 Omega – Nintendo (2003/675/CE), aps. 440-441, DOUE L 255/33 de 8

económica que se reconoce a estos sujetos en el ámbito del sistema comunitario de *antitrust enforcement*, consiste en el ejercicio de acciones de indemnización de daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Bajo esa perspectiva el carácter complementario de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia, con particular referencia a la función compensatoria<sup>321</sup> desarrollada por las acciones indemnizatorias, consiste en colmar una laguna existente en el ámbito del sistema de *public enforcement*<sup>322</sup>.

8. Con respecto a la función compensatoria desarrollada por las acciones indemnizatorias, podemos observar que una análoga relación de complementariedad entre *public* y *private enforcement* existe también en el ámbito del sistema *antitrust* estadounidense. En efecto, analizando la configuración normativa y el concreto funcionamiento de estas acciones, es posible constatar que sólo la porción de indemnización que excede los perjuicios efectivamente sufridos, es decir aquella que corresponde al triple del valor del daño judicialmente reconocido, presenta un carácter punitivo, mientras que la parte correspondiente al daño concretamente ocasionado absuelve una finalidad precipuamente compensatoria. Si bien esta operación de fraccionamiento del daño presente un carácter artificial, la misma resulta muy útil para entender de forma general cuales son los términos de la relación de complementariedad entre estas dos vías de aplicación del Derecho *antitrust*.

---

de octubre de 2003; DCE de 21 de octubre de 1998, [Pre-Insulated Pipe Cartel – IV/35.691/E-4](#) (1999/60/CE), ap. 172, *DOCE* L 24/1 de 30 de enero de 1999. En la jurisprudencia del TJUE véase STJ de 13 de noviembre de 1975, [General Motors Continental NV contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-26/75, RJ 1975/1367, aps. 22-23.

<sup>321</sup> También con respecto a este perfil se observa la existencia de posiciones divergentes en el ámbito de la doctrina. ELZINGA y BREIT (1976, pág. 35), WILS (2008a, pág. 54) y HJELMENG (2013, pág. 1030), estimando que el objetivo del Derecho *antitrust* consiste en la promoción de la eficiencia, han considerado que la función compensatoria de las acciones de daños y perjuicios no desempeña algún papel en la relación de complementariedad entre *public* y *private antitrust enforcement*. En efecto, las acciones resarcitorias no consiguen alcanzar un resultado eficiente desde el punto de vista de la distribución de la riqueza, en cuanto la consecución del reconocimiento judicial de la indemnización conlleva el desgaste de muchos recursos.

<sup>322</sup> En realidad, KOMNINOS (2006, pág. 9) ha evidenciado que en el ámbito del *public enforcement* existe un espacio residual para que las Autoridades de la competencia adopten medidas compensatorias con el propósito de reparar los ocurridos tras la realización de una práctica anticompetitiva, por ejemplo mediante la consecución de acuerdos transactivos con las empresas infractoras (*informal settlements*). IGARTUA ARREGUI (2001, pág. 5), en cambio, había propuesto un fortalecimiento del rol de las Autoridades de la competencia con respecto al tema de las pretensiones indemnizatorias avanzadas por las víctimas de los ilícitos concurrenciales.

9. En particular, no se llegaría a un resultado teórico diferente a lo que acabamos de ilustrar si se tomase en consideración la situación hipotética en que la destinación de los importes que exceden el daño efectivamente ocasionado por la práctica anticompetitiva no se reconozca en favor de los demandantes sino en favor de una Autoridad pública. Bajo este escenario, en que las empresas infractoras, tras la pérdida del juicio civil, tuviesen igualmente que pagar una cuantía correspondiente al triple del valor de los perjuicios sufridos por los demandantes, pero tuviesen que diferenciar el pago entre estos últimos, con finalidad reparatoria y en medida proporcional al daño judicialmente calculado, y la Autoridad de la competencia, con finalidad sancionatoria, la única diferencia respecto del régimen de responsabilidad extracontractual que prevé la destinación unívoca de la indemnización en favor de los demandantes consistiría, desde el punto de vista de los perjudicados, en una distribución menos eficiente de los incentivos. Este razonamiento teórico demuestra que las acciones de indemnización de daños y perjuicios, al cumplir en todo caso una función compensatoria, resultan también bajo ese aspecto complementarias a las medidas pertenecientes a la esfera del *public enforcement*, puesto que las Autoridades de la competencia carecen del poder de reconocer directamente medidas reparatorias del daño en favor de los sujetos perjudicados.
10. En conclusión, las anteriores consideraciones nos llevan a afirmar que existe una relación de complementariedad entre *public* y *private enforcement*, pero que la misma no se caracteriza por rasgos bien definidos, porque los recíprocos papeles y el mayor o menor grado de intensidad del uno respecto del otro dependen de la precisa opción de política de la competencia que se haya escogido<sup>323</sup>. Por eso, en términos generales, resultará prevalente el aspecto de la aplicación pública si se haya optado por la preeminencia del interés público a la salvaguardia del correcto funcionamiento del mercado y viceversa si se haya privilegiado la protección directa de los intereses económicos de los consumidores.
11. En definitiva podemos afirmar que el tipo de papel desarrollado por el *private antitrust enforcement* con respecto al *public antitrust enforcement*, incide profundamente sobre la configuración normativa de este sistema de aplicación del Derecho de la competencia. En efecto, abogando por la preeminencia de la tutela de los intereses económicos individuales de las

---

<sup>323</sup> Cfr. Josef DREXL, Beatriz CONDE GALLEGO, Stefan ENCHELMAIER, Mark Oliver MACKENRODT y Rupprecht PODSZUN, [Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the White Paper by the Directorate-General for Competition of April 2008 on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules](#), Múnich 15 de Julio de 2008, pág. 3.

víctimas de ilícitos concurrenciales, el carácter y la función de la aplicación privada de la normativa comunitaria de defensa de la competencia resultarán eminentemente compensatorias. Esto se repercute directamente sobre la conformación del remedio indemnizatorio que debería caracterizarse por una implementación de las medidas que facilitan el ejercicio de las acciones *follow-on* y, además, por la limitación del alcance de la reclamación indemnizatoria a los daños y perjuicios efectivamente sufridos, no siendo admisible la imposición de daños punitivos contra las empresas infractoras. Si en cambio se optara por la prevalencia de la tutela del interés público supraindividual, la conformación del sistema privado de aplicación del Derecho *antitrust* resultará esencialmente disuasoria, con la consecuencia de que sus características deberán ser funcionales a desincentivar la realización de ilícitos concurrenciales, de manera concurrente respecto de las herramientas de naturaleza pública. También esta elección resulta susceptible de repercutirse directamente sobre la conformación del remedio indemnizatorio, que debería caracterizarse por la previsión de daños punitivos y la adopción de un modelo de acciones de clase de tipo *opt-out*.







## CAPÍTULO SEGUNDO

### LOS REMEDIOS *ANTITRUST* DE NATURALEZA PÚBLICA

#### SINOPSIS

El capítulo segundo analiza los rasgos generales de los remedios *antitrust* de naturaleza pública que la Comisión Europea, con arreglo a las previsiones del Reglamento CE 1/2003, está legitimada a imponer en el marco de expedientes administrativo-sancionadores. En particular, el análisis se centrará tanto en el estudio de las medidas remediales impuestas mediante compromisos, como en los remedios contenidos en las decisiones sancionadoras adoptadas al término de estos expedientes administrativos. Se analizará también la relación entre remedios de comportamiento y remedios estructurales en el marco de las decisiones adoptadas con arreglo al artículo 7 del Reglamento CE 1/2003. Sucesivamente se tratará el tema de los mecanismos normativos que informan la fase de elección de esta clase de remedios, haciendo específica referencia al papel normativo de los principios de efectividad y proporcionalidad y a la peculiar relevancia de este segundo principio en el ámbito de las decisiones sobre compromisos. El presente capítulo se concluirá afrontando la cuestión de las consecuencias conectadas a la posible sobreutilización de los compromisos, como herramienta procedimental para la imposición de medidas remediales de naturaleza pública, analizando el impacto sobre los incentivos de la Comisión Europea y las empresas destinatarias de estas decisiones.

#### 1. Introducción

A lo largo de este capítulo procederemos al análisis de las características generales de los remedios *antitrust* de naturaleza pública que la Comisión Europea tiene el poder de imponer en el marco de expedientes administrativo-sancionadores para corregir los problemas de competencia que descienden de la realización de ilícitos concurrenciales –en la doctrina española, por ejemplo, se refieren a los remedios *antitrust* de naturaleza pública como medidas correctoras DÍEZ ESTELLA (2008, pág. 105) y GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ (2008, pág. 300)–. Asimismo nos ocuparemos de los principios y reglas jurídicas que informan la fase de elección de este tipo de medidas remediales.

En primer lugar, cabe evidenciar que la Comisión Europea puede imponer remedios de naturaleza pública en diferentes etapas procedimentales y, en particular, al término de un expediente administrativo-sancionador (artículo 7 del Reglamento CE 1/2003), en el marco de sub-procedimientos cautelares (artículo 8 del Reglamento CE 1/2003), o a través de las decisiones que convierten en

obligatorios los compromisos propuestos por las empresas en contra de las cuales ha sido incoado formalmente un procedimiento administrativo por violación de los artículos 101 u 102 del TFUE (artículo 9 del Reglamento CE 1/2003)<sup>324</sup>. El hecho de que la Comisión Europea sólo esté legitimada a imponer dichos remedios en el marco de tales procedimientos administrativos significa no sólo que el legislador comunitario ha requerido como presupuestos aplicativos, por lo menos la subsistencia de inquietudes concurrenciales o la existencia de un *fumus* de realización de una práctica anticompetitiva –lo que en términos generales pone de relieve que la Comisión Europea desarrolla, en el ámbito de la política comunitaria de competencia, un papel de vigilancia y no uno de carácter regulatorio– sino también que la preeminente función normativa de estos remedios queda, en principio, exclusivamente circunscrita a la corrección de problemas de competencia detectados en vía preliminar o averiguados de forma definitiva.

En segundo lugar, es oportuno poner inmediatamente de relieve que tanto las etapas procedimentales como el vehículo jurídico que incorpora los remedios *antitrust* de naturaleza pública inciden sobre la eficacia, el alcance y las consecuencias del incumplimiento de estas medidas. Para explicar este aspecto podemos comparar los remedios contenidos en las medidas cautelares con aquéllos impuestos al término de un expediente sancionador. Mientras las medidas cautelares poseen una eficacia meramente provisional, siendo vinculadas al resultado del procedimiento principal, los remedios *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003 poseen carácter estable y definitivo. Además, el alcance objetivo de los remedios contenidos en las medidas cautelares, cuya aplicación se fundamenta sobre presupuestos normativos específicos (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), queda circunscrito y refleja el *range* de posibilidad que la Comisión Europea, a la luz de una evaluación sumaria de la práctica empresarial y de los problemas de competencia supuestamente conectados a la misma, podrá concretamente escoger al término del expediente sancionador de que se trate –es decir cuando se habrá llevado a cabo, de forma exhaustiva, el juicio de ilicitud de la práctica empresarial preliminarmente considerada anticompetitiva–. En

---

<sup>324</sup> TEMPLE LANG (2009, pág. 122) ha considerado que las medidas contenidas en las decisiones sobre compromisos no posean, técnicamente, carácter remedial, en cuanto no se imponen con la finalidad de poner fin a una infracción *antitrust*, dirigiéndose sólo a la rápida finalización del expediente administrativo-sancionador, con consiguiente ahorro de recursos públicos (se trataría, según este autor, de una medida de economía procedimental). En un sentido parecido se ha pronunciado también el Abogado General KOKOTT en sus conclusiones presentadas el 17 de septiembre de 2009, [Comisión Europea contra Alrosa Company Ltd](#), ap. 50, en que afirmó que: “A diferencia del artículo 7, el artículo 9 del Reglamento nº 1/2003 no es instrumento para determinar la existencia de infracciones de las normas sobre la competencia, sino que simplemente ofrece a la Comisión la posibilidad de responder eficazmente a inquietudes sobre la competencia de cara al futuro”.

cambio, cuando la Comisión Europea tiene que elegir un remedio con arreglo al artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, no sólo no queda vinculada a las eventuales medidas escogidas en la fase cautelar, sino que puede también imponer medidas más restrictivas, en cuanto el carácter anticompetitivo de la práctica empresarial enjuiciada se basa sobre los definitivos resultados probatorios del procedimiento. Por último, si tomamos en consideración la eventualidad de que las empresas destinatarias de medidas cautelares decidan no implementar los remedios impuestos a través de las mismas, podemos observar que la Comisión Europea, con independencia del éxito del procedimiento principal, solo puede iniciar un ulterior procedimiento sancionador en contra de estas empresas. La iniciación de este ulterior procedimiento, sin embargo, no produce la remoción temporal de los problemas concurrenciales preliminarmente detectados, determinando *medio tempore* la persistencia de la alteración de las condiciones de competencia en el mercado de referencia. En cambio, la Comisión Europea puede siempre útilmente exigir el cumplimiento de las medidas remediales impuestas *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003.

Por lo que concierne a los mecanismos normativos que informan la fase de elección de los remedios *antitrust* de naturaleza pública, cabe antes de todo señalar que los mismos varían en base al tipo de herramienta procedimental empleada por la Comisión Europea. En efecto, mientras para las medidas remediales contenidas en las decisiones sancionadoras adoptadas al término de un expediente administrativo el legislador comunitario ha expresamente requerido el respeto de los principios de proporcionalidad y efectividad – convirtiéndoles en específicos parámetros de legitimidad, determinando su directa influencia sobre el proceso decisional de la Comisión Europea y, por ende, sobre la tipología y clase de remedios concretamente aplicables– por lo que se refiere a las medidas remediales incluidas en las decisiones sobre compromisos, dichos parámetros actúan so forma de principios generales del ordenamiento, adquiriendo por eso una distinta relevancia sobre la legitimidad de los remedios concretamente escogidos y sobre los márgenes de discrecionalidad de la Comisión Europea.

En términos generales, tanto en el uno como en el otro caso, la incidencia de los principios de proporcionalidad y efectividad se traduce en el hecho de que para establecer cuando un remedio *antitrust* de naturaleza pública resulte adecuado y cumpla con su función normativa, es necesario tomar en consideración la abstracta idoneidad del mismo para solucionar los problemas de competencia, preliminarmente o definitivamente, detectados por la Comisión Europea (*v.gr.* distorsión, falseamiento o eliminación del régimen competitivo en el mercado de referencia), así como la efectividad de las medidas concretamente escogidas,

también por lo que concierne a los aspectos concernientes a su implementación y la subsiguiente fase de monitorización<sup>325</sup>.

Además, para completar este breve cuadro introductorio es necesario considerar que también el control de las concentraciones económicas de dimensión comunitaria<sup>326</sup> cabe en el ámbito de la actividad de *public antitrust enforcement* de la Comisión Europea y que dicha actividad administrativa tiende a garantizar que las modificaciones estructurales<sup>327</sup> que se realizan en el mercado común, así como las demás operaciones que conllevan un cambio duradero en el control de las empresas afectadas, no distorsionen las condiciones de competencia en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Sin entrar demasiado en los detalles, las empresas que quieren llevar a cabo una concentración económica de dimensión comunitaria deben notificar la operación al Ejecutivo comunitario

---

<sup>325</sup> El control de la implementación de las medidas remediales constituye uno de los aspectos más críticos en la determinación pronóstica de su efectividad. Dicha cuestión resulta aún más problemática con respecto a los remedios de naturaleza comportamental, en cuanto los mismos necesitan siempre de una monitorización *ex post* y en muy pocos supuestos resultan autoaplicables. Esta última característica, en particular, carece también en las decisiones *ex artículo 7* del Reglamento CE 1/2003, a través de las cuales la Comisión Europea haya optado por la imposición de un remedio consistente en una mera orden de cesación: en estos supuestos si es cierto que las empresas afectadas gozan de un margen de discrecionalidad muy amplio en orden a la individualización y puesta en práctica de las específicas medidas remediales, también es cierto que la Comisión Europea tiene que controlar que las mismas sean implementadas y resulten efectivamente adecuadas para solucionar los problemas de competencia de que se trate.

<sup>326</sup> El Considerando 10º del [Reglamento \(CE\) n° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas](#), *DOUE* L 24/1 de 29 de enero de 2004 (en adelante también “Reglamento comunitario de concentraciones”), prevé que: “Se considera que una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas supera un umbral determinado con independencia de que las empresas participantes en la concentración tengan o no su sede o sus actividades principales en la Comunidad, siempre y cuando realicen operaciones sustanciales en la misma”.

<sup>327</sup> En Derecho español la [Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles](#) (*BOE* núm. 82 de 4 de abril de 2009) agrupa bajo la denominación de modificaciones estructurales las siguientes dos clases de operaciones: dos clases de operaciones: *a)* las que implican una modificación del estatuto jurídico de la sociedad; *b)* las que consisten en la transmisión en bloque, con sucesión universal, de la totalidad del patrimonio social o de una parte del mismo que forme una unidad económica. El elemento común a todas estas operaciones consiste en el cambio sustancial en las condiciones en las que se ejerce la titularidad sobre el patrimonio de la sociedad que experimenta la modificación estructural. En extrema síntesis, dicho cambio puede venir dado por el cambio de estatuto jurídico de la sociedad (como sucede en la transformación o en el traslado internacional del domicilio social) o por la transmisión en bloque a uno o varios terceros de la totalidad del patrimonio social o una parte del mismo que forme una unidad económica (como sucede en las fusiones y adquisiciones).

y no pueden ejecutarla antes de que la misma haya sido declarada compatible con el mercado común. La Comisión Europea, por su parte, tras haber examinado la operación notificada puede adoptar las siguientes decisiones: *i*) autorizarla si resulta compatible con el mercado común en aplicación del Reglamento CE 139/2004; *ii*) autorizarla con las modificaciones propuestas por las empresas afectadas e imponiendo a las mismas condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que se cumplan los compromisos contraídos para compatibilizar la concentración con el mercado común <sup>328</sup>; *iii*) prohibirla si su realización determinara la creación o el fortalecimiento de una posición de dominio en los mercados interesados.

Desde un punto de vista sustancial las decisiones de autorización con condiciones podrían constituir objeto de análisis a efectos de nuestro trabajo, en cuanto las obligaciones y condiciones impuestas a las empresas destinatarias de estas decisiones poseen un carácter asimilable a las medidas remediales de naturaleza pública, cuales por ejemplo la cesión de una actividad empresarial a un comprador adecuado o la abstención de ciertos comportamientos comerciales, cuales por ejemplo el agrupamiento de productos (si bien en materia de concentraciones económicas exista un *favor* por las medidas de naturaleza estructural<sup>329</sup>, que esencialmente desciende de la dificultad de supervisar la efectiva aplicación de las soluciones no estructurales<sup>330</sup>).

Sin embargo, hemos decidido no extender el alcance objetivo de la presente investigación al estudio de las obligaciones y condiciones que la Comisión Europea está facultada a imponer en el marco de su actividad de control de las concentraciones económicas de dimensión comunitaria. Dicha elección, en particular, nos permite enfocar el análisis exclusivamente sobre la categoría de los remedios *antitrust* de naturaleza pública impuestos para corregir los problemas de competencia que surgen de la concreta realización de ilícitos concurrenciales. En

---

<sup>328</sup> Este supuesto tiene lugar cuando la operación originaria resulta incompatible con el mercado interior, pero las empresas afectadas consiguen proponer modificaciones que compatibilizan la concentración con el mercado común y la Comisión Europea acepta dichas modificaciones imponiendo condiciones y obligaciones que garanticen el cumplimiento de las mismas (artículo 8, ap. 2, Reglamento CE 139/2004).

<sup>329</sup> Cfr. el apartado 13 del borrador de la [Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento \(CE\) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento \(CE\) n° 802/2004 de la Comisión](#) y, con referencia al anterior Reglamento comunitario de concentraciones (Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, *DOCE* L 395/1, de 30 de diciembre de 1989), el apartado 9 de la [Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento \(CEE\) n° 4064/89 del Consejo y al Reglamento \(CE\) n° 447/98 de la Comisión \(2001/C 68/03\)](#), *DOCE* C 68/3, de 2 marzo de 2001.

<sup>330</sup> DCE de 9 de diciembre de 2004, [COMP/M.3440 – EDP/ENI/GDP \(2005/801/CE\)](#), *DOUE* L 302/69 de 19 de noviembre de 2005.

efecto, las obligaciones y condiciones que el Ejecutivo comunitario puede incluir en las decisiones de autorización de operaciones de concentración no caben en esta categoría de remedios, puesto que la naturaleza preventiva de la actividad de control de las concentraciones hace que estas medidas, más bien que incidir sobre prácticas anticompetitivas efectivamente llevadas a cabo y corregir las alteraciones del régimen competitivo que las mismas provocan, se dirijan a neutralizar *in nuce* la posibilidad de que se realicen ilícitos concurrenciales en el mercado de referencia abusando de la posición de dominancia creada o fortalecida como resultado de la concentración<sup>331</sup>.

Por último, es oportuno poner de relieve que ni siquiera formarían parte de nuestro análisis las medidas contenidas en las herramientas de *soft enforcement*, por no reunir los elementos formales y sustanciales propios de la categoría de remedios *antitrust* de naturaleza pública que constituye objeto del presente trabajo. En particular, si nos fijamos en las medidas pertenecientes al ámbito del

---

<sup>331</sup> En realidad, cabría la posibilidad de extender el análisis también al ámbito de los remedios que la Comisión Europea puede imponer durante el desarrollo de su actividad de control de las concentraciones de dimensión comunitaria. Se trata, en particular, de los supuestos previstos por el artículo 8, apartado 4, Reglamento CE 139/2004, que establece que: “Cuando la Comisión compruebe que una concentración: a) ya ha sido ejecutada y dicha concentración ha sido declarada incompatible con el mercado común, o b) ha sido ejecutada contraviniendo una de las condiciones vinculadas a una decisión adoptada con arreglo al apartado 2 en ausencia de la cual la concentración se ajustaría al criterio del apartado 3 del artículo 2 o que, en los casos indicados en el apartado 4 del artículo 2, no cumpliría los criterios establecidos en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado, la Comisión podrá: – exigir a las empresas afectadas, que disuelvan la concentración, en particular mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, de tal manera que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la concentración. Si las circunstancias no permiten el restablecimiento de la situación previa a la ejecución de la concentración, mediante la disolución de la misma, la Comisión podrá adoptar cualquier otra medida apropiada para lograr tal restablecimiento en la medida de lo posible, – ordenar cualquier otra medida apropiada para garantizar que las empresas afectadas disuelvan la concentración o adopten cualesquiera otras medidas encaminadas a restablecer la situación previa, conforme a lo dispuesto en su decisión”. Sin embargo, hemos decidido excluir también esta categoría de remedios del alcance objetivo de nuestra investigación, pese al hecho de que los mismos median la misma naturaleza preventiva que caracteriza las obligaciones y condiciones incluidas en las decisiones *ex* artículo 8, apartado 2, Reglamento CE 139/2004. En efecto, tales remedios tienden a restaurar la estructura de mercado existente anteriormente a la ejecución de la concentración incompatible con el mercado común y no a corregir una concreta alteración del régimen competitivo llevada a cabo, por ejemplo, a través de la explotación abusiva de una posición de dominio. También estos remedios, por lo tanto, neutralizan *in nuce*, si bien ante un estadio de peligro más avanzado, las posibles distorsiones de la competencia que podrían surgir de la creación o fortalecimiento de una posición de dominio alcanzada a través de una operación de concentración y no por méritos empresariales.



*sunshine enforcement*<sup>332</sup> –cuales por ejemplo la información contenida en los comunicados de prensa, en las directrices (*guidelines*), en los documentos de trabajo (*discussion papers, non-papers*) y en la relación anual sobre la política comunitaria de la competencia (*annual report*)– podemos constatar que la adopción de estas herramientas no está supeditada a la iniciación de un expediente sancionador, ni a la corrección de específicos problemas de competencia conectados a la realización concreta de ilícitos concurrenciales. El papel de dichos instrumentos jurídicos, en efecto, es propiciar un incremento de la posibilidad de descubrimiento de las prácticas anticompetitivas (BECKER, 1983, págs. 371 y sigs.) y contribuir a la disminución de la carga probatoria que grava sobre la Comisión Europea en orden a la determinación del carácter ilícito de una práctica comercial (PETIT y RATO, 2009, pág. 208). Sin embargo, a lo largo del presente trabajo tomaremos en consideración la información proporcionada por las herramientas de *sunshine enforcement*, en cuanto la misma resulta particularmente valiosa para analizar las implicaciones teóricas y aplicativas de muchos aspectos de los remedios *antitrust*, tanto con respecto a aquéllos de naturaleza pública que a los de carácter privado.

## **2. Marco preliminar para el análisis de los remedios *antitrust* de naturaleza pública**

Antes de empezar el análisis teórico<sup>333</sup> de los aspectos procedimentales y sustanciales de los remedios *antitrust* de naturaleza pública y proceder al examen de los mecanismos normativos que rigen la fase de elección de estas medidas, consideramos oportuno trazar un marco preliminar con el fin de detectar algunos aspectos claves en el funcionamiento de las herramientas remediales en el ámbito del *public antitrust enforcement* de la Comisión Europea y poner los mismos como estables puntos de referencia de la investigación.

En particular, la construcción de este marco teórico se realizará antes de todo aclarando las bases jurídicas con arreglo a las cuales la Comisión Europea está legitimada para imponer remedios *antitrust* de naturaleza pública. Sucesivamente se afrontará un tema de carácter general en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia, constituido por la descripción de las principales características estructurales de las prohibiciones establecidas en los artículos 101 y 102 del

---

<sup>332</sup> Originariamente con la expresión *sunshine enforcement* se hacía referencia al convencimiento, surgido en los EE.UU. a finales del siglo XIX, que si el regulador hubiese revelado a un público muy amplio y heterogéneo (competidores, clientes y consumidores) la información relativa a los principales factores competitivos (por ejemplo el precio), la difusión de esta información habría evitado que se produjeran vulneraciones de la normativa *antitrust*.

<sup>333</sup> En cambio, el análisis casuístico de los remedios públicos que constituyen uno de los objetos de estudio del presente trabajo se realizará en el ámbito del Capítulo III.

TFUE, para luego proceder al análisis de la incidencia de las mismas sobre los remedios *antitrust* de naturaleza pública. Asimismo, pondremos de relieve que también las específicas características de la industria afectada por un ilícito concurrencial y el régimen de competencia concretamente existente en el mercado de referencia afectan a la imposición de las antedichas medidas remediales. Por último, arrancando del enfoque investigativo del trabajo de JOSKOW (2002, págs. 95-116), nos ocuparemos también de la incidencia de los costes de transacción sobre la aplicación de los remedios *antitrust* de naturaleza pública.

## **2.1. Las bases jurídicas para la imposición de los remedios *antitrust* de naturaleza pública en los supuestos de infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE**

La base jurídica para la imposición de los remedios *antitrust* de naturaleza pública en los supuestos de infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE es el Reglamento CE 1/2003<sup>334</sup>. Dicho Reglamento, en su artículo 7, apartado 1, establece que el Ejecutivo comunitario tiene el poder de incluir estas medidas en las decisiones sancionadoras adoptadas al término de un expediente administrativo formalmente incoado en contra de los autores de un ilícito concurrencial. El artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, en particular, establece que: “Cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constate la existencia de una infracción de los artículos 81 u 82 del Tratado, podrá ordenar mediante decisión a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada. A tal efecto, podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. [...]”<sup>335</sup>.

Además, siempre en el marco de expedientes administrativo-sancionadores, pero antes de la finalización de los mismos mediante la adopción de una decisión sancionadora, la Comisión Europea tiene el poder de imponer legítimamente remedios públicos de naturaleza *antitrust* acudiendo a otros vehículos jurídicos. En efecto, después de la incoación formal de tales procedimientos el Ejecutivo comunitario, con arreglo al artículo 8 del Reglamento CE 1/2003, está legitimado a imponer a las empresas destinatarias de la comunicación de iniciación a través

---

<sup>334</sup> Puesto que el Reglamento CE 1/2003 es anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en el mismo se siguen mencionando los artículos 81 y 82 del TCE, que hoy en día corresponden a los artículos 101 y 102 del TFUE.

<sup>335</sup> El Considerando 12º del Reglamento CE 1/2003, además, declara que “El presente Reglamento debe conferir explícitamente a la Comisión competencia para imponer cualquier remedio, sea de comportamiento o estructural, que sea necesario para poner efectivamente fin a la infracción y teniendo presente el principio de proporcionalidad [...]”.

de un sub-procedimiento cautelar. Asimismo, con arreglo al artículo 9 del Reglamento CE 1/2003 la Comisión Europea puede imponer medidas de carácter remedial adoptando una decisión que convierte en obligatorios los compromisos propuestos por las empresas involucradas en el expediente administrativo-sancionador, lo que determina la finalización del mismo sin llegar a constatar si se haya producido o menos la infracción originariamente contestada.

En los dos supuestos que acabamos de comentar, el hecho de que las medidas remediales se impongan en una etapa procedimental por decir así intermedia y el vehículo jurídico que las incorpora no sea una decisión sancionadora definitiva en el plano administrativo, afectan a la eficacia y al contenido de las mismas. Por ejemplo, los remedios *antitrust* de naturaleza pública impuestos mediante decisiones cautelares con arreglo al artículo 8 del Reglamento CE 1/2003 poseen una eficacia provisional, siendo exclusivamente finalizados a suspender temporalmente las prácticas empresariales supuestamente anticompetitivas. Las específicas características del vehículo jurídico que incorpora tales medidas, la fase procedimental en que pueden adoptarse y la función normativa que desarrollan las decisiones cautelares, inciden sobre el contenido de estos remedios y supeditan la aplicación de los mismos al recurrir de las siguientes específicas condiciones normativas: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. La necesidad de que recurran dichas condiciones así como la naturaleza de las decisiones cautelares inciden sobre los remedios *antitrust* de la siguiente forma: *i*) su imposición se realiza al éxito de un juicio de ponderación de intereses afectados por el carácter sumario de la evaluación de las prácticas comerciales enjuiciadas; *ii*) su eficacia es siempre temporalmente limitada y susceptible de autónoma revisión judicial antes de la finalización del procedimiento principal; *iii*) el contenido objetivo de tales medidas ha de satisfacer exclusivamente la exigencia de suspender *medio tempore* las consecuencias anticompetitivas que descienden de la práctica comercial que, sobre la base de un análisis sumario, se considera supuestamente anticompetitiva; *iv*) el contenido y la eficacia de los remedios públicos adoptados en sede cautelar nunca deben exceder, sobre la base de una evaluación pronóstica, el contenido y la eficacia de los remedios que la Comisión Europea podría imponer si llegara definitivamente a constatar, al término del procedimiento principal, que la práctica empresarial enjuiciada constituye un ilícito concurrencial.

La Comisión Europea está también legitimada a imponer medidas remediales adoptando una decisión con arreglo al artículo 9 del Reglamento CE 1/2003, es decir convirtiendo en obligatorios los compromisos propuestos por las empresas después de la iniciación de un procedimiento administrativo por supuesta infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE. Este tipo de decisiones, en particular, pueden ser adoptadas sólo en el caso de que las medidas voluntariamente presentadas por las empresas en el curso del procedimiento respondan y superen las inquietudes constatadas por la Comisión Europea en su análisis preliminar de la práctica empresarial. Sólo en este supuesto, en efecto, el Ejecutivo comunitario está legitimado a finalizar el procedimiento administrativo

sin tener que pronunciarse sobre si se haya producido o menos la infracción de la normativa *antitrust* originariamente contestada<sup>336</sup>. Para las empresas destinatarias de la comunicación de iniciación de tales procedimientos se trata de una oportunidad muy ventajosa en cuanto además de evitar un pronunciamiento de carácter administrativo que certifique la naturaleza anticompetitiva de las prácticas comerciales enjuiciadas por la Comisión Europea, evitan también que dicha Institución les imponga una multa sancionadora con arreglo al artículo 23 del Reglamento CE 1/2003.

## 2.2 Estructura normativa del Derecho de la competencia

La estructura de las normas del Derecho de la competencia no está pensada para que los organismos públicos a los que se encomienda su *enforcement* consigan detectar y arreglar todos los fallos de mercado para llegar a la situación de *first best* descrita por el modelo teórico de la competencia perfecta, en cuanto esto conllevaría costes de transacción demasiado elevados. Por esto, la normativa *antitrust* se caracteriza por ser esencialmente un sistema de disuasión de prácticas anticompetitivas y no, en cambio, un conjunto de preceptos que sirve para regular los mercados<sup>337</sup>, como demuestra el hecho de que el conjunto de normas que compone el sistema del Derecho de la competencia, mira esencialmente a prohibir la realización de prácticas empresariales que falsean, restringen o eliminan la competencia en el mercado<sup>338</sup>.

Al respecto cabe poner de relieve que el legislador comunitario no ha empleado una técnica de redacción normativa de carácter taxativo, en cuanto las prácticas empresariales prohibidas no han sido individuadas de forma puntual y exhaustiva. De ser así, en efecto, se habría determinado un *vulnus* de tutela por lo que concierne a las conductas empresariales no incluidas en el catálogo legal que, por consiguiente, no habrían sido susceptibles de ser evaluadas por parte de las Autoridades de la competencia. Si miramos al Derecho comunitario, y lo mismo vale por las análogas reglas nacionales de cada Estado miembro, podemos constatar que los artículos 101<sup>339</sup> y 102<sup>340</sup> del TFUE presentan sí un elenco de

---

<sup>336</sup> En este sentido se expresa también el Considerando 13º del Reglamento CE 1/2003.

<sup>337</sup> JOSKOW (2002, pág. 98).

<sup>338</sup> Como hemos tenido forma de destacar, resulta parcialmente diferente el discurso con respecto a la normativa que se aplica en el ámbito del control de las concentraciones económicas. *Vid supra sub §.II.1.*

<sup>339</sup> El artículo 101 del TFUE prohíbe la realización de acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas que restringen la competencia, por objeto o por efecto, en la medida en que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Tales prácticas, en particular, consisten en: “a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c)

conductas prohibidas, pero los supuestos de hecho indicados por el legislador UE no agotan las prácticas empresariales de alcance anticompetitivo. El hecho de que las reglas *antitrust* de carácter sustantivo presenten una estructura normativa abierta descende en larga medida de los objetivos de política legislativa que el legislador comunitario tiende a perseguir en materia de defensa de la competencia. En efecto, si se hubiese limitado la intervención de las Autoridades de la competencia a algunos, específicos supuestos de hecho, habría sido mucho más difícil impedir la restricción, el falseamiento o la eliminación de las condiciones de competencia en el mercado, puesto la determinación de un catálogo de prohibiciones con la fórmula del *numerus clausus*, habría dejado a las empresas un mayor margen de maniobra para realizar prácticas restrictivas de la competencia, en virtud del hecho de que la falta de tipificación legislativa habría obstaculizado la aplicación de las reglas *antitrust* en muchos supuestos.

Esta aproximación, sin embargo, presenta un problema de no menor importancia, en cuanto en presencia de una normativa que deja a las Autoridades de la competencia un significativo margen de discrecionalidad en la evaluación del carácter anticompetitivo de las conductas y prácticas empresariales, el riesgo se desplaza hacia la posibilidad de que sean prohibidas prácticas empresariales del todo neutrales desde el punto de vista del Derecho de la competencia (falsos negativos) o que, viceversa, no se llegue a prohibir prácticas efectivamente anticompetitivas (falsos positivos). La posibilidad de que las Autoridades de la competencia se equivoquen en la evaluación de ciertas prácticas empresariales no constituye una hipótesis remota, pese a la complejidad de detectar adecuadamente el alcance de los efectos concurrenciales de determinadas estrategias competitivas. Por ejemplo, si analizamos las prácticas de predación no existe consentimiento acerca del parámetro de coste con arreglo al cual cabría evaluar el posible alcance anticompetitivo de las prácticas empresariales caracterizadas por estrategias de precio particularmente agresivas. Además, siempre con respecto a esta tipología de prácticas, tampoco existe una postura

---

repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; *d*) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; *e*) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

<sup>340</sup> El artículo 102 del TFUE prohíbe el abuso de posición dominante en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y, en particular, la realización de las prácticas que consisten en: “*a*) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; *b*) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; *c*) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; *d*) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

teórica uniforme acerca de la necesidad de recurrir a un *recoupment test*<sup>341</sup>. Asimismo, la determinación de la teoría del daño representa otro ámbito muy insidioso en el análisis *antitrust*, en cuanto existen diferentes posturas acerca de la tipología de *test* que habría de ser utilizado para determinar cuando una práctica empresarial resulta susceptible de provocar un daño para los consumidores<sup>342</sup>.

A continuación analizaremos brevemente las principales características de las prohibiciones establecidas en los artículos 101 y 102 del TFUE.

### **2.2.1. La prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, del TFUE**

La prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, del TFUE se aplica a los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y a las decisiones de asociaciones de empresas que restringen la competencia, en la medida en que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Por lo que concierne a la definición de las prácticas que recaen bajo el ámbito de aplicación de esa prohibición, cabe poner de relieve que la jurisprudencia comunitaria ha definido las mismas como conceptos de Derecho comunitario, con la finalidad de

---

<sup>341</sup> Con el *recoupment test* se mide la capacidad de las empresas de incrementar las ganancias a través de la conducta predatoria, compensando las pérdidas sufridas durante la fase de predación con las ganancias obtenidas posteriormente a la salida o marginalización de los competidores. En EE.UU. la realización de ese *test* es necesaria para afirmar la responsabilidad *antitrust* de la empresa en posición de dominio (*Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 224 (1993)), mientras que la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia siguen manteniendo una postura diferente, en cuanto consideran los resultados del *test* sólo como un factor relevante en el análisis de la anticompetitividad de la práctica enjuiciada (STJ de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak International SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-333/94 P, RJ 1996/I/5951, ap. 44).

<sup>342</sup> Se discute en doctrina acerca del tipo de *test* que las Autoridades de la competencia habrían de emplear para averiguar si una determinada conducta, realizada por una empresa en posición de dominio, presenta carácter abusivo. Mientras algunos autores abogan por el *consumer welfare test* (AREEDA y HOVENKAMP, 2004, pág. 651; SALOP, 2006, pág. 311), que considera abusivas aquellas prácticas que producen efectos anticompetitivos no compensados por algún tipo de beneficio en favor de los consumidores, otros autores propenden por el *as efficient competitor test* (POSNER, 1976, pág. 194; VICKERS, 2005, pág. F255), en cuanto sólo en presencia de una práctica que tiene el efecto de excluir del mercado un competidor tanto eficiente como la empresa dominante, puede afirmarse que la misma haya abusado de esa posición. WERDEN (2006, pág. 53), en cambio, aboga por el *no economic sense test*, con arreglo al cual una conducta se considerará lícita si se rija por una justificación económica objetiva y racional, resolviéndose en una estrategia o práctica comercial que tiende precipuamente a mejorar las prestaciones de la empresa agente en beneficios de los consumidores.

distinguir entre esas prácticas y las conductas unilaterales que, en cambio, recaen en el ámbito de aplicación de la prohibición establecida en el artículo 102, apartado 1, del TFUE<sup>343</sup>.

La jurisprudencia comunitaria<sup>344</sup>, además, ha destacado que la prohibición del artículo 101, apartado 1, del TFUE se rige sobre el principio general de la autonomía decisional de cada agente económico en la determinación de la política comercial que tenga la intención de realizar en el mercado<sup>345</sup>. La prohibición establecida en ese artículo abarca todo tipo de coordinación de comportamientos o colusión entre empresas, que se realizan: *i*) cuando una empresa se compromete con otra a llevar a cabo una específica conducta en el mercado; *ii*) cuando a través del intercambio de contactos entre empresas, desaparezca o quede significativamente reducida la incertidumbre sobre la política comercial que las mismas tienen la intención de llevar a cabo en el mercado<sup>346</sup>. La coordinación puede lograrse de formas distintas, así por ejemplo puede alcanzarse a través de la fijación de obligaciones que regulen la conducta en el mercado de al menos una de las empresas involucradas, o mediante la celebración de acuerdos que incidan sobre sus incentivos. Por lo que concierne a la coordinación que se realiza a través de los acuerdos, cabe además señalar que la misma puede también ser tácita. En particular, para que un acuerdo pueda considerarse estipulado de manera tácita es necesario que haya tenido lugar una invitación, expresa o implícita, de una empresa con la intención de conseguir, conjuntamente con otras empresas, un objetivo común<sup>347</sup>.

---

<sup>343</sup> STJ de 11 de enero de 1990, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-277/87, RJ 1990/I/45, citada por las Directrices art. 81.3, pág. 115, y publicada de forma sumaria; STJ de 8 de julio de 1999, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92P, RJ 1999/I/4125, ap. 108.

<sup>344</sup> STJ de 8 de julio de 1999, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Anic Partecipazioni SpA*, *cit.*, ap. 116; STJ de 16 de diciembre de 1975, *Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA et al. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados de C-40/73 a C-48/73, RJ 1975/1663, ap. 173.

<sup>345</sup> Directrices art. 81.3, *cit.*, pág. 98.

<sup>346</sup> STG de 15 de marzo de 2000, *Cimenteries CBR et al. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, RJ 2000/II/491, aps 1849 y 1852; STG de 12 de julio de 2001, *Tate & Lyle plc, British Sugar plc y Napier Brown & Co. Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98, RJ 2001/II/2035, aps. 58-60.

<sup>347</sup> STJ de 6 de enero de 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV y Comisión de las Comunidades Europeas contra Bayer AG*, asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01 P, RJ 2004/I/23, ap. 102.

Los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas entre empresas pueden ser de dos tipos: *i*) horizontales, cuando conciernen a competidores reales o potenciales, es decir cuando inciden o se concluyen entre dos o más empresas activas en los mismos mercados geográficos y del producto<sup>348</sup>. Las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal, en particular, afirman que los mismos pueden generar problemas de competencia “cuando las partes acuerdan fijar los precios o la producción o repartirse los mercados, o cuando la cooperación permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su poder de mercado y sea probable que ello cause efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad y calidad de los productos”<sup>349</sup>; *ii*) verticales, cuando conciernen a la compraventa de bienes o servicios suscritos entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de suministro (por ejemplo, acuerdos de distribución entre fabricantes y mayoristas o minoristas; acuerdos entre proveedores y distribuidores)<sup>350</sup>. El artículo 1, apartado 1, let. *a*), del Reglamento UE 330/2010, en particular, define los acuerdos verticales, como “los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de suministro y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”.

La evaluación de esas prácticas empresariales, tanto horizontales, como verticales, desde el punto de vista del Derecho *antitrust* comunitario, requiere que el análisis se lleve a cabo en el contexto económico real en el cual se desarrollaría la competencia de no haber existido la cooperación entre empresas<sup>351</sup>, de tal forma que la prohibición prevista en el artículo 101, apartado 1, del TFUE sólo se aplica cuando resulta que los acuerdos o las prácticas restringen la competencia real o potencial que hubiera existido en ausencia de las mismas. Por lo que concierne, en particular, a los acuerdos y prácticas verticales, es necesario

---

<sup>348</sup> La Comisión Europea ha adoptado unas específicas directrices para fijar los principios que regulan la evaluación de esa clase de acuerdos con arreglo al artículo 101 del TFUE. [Comunicación de la Comisión \(2011/C 11/01\), Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal](#), en adelante “Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal”, *DOUE* C 11/1, de 14 de enero de 2011.

<sup>349</sup> Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal, *cit.*, pág. 4.

<sup>350</sup> La Comisión Europea ha adoptado unas específicas directrices para fijar los principios que regulan la evaluación de los acuerdos verticales con arreglo al artículo 101 del TFUE. [Comunicación de la Comisión \(2010/C 130/01\), Directrices relativas a las restricciones verticales](#), en adelante “Directrices sobre las restricciones verticales”, *DOUE* C 130/1, de 19 de mayo de 2010.

<sup>351</sup> Directrices art. 81.3, *cit.*, pág. 99. STJ de 28 de mayo de 1998, [John Deere Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-7/95, RJ 1998/I/3111, ap. 77.



evaluar si pueden restringir la competencia intermarca<sup>352</sup> (es la competencia que afecta a la comercialización de productos de diferentes fabricantes, por ejemplo *Coca-Cola contra Pepsi-Cola*) y/o intramarca (es la competencia que afecta a la comercialización de productos del mismo fabricante, por ejemplo *Kodak*).

El artículo 101, apartado 1, del TFUE, además, distingue entre acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que tienen por objeto una restricción de la competencia y aquéllos que tienen por efecto dicha restricción. Se trata de una distinción muy importante en cuanto cada vez un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, no es necesario demostrar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción de la competencia<sup>353</sup>.

Por lo general se consideran restricciones de la competencia por objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia conforme a lo establecido en el artículo 101, apartado 1, del TFUE<sup>354</sup>. Las restricciones de la competencia por objeto, tales como la fijación de precios, la limitación de la producción y el reparto de mercados, se consideran perniciosas porque presentan una gravedad intrínseca. Las mismas, en efecto, conducen a una ineficiente asignación de recursos entre los agentes económicos y suponen una reducción del bienestar de los consumidores, que tendrán que pagar precios más elevados por adquirir bienes y servicios en el mercado. En el curso de este trabajo nos referiremos a estas infracciones como *hardcore infringements*.

Cuando los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas no sean restrictivas de la competencia por su objeto, es necesario averiguar si tienen efectos restrictivos de la competencia, tomando en consideración sus efectos reales y potenciales. Eso quiere decir que dichas prácticas resultarán restrictivas por sus efectos si existe la probabilidad<sup>355</sup> de que

---

<sup>352</sup> La Comisión Europea, en el ámbito de las Directrices sobre las restricciones verticales afirmó, de manera general, que: “En la mayoría de las restricciones verticales sólo pueden surgir problemas si la competencia intermarca es insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor o el comprador, o de ambos”. Directrices sobre las restricciones verticales, *cit.*, pág. 4.

<sup>353</sup> Directrices art. 81.3, *cit.*, pág. 100.

<sup>354</sup> STJ de 20 de noviembre de 2008, [Competition Authority contra Beef Industry Development Society Ltd y Barry Brothers \(Carrigmore\) Meats Ltd](#), C-209/07, RJ 2008/I/8637, ap. 17.

<sup>355</sup> Por ejemplo, los acuerdos y prácticas concertadas pueden tener estos efectos cuando reducen de forma apreciable la independencia de la toma de decisiones de las empresas involucradas, STJ de 23 de noviembre de 2006, [Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios \(Ausbanc\)](#), C-238/05, RJ 2006/I/11125, ap. 51. Véase también STG de 15 de septiembre de 1998, [European Night Services Ltd \(ENS\), Eurostar \(UK\) Ltd, anteriormente European Passenger Services Ltd \(EPS\), Union internationale des chemins de fer \(UIC\)](#),

de las mismas descendan efectos anticompetitivos sensibles<sup>356</sup> sobre los precios, la producción, la innovación, la variedad o calidad de los productos y servicios comercializados en el mercado de referencia<sup>357</sup>. A continuación nos referiremos a estas infracciones, junto con los abusos de posición dominante, en términos de *grey-area infringements*.

Con la modernización del Derecho comunitario de la competencia, actuada a través del Reglamento CE 1/2003, se introdujo una norma de convergencia entre el derecho comunitario y los derechos nacionales. En particular, el artículo 3, apartado 2, de ese Reglamento establece que cuando los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que puedan afectar a los intercambios entre los Estados miembros no están prohibidas en virtud del artículo 101 del TFUE, no pueden ser prohibidas con arreglo al Derecho nacional de la competencia. Se trata de una disposición muy relevante a efectos de nuestra investigación, en cuanto el hecho de que los Estados miembros no puedan establecer, con respecto a estas prácticas empresariales, medidas de Derecho interno más restrictivas, los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que no están prohibidas en virtud del artículo 101, apartado 1, del TFUE, no pueden en ningún caso dar lugar a una infracción del Derecho nacional de la competencia y, por consiguiente, a la estimación de las acciones de indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, la evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1, del TFUE constituye sólo uno de los aspectos del análisis *antitrust*. En efecto, una vez que se haya establecido que unos determinados acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas restringen la competencia por objeto o por efecto es preciso evaluar, con arreglo al artículo 101, apartado 3, del TFUE si los mismos también producen efectos económicos positivos en

---

[NV Nederlandse Spoorwegen \(NS\) y Société nationale des chemins de fer français \(SNCF\) contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, RJ 1998/II/3141, aps. 136 y sigs.; STJ de 28 de mayo de 1998, [John Deere Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), *cit.*, ap. 77.

<sup>356</sup> La prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 101 del TFUE, en efecto, no se aplica cuando los efectos anticompetitivos observados son insignificantes. STJ de 9 de julio de 1969, [Franz Völk contra S.P.R.L. Ets J. Vervaecke](#), C-5/69, RJ 1969/295, ap. 7. Véase también la [Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea \(\*de minimis\*\)](#), en adelante “Comunicación *de minimis*”, DOCE C 368/13, de 22 de diciembre de 2001.

<sup>357</sup> Es preciso señalar, además, que cuando los acuerdos y prácticas concertadas, debido a las cuotas de mercado de las partes, no puedan acogerse a una exención por categorías, eso de por sí no resulta suficiente para considerar que recaen en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del TFUE o que no se cumplen las condiciones del siguiente apartado 3 de ese artículo. En estos supuestos, por lo tanto, resultará siempre necesario proceder a una evaluación individual de sus efectos probables. Directrices art. 81.3, *cit.*, pág. 100.

forma de mejoras de eficiencia<sup>358</sup>. En efecto, cuando los beneficios económicos objetivos que descienden de acuerdos y prácticas concertadas compensan o encima superan los efectos negativos de la restricción de la competencia que por medio de los mismos también se ha producido en el mercado, dichas prácticas empresariales se consideran eficientes y, por lo tanto, compatibles con los objetivos e intereses protegidos a través de la normativa *antitrust* comunitaria<sup>359</sup>.

En particular, la aplicación del beneficio de la exención individual <sup>360</sup> contemplado en el artículo 101, apartado 3, del TFUE se supedita a las siguientes cuatro condiciones acumulativas<sup>361</sup> (dos positivas y dos negativas): *i*) los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; *ii*) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; *iii*) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos de mejorar la

---

<sup>358</sup> La jurisprudencia comunitaria ha destacado que a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE únicamente han de tenerse en cuenta los beneficios objetivos, cuales por ejemplo la reducción de los costes de producción, el incremento de la calidad del producto o la creación de un nuevo producto, que conllevan un valor añadido en términos de mejoras de eficiencia económica. Por esa razón, por ejemplo, no se consideran beneficios objetivos los ahorros de costes obtenidos a través del mero ejercicio del poder de mercado. Directrices art. 81.3, *cit.*, pág. 104.

<sup>359</sup> STJ de 13 de julio de 1966, [Établissements Consten S.à.R.L. y Grundig-Verkaufs-GmbH contra Comisión de la Comunidad Económica Europea](#), asuntos acumulados C-56/64 y C-58/66, RJ 1966/429.

<sup>360</sup> Cabe, además, poner de relieve que cuando un acuerdo o una práctica concertada gozan de una exención por categorías, las partes no tienen que demostrar que se reúnen las condiciones del artículo 101, apartado 3, del TFUE. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 del Reglamento 1/2003, la Comisión Europea y las ANC (pero no los jueces nacionales), están habilitadas para retirar ese beneficio si consideran que en un caso concreto dichos acuerdos o prácticas concertadas producen efectos incompatibles con el artículo 101, apartado 3, del TFUE. En estos supuestos la carga de la prueba, tanto con arreglo a las condiciones para aplicar la prohibición del artículo 101, apartado 1, del TFUE, como con respecto a la ausencia de las condiciones para acceder a la exención individual establecida en el artículo 101, apartado 3, del TFUE, recae sobre las Autoridades de la competencia. Directrices art. 81.3, *cit.*, págs. 102-103.

<sup>361</sup> STG de 15 de julio de 1994, [Matra Hachette SA contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-17/93, RJ 1994/II/595, ap. 85; STG de 8 de octubre de 2002, [Métropole Télévision SA \(M6\) \(T-185/00\)](#), [Antena 3 de Televisión, SA \(T-216/00\)](#), [Gestevisión Telecinco, SA \(T-299/00\)](#) y [SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA \(T-300/00\) contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), asuntos acumulados T-185/00, T-216/00, T-299/00 y T-300/00, RJ 2002/II/3805, ap. 86; STJ de 17 de enero de 1984, [De Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, y Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), asuntos acumulados C-43/82 y C-63/82, RJ 1984/I/19, ap. 61; STJ de 28 de enero de 1986, [Pronuptia de Paris GmbH contra Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis](#), C-161/84, RJ 1986/I/353.

producción o la distribución de los productos o fomentar el progreso técnico o económico; *iii*) los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresa y las prácticas concertadas no deben ofrecer a las empresas involucradas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. La carga de la prueba recae sobre las partes que quieren acceder al beneficio de la exención individual<sup>362</sup>.

En definitiva, resulta oportuno destacar que si es cierto que esta breve ilustración de los rasgos esenciales de la prohibición establecida en el artículo 101 del TFUE resulta funcional al análisis de los remedios *antitrust* de carácter público, sin embargo es con respecto al análisis del remedio indemnizatorio que la misma asume la mayor relevancia. Por ejemplo, en relación con el estudio de las acciones de indemnización de daños y perjuicios que descienden de la realización de carteles secretos, el análisis de las medidas de armonización de matriz comunitaria, tanto planteadas<sup>363</sup> como introducidas<sup>364</sup>, que afectan al remedio indemnizatorio, se realizará tomando en cuenta las precipuas características de esta categoría de ilícito tomando en cuenta los rasgos generales de la prohibición establecida por el artículo 101 del TFUE.

### **2.2.2. La prohibición establecida en el artículo 102, apartado 1, del TFUE**

Como forma de premisa a la siguiente breve análisis de la prohibición de abuso de posición dominante establecida en el artículo 102 del TFUE, cabe poner de relieve que la actual situación de la industria europea se caracteriza por la desaparición de los mercados monopolísticos, que se debe en buena medida al hecho de que numerosos procesos de liberalización se han llevado a cabo en sectores históricamente caracterizados por dicha estructura de mercado, como por ejemplo la industria energética, el sectores de las telecomunicaciones, el sector del transporte ferroviario y el sector de los servicios postales<sup>365</sup>. En el ámbito de este nuevo escenario industrial, por lo tanto, las empresas *incumbent*,

---

<sup>362</sup> Directrices art. 81.3, *cit.*, pág. 102.

<sup>363</sup> Cfr. *infra sub* §.IV.6 y §.IV.7.

<sup>364</sup> *Vid. infra sub* §.V.1.6 y §.V.2.

<sup>365</sup> Los procesos de liberalización conllevan la necesidad de garantizar un entorno de competencia mínima, unas reglas de juego transparentes y la libre entrada a cualquiera de las actividades anteriormente realizadas en régimen de monopolio legal. En particular, la regulación del acceso, es muy intrusiva e implica costes para los *incumbents*, que hasta pueden afectar los incentivos de las mismas respecto de la realización de inversiones futuras. Por eso en algunas industrias de red, como por ejemplo aquéllas de la energía eléctrica y gas, se ha optado por una solución alternativa a la regulación, consistente en la separación propietaria entre los *incumbents* y las empresas verticalmente integradas con las mismas.

con el fin de maximizar sus ganancias<sup>366</sup>, suelen competir de forma muy agresiva con los nuevos entrantes, sobre todo con respecto al precio de venta de bienes y servicios a los consumidores y con respecto al precio de los factores productivos, en cuanto muy a menudo las empresas *incumbent* suelen poseer los recursos o las infraestructuras esenciales.

Además, en términos muy generales, sin tener en cuenta todas las variables que pueden incidir sobre el proceso de maximización de las ganancias, el pasaje de un mercado monopolístico a un mercado competitivo tiene una gran influencia sobre la política industrial de los *incumbent*, en cuanto dichas empresas pasan de una condición de *price maker* a una de *price taker*, quedando sujetas, por lo que se refiere a la fijación del precio de venta, a la ley de la demanda y de la oferta y a la presión competitiva (y a las reacciones) de los competidores horizontales actuales y potenciales. El cambio de régimen acerca de la determinación del precio de venta de bienes y servicios que los *incumbents* experimentan en el pasaje a una estructura de mercado competitiva, por lo tanto, constituye una de las razones que pueden inducir estas empresas a adoptar estrategias comerciales que les permitan preservar su posición dominante en el mercado de referencia.

En términos aún más generales y sin distinguir entre la situación en que se encuentran los *incumbents* que actúan en industrias de red liberalizadas y aquella de las empresas que operan en los demás tipos de mercados, el mantenimiento o la consecución de una posición de dominio constituye una situación que conlleva toda una serie de ventajas competitivas, cuales por ejemplo la posibilidad de lograr economías de escala y gozar de una estructura de costes más eficiente, que inciden de forma muy significativa sobre la política industrial que se realiza en el mercado, en cuanto por ejemplo pone las empresas dominantes en condiciones de practicar precios más bajos en favor de los consumidores finales. A largo plazo, sin embargo, las condiciones de mercado para los consumidores finales podrían empeorar, en términos de nivel de precios, calidad y variedad de los productos. Si las empresas dominantes consiguieran realizar con éxito favorable estrategias para excluir o marginalizar los competidores, cuales por ejemplo una estrategia de precios predatorios que a corto plazo resulta beneficiosa para los consumidores, logrando una posición de monopolio, podrían restringir el *output* e incrementar el nivel de precios con el fin de maximizar sus ganancias.

Es a la luz de estas implicaciones microeconómicas que la normativa de defensa de la competencia, y en particular el artículo 102 del TFUE, sólo admite que una posición de dominio pueda ser lícitamente alcanzada o mantenida cuando eso ocurre de forma virtuosa, es decir cuando el éxito empresarial logrado en el

---

<sup>366</sup> Al respecto cabe recordar que con arreglo a las asunciones de la ciencia económica la condición que permite maximizar las ganancias a largo plazo se logra cuando la cantidad marginal obtenida aumentando el nivel de un determinado factor de producción es igual a su precio. VARIAN (2011, pág. 370).

mercado depende exclusivamente del mérito –por ejemplo, el precio practicado resulta más bajo del precio de los productos de los competidores, en cuanto la empresa ha logrado una estructura de costes más eficiente o los productos poseen una mejor calidad gracias a los resultados obtenidos con las inversiones en I+D– y no de la realización de ilícitas estrategias industriales.

El artículo 102, apartado 1, del TFUE expresamente dispone que: “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo”. Cabe destacar, de entrada, que con dicha norma el legislador comunitario no quiso prohibir, en términos absolutos, el conseguimiento de una posición dominante, así como no quiso vedar que la empresa *leader*, una vez lograda la dominancia en el mercado, siga manteniendo lícitamente en el tiempo esta posición. Lo que, en cambio, se prohíbe a través de esta disposición normativa es el abuso de la posición de dominio, es decir el ilícito aprovechamiento de la misma para reducir o eliminar completamente la existencia de un régimen de competencia en el mercado<sup>367</sup>.

En el ámbito del Derecho de la competencia se entiende que la posición dominante es la capacidad de una empresa de aumentar, de forma durable y rentable, los precios de sus productos y servicios por encima del nivel competitivo. La dominancia presenta un *quid pluris* respecto del poder de mercado, en cuanto sólo en presencia de un poder de mercado significativo<sup>368</sup> se configura una posición dominante. Con la decisión del asunto *United Brands*<sup>369</sup> el TJUE definió la posición dominante como: “[...] la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores”. Con arreglo a dicha definición, por lo tanto, estamos en presencia de una posición dominante cuando una determinada empresa resulta capaz de comprometer con su conducta el mantenimiento de una situación de competencia efectiva en el mercado. En concreto, una empresa tiene esta aptitud cuando se halla en condiciones de elegir sus estrategias comerciales con absoluta independencia<sup>370</sup>, es decir sin haber de tener en cuenta

---

<sup>367</sup> STG de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar plc contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-228/97, RJ 1999/II/2969, ap. 112.

<sup>368</sup> Orientaciones sobre el art. 82, *cit.*, ap. 10.

<sup>369</sup> STJ de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company et al. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*, ap. 65.

<sup>370</sup> BISHOP *et al.* (2010, pág. 228) han puesto en duda el concepto de “actuar con independencia”, en cuanto no sería apto para proporcionar una base teórica adecuada para diferenciar la empresa dominante de las empresas que no poseen esta posición en el mercado de referencia. En particular, en el ámbito de un mercado con estructura

las reacciones de los demás agentes económicos que actúan en el mercado o podrían entrar en el mismo.

El artículo 102 del TFUE no indica cuales son los parámetros que se han de tener en cuenta a la hora de establecer si una determinada empresa posee efectivamente una posición de dominio. En efecto, esta disposición normativa sólo individúa dos circunstancias en presencia de las cuales una práctica abusiva resulta relevante a efectos del Derecho de la competencia. En primer lugar es necesario que la empresa posea una posición de dominio en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo (elemento geográfico) y, en segundo lugar, que el abuso afecte negativamente al comercio entre los Estados miembros (elemento teleológico). Cabe subrayar que las reglas del Derecho de la competencia constituyen parte integrante del régimen legal del mercado interior<sup>371</sup>. El correcto funcionamiento del mercado comunitario, por lo tanto, pasa también por el respeto de la prohibición de abuso de posición dominante por parte de las empresas que actúan en el mismo. En efecto, este mercado no podría funcionar correctamente si no se impidiera la subrepticia reintroducción de las barreras anteriormente existentes –es decir, si se reintrodujeran los obstáculos a la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y personas (trabajadores)– a través de la realización de conductas y prácticas empresariales anticompetitivas tendientes, por un lado, al cuarteamiento del mercado interior, y por el otro, a la explotación abusiva de una posición de dominio, en perjuicio del comercio entre los Estados miembros de la UE<sup>372</sup>.

---

competitiva, también la empresa dominante ha de enfrentarse con la curva de demanda, cuya inclinación negativa no permite aumentar el precio sin disminuir la cantidad efectivamente vendida, eso en cuanto el precio de reserva de los consumidores que se encuentran a la derecha del nuevo precio  $P^2$  (con  $P^2 > P^*$ , indicando con  $P^*$  el precio existente al nivel competitivo) resultará inferior al precio de venta efectivamente practicado, con la consecuencia de que los mismos no estarán dispuestos a adquirirlo. Además, el hecho de que en el mercado permanezcan otras empresas (no dominantes) hace que la empresa dominante pueda actuar con independencia sólo hasta un cierto punto, puesto que una parte de la demanda agregada de mercado seguirá siendo abastecida por sus competidores horizontales. Sin embargo, WHISH y BAILEY (2012, pág. 153) han afirmado que el concepto de “actuar con independencia” ha de leerse con referencia al nivel del precio competitivo, en el sentido de que sólo una empresa dominante posee la capacidad de aumentar el precio a un nivel sobre-competitivo con independencia de lo que hagan sus competidores.

<sup>371</sup> STJ de 17 de febrero de 2011, [Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB](#), C-52/09, RJ 2011/I/527, aps. 20-21.

<sup>372</sup> Las dos circunstancias examinadas, no agotan los supuestos en los que un abuso de posición dominante resulta relevante para el Derecho de la Unión Europea. Del análisis del catálogo ejemplificador del artículo 102, apartado 2, del TFUE, se desprende que ninguno de los supuestos hace referencia a hipótesis de cuarteamiento de mercado, ni puede excluirse el carácter anticompetitivo de la conducta por el simple hecho de que la

Además de los parámetros expresamente indicados en el artículo 102 del TFUE, pueden emplearse los criterios de análisis y las herramientas de evaluación que la jurisprudencia comunitaria ha empleado en sus pronunciamientos. El primer parámetro económico que ha de ser tomado en consideración es la cuota de mercado<sup>373</sup>. Por lo general se presume la existencia de una posición de dominio en el caso de que una empresa posea una cuota de mercado igual o superior al 50%<sup>374</sup>. La evaluación de las cuotas de mercado no se ha de llevar a cabo en términos absolutos, sino en el marco de un análisis comparativo en el que también se han de tener en consideración las cuotas de mercado poseídas por los competidores. Así bien, si cabe la posibilidad de que la posesión de cuotas de mercado superiores al 50% excluya la existencia de una posición de dominio, debido a la simultánea presencia de fuertes competidores, asimismo es posible que una empresa posea una posición de dominancia sin tener una cuota de mercado igual o superior al umbral antecitado, como en el caso de que el mercado de referencia resulte muy poco concentrado y se caracterice por la presencia de numerosas empresas con un escaso poder de mercado<sup>375</sup>. Además, asume relevancia el factor temporal, en el sentido de que es necesario verificar si la empresa haya conseguido mantener en el tiempo esta cuota de mercado con una cierta estabilidad<sup>376</sup>.

Otro factor que se ha de tener en cuenta a la hora de determinar si una empresa posee una posición dominante en el mercado de referencia es la existencia de

---

misma no llegue a perjudicar el comercio entre los Estados miembros. NAZZINI (2011, págs. 110-111).

<sup>373</sup> STJ de 13 de febrero de 1979, [Hoffmann La Roche contra Comisión](#), *cit.*

<sup>374</sup> STJ de 3 de julio de 1991, [AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), *cit.* En otros pronunciamientos, el TGUE ha considerado que, en ausencia de circunstancias especiales, la mera posesión de cuotas de mercado particularmente relevantes –90% en el asunto [Tetra Pak](#) (STG de 6 de octubre de 1994, [Tetra Pak International SA contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), *cit.*) y 70-80% en el asunto [Hilti](#) (STG de 12 de diciembre de 1991, [Hilti AG contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-30/89, RJ 1991/II/1439)– constituya prueba suficiente de la existencia de una posición dominante.

<sup>375</sup> DCE de 14 de julio de 1999, [IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways](#) (2000/74/CE), [DOCE](#) L 30/1 de 4 de febrero de 2000.

<sup>376</sup> Por lo general se considera suficiente un horizonte temporal de cinco años. En todo caso, el mero hecho de que la empresa enjuiciada haya perdido un cierto porcentaje de la cuota originariamente considerada, no es un indicio de por sí suficiente para afirmar que la misma no se hallase en posición de dominio (STG de 8 de octubre de 1996, [Compagnie maritime belge transports SA y Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. y Nedlloyd Lijnen BV contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, RJ 1996/II/1201).



barreras de expansión y de entrada<sup>377</sup>. En efecto, el mero análisis de las cuotas de mercado no es de por sí solo suficiente para verificar la existencia de vínculos competitivos conectados con la competencia potencial y con la posibilidad de que la competencia actual logre una expansión de la producción en un margen temporal razonable. La existencia de estos tipos de barreras constituye un poderoso obstáculo para la realización y el mantenimiento de una situación de competencia efectiva, en cuanto las mismas indican que en el mercado de referencia actúa una empresa que posee un poder de mercado significativo. Nos encontramos ante dicha eventualidad cuando la empresa en cuestión tiene la capacidad de fijar sus precios por encima del nivel competitivo, sin tener que enfrentarse a la entrada de nuevas empresas<sup>378</sup> (o a la expansión de la producción de sus competidores actuales).

Existen múltiples tipologías de barreras, muchas de las cuales se hallan catalogadas de forma no taxativa en el Discussion Paper sobre la aplicación del artículo 82 del TCE<sup>379</sup>. Antes de todo cabe destacar, por su importancia y difusión, las denominadas barreras legales, entre las que figuran los derechos de propiedad intelectual<sup>380</sup>. Otros tipos de barreras particularmente relevantes son: los costes hundidos, las economías de escala<sup>381</sup> y las economías de alcance<sup>382</sup>, las ventajas de coste<sup>383</sup>, el acceso privilegiado a los canales de distribución<sup>384</sup>, los

---

<sup>377</sup> La Comisión Europea define expresamente, en las [Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas](#) (Comunicación de la Comisión 2004/C 31/03, *DOUE* C-31/5 de 5 de febrero de 2004), las barreras de entrada como “[...] unas características específicas del mercado que otorgan a las empresas ya establecidas una ventaja sobre sus competidores potenciales”.

<sup>378</sup> Se trata de la definición de BAIN (1956, pág. 48). SPULBER (2003, pág. 55) en cambio define las barreras de entrada como las ventajas competitivas de las cuales gozan las empresas ya establecidas en un determinado mercado respecto de los nuevos entrantes.

<sup>379</sup> Comisión Europea, Bruselas diciembre de 2005, [DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses](#), en adelante “Discussion Paper art. 82”, publicado en la sitio *Internet* de la DG Comp.

<sup>380</sup> STG de 10 de julio de 1991, [Radio Telefis Eireann contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-69/89, RJ 1991/II/485.

<sup>381</sup> STJ de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company et al. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*

<sup>382</sup> STJ de 6 de abril 1995, [BPB Industries plc y British Gypsum Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-310/93, RJ 1995/I/865.

<sup>383</sup> Por un caso relacionado con la *essential facilities doctrine* véase STJ de 26 de noviembre de 1998, [Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.](#), C-7/97, RJ 1998/I/7791.

<sup>384</sup> STJ de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company et al. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*

efectos de red<sup>385</sup>, la existencia de una red de distribución particularmente desarrollada<sup>386</sup>, etc.

El poder de negociación de la demanda<sup>387</sup> constituye otro importante vínculo competitivo. Normalmente se entiende que existe poder de negociación en presencia de consumidores de grande tamaño<sup>388</sup>. Sin embargo, los consumidores resultan capaces de ejercer una verdadera presión competitiva sólo cuando pueden acudir, de forma más económica, a alternativas externas a la opción de compra ofrecida por el operador dominante<sup>389</sup>. El poder de negociación de los consumidores reviste un papel muy importante a la hora de establecer si una empresa se halla efectivamente en condiciones de ejercitar su poder de mercado, en cuanto es muy probable que una empresa que posea una alta cuota de mercado no consiga actuar con un grado apreciable de independencia frente a clientes que cuenten con una considerable capacidad de negociación<sup>390</sup>.

La distinción entre prácticas anticompetitivas y pro competitivas constituye una difícil tarea hermenéutica, en cuanto en la práctica puede ser muy complejo establecer cuando una práctica empresarial restringe efectivamente la competencia de una forma ilícita. Por ejemplo, en muchos supuestos la realización de una conducta unilateral pro competitiva conlleva también el efecto de perjudicar, aunque de forma mediata, los intereses económicos de los competidores, configurándose como una acción lícita de competencia agresiva<sup>391</sup>. Buena prueba de la dificultad de discernir entre ambas tipologías de prácticas empresariales estriba en el hecho de que en muchos supuestos la práctica enjuiciada no resultaría abusiva si no fuese realizada por la empresa dominante, en cuanto no es la conducta en sí misma que posee un carácter anticompetitivo sino que dicha connotación depende del grado de incidencia negativa de sus

---

<sup>385</sup> STG de 17 de septiembre de 2007, [Microsoft Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-201/04, RJ 2007/II/3601, T-201/04, RJ 2007/II/3601.

<sup>386</sup> DCE de 18 de julio de 1988, [IV/30.178 – Napier Brown/British Sugar](#) (88/518/CEE), [DOCE L 284/41](#) de 19 de octubre de 1988.

<sup>387</sup> Comunicación de la Comisión relativa al art. 82, ap. 18.

<sup>388</sup> Esta idea se fundamenta sobre el hecho de que las empresas sufrirían una significativa pérdida de ganancias si dejaran de ofrecer sus bienes o servicios a un consumidor con amplia capacidad de compra, capaz de satisfacer con sus actos de consumo una considerable porción del tramo de demanda a la que se enfrenta el operador dominante.

<sup>389</sup> La principal opción externa (*outside option*) de la que disponen los consumidores es la existencia de un oferente alternativo. La presencia de una empresa que vende un bien sustitutivo en el mismo mercado de referencia, sin embargo, se traduce en una fuente de presión competitiva para la empresa dominante solo si los consumidores pueden adquirir sus productos sin enfrentarse a *switching cost* excesivamente elevados.

<sup>390</sup> STG de 7 de octubre de 1999, [Irish Sugar plc contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), *cit.*, aps. 97-104.

<sup>391</sup> [CARLTON](#) (2001, pág. 660).

efectos (o de sus efectos potenciales en virtud del tipo de objeto que connota la misma) sobre el régimen de competencia existente en el mercado afectado<sup>392</sup>.

Por estas razones la determinación de la naturaleza abusiva de una práctica empresarial, y en nuestro caso de una conducta unilateral realizada por una empresa que se halla en posición de dominio, ha de pasar necesariamente por la evaluación de su racionalidad económica y ha de fundamentarse, en última instancia, sobre las ganancias de eficiencia que la misma conllevan o resulta susceptible de producir<sup>393</sup>. Por lo general habrán de considerarse abusivas exclusivamente aquellas conductas empresariales que carecen de justificación económica y que resultan principalmente dirigidas a perjudicar los competidores o a expulsarlos del mercado. Viceversa, una conducta se considerará lícita cuando se rijan por una justificación económica objetiva y racional, resolviéndose en una estrategia o práctica comercial que tiende precipuamente a mejorar las prestaciones de la empresa agente en beneficios de los consumidores (*no economic sense test*)<sup>394</sup>-. Otro *test* que suele emplearse para establecer si una conducta realizada por una empresa en posición de dominio posee carácter anticompetitivo es el denominado *as efficient competitor test*<sup>395</sup>. Dicho *test*, en particular, se caracteriza por el hecho de que para afirmar que una empresa haya realizado una práctica ilícita abusando de su posición dominante es necesario demostrar que el (potencial) efecto de su conducta sea la exclusión del mercado de un competidor igualmente (o más) eficiente.

Existen dos macro-categorías de abuso de posición dominante: el abuso de explotación y el abuso excluyente. El abuso de explotación se realiza cuando la empresa en posición de dominio se limita a aprovechar de su poder de mercado en perjuicio de sus clientes, con la finalidad de lograr ganancias sobrecompetitivas. Son tales, por ejemplos, la imposición de precios especialmente gravosos y las prácticas discriminatorias en perjuicio de la contraparte comercial<sup>396</sup>. La prohibición de conductas de explotación por parte

---

<sup>392</sup> TOVAR MENA (2011, pág. 5).

<sup>393</sup> FATTORI y TODINO (2010, pág. 162).

<sup>394</sup> Dicho *test* es el que viene mayormente utilizado por las agencias *antitrust* norteamericanas. Por lo que concierne a su aplicación en el ámbito del ordenamiento comunitario, WERDEN (2006, pág. 53).

<sup>395</sup> POSNER (1976, pág. 194) y VICKERS (2005, pág. F255).

<sup>396</sup> Las conductas de explotación deberían ser prohibidas sólo en supuestos excepcionales, en cuanto una aplicación extensiva de las mismas podría conllevar efectos no deseados sobre la estructura de los mercados, alterando la naturaleza de las dinámicas competitivas. En efecto, dejando al margen los problemas aplicativos relacionados con la fase de investigación, para las Autoridades de defensa de la competencia no resultaría para nada fácil distinguir entre una explotación abusiva del poder de mercado y una explotación fisiológica, con el riesgo de sancionar una empresa por el sólo hecho de

de la empresa en posición dominante tiene como finalidad aquélla de realizar un estricto control sobre los resultados económicos y es un *proprium* de la cultura *antitrust* europea. En efecto, en el Derecho norteamericano de la competencia no se sancionan, como abuso de posición dominante, los supuestos de aplicación de condiciones contractuales particularmente gravosas o aquéllos de fijación de precios inicuos en perjuicio de la contraparte contractual más débil. Esto se debe al hecho de que, en el ordenamiento estadounidense, el conjunto de reglas en materia de defensa de la competencia tiende exclusivamente a satisfacer la exigencia de asegurar el acceso de las empresas al mercado, sin preocuparse directamente de la protección de los consumidores (cuya tutela está encomendada a otras Autoridades públicas, que no desempeñan propiamente una función de tutela de la competencia<sup>397</sup>). El abuso excluyente, en cambio, se realiza en presencia de conductas comerciales finalizadas a expulsar a los competidores del mercado, con la intención de lograr una posición monopolística y realizar ganancias sobrecompetitivas en perjuicio de los consumidores. Dichas prácticas, por ejemplo, contemplan el aumento de los costes de entrada en el mercado y la preclusión de las salidas o de las fuentes de abastecimiento para los competidores.

Por lo que concierne, por últimos a las distintas tipologías de prácticas contrarias a la prohibición del artículo 102 del TFUE, podemos destacar, sin alguna pretensión de exhaustividad, que aquéllas que se realizan con más frecuencia en la práctica resultan las siguientes: *i*) precios predatorios (*predatory pricing*)<sup>398</sup>; *ii*) acuerdos atados o vinculados (*tying*)<sup>399</sup>; *iii*) estrechamiento de márgenes (*margin squeezing*)<sup>400</sup>; *iv*) rechazo de suministro (*refusal to supply*)<sup>401</sup>; *v*) ventas conjuntas o agrupadas (*bundling*)<sup>402</sup>; *vi*) descuentos de fidelidad (*fidelity rebates*)<sup>403</sup>.

---

haber logrado una posición de dominancia mediante la realización de un esfuerzo empresarial virtuoso, KORAH (2000, pág. 106).

<sup>397</sup> FOX (1986, pág. 993).

<sup>398</sup> Una empresa en posición de dominio realiza una práctica de precios predatorios cuando fija el precio de sus productos por debajo del precio de los productos rivales. En particular, un precio resulta “predatorio” cuando se fija, de forma anormalmente baja, por debajo de alguna medida del coste del producto. La prácticas de precios predatorios constituye una práctica empresarial de tipo excluyente, en cuanto está dirigida a expulsar las empresas rivales del mercado y a disuadir la entrada de nuevos competidores (*newcomers*). ROUSSEVA (2010, págs. 133-172).

<sup>399</sup> Los acuerdos atados o vinculados se refieren a aquellas prácticas empresariales que se caracterizan por el hecho de que la adquisición de un determinado producto se supedita a la obtención de un segundo producto. HERRERO SUÁREZ (2006, pág. 235) ha puesto de relieve que dicha práctica se diferencia de la práctica de *pure bundling* por el hecho de que la relación entre producto vinculante y producto vinculado obedece a un esquema de proporciones variables, en cuanto la cantidad del producto vinculado puede variar de consumidor a consumidor..

<sup>400</sup> Para establecer en qué consiste la práctica anticompetitiva denominada estrechamiento de márgenes, podemos tomar como punto de partida la definición del

---

TGUE, que al respecto ha afirmado que: “[...] existe práctica de precios-tijera cuando una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de su producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del producto transformado”. STG de 30 de noviembre de 2000, *Industrie des Poudres Sphériques SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-5/97, RJ 2000/II/3755, ap. 178. En la doctrina española el Profesor Díez ESTELLA ofrece una óptima y sintética panorámica de la práctica de *margin squeeze* afirmando que: “[...] podemos definir un «estrechamiento de márgenes» como un margen insuficiente entre el precio de un producto ascendente A y el precio de un producto descendente A+B del que A es un componente esencial. Esta práctica tiene lugar principalmente en mercados en los que una empresa integrada verticalmente y con poder de mercado en la provisión de un servicio esencial, está también presente en el mercado minorista o descendente, y fija un precio para ese insumo tal que impide –en un plazo de tiempo duradero– a un competidor tan eficiente como ella misma operar con un margen de beneficio razonable. Así, la empresa verticalmente integrada puede estrechar el margen de sus competidores, bien aumentando el precio del insumo y manteniendo su nivel de precios en el mercado minorista («*wholesale margin squeeze*»), o bien, para estrechar aún más el margen de sus competidores, podría reducir además los precios a los que la empresa verticalmente integrada oferta sus bienes a los consumidores finales en el mercado minorista o descendente («*retail margin squeeze*»). La doctrina ha distinguido tradicionalmente los siguientes elementos esenciales desde una perspectiva económica para que pueda llevarse a cabo una práctica de *margin squeeze*: (i) existencia de dos mercados verticalmente relacionados, en los que el input del mercado ascendente es esencial para operar en el mercado descendente; (ii) el *input* esencial debe estar controlado por una empresa verticalmente integrada y, por tanto, presente en los dos mercados (de manera que se da y que, por tanto, sea al mismo tiempo, proveedor y competidor del resto de las empresas activas en el mercado descendente. Además, es necesario que la empresa verticalmente integrada tenga una posición de dominio en el mercado ascendente (que va más allá del control) del input esencial, pues sólo así estará en condiciones de «reducir» el margen de sus competidores que requiere el abuso de *margin squeeze*; y (iii) la existencia de un margen insuficiente en la prestación de servicios en el mercado descendente”. Díez ESTELLA (2008, pág. 222); GERADIN y O’DONOGHUE (2005, págs. 355 y sigs.); CROCIONI y VELJANOVSKI (2003, págs. ).

<sup>401</sup> Según la jurisprudencia comunitaria la práctica de rechazo de suministro presenta un carácter anticompetitivo sólo si recurren las siguientes circunstancias (*test Bronner*): *i*) la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente; *ii*) sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente; *iii*) sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores. STJ de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG., cit.*

<sup>402</sup> Las ventas conjuntas o agrupadas hacen referencia a “aquellas prácticas en las que dos productos se ofrecen como partes de un paquete de precio único. Dentro de esta categoría es posible distinguir entre *pure bundling* y *mixed bundling*. En el primer caso los

Por último cabe destacar que las prácticas de abuso de posición dominante encajan en la prohibición establecida en el artículo 102 del TFUE, es decir poseen trascendencia comunitaria, sólo en el caso de que afecten al comercio entre los Estados miembros de la UE. Este requisito define el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia con respecto a las correspondientes normativas nacionales de los Estados miembros<sup>404</sup>.

### 2.3. El nexo existente entre la elección del remedio y las diferentes tipologías de prácticas anticompetitivas

Nuestro análisis no puede prescindir de la estricta vinculación que los remedios *antitrust* de carácter público median con las diferentes tipologías de conductas

---

bienes sólo se ofrecen en el mercado de manera conjunta, no cabe la posibilidad de adquisición individualizada. Además la relación entre ambos productos obedece a un esquema de proporciones fijas (p.e. un volante y cuadro ruedas como partes de un automóvil). En los casos de *mixed bundling*, los bienes o servicios pueden ser adquiridos individualmente o como partes integrantes de un paquete a un precio comparativamente más reducido. Así, por ejemplo, los productos de software, Microsoft Excel y Microsoft Word, se ofrecen en el paquete Microsoft Office, pero cabe también la posibilidad de adquirirlos individualmente, si bien a un precio superior<sup>403</sup>. HERRERO SUÁREZ (2006, pág. 235).

<sup>403</sup> La concesión de descuentos no es en sí misma una medida anticompetitiva. Para determinar el carácter abusivo de un sistema de descuentos debe atenderse al conjunto de las circunstancias y, en particular, a los criterios y condiciones de concesión. El criterio de anticompetitividad radica en que el descuento no se halle justificado por ninguna contraprestación económica y sea susceptible de producir alguna de las siguientes consecuencias: privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitarle dicha posibilidad; impedir el acceso de los competidores al mercado; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia. Tal pluralidad ocasiona que muy a menudo esta infracción se canalice por medio de otras figuras, como son la denegación de suministro constructiva, la discriminación de precios o la prelación (de 27 de marzo de 2012, Post Danmark A/S c Konkurrencerådet, *vit.*). Por lo que concierne a los descuentos de fidelidad, en particular, se conceden como contrapartida de un compromiso del cliente de abastecerse exclusiva o casi exclusivamente de una empresa en posición dominante. Un descuento de este tipo intenta, por medio de la concesión de ventajas económicas, impedir que los clientes se abastezcan de los productores competidores, limitando la elección de sus fuentes de abastecimiento e impidiendo a otros productores el acceso al mercado; por ello son incompatibles con el objetivo de una competencia no falseada en el mercado común. STG de 17 de diciembre de 2009, *Solvay SA contra Comisión Europea*, T-57/01, RJ 2009/II/4621. FAELLA (2008, págs. 375 y sigs.).

<sup>404</sup> VAN BAEL y BELLIS (2009, pág. 61).

empresariales anticompetitivas. En primer lugar nos parece oportuno señalar que el descubrimiento por parte de la Comisión Europea de carteles secretos, acuerdos, prácticas concertadas entre empresas y decisiones de asociaciones de empresas que restringen la competencia por efecto y abusos de posición de dominio, suele intervenir cuando esas prácticas empresariales ya han sido llevadas a cabo en el mercado. Ese aspecto conforma la estructura de los remedios de carácter público, en cuanto, por un lado, su aplicación se dispone siempre *ex post* respecto de la realización de las conductas restrictivas de la competencia y, por el otro, se imponen con el propósito de poner fin a las infracciones constatadas.

Cabe además poner de relieve que uno de los principales objetivos de la aplicación pública del Derecho de la competencia consiste en la clarificación del contenido de las prohibiciones establecidas por la normativa *antitrust*<sup>405</sup>. En efecto, los artículos 101 y 102 del TFUE establecen mediante la fijación de principios (*standards*)<sup>406</sup> cuales son las prácticas empresariales que se consideran restrictivas de la competencia. Por eso el juicio de anticompetitividad de las prácticas empresariales que *prima facie* podrían ser consideradas carteles secretos, acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia y abusos de posición de dominio, no consiste y no se agota en una mera actividad de subsunción de hechos concretos en un paradigma general y abstracto predeterminado en todos sus elementos por el legislador, sino que requiere un análisis mucho más amplio y complejo, que en línea general<sup>407</sup> se fundamenta también en las decisiones de las Autoridades de la competencia <sup>408</sup>, en los pronunciamientos jurisprudenciales <sup>409</sup> y en los textos de *soft law* adoptados por la Comisión

---

<sup>405</sup> WILS (2006a, pág. 185).

<sup>406</sup> Por lo que concierne a la diferencia entre reglas (*rules*) y principios (*standards*) y al análisis económico subyacente a las circunstancias en que resulta más adecuado regular una cuestión mediante estándares o reglas véase EHRLICH y POSNER (1974, págs. 257 y sigs.); KAPLOW (1992b, págs. 557 y sigs.); FARNSWORTH (2007, págs. 163-171).

<sup>407</sup> Los ilícitos concurrenciales se caracterizan por ser extremadamente *fact-intensive*, y eso implica que en muchos supuestos las decisiones adoptadas por las Autoridades de la competencia y por los órganos jurisdiccionales, no pueden ser considerados como principios generales, ni tampoco como antecedentes vinculantes.

<sup>408</sup> Véase, *ex multis*, DCE de 11 de marzo de 1998, IV/34.395, IV/34.073 y IV/35.436 – Van den Bergh Foods Ltd (98/531/CE), DOCE L 246/1 de 4 de septiembre de 1998.

<sup>409</sup> Véase, *ex multis*, STJ de 26 de noviembre de 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, *cit.*. Esta decisión, además, constituye un ejemplo de como, también desde el plano de la aplicación privada del Derecho de la competencia, la actividad de los jueces nacionales pueda estimular la clarificación de las prohibiciones *antitrust* y, en general, el desarrollo del sistema de defensa de la competencia en su conjunto –en el supuesto específico un privado había pedido una medida cautelar a través del ejercicio de una

Europea, cuales las Directrices relativas a la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE<sup>410</sup>.

Por lo que concierne a la aplicación de los principios, SALVADOR CODERCH *et al.* (2014, pág. 6) han puesto de relieve que los operadores encomendados de aplicarlos en la práctica jurídica han de formular juicios de valor en cuanto estas normas no contituyen, a diferencia de las reglas, enunciados que constan de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica, siendo más bien estructurados como “mandatos de optimización de un determinado valor o bien jurídico; es decir, son normas que ordenan que el valor o bien jurídico por ellas contemplado sea realizado en la mayor medida posible”<sup>411</sup>.

Sin embargo, el hecho de que el legislador comunitario y los legisladores nacionales de los Estados miembros de la UE, hayan prohibido la realización de conductas restrictivas de la competencia mediante la fijación de principios, conlleva al mismo tiempo beneficios y obstáculos a la aplicación de la normativa *antitrust* comunitaria.

Por lo que concierne a los beneficios que descienden de esa opción de política legislativa, en efecto, el hecho de que la estructura de los principios jurídicos sea de por sí extremadamente flexible, hace que los mismos puedan repentinamente ajustarse a los cambios teóricos, políticos, sociales y normativos que afectan al Derecho de la competencia, sin que sea necesario esperar una nueva intervención legislativa<sup>412</sup>. Al respecto POSNER (2001, pág. 286) ha puesto de relieve que la evolución de la teoría económica ha sido el factor principal de los cambios históricamente intervenidos en la aplicación práctica de la normativa *antitrust*.

Los obstáculos que la estructura de los principios genera para la aplicación del Derecho de la competencia, en cambio, afectan en especial medida a la demostración del carácter ilícito de las prácticas empresariales que recaen en el ámbito de los *grey-area infringements*, es decir de los acuerdos potencialmente restrictivos por efecto y de los abusos de posición dominante finalizados a la exclusión de los competidores. Las dificultades probatorias que se registran con respecto a esas prácticas empresariales, además, afectan tanto a la esfera del *public*

---

acción *stand-alone* y el juez nacional había formulado al TJUE una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 86 TCE–.

<sup>410</sup> Cfr. Comunicación de la Comisión (2004/C 101/08) con la que se dictan las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, *cit.*, Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación), DOUE C 101/78, de 27 de abril de 2004, y Orientaciones sobre el art. 82, *cit.*

<sup>411</sup> DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2008a, pág. 46).

<sup>412</sup> AMATO (1997, pág. 25); WILS (2009, pág. 6).



*antitrust enforcement*, como a la esfera del *private antitrust enforcement*. En particular, como hemos tenido forma de poner anteriormente de relieve, las normas comunitarias de defensa de la competencia se caracterizan por contener estándares discrecionales de evaluación, sin establecer con exactitud los elementos esenciales de las prohibiciones legales<sup>413</sup>. Puesto que con respecto a los *grey-area infringements* la aplicación de los antedichos estándares se dirige hacia prácticas empresariales extremadamente *fact-intensive*, para que las Autoridades de la competencia o los jueces nacionales lleguen a demostrar la ilicitud de las conductas empresariales contestadas, resultará necesario llevar a cabo complejos análisis de naturaleza jurídica y económica. Eso tendrá, en última instancia, un efecto negativo sobre la previsibilidad del resultado final de los procedimientos administrativos y de los juicios civiles, que no sólo afecta a la actividad de *public enforcement*, sino que incide también sobre los incentivos de los sujetos perjudicados por los ilícitos concurrenciales, que frente a ese escenario y a la necesidad de soportar costas significativas durante la tramitación del expediente procesal, podrían determinarse a ejercer las acciones de indemnización de daños y perjuicios a un nivel subóptimo.

Si es cierto que, a la luz de las consideraciones anteriores, podemos afirmar que la estructura normativa de las prohibiciones *antitrust* incide sobre la aplicación pública del Derecho de la competencia, análogamente podemos poner de relieve que las concretas características de las prácticas infractoras inciden sobre la elección y la estructura de los remedios de naturaleza pública<sup>414</sup>. En efecto, los remedios que las Autoridades de la competencia tienen el poder de imponer a las empresas infractoras, deberían siempre ser escogidos en función de la tipología de ilícito llevada a cabo, porque la concreta aplicación de esas medidas conlleva implicaciones de *policy* y de *enforcement* que se repercuten más allá de la esfera jurídica de las partes directamente destinatarias de la decisión pública, afectando el equilibrio concurrencial general del mercado interesado.

---

<sup>413</sup> EILMANSBERGER (2007, pág. 447).

<sup>414</sup> HJELMENG (2013, pág. 1008) ha afirmado que en los supuestos de cierre del procedimiento con aceptación de compromisos, la imposición de remedios de naturaleza pública resultaría mucho menos vinculada a las características de las conductas supuestamente infractoras. En esos casos, en efecto, los remedios no inciden sobre prácticas empresariales declaradas anticompetitivas, sino que se limitan a proporcionar una solución a las inquietudes de naturaleza competitiva, que la Autoridad de la competencia había manifestado a las partes tras la finalización del análisis preliminar. Técnicamente, además, no se trataría de remedios en sentido estricto, escogidos de forma autónoma por parte de las Autoridades de la competencia, sino de compromisos propuestos por las partes del procedimiento, que las antedichas Autoridades pueden convertir, mediante la adopción de una resolución administrativa, en obligatorios para las empresas.

Desde una perspectiva remedial, por lo tanto, las Autoridades de la competencia han de tomar en consideración todos los factores relacionados con la tipología de ilícito *antitrust* enjuiciado, cuales por ejemplo: los efectos que la conducta anticompetitiva ha generado en el mercado, el equilibrio existente en el mercado antes de la realización de la conducta infractora, las condiciones de competencia que se alcanzarían en el mercado tras la imposición del remedio, los beneficios logrados por el autor del ilícito, las consecuencias de la imposición de un cierto tipo de remedio sobre la capacidad competitiva de la empresa infractora, etc.

Tenemos que poner de relieve que las Autoridades de la competencia, y sobre todo la Comisión Europea, ya de por sí toman en consideración muchos de los factores antes mencionados a la hora de escoger el remedio que más se ajusta al caso concreto. En esa tarea de *enforcement*, en efecto, la toma de decisión de las Autoridades administrativas resulta informada por los principios de proporcionalidad y efectividad. Creemos, sin embargo, que una autónoma consideración de la incidencia del tipo de ilícito sobre esa vertiente del *public enforcement* del Derecho *antitrust* pueda conducir a un resultado práctico que brinde una mejor solución a las generales implicaciones de *policy* que subyacen a la decisión administrativa. Al respecto resulta suficiente tomar en cuenta que, como tendremos forma de analizar más en detalle a continuación, los principios de proporcionalidad y efectividad de los remedios, establecidos por el artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, se enfocan de forma prevalente, si no exclusiva, hacia las implicaciones relativas a la posición de las empresas destinatarias de las medidas, sin ocuparse directamente del contexto general del mercado.

#### **2.4. El impacto de las características de la industria y la regulación sobre la determinación de los remedios públicos y la viabilidad de su imposición**

La tipología de industria en que se realiza la práctica anticompetitiva constituye un importante factor a tener en cuenta en el análisis de los remedios *antitrust* de naturaleza pública, en cuanto la estructura y las características de la misma también inciden sobre la determinación de las medidas remediales que la Comisión Europea tiene el poder de imponer o la facultad de aceptar en el marco de un procedimiento administrativo por supuesta infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE.

Para explicar brevemente este aspecto del análisis podemos tomar como referencia una industria hipotética en que la competencia puede desarrollarse sólo a través del acceso a una infraestructura esencial—es decir de una infraestructura indispensable para que exista un efectivo enfrentamiento empresarial en el mercado y que al mismo tiempo no pueda ser duplicada o replicada— de tipo físico (es decir, ni un *input*, ni un derecho de propiedad intelectual o industrial), sobre la cual una empresa en posición de dominio ejerza un control jurídico relevante a efectos *antitrust*. Dicha empresa, por lo tanto, posee fuertes incentivos en restringir el acceso de los competidores a la

infraestructura que controla, en cuanto a través de la misma puede monopolizar el mercado y sacar ganancias supracompetitivas. Cuando una empresa en posición de dominio denega sin alguna legítima justificación el acceso a una infraestructura esencial, que desde el punto de vista *antitrust* realiza una práctica empresarial restrictiva de la competencia que, además de ser susceptible de ser sancionada mediante la imposición de una multa de naturaleza administrativa, genera un fuerte problema de competencia que puede ser corregido mediante la imposición de remedios públicos. En este supuesto, en particular, podemos observar que el proceso decisional del *enforcer*, acerca del tipo de medidas remediales concretamente aplicables, resultará afectado por consideraciones inherentes a los factores relacionados con las características de la industria, cuales por ejemplo la circunstancia de que la empresa que controla la infraestructura esencial sea o menos verticalmente integrada. En efecto, en el caso de que la empresa en posición de dominio sólo actúe en el mercado de la infraestructura esencial, entonces es muy probable que para corregir la alteración del régimen competitivo sea suficiente adoptar unas medidas remediales que permitan a los competidores potencial tener acceso a la infraestructura. Viceversa, en el caso de que la empresa en posición de dominio sea verticalmente integrada, los problemas de competencia podrán ser adecuadamente solucionado sólo adoptando unos remedios que incidan sobre la situación propietaria o de control de la empresa dominante respecto de la infraestructura esencial de que se trate.

Además cabe considerar que cuando el *enforcer* comunitario enjuicia una práctica empresarial realizada por una empresa (o una pluralidad de empresas) que actúa en una industria regulada<sup>415</sup>, no puede determinar la tipología y contenido de las medidas remediales que estima necesario imponer a las empresas infractoras sin tener en cuenta el hecho de que los destinatarios de las medidas correctivas resultaban también vinculados, desde el punto de vista jurídico, al respecto de las obligaciones fijadas *ex ante* por parte del organismo de regulación<sup>416</sup>. La existencia

---

<sup>415</sup> Es muy frecuente que las industrias reguladas (cuales por ejemplo la industria de telecomunicaciones, de transporte, de energía, de servicios postales, etc.), al principio constituyan mercados en régimen de monopolio legal y sólo en una etapa posterior, que coincide con la iniciación de un proceso de liberalización, se abran a la competencia. TAPIA y MANTZARI (2013, págs. 609-610), además, han puesto de relieve que en las industrias reguladas el concepto de competencia asume un significado específico, refiriéndose a la necesidad de crear un mercado mayormente competitivo, allí donde un régimen competitivo haya sido siempre completamente ausente o, en cambio, haya cesado de existir (BAVASSO, 2003, pág. 328). Al respecto MONTI (2008, pág. 128) ha indicado con la expresión *regulatory competition* la situación que se verifica cuando la normativa de defensa de la competencia se aplica con el fin de mejorar las condiciones de mercado, incentivando las empresas a actuar como si estuvieran en un entorno competitivo.

<sup>416</sup> Los mercados regulados se caracterizan, a partir del inicio del proceso de liberalización, por la presencia de organismos de regulación que velan por el

de este aspecto dificulta el *enforcement antitrust* y, por eso, los mercados regulados constituyen un ámbito muy complejo para la aplicación de la normativa de defensa de la competencia y para el estudio de los remedios *antitrust* de naturaleza pública.

Las dificultades que se encuentran en el análisis *antitrust* en las industrias reguladas<sup>417</sup>, además, no sólo descenden del hecho de que resulta generalmente más difícil establecer si las prácticas empresariales allí realizadas infrinjan, o menos, las prohibiciones establecidas en los artículos 101 y 102 del TFUE –y, en caso afirmativo, individuar cual sea el remedio público más adecuado para corregir la alteración del régimen competitivo que se haya producido en el mercado– sino que también resulta complejo establecer si las prácticas empresariales enjuiciadas hayan sido determinadas, inducidas o facilitadas por un *government failure* del organismo de regulación, cuyas consecuencias pueden ser iguales o peores a las que surgen de un fallo de mercado causado por un ilícito concurrencial<sup>418</sup>. Este último supuesto, en realidad, no resulta infrecuente, porque en las economías de tipo capitalístico las *lobbies* tienen el poder de ejercer una significativa injerencia sobre las decisiones asumidas por las entidades públicas en materia de política regulatoria<sup>419</sup>.

Con respecto a la relación entre la normativa de defensa de la competencia y la regulación sectorial cabe observar que la misma no se configura en términos de recíproca exclusión, sino de complementariedad. Estos dos ámbitos persiguen finalidades sólo parcialmente coincidentes, en cuanto por un lado el *enforcement* público de la normativa *antitrust* se realiza a través de intervenciones

---

cumplimiento de las obligaciones regulatorias impuestas sobre los distintos *players*, es decir el titular de la infraestructura esencial, el *incumbent* ex monopolista y los *newcomers*.

<sup>417</sup> Cabe tomar en consideración que por lo que se refiere a las industrias caracterizadas por una estructura de tipo monopolístico en virtud de la existencia de un monopolio legal o natural, el desarrollo de una intensa actividad de *public antitrust enforcement* se realiza normalmente en la fase de abertura al mercado coincidente con la iniciación de un proceso de liberalización. Resulta muy frecuente, en efecto, que los *incumbents* (es decir los ex monopolistas), tratando de preservar su posición de dominio, realicen prácticas anticompetitivas de tipo excluyente con el fin de obstaculizar la entrada de nuevos competidores en el mercado. En particular, a lo largo de este trabajo analizaremos las medidas remediales que el Ejecutivo comunitario ha adoptado, so forma de compromisos propuestos por las partes interesadas, en los supuestos de abuso de posición dominante perpetrados en la industria energética comunitaria –aunque en ninguno de ellos haya sido constatada, en vía administrativa, la efectiva realización de un ilícito concurrencial, pese al hecho de que tales procedimientos se concluyeron mediante la adopción de una decisión ex artículo 9 del Reglamento CE 1/2003–. Cfr. *infra sub III.2.*

<sup>418</sup> WOLF (1978, pág. 108).

<sup>419</sup> VISCUSI *et al.* (2005, pág. 13). El fenómeno es más bien conocido como captura del regulador por parte de los sujetos regulados. STIGLER (1971, págs. 3 y sigs.), POSNER (1971, págs. 22 y sigs.).

administrativas puntuales que inciden sobre específicas prácticas empresariales, cuando se supone que las mismas obstaculicen o impidan el fisiológico desarrollo del enfrentamiento competitivo, mientras por el otro la actividad de regulación sectorial se caracteriza por una intervención de tipo normativo mediante la cual se fijan de antemano las reglas que definen la conformación del mercado en el respeto de los principios de libre competencia, eficiencia y progreso tecnológico. Sin embargo, el ejercicio de la actividad regulatoria no puede legítimamente extenderse a cualquier comportamiento y práctica empresarial, en cuanto eso conduciría a la completa neutralización de la autonomía empresarial en perjuicio de consumidores y usuarios. El libre desarrollo de la competencia, en efecto, no admite en principio la imposición de reglas externas, si no en los limitados supuestos en que, por razones técnicas o económicas, el mercado no sea de por sí capaz de funcionar de forma autónoma.

El carácter complementario del *enforcement antitrust* y la regulación sectorial no depende sólo de la circunstancia de que obran por lo general en un plano temporal diferente (el regulador fija de antemano las reglas que han de ser respetadas por las empresas, mientras que el *antitrust enforcer* interviene posteriormente a la realización de las prácticas empresariales, salvo por lo que concierne a la actividad de control de las concentraciones económica, que en la mayoría de los supuestos se desarrolla y se agota *ex ante* respecto de la concreta ejecución de la operación enjuiciada), sino que esencialmente reside en el hecho de que el Derecho de la competencia proporciona un soporte a la regulación respecto de la consecución de los objetivos que la misma se propone, preocupándose de vigilar que los mercados funcionen de la manera más competitiva posible –teniendo en cuenta los límites y las restricciones impuestas por la regulación existente– y asimismo controlando que las prácticas empresariales que se realizan en el mercado regulado –también con referencia a las conductas que recaen en el ámbito de aplicación de las normas regulatorias– sean conforme a la normativa de defensa de la competencia. El carácter complementario de estas dos vías de intervención administrativa, por lo tanto, puede estimarse de forma favorable, en cuanto concurre a garantizar una tutela del mercado tendencialmente más completa y exhaustiva.

El hecho de que la actividad de *public antitrust enforcement* pueda recaer también sobre las prácticas empresariales reguladas, bajo múltiples aspectos, por las reglas fijadas por el regulador sectorial, depende de la circunstancia de que las empresas poseen un cierto margen de discrecionalidad para aplicar las mismas. Dichas normas, en efecto, no obstante posean un contenido técnico, no neutralizan completamente la autonomía empresarial y, por lo tanto, el respeto de las mismas no ampara del todo las empresas de la realización de prácticas empresariales restrictivas de la competencia. Además, cabe añadir que también el TJUE en varias ocasiones ha expresamente afirmado que la presencia de una regulación sectorial no excluye la aplicación de la normativa de defensa de la competencia. En particular, los jueces comunitarios han establecidos que a pesar de la existencia de una regulación nacional, si las empresas disponen de margen de

maniobra para establecer su comportamiento, entonces la realización de prácticas anticompetitivas les resulta directamente imputable<sup>420</sup>.

Más en particular, el TJUE ha sentado una doctrina jurisprudencial que establece que la aplicación de la normativa de defensa de la competencia está directamente relacionada con el grado y la intensidad de la intervención regulatoria en el mercado. Al respecto los jueces comunitarios han trazado una distinción entre los supuestos en que la restricción de la competencia descende directamente de la legislación nacional y los supuestos en que la legislación doméstica se limita a fomentar o facilitar la realización de ilícitos concurrenciales, dejando a las empresas un cierto margen de maniobra en la determinación de sus comportamientos económicos. En el primer caso, las empresas no se consideran responsables desde el punto de vista del Derecho de la competencia, pudiéndose amparar por detrás de una *regulatory compulsion defence*. En el segundo caso, en cambio, el ámbito de maniobra es mayor y la realización de prácticas anticompetitivas se considera el resultado de autónomos comportamientos empresariales, por los cuales sí que subsiste responsabilidad por infracción de la normativa *antitrust* –si bien en estos supuestos, tanto el TJUE<sup>421</sup> como la Comisión Europea<sup>422</sup>, suelen reconocer un reducción del 10% del importe de la multa sancionadora, en cuanto considera que la regulación sectorial específica haya contribuido a la comisión del ilícito concurrencial–.

## 2.5. Los remedios *antitrust* y la economía de los costes de transacción

Siguiendo los estudios emprendidos por JOSKOW (2002, págs. 97-100) consideramos útil aproximarnos al estudio de los remedios *antitrust* acudiendo también a las herramientas de análisis de la nueva economía institucional, teorizada por el premio nobel Oliver WILLIAMSON a partir del año 1964. Antes de todo cabe poner de relieve que el neo-institucionalismo se ha principalmente

---

<sup>420</sup> STJ de 14 de octubre de 2010, [Deutsche Telekom AG contra Comisión Europea](#), C-280/08 P, RJ 2010/I/9555, ap. 85; STJ de 17 de febrero de 2011, [Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB](#), *cit.*, ap. 51. Los supuestos de hecho enjuiciados concernían a la realización de dos distintas prácticas de abuso de posición de dominio de tipo excluyente so forma de compresión de márgenes, realizadas en la industria de telecomunicaciones.

<sup>421</sup> STJ de 14 de octubre de 2010, [Deutsche Telekom AG contra Comisión Europea](#), *cit.*, ap. 279.

<sup>422</sup> DCE de 4 de julio de 2007, [COMP/38.784 – Wanadoo España contra Telefónica](#) (2008/C 83/05), un resumen de esta decisión se ha publicado en el *DOUE* C 83/6 de 2 de abril de 2008, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/38784/38784\\_437\\_4.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38784/38784_437_4.pdf)).

dedicado al estudio de la *governance* empresarial de forma diferente respecto del paradigma neoclásico, que en cambio sólo se limitaba a comparar diferentes formas de asignación de recursos<sup>423</sup>. Sin embargo la metodología de análisis del neo-institucionalismo, que no se basaba sobre la *factio* del recurso a un modelo teórico de comparación con costes de transacción nulos, resulta de gran utilidad para analizar algunos aspectos de los remedios *antitrust* de naturaleza pública, en cuanto introduce en el análisis de las organizaciones empresariales el criterio de la “*remediableness*”. Dicho criterio consiste en dar por sentada la existencia de una presunción de eficiencia en favor de la modalidad organizativa existente, cada vez que no pueda acudirse a otra, viable y mejor forma de *governance*, situación ésta que se verifica cuando ninguna otra forma alternativa es capaz de generar una utilidad neta esperada superior a la utilidad producida por la forma de *governance* existente<sup>424</sup>.

Dicha aproximación al estudio de las organizaciones empresariales surge de una intuición de Ronald COASE<sup>425</sup> que notó que los economistas, cuando tenían que establecer si se hubiese producido un *market failure*, solían comparar la situación concretamente existente en el mercado con una situación abstracta e hipotética, con el fin de averiguar cual fuese el funcionamiento de las soluciones alternativas en el ámbito del escenario teórico planteado. La intuición de Ronald COASE fue utilizada por Harold DEMSETZ<sup>426</sup> que, criticando el recurso de los economistas a paradigmas teóricos ideales, afirmó que dichos modelos, caracterizados por la total ausencia de fricciones (*v.gr.* de costes de transacción), nunca habrían podido ser implantados en la realidad y, además, que otros modelos se formulaban de manera tan obscura que no podían constituir referencias útiles para examinar los defectos de las organizaciones existentes. En efecto, en la realidad no puede existir un escenario sin costes de transacción, caracterizado por el hecho de que toda la información relevante resulte libremente disponible, las conductas puedan ser monitorizadas sin incurrir en algún coste y los contratos estipulados resulten completos y comprensibles. La comparación de la solución existente con el modelo teórico abstracto resulta poco útil, mientras resultaría mucho más eficiente comparar dos alternativas viables, aunque sean imperfectas.

Por lo que concierne a la concreta operatividad del criterio de la *remediableness* introducido por Oliver WILLIAMSON, en términos generales, se tiene que considerar que el hecho de que la solución existente goce de una presunción de eficiencia depende de la circunstancia de que la misma haya conseguido ganar el

---

<sup>423</sup> El análisis de los neo-institucionalistas, además, se realiza *ex post* y desde una óptica contractual. BUCHANAN (1975, págs. 225 y sigs.); WILLIAMSON (1979, págs. 233 y sigs.), ID. (2010, pág. 674).

<sup>424</sup> WILLIAMSON (1999, págs. 315-318); ID. (2010, págs. 683-684).

<sup>425</sup> COASE (1964, págs. 194-197).

<sup>426</sup> DEMSETZ (1969, págs. 1-22).

enfrentamiento comparativo con las demás soluciones alternativas. Si por ejemplo consideramos las estructuras de mercado bajo una óptica competitiva, dicha presunción permanece hasta cuando no se compruebe que la competencia no funcione correctamente bajo esta forma de mercado, que por lo tanto no podrá continuarse a estimar más eficiente de otras. El hecho de que no puedan realizarse previsiones perfectas no constituye un defecto, porque lo que se pide a los agentes económicos es que actúen de la mejor forma posible en consideración de los límites cognitivos que afectan a su toma de decisión<sup>427</sup>. La circunstancia de que con posterioridad, y bajo una situación de pleno conocimiento (*hindsight bias*), el agente habría realizado una conducta diferente y más eficiente, no determina de por sí que el comportamiento y el resultado logrado, con la realización del máximo esfuerzo posible bajo el nivel de conocimiento anteriormente poseído, se tenga que minusvalorar.

Además, si tras haber actuado de una determinada forma se descubriera la existencia de una solución viable mejor de aquella concretamente lograda, no haría falta sustituir en todo caso el resultado obtenido porque, desde una perspectiva agregada, cabe la posibilidad de que los costes totales podrían determinar la ineficacia de la operación de sustitución. En el cálculo de eficiencia, en efecto, se han de tener en cuenta también los costes diferenciales (*v.gr. sunk costs*, costes de remoción, costes de implantación, etc.) en que se incurriría si se decidiera sustituir la solución existente con una nueva, viable alternativa. Siempre en términos generales, en el marco de los estudios realizados por Oliver WILLIAMSON en relación a las organizaciones empresariales, la presunción de eficiencia de que gozan las modalidades organizativas existentes, sin embargo, puede ser refutada si se comprueba que dichas formas de *governance* se han afirmado a causa de una condición inicial inaceptable<sup>428</sup>, de un error conceptual<sup>429</sup> o de una situación patológica<sup>430</sup>.

---

<sup>427</sup> SIMON (1947, págs. 118 y sigs.).

<sup>428</sup> Las inaceptables condiciones iniciales pueden ser generales o particulares. Por ejemplo, la política que ha expresado una cierta modalidad organizativa puede ser corrupta, o puede que funcione bien en general, pero presente al mismo tiempo algunos problemas respecto de específicos tipos de actividades.

<sup>429</sup> Puede darse el caso de que las condiciones iniciales, bajo las cuales se ha afirmado la solución existente, resultasen aceptables, pero luego la modalidad organizativa se haya mantenido a causa de la realización de prácticas irregulares (por ejemplo, a causa de la realización de prácticas anticompetitivas).

<sup>430</sup> Los errores pueden afectar al cálculo de eficiencia que ha determinado la afirmación de la modalidad organizativa existente. Por ejemplo en los años sesenta del siglo XX se estimó que las concentraciones económicas que generaban un incremento del poder de mercado no podían, bajo ninguna circunstancia, ser justificadas desde el punto de vista *antitrust*. Posteriormente dicha aproximación se demostró errónea, porque tras la introducción del examen de los beneficios potenciales en el análisis de las concentraciones económicas, se destacó que estas operaciones podían aportar, tanto al mercado en su conjunto como a los consumidores, más beneficios que perjuicios.



La aplicación de la teoría neo-institucionalista al análisis de los remedios *antitrust* de naturaleza pública conduce esencialmente a tres resultados: *i*) se han de tomar en cuenta los costes de transacción en que incurren los *enforcers* cuando deciden adoptar una decisión sancionadora; *ii*) se ha de considerar que los *antitrust enforcers* pueden incurrir en errores de Tipo I<sup>431</sup> o Tipo II<sup>432</sup> a la hora de evaluar las prácticas empresariales y esto podría afectar negativamente tanto a las condiciones de competencia existentes en el mercado como a los incentivos de los agentes económicos; *iii*) los *enforcers antitrust*, pueden incurrir en errores de Tipo I o Tipo II también con respecto a la elección de los remedios públicos impuestos a las empresas infractoras; *iv*) la comparación, tanto de las prácticas empresariales, como de los remedios, debería ser realizada teniendo en cuenta las demás alternativas viables y no sólo los modelos teóricos caracterizados por la *fiction* de la inexistencia de costes de transacción.

En efecto, los *enforcers antitrust* han de enfrentarse con una gran variedad de costes de transacción para distinguir entre prácticas anticompetitivas y procompetitivas. Dichos costes incluyen: *a*) los costes de transacción directos, es decir los costes necesarios para detectar cuales son las empresas involucradas en las prácticas objeto de análisis, así como los mercados en que se realizan las diferentes conductas relevantes a efectos *antitrust* y se producen (o podrían producirse) sus efectos; *b*) los costes de transacción asociados con las reacciones de las empresas en términos de ajustes a las reglas *antitrust*: se trata de costes de transacción muy relevantes porque las respuestas de las empresas a las decisiones de los *antitrust enforcers* recaen sobre las principales variables competitivas, cuales los precios, los costes y la innovación de la industria; así que las mismas terminan por incidir sobre las condiciones de competencia y el bienestar de los consumidores<sup>433</sup>.

Las decisiones adoptadas por los *antitrust enforcers* en el marco de su actividad de aplicación pública del Derecho de la competencia producen, en teoría, un incremento del nivel competitivo en beneficio de los consumidores. La presencia de costes de transacción, que también se debe a la complejidad del análisis *antitrust*, puede sin embargo conducir a la adopción de decisiones equivocadas o parcialmente equivocadas, con la consecuencia de que los incentivos futuros de

---

<sup>431</sup> Se incurre en un error de Tipo I, o falso negativo, cuando no se prohíbe una conducta ilícita (*under-inclusivity*), aunque la misma habría tenido que ser sancionada si se hubiese evaluado correctamente el correspondiente supuesto de hecho. SCHAUER (1991, págs. 66-70); WHISH y BAILEY (2012, págs. 193-194).

<sup>432</sup> Se incurre en un error de Tipo II, o falso positivo, cuando se prohíbe una conducta lícita (*over-inclusivity*), es decir una conducta que habría tenido que ser permitida si se hubiese realizado correctamente el análisis del relativo supuesto de hecho. SCHAUER (1991, págs. 166-169).

<sup>433</sup> JOSKOW (2002, págs. 97-98).

las empresas quedarán negativamente afectados por la mala gestión de los *administrative costs*<sup>434</sup> por parte de las entidades públicas que aplican el Derecho de la competencia. Dichos *enforcers*, en efecto, pueden enjuiciar de forma equivocada un asunto y, por esto, incurrir en falsos positivos o falsos negativos, tanto en la determinación del carácter anticompetitivo de la práctica empresarial objeto de examen, como en la elección del remedio público más adecuado para hacer frente a la alteración del régimen competitivo. En este segundo supuesto, aunque los *enforcers* hayan logrado enjuiciar correctamente la práctica empresarial de que se trata, el error puede recaer sobre la determinación del remedio *antitrust*, en cuanto puede suceder que las herramientas concretamente escogidas no resulten adecuadas para mejorar las prestaciones empresariales, determinando el deterioro de las condiciones de competencia y un empeoramiento de la estructura general del mercado<sup>435</sup>.

Son estas las razones por las cuales hemos considerado oportuno ilustrar brevemente como funcionan las herramientas metodológicas empleadas en el marco de la teoría neo-institucionalista. Estas herramientas, en efecto, permiten establecer si el remedio concretamente escogido por un *antitrust enforcer*, en su labor aplicativa, resulte idóneo para solucionar los problemas de competencia originariamente detectados y definitivamente constatado, estimular la competencia futura en el mercado de referencia, e incidir positivamente sobre los incentivos de las empresas a mejorar sus prestaciones profesionales. Al revés, en el caso de que se estime que la decisión del *antitrust enforcer* sea equivocada y haya generado una situación de *over-inclusivity* o *under-inclusivity* —a causa de la negativa incidencia de los costes de transacción o de la mala gestión de los *administrative costs* respecto de la interpretación y aplicación de las reglas *antitrust*, de cara a la estimulación de futuros comportamientos procompetitivos por parte de las empresas que actúan en la industria afectada por las prácticas empresariales objeto de evaluación— se podrá buscar una solución más eficiente comparando la solución remedial concretamente adoptada con otras alternativas viables, sin tener que acudir a un modelo teórico que no tenga en consideración los elementos que han concurrido a realizar una toma de decisión equivocada (*v.gr. transaction costs, administrative costs*, etc.) y, en todo caso, irrealizable.

### 3. Remedios *antitrust* de naturaleza pública y principio del vínculo procedimental

Como hemos anteriormente puesto de relieve (*vid. supra sub §.II.1*) el enfoque de nuestro análisis se ciñe exclusivamente a la categoría de los remedios *antitrust* de naturaleza pública impuestos para corregir los problemas de competencia que

---

<sup>434</sup> FARNSWORTH (2007, págs. 57-65).

<sup>435</sup> JOSKOW (2002, pág. 99).

surgen de la concreta realización de ilícitos concurrenciales. Dicha elección, en particular, nos ha llevado a excluir del ámbito objetivo de la investigación las medidas remediales que la Comisión Europea está legitimada a imponer en el ejercicio de su actividad de control *ex ante* de las concentraciones económicas de dimensión comunitaria. Por lo tanto, la existencia de un vínculo procedimental representa el elemento fundamental para individuar la categoría de remedios que vamos a estudiar, como demuestra el hecho de que tomaremos en consideración exclusivamente los remedios *antitrust* de naturaleza pública que pueden ser impuestos en el marco de un expediente administrativo-sancionador iniciado por supuesta infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE.

La adopción del principio del vínculo procedimental nos sirve para circunscribir el perímetro de análisis a los remedios públicos que el Ejecutivo comunitario puede imponer en el marco de un expediente administrativo adoptando una de las siguientes decisiones: *i*) una decisión sancionadora, al término del procedimiento administrativo, con que se ordene a las empresas destinatarias de poner fin a la infracción constatada con arreglo al artículo 7 del Reglamento CE 1/2003; *ii*) una decisión de naturaleza cautelar con arreglo al artículo 8 del Reglamento CE 1/2003, en pendencia de un expediente sancionador, con que pueden imponerse medidas remediales dirigidas a lograr la suspensión provisional de la práctica empresarial supuestamente anticompetitiva; *iii*) una decisión sobre compromisos con arreglo al artículo 9 del Reglamento CE 1/2003, con que se convierten en obligatorias las medidas propuestas por las empresas tras la iniciación de un procedimiento administrativo a su cargo por supuesta infracción de la normativa comunitaria de defensa de la competencia (artículos 101 u 102 del TFUE).

La aplicación del principio del vínculo procedimental, además, nos ofrece la perspectiva adecuada para realizar algunas consideraciones acerca de la categoría de los remedios *antitrust* de naturaleza pública acudiendo al Análisis Económico del Derecho. Al respecto cabe antes de todo evidenciar que la iniciación de un procedimiento administrativo-sancionador presupone que la Comisión Europea, en su análisis preliminar, haya detectado la existencia de inquietudes de naturaleza competitiva entorno a las prácticas comerciales objeto de evaluación – para ser más precisos, ha de tratarse de inquietudes tan graves que el Ejecutivo comunitario no pueda solucionar los problemas de competencia que de las mismas descienden de forma extra-procedimental, es decir mediante la imposición de una *moral suasion*–. Además, el hecho de que la adopción del principio del vínculo procedimental nos lleva a considerar solo las medidas remediales impuestas por la Comisión Europea en una fase sucesiva a la concreta realización de un ilícito concurrencial, nos permite analizar los remedios *antitrust* de naturaleza pública teniendo en cuenta que los mismos afectan al ámbito del *public enforcement* que tiene siempre lugar en una fase *ex post*, es decir cuando las prácticas restrictivas de la competencia ya han sido llevadas total o parcialmente a cabo –y eso con independencia de que el Ejecutivo comunitario decida sancionar dichas prácticas por considerarlas restrictiva por objeto o por efecto–.

Si analizamos esta categoría de remedios *antitrust* acudiendo a una de las herramientas del Análisis Económico del Derecho, es decir la doble perspectiva *ex ante/ex post*<sup>436</sup>, podemos constatar que la imposición de estos remedios no produce algún incentivo para las empresas involucradas en el procedimiento administrativo. En efecto, la imposición de tales remedios se realiza, desde un punto de vista cronológico, cuando la práctica supuestamente anticompetitiva ha sido ya llevada a cabo. Bajo ese perfil no asume algún valor el hecho de que dicha conducta haya sido finalizada o siga siendo realizada, porque el mero hecho de haberse iniciado desencadena el riesgo de alteración de las condiciones de competencia previamente existentes en el mercado afectado. En segundo lugar, además, la imposición de remedios en un marco procedimental resulta condicionada por el carácter *fact-intensive* del análisis *antitrust*. Bajo este otro perfil, la aplicación de remedios *tailor made* no resulta apta para producir desincentivos respecto de la realización futura de una misma o análoga conducta, porque resulta muy baja la probabilidad de que se den las mismas variables de hecho que han sido tomadas en cuenta por la Comisión Europea en un asunto anterior.

#### **4. Los remedios imponibles al término de un expediente sancionador**

La Comisión Europea, tras haber formalmente incoado un procedimiento administrativo de naturaleza *antitrust* y haber averiguado que las prácticas empresariales enjuiciadas poseen un carácter anticompetitivo, tiene el poder de adoptar decisiones sancionadoras por incumplimiento de los artículos 101 u 102 del TFUE y puede también imponer a las empresas infractoras uno o varios remedios de naturaleza pública con arreglo a lo establecido en el artículo 7 del Reglamento CE 1/2003.

Este último artículo, en particular, define de manera restrictiva los remedios públicos, anclándolos funcionalmente a la cesación de las prácticas empresariales anticompetitivas objeto de evaluación en el marco de expedientes administrativo-sancionadores. Si bien desde un punto de vista estrictamente formal este aspecto puede difícilmente ponerse en duda, analizando *ratione materiae* la jurisprudencia comunitaria, podemos observar que los Tribunales de la UE han interpretado de forma extensiva la definición de remedios públicos contenida en el artículo 7 del

---

<sup>436</sup> Bajo la perspectiva *ex post* es posible analizar un suceso de hecho sólo tras su concreta realización y la finalidad que se quiere alcanzar queda limitada a la individuación de la decisión más eficiente para gestionar entre las partes afectadas las consecuencias provocadas por ese acontecimiento. Bajo la perspectiva *ex ante*, en cambio, en la gestión de un determinado asunto se toman en consideración las consecuencias, sobre todo en términos de incentivos, que la decisión que afecta a las partes conllevará para el comportamiento futuro de terceros involucrados en asuntos análogos. FARNSWORTH (2007, pág. 5).

Reglamento CE 1/2003, concluyendo que caben en la misma todas aquellas medidas que: *i)* ponen fin a la infracción constatada, prohibiendo la continuación de la práctica anticompetitiva<sup>437</sup>; *ii)* eliminan los efectos perjudiciales de los ilícitos concurrenciales<sup>438</sup>, reestableciendo en el mercado el régimen de competencia anteriormente existente; *iii)* evitan la repetición de la misma infracción<sup>439</sup> o la realización de prácticas anticompetitivas de efecto equivalente<sup>440</sup>. Esta interpretación jurisprudencial resulta muy útil a efectos de nuestro análisis, porque poniendo de manifiesto el carácter flexible de los remedios *antitrust* de naturaleza pública, respalda nuestra impostación teórica que, por un lado, se fundamenta sobre la existencia de un nexo entre estas medidas y las diferentes tipologías de prácticas anticompetitiva y, por el otro, asume que el carácter tendencialmente abierto de las prohibiciones contempladas en los artículos 101 y 102 del TFUE se repercute sobre la toma de decisión de la Comisión Europea en orden a la concreta elección de los remedios imponibles.

Los aspectos evidenciados por los Tribunales de la UE, sin embargo, no tienen necesariamente que cumularse en cada supuesto enjuiciado por el Ejecutivo comunitario, como demuestra el hecho de que la forma con que los remedios impuestos a través de decisiones sancionadoras tienden a conseguir el objetivo de poner fin a la infracción constatada del Derecho de la competencia, dependen de varios factores, cuales por ejemplo: *i)* la persistencia, o menos, en el mercado de los efectos perjudiciales que descienden de la realización del ilícito concurrencial de que se trate; *ii)* la necesidad de perseguir finalidades ancillares, cuales la promoción de conductas ejemplares o la estimulación de acciones de indemnización de daños y perjuicios por parte de los sujetos perjudicados<sup>441</sup>; *iii)* la voluntad de evitar la repetición de las infracciones más graves.

El Ejecutivo comunitario, en particular, tras haberse determinado entre la imposición de remedios de comportamiento o estructurales, puede libremente escoger las medidas concretamente aplicables en cuanto no existe algún catálogo normativo de carácter taxativo al que acudir. Buena prueba de esto estriba en el hecho de que el legislador comunitario, tanto bajo la vigencia del Reglamento CE 17/1962<sup>442</sup>, como tras la adopción del Reglamento CE 1/2003, no ha

---

<sup>437</sup> *Ibidem*.

<sup>438</sup> STJ de 3 de julio de 1991, AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 155.

<sup>439</sup> STJ de 6 marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 46.

<sup>440</sup> STJ de 2 de marzo de 1994, Hilti A.G. contra Comisión de las Comunidades Europeas, C-53/92P, RJ 666/I/1994, aps. 21 y sigs.

<sup>441</sup> STG de 6 de octubre de 2005, Sumitomo Chemical y Sumika Fine Chemicals contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, aps. 132 y sigs.

<sup>442</sup> Reglamento núm. 17, Primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, DOCE L 204/62 de 21 de febrero de 1962.

rígidamente circunscrito el perímetro material de las medidas remediales de carácter público, con la consecuencia de que la Comisión Europea no queda vinculada a un *range* de opciones legalmente prefijadas (principio del *numerus clausus*).

En nuestra opinión la razón principal<sup>443</sup> que ha conducido el legislador comunitario a abogar por esta impostación reside en la circunstancia de que los ilícitos concurrenciales pueden asumir múltiples e impredecibles formas y, por eso, no resulta posible, adecuado, ni eficaz tratar de individuar de antemano y de forma exhaustiva todos los remedios públicos que sean capaces de corregir las diferentes alteraciones competitivas que tienen lugar en la realidad<sup>444</sup>. Además, en el caso de que se hubiese optado por la redacción de un catálogo cerrado, se habrían desvirtuado los mecanismos normativos que informan el proceso de elección de las medidas remediales concretamente aplicables. Buena prueba de esto estriba en la circunstancia de que los *test* de efectividad y proporcionalidad de los remedios *antitrust* de naturaleza pública, por el hecho de quedar exclusivamente circunscritos a un abanico de posibilidades normativamente preestablecido, no podrían en todo caso conducir la Comisión Europea a escoger las medidas materiales más adecuadas para corregir los problemas de competencia surgidos en el mercado de referencia. En efecto, en virtud de las reglas y principios establecidos por el artículo 7 del Reglamento CE 1/2003 y de la conformación normativa de las prohibiciones previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE, la elección de las medidas remediales concretamente imponibles debe fundamentarse sobre la sistemática evaluación de una multiplicidad de aspectos —cuales por ejemplo: las específicas características de la industria afectada por el ilícito concurrencial, los rasgos de las prácticas empresariales anticompetitivas, las consecuencias económicas y comerciales de los remedios sobre la posición de mercado de las empresas infractoras, etc.— que podría solo parcialmente realizarse si la toma de decisión del Ejecutivo comunitario quedase constreñida por efecto de la existencia de un catálogo cerrado de remedios eligibles.

---

<sup>443</sup> Otra razón estriba en la falta de equitatividad que habría tenido lugar en el caso de que se hubiese dirigido a una empresa una orden que le imponga una obligación positiva de hacer algo, sin precisar exactamente qué es lo que se tiene que hacer para darle cumplimiento. En la jurisprudencia británica véase *Morris v. Redland Bricks Ltd.*, A.C. 625, 666-667 (1969).

<sup>444</sup> En este sentido véase la opinión del Abogado General WARNER, en sus conclusiones sobre los asuntos acumulados C-6/73 y C-7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas*, pág. 151, allí donde se afirma que: “[...] las infracciones de los artículos 85 y 86 pueden adoptar formas tan variadas que habría resultado imposible a los autores del Reglamento dar un catálogo de las medidas que pueden ser ordenadas por la Comisión para poner fin a estas infracciones”.

En efecto, la Comisión Europea está habilitada para imponer remedios que pongan fin a la infracción contestada, de tal manera que sus decisiones no sólo se limitan a prohibir de cara al futuro la continuación de la conducta anticompetitiva, sino que con las mismas decisiones puede también ordenarse que las empresas infractoras realicen ciertas actividades o ejecuten las prestaciones anteriormente omitidas<sup>445</sup>.

#### 4.1. Las características de los remedios de comportamiento

Como punto de partida puede considerarse que el Reglamento CE 1/2003 si bien haga referencia a la categoría de los remedios de comportamiento, sin embargo no aclara sus características, ni delimita su alcance. Con el fin de individualizar los rasgos de tales remedios consideramos útil tomar en consideración el tipo de incidencia que tales remedios producen con respecto a los incentivos a reincidir de las empresas infractoras. Al respecto, cabe poner de relieve que si es cierto que los remedios de comportamiento afectan directamente a las conductas y prácticas comerciales de las empresas infractoras, imponiendo sobre las mismas específicas obligaciones y llevándolas a modificar sus estrategias comerciales e industriales<sup>446</sup>, sin embargo su imposición no conlleva la completa neutralización del riesgo de que las empresas destinatarias vuelvan a infringir la normativa *antitrust*. Esta consecuencia, en efecto, se debe a la circunstancia de que los remedios de comportamiento no incidiendo sobre la estructura de las empresas infractoras, dejan inalterada la estructura del mercado y, por ende, la conformación de los incentivos existente antes de la realización del ilícito concurrencial constatado.

Además, el riesgo de que las empresas destinatarias de unas medidas remediales de tipo comportamental vuelvan a infringir la normativa de defensa de la competencia se debe también a la elevada y concreta posibilidad de que se eluda su efectivo cumplimiento. Estos remedios, en efecto, necesitan una monitorización muy prolongada, y en algunos casos hasta permanente, extendiéndose más allá de la fase de implementación inicial. Sin embargo, ni siquiera la realización de esta constante actividad de monitorización resulta susceptible de asegurar la completa eficacia de la actividad de *public antitrust enforcement* porque, por ejemplo, si el alcance de los remedios concretamente

---

<sup>445</sup> STJ de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 45.

<sup>446</sup> Los remedios de comportamiento constituyen medidas que inciden sobre las estrategias comerciales de las empresas infractoras con el fin de desvirtuar los ilícitos concurrenciales que, de por sí, se caracterizan por una lógica empresarial pura, en cuanto a través de su realización las empresas infractoras tratan de incrementar, de forma directa o mediata, los beneficios económicos de sus negocios. LOWE y MAIER-RIGAUD (2008, pág. 604).

impuestos abarca sólo uno de los aspectos de la práctica empresarial infractora (*v.gr.* precio, cantidad, calidad de los productos involucrados, etc.), entonces las empresas destinatarias de tales medidas seguirán teniendo incentivos a infringir la normativa *antitrust* actuando sobre los demás elementos que no resulten involucrados por la decisión de la Comisión Europea.

Para disminuir el alcance de los problemas de monitorización conectados con tales remedios, puede acudir a la imposición de medidas comportamentales más detalladas y complejas. Esta elección, sin embargo, asimila aún más tales remedios a las medidas de naturaleza regulatoria (*firm-specific regulation*), en cuanto conduce a una significativa reducción del margen de maniobra de las empresas afectadas con respecto a la determinación de su estrategia comercial: esto, en última instancia, incide negativamente sobre el mantenimiento de un efectivo régimen competitivo en el mercado (es decir lo que la intervención pública trata de evitar), en virtud del hecho de que se reduciría la flexibilidad que las empresas necesitan para actuar en el mercado de forma realmente eficiente<sup>447</sup>. Esta situación resulta exacerbada en los mercados dinámicos, puesto que la extrema rapidez con la cual las condiciones competitivas se van modificando impone la realización de una actividad de monitorización particularmente estricta, de manera que la imposición de las medidas remediales de comportamiento no se resuelva en una desventaja o en un beneficio injustificado para las empresas destinatarias, con consiguiente alteración del enfrentamiento competitivo. Al respecto MAIER-RIGAUD (2013, pág. 5) ha afirmado que el punto débil de los remedios de comportamiento reside en su escasa flexibilidad, lo que implica que los mismos no constituyen herramientas de tutela adecuadas para proporcionar una solución eficaz a los problemas de competencia que surgen en los mercados dinámicos, puesto que en tales contextos los problemas de competencia varían más rápidamente y suelen aparecer a un ritmo mucho más apremiante que en otros tipos de mercados.

MAIER-RIGAUD (2013, pág. 6) ha también destacado que con la imposición de remedios de comportamiento las Autoridades de la competencia no influyen sobre las dinámicas de mercado<sup>448</sup> para eliminar los incentivos a reincidir, sino que se limitan a incidir sobre algunos aspectos de las estrategias comerciales (*v.gr.* precio, cantidad, elección de la contraparte contractual, etc.), obligando a las empresas infractoras a adoptar sobre los mismos sólo y exclusivamente la decisión empresarial establecida por vía remedial. Los problemas que pone esta característica, particularmente evidentes en los mercados altamente dinámicos, se deben al hecho de que la imposición de los remedios de comportamiento conlleva el riesgo de generar una alteración del proceso competitivo. Al respecto

---

<sup>447</sup> MAIER-RIGAUD (2013, pág. 5).

<sup>448</sup> Las dinámicas de mercado consisten en las variaciones de las señales de precio que se producen como consecuencia de un cambio en el nivel de la oferta o la demanda de uno o varios productos en el ámbito de un determinado mercado.



cabe antes de todo subrayar que la conformación de tales remedios se basa sobre la simulación, en un escenario contrafáctico, del resultado que se habría producido en el mercado en ausencia de la infracción y, tras la determinación de este resultado hipotético, se concreta en la imposición directa de una obligación de resultado sobre las empresas infractoras (*performance remedies* o *outcome remedies*) o en la imposición de vínculos al comportamiento de las empresas afectadas con el fin de lograr indirectamente este resultado (*process remedies* o *conduct remedies*). Sin embargo, no sólo es difícil establecer de antemano cual es el resultado que habría podido racionalmente lograrse en el mercado si el enfrentamiento competitivo se hubiese desarrollado de forma fisiológica, sino que este tipo de intervención *antitrust* ni siquiera encaja muy bien con la aproximación económica a los problemas de mercado, según la cual la descentralización del proceso competitivo resulta de por sí idónea para alcanzar el objetivo de una eficiente distribución de los recursos y la maximización del bienestar colectivo. Por lo tanto, el recurso a los remedios de comportamiento, sobre todo en un contexto de mercado de tipo dinámico, puede generar un coste social superior al coste que podría causar la imposición de remedios estructurales<sup>449</sup>.

Por último cabe añadir que LOWE y MAIER-RIGAUD (2008, pág. 598) han puesto de relieve que la Comisión Europea debería considerar por lo menos cuatro parámetros para escoger los remedios de comportamiento que podrían solucionar de la manera más adecuada posible los problemas de competencia que descienden de un específico ilícito concurrencial: *i*) el nivel de detalle de las obligaciones, estableciendo si resulta más conveniente optar por un nivel genérico (*v.gr.* orden de cesación) o más bien específico; *ii*) la capacidad y los incentivos que los terceros (*v.gr.* competidores y clientes) tendrían para monitorizar el cumplimiento de las obligaciones que surgen de las medidas remediales concretamente impuestas; *iii*) la aportación que otras entidades (*v.gr.* tribunales, reguladores y árbitros nacionales) puedan o hayan de facilitar para garantizar la aplicación de los remedios escogidos; *iv*) la necesidad de acudir a mecanismos de asistencia externa, cuales por ejemplo el recurso a un *trustee*, para controlar el efectivo cumplimiento de las obligaciones remediales.

## 4.2. Las características de los remedios estructurales

En la literatura no existe una definición generalmente aceptada de remedios estructurales y, en principio, sólo en el ámbito del control de las concentraciones económicas la doctrina había tratado de establecer los criterios para determinar cuales medidas caben en esta categoría.

---

<sup>449</sup> También en este caso la elección de la perspectiva de análisis resulta decisiva, en cuanto si se tomara en consideración la incidencia de estas dos categorías de remedios sobre los derechos de propiedad de las empresas afectadas, se llegaría al resultado opuesto y serían los remedios estructurales a generar un mayor coste para la sociedad.

Inicialmente LÉVÊQUE (2000, págs. 1-5) ha puesto de relieve que los remedios *antitrust* de naturaleza pública inciden negativamente sobre los incentivos de las empresas afectadas, en el sentido de que los mismos impiden que las estrategias anticompetitivas que las empresas infractoras podrían en principio tener interés en implementar resulten efectivamente rentables. MOTTA *et al.* (2003, pág. 108) han adoptado una diferente aproximación, basada sobre la incidencia de los remedios respecto de los derechos de propiedad involucrados por la actividad de *public antitrust enforcement*. Estos autores, en efecto, han considerado remedios estructurales sólo aquellas medidas que modifican la asignación de los derechos de propiedad entre las empresas y conducen a la creación de nuevas entidades jurídicas (*v.gr.* cesión global o parcial de activos y pasivos). Posteriormente, en el Informe del proyecto sobre la revisión de los remedios aplicables en el marco del control de las concentraciones económicas, realizado por el sub-grupo de trabajo sobre el cuadro analítico del International Competition Network Merger Working Group<sup>450</sup>, se ha elaborado otra definición de remedios estructurales, en virtud de la cual caben en dicha categoría los *one-off remedies* que sirven para reprimar la estructura competitiva del mercado<sup>451</sup>. En cambio, DAVIES y LIONS (2007, págs. 9 y sigs.) han propuesto la aplicación de un *clean break principle* para definir los remedios estructurales y distinguírselos de los remedios de comportamiento. Con arreglo a este principio, en particular, cabrían en la categoría de remedios estructurales aquellas medidas que no necesitan de una monitorización continua y que, además, no generan algún vínculo jurídico entre las empresas afectadas (por ejemplo la instauración de una determinada relación comercial de suministro entre la empresa infractora y las empresas negativamente afectadas por el ilícito concurrencial, como los clientes que actúan en el mercado aguas abajo).

Al respecto MAIER-RIGAUD (2013, pág. 4) ha recientemente destacado que si bien el Reglamento CE 1/2003 utiliza los términos remedios de comportamiento y remedios estructurales sin emplear una clara definición de los mismos, sin embargo en el contexto actual por remedios estructurales pueden entenderse aquellas medidas que modifican la estructura de las empresas infractoras, conllevando una transferencia de derechos de propiedad sobre bienes tangibles o inmateriales sin dar lugar a ningún tipo de relación jurídica entre cedente y comprador. Además, los remedios estructurales se caracterizan también por el hecho de que su cumplimiento no necesita una continua monitorización una vez que la fase de implementación inicial se haya correctamente realizado —en realidad en algunos supuestos las medidas estructurales necesitan ser monitorizadas, por ejemplo cuando sería extremadamente fácil la recompra del

---

<sup>450</sup> ICN Merger Working Group: Analytical Framework Subgroup, *Merger Remedies Review Project*, Bonn, junio de 2005.

<sup>451</sup> *Ibidem*, pág. 7.

*asset* cedido, y por eso suelen ser acompañadas por remedios de comportamiento de naturaleza accesoria (*line-of-business behavioral flanking remedies*)-. Según este autor, en particular, dicha aproximación pone de relieve que la imposición de remedios estructurales elimina los incentivos a reincidir de las empresas infractoras.

A la luz de las anteriores consideraciones, por lo tanto, podemos afirmar que los remedios estructurales no producen algún efecto asimilable a las medidas de naturaleza regulatoria, en cuanto a diferencia de los remedios de comportamiento (*v.gr. Chinese wall remedies* que inciden sobre los flujos de información) no obligan a las empresas infractoras a realizar comportamientos establecidos por una tercera entidad pública. Dichos remedios, además, incidiendo directamente sobre los incentivos de las empresas afectadas presentan un riesgo de elusión mucho más bajo. Los mismos, en particular, deberían ser impuestos cada vez que la estructura empresarial y aquella del mercado afectado por la realización de una práctica empresarial anticompetitiva, directa e inevitablemente, resulten susceptibles de producir incentivos distorsionados, es decir incentivos que lleven a la realización de ulteriores ilícitos concurrenciales<sup>452</sup>.

Cabe, por último, poner de relieve que O'DONOGHUE y PADILLA (2013, pág. 887) han afirmado que fuera del ámbito del control de las concentraciones económicas la imposición de remedios estructurales resultaría desproporcionada<sup>453</sup> a causa de la naturaleza altamente invasiva de estas medidas –descendente de la incidencia de estos remedios sobre la organización y los *assets* de las empresas afectadas– respecto de la exigencia de solucionar un problema de competencia. Estos autores, en particular, han formulado esta crítica arrancando de una interpretación del principio de proporcionalidad que considera el correspondiente juicio como la búsqueda de un equilibrio entre el carácter invasivo del remedio *antitrust* y el tipo de problema de competencia que es necesario solucionar. ADAM y MAIER RIGAUD (2011, pág. 142) han criticado esta postura en cuanto la antedicha interpretación del principio de proporcionalidad resultaría incorrecta puesto que, como ha afirmado la jurisprudencia comunitaria, “el principio de proporcionalidad significa que las obligaciones impuestas a las empresas para poner fin a una infracción del Derecho de la competencia no deben ir más allá de los límites de lo necesario y adecuado para alcanzar el fin perseguido, a saber, el restablecimiento de la legalidad en relación con las normas

---

<sup>452</sup> STJ de 12 de febrero de 1998, *Silvano Raso et al.*, C-163/96, RJ 1998/I/533, ap. 32. Cabe señalar, además, que la estructura de una empresa genera incentivos distorsionados cuando permite lograr economías de escala o efectos de red de manera anticompetitiva. Al respecto véase también el asunto *RTT*, STJ de 13 de diciembre de 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones contra GB-Inno-BM SA*, C-18/88, RJ 1991/I/5941, ap. 26.

<sup>453</sup> O'DONOGHUE y PADILLA (2013, pág. 887).

que se hayan infringido”<sup>454</sup>. En la opinión de estos autores, por lo tanto, el término de comparación que ha de tomarse en cuenta para establecer si un remedio resulta proporcionado no es la importancia de poner fin a la infracción mediante la aplicación pública del Derecho de la competencia, sino más bien el hecho que ha de establecerse si existen remedios igualmente eficientes para poner fin a la infracción. Así, por ejemplo, si en consideración de las específicas características de los supuestos de hecho enjuiciados por la Comisión Europea resulta que la única forma de poner efectivamente fin a las infracciones *antitrust* constatadas consiste en la imposición de un remedio estructural, entonces este tipo de remedio resultará viable y proporcionado *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003 y podrá ser legítimamente impuesto a las empresas infractoras.

#### 4.2.1. La categoría doctrinal de los remedios *quasi*-estructurales

Por último, debemos tomar en consideración el hecho de que la Comisión Europea, en su praxis aplicativa ha adoptado con una cierta frecuencia una clase de remedio consistente en obligar las empresas en posición de dominio a conceder a sus competidores, directos o indirectos, el acceso a una determinada tecnología o infraestructura esencial para competir en el mercado afectado por la realización del ilícito concurrencial<sup>455</sup>. Este tipo de remedio presenta rasgos muy peculiares, en cuanto: *i*) su aplicación requiere que se especifiquen de forma detallada las condiciones que las empresas infractoras han de satisfacer para implementarlo; *ii*) producen un considerable impacto sobre la conformación futura de la estructura de la industria afectada por la infracción *antitrust*; *iii*) las empresas infractoras podrían tener que reestructurar su configuración corporativa para conceder el acceso a las instalaciones esenciales. Los rasgos que caracterizan estos remedios presentan algunos elementos de la categoría de los remedios estructurales y algunos de aquélla de los remedios de comportamiento, así que en doctrina BOUGETTE y MARTY (2012, pág. 31) y ALEXIADIS y SEPENDA (2013, pág. 22) los han calificados como remedios *quasi*-estructurales.

---

<sup>454</sup> STJ de 6 de abril de 1995, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 93. Cfr. *infra sub* §.II.6.1.

<sup>455</sup> La imposición de este tipo de remedio resulta particularmente adecuada en los supuestos en que sólo el acceso a la tecnología esencial de la empresa dominante permitiría un efectivo desarrollo de la competencia en el mercado de referencia. Uno de estos supuestos, por ejemplo, se verifica cuando el acceso resulta fundamental para garantizar la interoperabilidad de los productos de los competidores respecto de la infraestructura de la empresa dominante.

## 5. Los remedios incluidos en las decisiones sobre compromisos

Como ya hemos evidenciado también las medidas contempladas en las decisiones sobre compromisos, que pueden ser de tipo comportamental o estructural, pertenecen a la categoría de remedios *antitrust* de naturaleza pública y por eso forman parte del ámbito de análisis del presente trabajo.

En vía preliminar cabe poner de relieve que antes de que el legislador comunitario adoptara el Reglamento CE 1/2003, no existía ninguna disposición normativa similar a la previsión del artículo 9 de este cuerpo normativo. Sin embargo, en algunos supuestos la Comisión Europea había decidido finalizar el procedimiento sin constatar la subsistencia de un ilícito concurrencial, sino logrando un acuerdo formal con las empresas involucradas que conllevara la aceptación de las medidas que las mismas habían ofrecido en el curso del expediente administrativo<sup>456</sup>. La estipulación de estos acuerdos informales conllevaba un gran inconveniente que ponía en peligro la efectiva restauración de las condiciones de competencia en el mercado afectado por la práctica empresarial enjuiciada<sup>457</sup>. En efecto, la Comisión Europea no disponía de alguna herramienta jurídica para que las empresas que decidieran incumplir las medidas objeto de estos acuerdos fuesen en concreto obligadas a respetarlas: en caso de incumplimiento, por lo tanto, el Ejecutivo comunitario estaba obligado a iniciar un nuevo procedimiento administrativo y, al cabo del mismo, adoptar una decisión sancionadora en contra de las empresas infractoras.

Esta situación cambió con la entrada en vigor del Reglamento CE 1/2003, en cuanto por un lado el artículo 9, apartado 1, otorgó a la Comisión Europea el poder de finalizar un procedimiento administrativo por supuesta infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE adoptando una decisión que convierta en obligatorios los compromisos propuestos por las empresas involucradas, y, por el otro, el artículo 9, apartado 2, le proporcionó también un instrumento legal para gestionar de forma más eficaz los supuestos en que la decisión sobre compromisos no consiga corregir los problemas de competencia que descienden de la práctica empresarial que había sido objeto de evaluación en el ámbito del procedimiento principal. Por lo que concierne a este segundo aspecto, en particular, el legislador comunitario ha previsto que la Comisión Europea podrá reabrir el mismo procedimiento anteriormente finalizado con la adopción de una decisión favorable sobre los compromisos ofrecidos por las empresas interesadas

---

<sup>456</sup> DCE de 18 de abril de 1984, [IV/30849 – IBM personal computer](#) (84/233/CEE), [DOCE L 118/24](#) de 4 de mayo de 1984; DCE de 5 de diciembre de 2001, [IV/37614/F3 – PO/Interbrew y Alken-Maes](#) (2003/569/CE), [DOCE L 200/1](#) de 7 de agosto de 2003.

<sup>457</sup> VAN BAEL (1986, págs. 82-90) y WAELBROECK (1986, págs. 273-280) han criticado el uso de esta herramienta de *enforcement*.

si: *i*) se haya producido la modificación de la situación de hecho respecto de un elemento esencial de la decisión; *ii*) las empresas afectadas no cumplan tales compromisos; *iii*) la decisión se haya basado sobre una información incompleta, inexacta o engañosa proporcionada por las partes del procedimiento.

En particular, el Ejecutivo comunitario puede aceptar los compromisos ofrecidos por las empresas en el marco de un expediente administrativo solo si se haya dispuesto a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción, pero no cuando decida imponer una multa sancionadora. Las decisiones sobre compromisos, además, se caracterizan por dos ulteriores aspectos: por un lado, las empresas interesadas tienen que proponer compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión Europea en su análisis preliminar de la práctica empresarial que constituye objeto de evaluación en el ámbito del expediente administrativo abierto en su contra, y, por el otro, la adopción de estas decisiones no implica la necesidad de que la Comisión Europea se pronuncie también sobre si se haya o menos producido la infracción *antitrust* originariamente contestada<sup>458</sup>.

Con respecto al utilizzo de las decisiones sobre compromisos LANG (2005, págs. 265-324) ha evidenciado que inicialmente se auspiciaba una adopción marginal de las mismas, al considerarse que la Comisión Europea habría tenido que convertir en obligatorias las medidas ofrecidas por las partes de un expediente sancionador para solucionar problemas de competencia de carácter recurrente, principalmente para evitar que se despidieran recursos en llevar a cabo este tipo de actividad de *enforcement*. Sin embargo, la praxis aplicativa del Ejecutivo comunitario ha desatendido esta expectativa, habiendo tenido lugar un macizo utilizzo de esta herramienta procedimental para finalizar los procedimientos administrativos por supuesta infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE, también en los supuestos en que la investigación *antitrust* afectaba a nuevas cuestiones jurídicas o a teorías del daño todavía no llenas y enteramente aclaradas<sup>459</sup>.

---

<sup>458</sup> Estos aspectos se hallan contemplados tanto por el artículo 9, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003, como por el Considerando 13º del mismo Reglamento comunitario, allí donde se afirma que: “Cuando en el curso de un procedimiento que pueda conducir a la prohibición de un acuerdo o práctica, las empresas propongan a la Comisión compromisos que superen las inquietudes de ésta, conviene que la Comisión pueda mediante decisión, convertir tales compromisos en obligatorios para las empresas afectadas. Las decisiones relativas a esos compromisos constatarán que ya no hay motivos para que la Comisión intervenga, sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe [...]”.

<sup>459</sup> BOTTEMAN y PATSA (2013, pág. 2); GRASSANI (2013, págs. 2-6).

Por lo que concierne a los procedimientos por supuesta infracción al artículo 102 del TFUE, BOTTEMAN y PATSA (2013, págs. 1-28)<sup>460</sup> observan que la creciente adopción de las decisiones sobre compromisos por parte de la Comisión Europea se encontraría esencialmente en la combinación de los siguientes factores: *i*) la introducción de un cambio metodológico en la evaluación del impacto concurrencial de las prácticas empresariales, consistente en la realización de un análisis enfocado sobre los efectos que las mismas producen en el mercado de referencia (*effect-based approach*)<sup>461</sup>; *ii*) el utilizzo de herramientas de *public antitrust enforcement* para mejorar las condiciones de competencia existentes en determinadas industrias reguladas (*v.gr.* industria de la energía)<sup>462</sup>; *iii*) la posibilidad de imponer de forma realmente incisiva remedios públicos a las empresas que actúan en mercados extremadamente dinámicos (*v.gr.* mercado de las Tecnologías de la Información y la Comunicación; industria electrónica, etc.), debido al hecho de que las decisiones sobre compromisos permiten finalizar más rápidamente los expedientes administrativo-sancionadores y, por ende, lograr corregir la alteración de las condiciones de competencia antes de que varíe la estructura del mercado<sup>463</sup>; *iv*) el tipo de política de aplicación pública de la normativa comunitaria de defensa de la competencia que el Comisario europeo de Competencia quiere llevar a cabo<sup>464</sup>.

---

<sup>460</sup> Estos autores, en particular, analizaron las decisiones sobre compromisos adoptadas por la Comisión Europea en el periodo 2004-2013 con respecto a la finalización de los procedimientos por supuesta infracción al artículo 102 del TFUE, destacando que frente a las 7 decisiones sancionadoras *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, el Ejecutivo comunitario adoptó bien 18 decisiones *ex* artículo 9 del mismo Reglamento. BOTTEMAN y PATSA (2013, pág. 4).

<sup>461</sup> Cfr. Discussion Paper art. 82. Véanse también las Orientaciones sobre el art. 82, *cit.*

<sup>462</sup> En este sentido, por ejemplo, se ha pronunciado el Vicepresidente de la Comisión Europea y Comisario Europeo de la Competencia Joaquín ALMUNIA en el ámbito de su discurso “[Recent developments and future priorities in EU competition policy](#)” (International Competition Forum, St. Gallen 8 de abril de 2011), afirmando que “[...] We accepted the commitments offered by the companies because we were satisfied that they would grant present and future competitors more effective access to their respective markets [...]”.

<sup>463</sup> En particular, el Vicepresidente de la Comisión Europea y Comisario Europeo de la Competencia Joaquín ALMUNIA en el ámbito de su discurso “[Statement of VP Almunia on the Google antitrust investigation](#)” (Bruselas 21 de mayo de 2012) ha puesto de relieve que “[...] If Google comes up with an outline of remedies which are capable of addressing our concerns, I will instruct my staff to initiate the discussions in order to finalise a remedies package. This would allow to solve our concerns by means of a commitment decision [...]”, concluyendo que “[...] I hope that Google seizes this opportunity to swiftly resolve our concerns, for the benefit of competition and innovation in the sector [...]”.

<sup>464</sup> GEORGIEV (2007, pág. 1029). FIRST (1996, págs. 9-12) ha puesto de relieve que siempre más a menudo el Derecho de la competencia se utiliza como una herramienta de política industrial y no como una herramienta jurídica que sirve para salvaguardar la

Por lo afecta, en cambio, al papel desarrollado por estas decisiones en el ámbito del *public antitrust enforcement*, es oportuno tomar en consideración la postura de WILS (2006b, págs. 345-366) que puso de relieve que acudiendo a esta herramienta procedimental la Comisión Europea puede rápidamente poner fin a una infracción *antitrust*, ahorrándose gran parte de los costes administrativos que conllevaría finalizar la investigación y adoptar una decisión sancionadora con imposición de remedios con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento CE 1/2003. En particular, WILS logra esta conclusión sobre la base de una doble premisa: por un lado resultaría en todo caso necesario que el *focus* principal de la intervención administrativa recaiga sobre la necesidad de poner fin a la infracción originariamente contestada –lo que implica que no han de ser predominantes las ulteriores finalidades que subyacen al *enforcement antitrust* cuales, por el ejemplo, la necesidad de aclarar el contenido de las prohibiciones establecidas en los artículos 101 u 102 del TFUE o la exigencia de alcanzar un efecto disuasorio– y, por el otro, los beneficios que podrían conseguirse a través de la finalización del expediente administrativo mediante adopción de una decisión sobre compromisos, así como el ahorro de los costes necesarios para evaluar de forma completa las prácticas empresariales supuestamente anticompetitivas, habrían de ser superiores a los potenciales beneficios conectados con la adopción de una decisión sancionadora (*v.gr.* la facilitación del ejercicio de las acciones *follow-on* de indemnización de daños y perjuicios por parte de los sujetos perjudicados por la realización de prácticas restrictivas de la competencia).

La imposición de remedios *antitrust* de naturaleza pública mediante la adopción de decisiones que convierten en obligatorios los compromisos propuestos por las empresas involucradas en procedimientos por supuesta infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE presenta ciertos beneficios, tanto desde la perspectiva de la aplicación del Derecho de la competencia, como desde el punto de vista de los objetivos de política de la competencia, que pueden lograrse a través de la

---

existencia de un régimen competitivo en el mercado. Buena prueba de este cambio aplicativo se encontraría, en la opinión de este autor, en el hecho de que el modelo de la *legalistic regulatory culture* –caracterizado por el recurso a prohibiciones normativas y por una aproximación *fact-bound, backward-looking* e *individual-case oriented*– se ha atenuado, mientras ha adquirido una mayor consistencia el modelo de la *bureaucratic regulatory culture*, que resulta esencialmente enfocado sobre las cuestiones de la estructura y del funcionamiento del sistema económico y se caracteriza por ser *theory based, forward-looking* y *group oriented*. En la opinión de FIRST (1996, pág. 11), además, los cambios que han afectado al modelo aplicativo de la normativa *antitrust* –entre los que puede incluirse el creciente recurso a las decisiones sobre compromisos– conducen a un incremento de las decisiones de carácter político industrial en el desarrollo de la actividad de *public antitrust enforcement*, como demuestra la circunstancia de que “[...] enforcement officials become too easily tempted to issue guidelines which achieve political objectives, but which also avoid hard factual problems and need not reflect the actual state of the law [...]”.



actividad de *public antitrust enforcement*. Por lo que se refiere al primero de estos aspectos, la imposición de remedios con arreglo al artículo 9 del Reglamento CE 1/2003 podría proporcionar una mejor solución para la supuesta alteración del régimen competitivo que se asume descienda de la práctica empresarial enjuiciada por el Ejecutivo comunitario. Eso se debe, en particular, a la circunstancia de que la fase procedimental que precede la adopción de una decisión sobre compromisos se caracteriza por la instauración de un diálogo informal y constructivo entre las empresas involucradas y la Comisión Europea finalizado a buscar la mejor solución de compromiso en la elección de las medidas remediales. Por eso existe una muy elevada probabilidad de que los remedios imponibles con arreglo al artículo 9 del Reglamento CE 1/2003 satisfagan los intereses de las empresas afectadas, es decir sean *tailor-made*, puedan fácilmente implementados por estas últimas y, al mismo tiempo, respondan de forma exhaustiva a las inquietudes concurrenciales manifestada por la Comisión Europea en su análisis preliminar y no determinen particulares problemas de supervisión después de su puesta en práctica. Además, resulta menos probable que las empresas destinatarias de una decisión *ex* artículo 9 del Reglamento CE 1/2003 impugnen la misma ante los tribunales de lo contencioso-administrativo en cuanto no sólo toman la iniciativa y participan activamente a la determinación de las medidas remediales concretamente imponibles<sup>465</sup>, sino que también carecen de incentivos pese al hecho de que la Comisión no se pronuncia sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe, con la consecuencia de que a través de estas decisiones evitan la imposición de multas sancionadoras<sup>466</sup>.

Por lo que afecta, en cambio, al aspecto relacionado con el utilizzo de las decisiones sobre compromisos como herramienta de *public antitrust enforcement* que sirven para conseguir objetivos de política de la competencia, cabe poner de relieve que los remedios que pueden ser incluidos en estas decisiones pueden

---

<sup>465</sup> COOK (2006, págs. 209-228).

<sup>466</sup> El Considerando 13º, *in fine*, del Reglamento CE 1/2003 afirma que: “[...] No procederá la adopción de decisiones relativas a los compromisos cuando la Comisión se disponga a imponer una multa”. BRUZZONE y BOCCACCIO (2008, pág. 99) abogan por una interpretación restrictiva de esta parte del Considerando 13º, en el sentido de que la exclusión de la posibilidad de imponer multas sancionadoras cuando la Comisión Europea decide adoptar decisiones sobre compromisos tiende exclusivamente a evitar que las empresas interesadas estén constreñidas a ofrecer tales compromisos bajo la amenaza de una sanción. KELLERBAUER (2011, pág. 2) ha correctamente evidenciado que la parte final del 13º Considerando del Reglamento CE 1/2003 tiene que interpretarse en el sentido de que la Comisión Europea no debería adoptar decisiones con arreglo al artículo 9 si la gravedad del ilícito concurrencial requiere la imposición de una multa, como por ejemplo en los supuestos de realización de carteles secretos (VON ROSENBERG, 2009, págs. 250-251). En cambio, se acepta que el Ejecutivo comunitario pueda imponer multas si adopta una decisión sancionadora contra las empresas que incumplieron las obligaciones contenidas en una decisión sobre compromisos. GIPPINI-FOURNIER (2008, pág. 401).

tener un alcance más amplio de las medidas remediales imponibles a través de la adopción de una decisión sancionadora *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003. En efecto, la Comisión Europea, cuando decide adoptar una decisión para convertir en obligatorios los compromisos propuestos por las partes interesadas, puede imponer medidas remediales que no se limiten sólo a corregir supuestos problemas de competencia surgidos en el mercado de referencia como consecuencia de la realización de la práctica empresarial objeto de análisis preliminar, sino que también incidan sobre las condiciones de competencia anteriormente existente y, por el efecto, modifiquen el equilibrio competitivo con el fin de alcanzar una situación más eficiente, en beneficio del mercado y, en última instancia, de los consumidores.

### **5.1. Las posibles desventajas del recurso a las decisiones sobre compromisos**

No obstante las decisiones sobre compromisos se caractericen por los anteriores aspectos positivos, el recurso a esta herramienta de *public enforcement* presenta ciertas significativas desventajas. En particular, los remedios impuestos a través de este tipo de decisiones pueden producir un influjo negativo sobre la efectividad y predecibilidad de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, así como sobre el desarrollo y la aplicación privada de esta normativa.

En primer lugar, la cuestión del impacto sobre la efectividad del Derecho comunitario de la competencia tiene que ver con el utilizzo apropiado y adecuado de las decisiones sobre compromisos. En términos generales, la adopción de estas decisiones resulta apropiada cuando los remedios imponibles a través de las mismas puedan corregir los problemas de competencia detectados por la Comisión Europea en su análisis preliminar mejor que las medidas remediales imponibles mediante una decisión sancionadora. En concreto, sin embargo, resulta muy difícil establecer cuales son los criterios para determinar cuando una decisión *ex* artículo 9 del Reglamento CE 1/2003 resulte apropiada. En particular, si puede asumirse que las decisiones sobre compromisos resultan apropiadas en los supuestos en que acerca del asunto enjuiciado existe un consistente *case-law* y una teoría del daño adecuadamente comprobada, al mismo tiempo no puede excluirse que la Comisión Europea también recurra a estas decisiones cuando el procedimiento concierna a asuntos novedosos o la realización de prácticas empresariales particularmente dañinas<sup>467</sup>, como por ejemplo en relación al asunto *E-books* que aún concerniendo un supuesto *hardcore infringement* por contrariedad al artículo 101 del TFUE, fue finalizado por el Ejecutivo comunitario convirtiendo en obligatorios los compromisos ofrecidos

---

<sup>467</sup> LUGARD y MÖLMANN (2013, págs. 1-5).

por las empresas involucradas <sup>468</sup> . En efecto, el amplio margen de discrecionalidad de que goza la Comisión Europea en la determinación de sus prioridades de *enforcement* en materia *antitrust*, también se refleja en la decisión de cerrar un asunto con arreglo al artículo 9 del Reglamento CE 1/2003 o, en cambio, investigar a fondo las prácticas empresariales y adoptar una decisión sancionadora<sup>469</sup>.

Por lo que se refiere al segundo aspecto de la primera cuestión, consistente en el análisis del carácter adecuado de los compromisos, es antes de todo oportuno observar que las medidas remediales imponibles a través de esta herramienta de *enforcement* revisten esta calidad sólo en el caso de que no respondan de manera excesivamente estricta o ancha a las inquietudes concurrenciales surgidas del análisis preliminar de la Comisión Europea. BOTTEMAN y PATSA (2013, págs. 14-17), al respecto, consideran que las circunstancias bajo las cuales el Ejecutivo comunitario suele adoptar las decisiones sobre compromisos no resultan aptas para garantizar que se impongan medidas remediales adecuadas para solucionar los supuestos problemas de competencia objeto de la intervención administrativa. En particular, dicha situación constituye el resultado de la subsistencia de contrapuestos incentivos entre las partes involucradas en la acción administrativa, hecho éste que conlleva una cierta discrepancia de posiciones con respecto a la tipología de actuaciones que las partes están dispuestas a realizar para corregir la alteración del régimen competitivo. En efecto, mientras es plausible considerar que las empresas que han realizado la práctica empresarial enjuiciada estén dispuestas a ofrecer, so forma de compromisos, medidas remediales extremadamente asequibles, resulta muy probable que los terceros aboguen por la aplicación de medidas más amplias<sup>470</sup> y, por último, que la Comisión Europea tenga interés en aceptar los compromisos ofrecidos sólo si los mismos contienen medidas remediales que vayan más allá de lo estrictamente necesario para responder a las inquietudes concurrenciales detectadas al cabo de la sumaria evaluación de la práctica empresarial enjuiciada<sup>471</sup>.

---

<sup>468</sup> DCE de 12 de diciembre de 2012, [COMP/39.847 – E-books](#) (C(2012) 9288); DCE de 25 de julio de 2013, [COMP/39.847 – E-books](#) (C(2013) 4750), ambas publicadas en la página *web* de la DG Competition. Un resumen de estas decisiones ha sido publicado en el *DOUE* C-378/25 de 24 de diciembre de 2013.

<sup>469</sup> WILS (2006b, pág. 354).

<sup>470</sup> Si los compromisos resultan excesivamente amplios la Comisión Europea puede enfrentarse a los siguientes problemas: *i*) durante el *market test* cabe el riesgo de que los *stakeholders* puedan proponer muchos cambios a las medidas propuestas; *ii*) la propabilidad de impugnación de la decisión resulta más elevada; *iii*) cabe la posibilidad de que dichas medidas conduzcan a un resultado no deseado, generando ulteriores alteraciones de la competencia; *iv*) dichas medidas remediales resultan susceptibles de generar un problema de *free riding* (*v.gr.* acceso a la información estratégica).

<sup>471</sup> CAVICCHI (2011, págs. 4-15).

La subsistencia de estos contrapuestos incentivos entre las partes involucradas, y las consiguientes diferentes posiciones que las mismas pueden mantener con respecto a la individuación de las medidas remediales que constituirán el contenido de los compromisos, puede conducir la Comisión Europea a la adopción de una decisión que trasciende lo necesario para solucionar los supuestos problemas de competencia originariamente detectados. Eso depende de varios factores, entre los cuales cabe destacar los siguientes: *i)* cuando la Comisión Europea planea adoptar una decisión con arreglo al artículo 9 del Reglamento CE 1/2003 sólo tiene que averiguar si los compromisos ofrecidos por las empresas interesadas responden a las inquietudes concurrenciales originariamente individuadas, lo que significa que sobre el Ejecutivo comunitario no recae la obligación de buscar soluciones equivalentes o menos gravosas para las empresas que formulan la propuesta; no obstante, la Comisión Europea sí tiene que elegir la solución menos gravosas en el caso de que las empresas hayan presentados múltiples propuestas alternativas<sup>472</sup>; *ii)* muy a menudo las empresas formulan propuestas de compromisos sin poseer una información exhaustiva acerca del cuadro probatorio que ha conducido la Comisión Europea a considerar supuestamente anticompetitiva su práctica empresarial<sup>473</sup>: por eso

---

<sup>472</sup> WAGNER-VON PAPP (2012, págs. 937-940) evidencia que la posibilidad de presentar medidas alternativas so forma de compromisos, puede ser utilizada de forma instrumental por parte de las empresas interesadas, en el sentido de que las mismas podrían realizar una práctica que se denomina *salami tactic*, presentando medidas incrementales y forzando la Comisión Europea a realizar un *test* de proporcionalidad más amplio y complejo para escoger el *set* de medidas menos gravoso entre aquéllos que responden de forma equivalente a las inquietudes concurrenciales. Por lo que se refiere a la posibilidad de realizar una *salami tactic*, sin embargo, cabe poner de relieve que existen diferentes argumentos en contra de su viabilidad práctica. En primer lugar, las empresas difícilmente pueden acudir a esta práctica para luego impugnar la decisión sobre compromisos oponiendo la infracción de ley por parte de la Comisión Europea –con particular referencia a la violación de los criterios establecidos por el artículo 9 del Reglamento CE 1/2003 con respecto a la determinación del contenido de los compromisos– en cuanto si bien la formulación de la propuesta haya sido realizada a través de la oferta de diferentes conjuntos de medidas alternativas, las empresas voluntariamente han ofrecido vincularse a cada una de ellos en el caso de que los mismos fuesen escogidos y aceptados por el Ejecutivo comunitario. En segundo lugar, además, la oferta de múltiples *set* de medidas podría llevar la Comisión Europea a abogarse por la finalización del expediente administrativo-sancionador mediante la adopción de una decisión sancionadora, pese a la dificultad de llevar correctamente a cabo el *test* de proporcionalidad ante un número muy elevado de propuestas y a la sobrevenida ausencia de interés en adoptar una decisión sobre compromisos, en cuanto la evaluación de las propuestas incrementales obstaculizaría la rápida finalización del procedimiento.

<sup>473</sup> En el [EC's Antitrust Manual of Proceedings](#) (capítulo 16, ap. 20), la DG Comp organiza una audiencia (*State of Play Meeting*) para discutir con las partes que han manifestado la intención de ofrecer compromisos: en el ámbito de esta audiencia, sin embargo, los funcionarios de la Comisión Europea ilustran sólo oralmente en que

cabe la posibilidad de que las medidas concretamente propuestas vayan más allá de lo necesario para responder a las inquietudes concurrenciales detectadas por el Ejecutivo comunitario; *iii*) existe una desigualdad de fuerza negociadora entre las partes que proponen los compromisos y la Comisión Europea, en cuanto si el proceso negociador no produce un resultado positivo el Ejecutivo comunitario tiene el poder de finalizar el procedimiento administrativo adoptando una decisión sancionadora: por lo tanto, la existencia de esta posibilidad, conjuntamente a la aversión al riesgo de las empresas interesadas, puede conducir a la proposición de medidas remediales desproporcionadas respecto de los problemas de competencia que necesitan ser corregidos<sup>474</sup>.

En segundo lugar, las medidas remediales incluidas en las decisiones sobre compromisos pueden incidir negativamente sobre el aspecto de la predecibilidad en la aplicación del Derecho de la competencia. Si por un lado puede asumirse que estas decisiones incrementan el nivel de seguridad jurídica en favor de las partes interesadas, por lo que concierne a los aspectos de sus futuras prácticas empresariales afectados por las medidas remediales de que se trata, por el otro cabe destacar que tales decisiones no resultan susceptibles de guiar las conductas futuras de las demás empresas que actúan en el mismo mercado de referencia: eso descende, en buena medida, de la circunstancia de que a través de las mismas sólo se consigue realizar una divulgación parcial de los hechos que efectivamente rodean la práctica empresarial objeto de evaluación, así como de los resultados de un no exhaustivo análisis jurídico y económico. Las decisiones sobre compromisos, en efecto, suelen no ser útiles para establecer cuales fueron las razones que llevaron la Comisión Europea a investigar una determinada práctica empresarial, sobre todo cuando se trata de prácticas *borderline*, cuando surgen nuevas cuestiones jurídicas o cuando hace falta acudir a una específica teoría del daño.

---

consisten las inquietudes concurrenciales detectadas en sede de análisis preliminar. BOTTEMAN y PATSA (2013, pág. 16) interpretan estas reglas procedimentales afirmando que las mismas no ponen a las empresas en condición de formular una propuesta de compromisos adecuada al problema de competencia que ha sido constatado por la Comisión Europea, en cuanto las mismas deben elaborar su propuesta sobre la base de un cuadro informativo no satisfactorio, en virtud del hecho de que los resultados de la evaluación preliminar se les comunican por escrito sólo después de que haya sido formalmente presentada una concreta propuesta de compromisos. Se trata de una interpretación parcialmente incorrecta, en cuanto omite de precisar que la relación de los funcionarios de la DG Comp debe ser “[...] well-structured and allow the parties to understand exactly the theory of harm and the underlying factual evidence. The parties should also be given the opportunity to ask questions regarding the competition concern in order to be able to report the Commission's concerns clearly to their internal decision-making bodies [...]”.

<sup>474</sup> WAELBROECK (2009, pág. 22).

BOTTEMAN y PATSA (2013, pág. 17), en particular, han destacado que las características de las decisiones sobre compromisos generan el riesgo de que las empresas no realicen aquellas prácticas empresariales con respecto a las cuales la Comisión Europea ya haya decidido adoptar una decisión con arreglo al artículo 9 del Reglamento CE 1/2003, con el fin de evitar que el Ejecutivo comunitario dirija en su contra una acción de *public antitrust enforcement*. Las empresas, por lo general, suelen temer que los hechos puestos a fundamento de sus prácticas empresariales sean diferentes de las circunstancias que caracterizaban las prácticas empresariales objeto de anteriores decisiones sobre compromisos. Además, resulta perjudicial respecto de la exigencia de salvaguardia de la seguridad jurídica, el hecho de que las demás empresas que actúan en el mercado puedan sacar provecho de la falta de predecibilidad, en la aplicación pública del Derecho de la competencia, que se produce tras la adopción de decisiones *ex* artículo 9 del Reglamento CE 1/2003. Ante este escenario las demás empresas poseen un interés concreto en realizar prácticas empresariales ya objeto de anteriores decisiones sobre compromisos: si por un lado la Comisión Europea decide no abrir una investigación formal por infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE, entonces los antedichos *players* pueden sacar ganancias mayores de las que habrían obtenido en el caso de que hubiesen actuado de manera legítima, por el otro, en el caso de que el Ejecutivo comunitario haya considerado que la práctica empresarial de que se trate posea un alcance anticompetitivo, resultará más fácil cerrar el expediente administrativo-sancionador acudiendo en términos más rápidos a la formulación de una propuesta de compromisos.

Por último, la adopción de decisiones sobre compromisos puede incidir negativamente sobre el desarrollo y la aplicación privada del Derecho de la competencia. En estos supuestos, en efecto, la Comisión Europea no constata la subsistencia de una infracción a la normativa de defensa de la competencia y, por lo tanto, los sujetos perjudicados por la realización de la práctica empresarial objeto de evaluación podrán tratar de conseguir una indemnización de los daños y perjuicios sufridos sólo entablando una acción autónoma. Sin embargo, DEKEYSER *et al.* (2008, págs. 677-686) ha puesto de relieve que las decisiones *ex* artículo 9 del Reglamento CE 1/2003, si bien no resulten susceptibles de producir un efecto vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales por lo que concierne a la aplicación privada del Derecho de la competencia, proporcionan igualmente algunos elementos útiles al ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios cuales: *i*) los comentarios de los *stakeholders* al *market test* relativo a las medidas remediales propuestas por las empresas interesadas; *ii*) los hechos y las evaluaciones incluidas en la decisión a través de la cual se convierten en obligatorios los compromisos propuestos por las partes contenente, por un lado, una descripción más exhaustiva de los problemas de competencia inicialmente detectados por la Comisión Europea y, por el otro, la

evaluación de la idoneidad de las medidas ofrecidas a responder a las inquietudes de naturaleza competitiva originariamente manifestadas<sup>475</sup>.

## **6. Los principios que informan la fase de elección de los remedios *antitrust* de naturaleza pública: planteamiento general**

### **6.1 El principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad pertenece a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros, es decir constituye uno de los principios que las Instituciones comunitarias aplican so forma de parámetros para evaluar la legitimidad de actos administrativos y conductas empresariales y estatales.

En efecto, la disposición normativa del TFUE que contempla dichos principios es el artículo 340, que se refiere expresamente sólo al ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha tenido modo de aclarar que le concierne, en el ejercicio de la función que ejerce en virtud del artículo 19 TUE, emplear los cánones hermenéuticos generalmente aceptados, recurriendo tanto a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la UE, cuanto a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros<sup>476</sup>. Por eso, en la praxis, las Instituciones comunitarias han ido aplicando el artículo 340 del TFUE más allá de su alcance originario.

Por lo general, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones principales, en cuanto por un lado permite averiguar la legitimidad de un acto que impone una obligación o una sanción, midiendo su idoneidad y necesidad respecto de los resultados prefijados<sup>477</sup> y, por el otro, sirve para comprobar la

---

<sup>475</sup> MARC y FELIX (2007, págs. 6-7) observan que los compromisos aceptados por la Comisión Europea deberían en todo caso responder, de forma puntual, a las inquietudes de naturaleza competitiva originariamente detectadas. Al respecto, cabe añadir que ya el TGUE había tenido forma de poner de relieve que las decisiones sobre compromisos vinculan las empresas destinatarias acerca de la cesación de una práctica empresarial en hipótesis anticompetitiva. STG de 11 de julio de 2007, *Alrosa Company Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-170/06, RJ 2007/II/2601, ap. 87.

<sup>476</sup> STJ de 5 de marzo 1996, *Brasserie du pêcheur, Bundesrepublik Deutschland y The Queen, Secretary of State for Transport, ex parte Factortame et al.*, C-46 y C-48/93, RJ 1996/I/1029, aps. 27 y 41.

<sup>477</sup> STJ de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea*, C-84/94, RJ 1996/I/5755, ap. 57. Por lo que concierne la aplicación del principio de proporcionalidad con respecto a las multas

legitimidad del ejercicio de la facultad de derogación otorgada a los Estados miembros en presencia de particulares exigencias<sup>478</sup>.

En el ámbito comunitario, en particular, el principio de proporcionalidad en materia de remedios *antitrust* representa una significativa limitación del poder que las ANC poseen con respecto a la elección de las medidas que sirven para poner fin a las infracciones de la normativa de defensa de la competencia<sup>479</sup>. Dicho principio, en efecto, requiere que la carga impuesta a las empresas infractoras no exceda lo que resulta apropiado y necesario para conseguir el restablecimiento de las condiciones de competencia en el mercado<sup>480</sup>, es decir exige que los remedios no vayan más allá de lo que sirve para salvaguardar el interés jurídico protegido por las reglas quebrantadas<sup>481</sup>.

El principio de proporcionalidad, además, presenta tres vertientes: proporcionalidad en sentido estricto, idoneidad y necesidad. Por lo que concierne al primer aspecto, proporcionalidad en sentido estricto significa que el

---

sancionadoras véase STJ de 8 de marzo de 1988, [Anthony McNicholl Ltd et al. contra Ministro de Agricultura](#), C-296/86, RJ 1988/I/1491, ap. 17.

<sup>478</sup> STJ de 28 de octubre de 1975, [Rolland Rutili contra Ministerio del Interior](#), C-36/75, RJ 1975/1219, ap. 32; STJ de 15 de mayo de 1986, [Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary](#), C-222/84, RJ 1986/I/1651, ap. 38.

<sup>479</sup> En EE.UU. en cambio existen posiciones discrepantes respecto de esa cuestión, pese al hecho de que el Tribunal Supremo no considera que la proporcionalidad sea una característica esencial de los remedios *antitrust* ([United States v. United Shoe Machinery Corp.](#), 391 U.S. 244, 250 (1968); [Ford Motor Co. v. United States](#), 405 U.S. 562, 577 (1972)). La doctrina norteamericana también resulta dividida sobre esta cuestión, en cuanto mientras LOPATKA y PAGE, 1999, pág. 26) y AREEDA y HOVENKAMP (2007, pág. 37) estiman necesario que la elección de los remedios *antitrust* se realice con arreglo al principio de proporcionalidad. JAMES (2001, pág. 65), en cambio, estima que este principio juegue un papel relevante sólo en determinados supuestos en virtud de las específicas circunstancias que caracterizan el caso concreto, mientras según la opinión de KOVACIC (1999, pág. 1314) pese a las consideraciones de eficiencia que desarrollan las Agencias públicas o los Tribunales a la hora de tomar una decisión sancionadora que también cuente con la imposición de uno o varios remedios.

<sup>480</sup> STJ de 6 de abril de 1995, [Radio Telefis Eireann \(RTE\) e Independent Television Publications Ltd \(ITP\) contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), *cit.*, ap. 93; STG de 17 de septiembre de 2007, [Microsoft Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), *cit.*, ap. 1276.

<sup>481</sup> Esa limitación de poder está justificada en cuanto sirve para proteger las libertades que el Derecho comunitario considera fundamentales. Por eso la libertad de negociar constituye la regla y su comprensión, así como el grado de limitación de la misma, sólo se permite si resulta necesaria para proteger otros intereses de igual o más alto nivel en la escalera de valores jurídicos que la Comisión Europea ha de tener en cuenta a la hora de tomar una decisión sobre los específicos asuntos enjuiciados. STG de 18 de septiembre de 1992, [Automec S.r.l. contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), *cit.*, ap. 51.



hecho de que haya tenido lugar una intervención de carácter público contra una o varias empresas, terminada con la imposición de una medida restrictiva de su autonomía, haya de ser objetivamente justificada desde un punto de vista jurídico. La idoneidad, en cambio, requiere que las medidas concretamente impuestas aparezcan, ya desde una perspectiva *ex ante*, adecuadas para satisfacer las finalidades de la intervención pública. El requisito de la necesidad, por último, implica que la medida escogida sea aquella que, entre los remedios disponibles para conseguir de forma legítima las finalidades establecidas por la ley, resulte menos restrictiva para la empresa afectada<sup>482</sup>.

Bajo la vertiente de la necesidad del remedio, el legislador comunitario se ha expresamente preocupado de prever algunos criterios guía para que la Comisión Europea, a la hora de elegir las medidas que estime oportuno imponer, tome su decisión satisfaciendo esa exigencia. Dichos criterios, en particular, reflejando la finalidad a la que tiende el principio de proporcionalidad, tratan de lograr un equilibrio entre restrictividad de la medida, gravedad de la conducta y restauración de las condiciones de competencia en el mercado, con el fin de salvaguardar la capacidad financiera y la autonomía negocial y comercial de las empresas afectadas. A ese respecto, en efecto, el artículo 7 del Reglamento CE 1/2003 establece expresamente que “Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural”. El respeto del principio de proporcionalidad, por lo tanto, implica que aún si la Comisión Europea pueda en abstracto acudir a diferentes, alternativas<sup>483</sup>, tipologías de remedios, en concreto habrá de elegir aquéllos que conlleven menos costes y desventajas para las empresas infractoras, es decir ha de escoger el remedio menos oneroso y restrictivo<sup>484</sup>.

El respeto del principio de proporcionalidad es fundamental para que la Comisión Europea pueda alcanzar la finalidad que la ley asigna a los remedios

---

<sup>482</sup> EMILIOU (1996, págs. 29-31); SULLIVAN (2003, pág. 417).

<sup>483</sup> STJ de 5 de mayo de 1998, *The Queen, Ministro de Agricultura, Fisheries and Food y Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union et al.*, C-157/96, RJ 1998/I/2211, aps. 60 y sigs.; STJ de 5 de mayo de 1998, *Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-180/96, RJ 1996/I/2265, aps. 96 y sigs.; STJ de 15 de enero de 2002, *Gerald Weidacher contra Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft*, C-179/00, RJ 2002/I/501, ap. 26.

<sup>484</sup> STJ de 13 de noviembre de 1990, *The Queen contra Ministro de Agricultura, Fisheries and Food y The Secretary of State for Health, ex parte Fedesa et al.*, C-331/88, RJ 1990/I/4023, ap. 13; STJ de 5 de octubre de 1994, *Antonio Crispoltoni contra Fattoria Autonoma Tabacchi y Giuseppe Natale y Antonio Pontillo contra Donatab Srl*; asuntos acumulados C-133/93 y C-362/93, RJ 1994/I/4863, ap. 41. EMILIOU (1996, pág. 135).

*antitrust*. En efecto, la cesación de la conducta infractora puede conducir a la restauración de las condiciones de competencia en el mercado<sup>485</sup> sólo si la medida impuesta sea proporcional, es decir no conduzca a su vez a una alteración de la situación de competencia que tendrá lugar en la industria. En un supuesto de acuerdo colusorio, por ejemplo, si el remedio impuesto a los *co-cartelists* determinase la marginalización de una de las empresas involucrada en la realización del ilícito concurrencial o provocara su salida definitiva del mercado, dicha medida no conduciría a la restauración de las condiciones de competencia existentes antes de la comisión de la infracción *antitrust*, cada vez que sería plausible comprobar que la empresa afectada, de no haber llevado a cabo la conducta anticompetitiva, habría poseído una mayor cuota de mercado o, en todo caso, no habría salido del mercado.

Otro ejemplo puede traerse del ámbito de los ilícitos concurrenciales de carácter unilateral, con específica referencia al supuesto de precios predatorios. En particular, la realización de este tipo de práctica anticompetitiva conlleva un ilícito incremento de la cuota de mercado de la empresa en posición de dominio, en cuanto la fijación del precio de los bienes o servicios a un nivel muy bajo es susceptible de generar un traspase de clientes y consumidores en su favor. Bajo dichas circunstancias, por lo tanto, si al término de un expediente sancionador la Comisión Europea decidiera imponer a la empresa infractora uno de los remedios previstos por el artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, como por ejemplo la obligación negativa de no practicar descuentos en favor de los clientes sustraídos a los competidores por efecto de la predación, podría afirmarse que dicha medida respetaría el principio de proporcionalidad puesto que, aún incidiendo negativamente sobre la posición de mercado de la empresa afectada, resultaría apta para restablecer las condiciones de competencia que habrían existido en el mercado de referencia si no hubiese sido realizada la práctica infractora. En este supuesto, además, el juicio favorable de proporcionalidad se fundamentaría sobre el hecho de que la imposición de una obligación de *non facere* permite a los competidores actuales recuperar los clientes perdidos por efecto del ilícito concurrencial sin provocar la salida del mercado, ni la marginalización, de la empresa dominante<sup>486</sup>.

---

<sup>485</sup> No sólo la jurisprudencia comunitaria, sino que también JAMES (2001, pág. 60) y SULLIVAN (2003, pág. 420), en el ámbito de la doctrina estadounidense, creen que las decisiones que incluyen remedios *antitrust* deberían causar la cesación de las prácticas anticompetitivas, alcanzar el objetivo de la restauración de las condiciones de competencia y concurrir a desincentivar la realización de futuros comportamientos reincidentes.

<sup>486</sup> STJ de 3 de julio de 1991, AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, aps. 153-157. El Tribunal de Justicia, en cambio, anuló otro tipo de medida que la Comisión Europea había impuesto a AKZO pese al hecho de que la misma, consistente en la obligación de no practicar discriminación de precio en favor de algunos clientes, se fundamentaba de forma errónea sobre el presupuesto que dichos

HELLSTRÖM *et al.* (2009, pág. 49), sin embargo, en analogía con las decisiones sancionadoras en materia *antitrust*, han afirmado que un remedio de carácter público no estaría en principio prohibido por falta de proporcionalidad por el sólo hecho de ser susceptible de conducir la empresa afectada a un estado de insolvencia. La jurisprudencia comunitaria<sup>487</sup>, en efecto, ha tenido modo de afirmar en varias ocasiones que las decisiones que generan una compresión de la libertad de empresa o de los derechos de propiedad, pueden estar justificadas si se asumen para evitar restricciones ilegítimas de otros y prevalentes intereses públicos<sup>488</sup>, entre los que se sitúa la libertad de competencia.

## 6.2. El principio de efectividad

Los remedios *antitrust* han de ser efectivos, es decir han de alcanzar las finalidades por las que han sido normativamente previstos y prácticamente impuestos. La Comisión Europea, por lo tanto, cuando decide imponer un remedio ha de escoger sólo aquellas medidas que pongan efectivamente fin a la infracción contestada y sean susceptibles de conducir concretamente al restablecimiento de las condiciones de competencia existentes en el mercado antes de la realización de la infracción constatada. Lo anterior pone de manifiesto que la efectividad constituye una característica fundamental de los remedios *antitrust* de naturaleza pública, en cuanto la imposición de medidas inadecuadas no sería susceptible de conducir a la consecución de los resultados a que tiende la aplicación pública de la normativa comunitaria de defensa de la competencia.

Por esta razón resulta necesario que exista un nexo entre el contenido de los remedios concretamente impuestos y los efectos perjudiciales de la práctica anticompetitiva que se pretende neutralizar. Si faltara este tipo de convergencia, el cumplimiento de las obligaciones remediales conllevaría diferentes implicaciones negativas. En primer lugar, la modificación de la práctica empresarial podría no conducir a una efectiva eliminación de los efectos anticompetitivos producidos en el mercado y, por eso, no se lograría restablecer las condiciones de competencia anteriormente existentes, dejando que el régimen

---

clientes fuesen asimilables a otros de tamaño más grande. El Tribunal de Justicia, en particular, estableció que “[...] la Comisión le ha impuesto (a AKZO) una condición que va más allá de lo necesario para garantizar el cumplimiento de la prohibición de discriminación resultante de la letra c) del artículo 86 del Tratado”.

<sup>487</sup> STJ de 15 de enero de 1986, [Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica](#), C-52/84, RJ 1986/I/89, ap. 14; STJ de 2 de julio de 2002, [Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España](#), C-499/99, RJ 2002/I/6031, ap. 38.

<sup>488</sup> STJ de 29 de junio de 2006, [SGL Carbon AG contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-308/04, RJ 2006/I/5977, ap. 108.

de competencia existente en la industria siga quedando alterado. En segundo lugar, la incongruencia del contenido remedial respecto de los efectos perjudiciales de una práctica restrictiva de la competencia sería susceptible de otorgar a las empresas afectadas incentivos inadecuados, conllevando una alteración, por defecto o por exceso, del nivel de disuasión de las eventuales futuras conductas ilícitas.

La efectividad de los remedios, además, juega otro importante papel en la política de *enforcement* de la Comisión Europea. El hecho de que un remedio sea apto para poner fin a la infracción constatada, en efecto, significa que su adopción debe conducir a la prohibición de todas aquellas conductas o prácticas empresariales con efecto u objeto equivalente<sup>489</sup>. Si por ejemplo la Comisión Europea se limitara a adoptar exclusivamente una mera orden de cesación, sería difícil que las empresas afectadas pongan efectivamente fin a la infracción contestada, en cuanto el alcance genérico de un remedio de tal naturaleza, junto con las dificultades de monitorización de las conductas subsiguientes, dejaría un buen margen de discrecionalidad para llevar a cabo prácticas anticompetitivas con efectos equivalentes<sup>490</sup>. Al respecto puede observarse que la Comisión Europea suele no limitarse a la imposición de remedios públicos de contenido genérico. Un buen ejemplo puede extraerse de la práctica anticompetitiva de *tie-in* enjuiciada en el ámbito del asunto *Microsoft* del año 2004<sup>491</sup>, con respecto a la cual el Ejecutivo comunitario ha impuesto a la empresa infractora un remedio de tipo comportamental enumerado, sin presunción de exhaustividad, una serie de conductas que la empresa dominante no habría tenido que realizar para no

---

<sup>489</sup> DCE de 22 de diciembre de 1987, [IV/30.787 y 31.488 – Eurofix-Bauco contra Hilti](#) (88/138/CEE), *DOCE* L 65/19 de 11 de marzo de 1988, artículo 3 en el que se establece: “[...] Hilti AG no deberá repetir ni continuar cualquier acto o comportamiento descrito en el artículo 1, ni adoptar cualquier medida de efecto equivalente”; DCE de 24 de julio de 1991, [IV/31.043 – Tetra Pak II](#) (92/163/CEE), *DOCE* L 72/1 de 18 de marzo de 1992, artículo 3 en el que se establece: “[...] Tetra Pak se abstendrá de repetir o proseguir cualquier acto o comportamiento descrito en el artículo 1 y se abstendrá de adoptar cualquier medida de efecto equivalente”; DCE de 23 de diciembre de 1992, [IV/32.448 y 32.450 – Cewal, Cowac y Ukwal](#) (93/82/CEE), *DOCE* L 34/20 de 10 de febrero de 1993, artículo 4 en el que se establece: “Las empresas destinatarias de la presente Decisión deberán abstenerse en lo sucesivo de cualquier acuerdo o práctica concertada que pueda tener un objeto o un efecto idéntico o similar a los acuerdos y prácticas a los que se refiere el artículo 1”.

<sup>490</sup> O'DONOGHUE y PADILLA (2013, pág. 885).

<sup>491</sup> DCE de 24 de marzo de 2004, [COMP/C-3/37.792 – Microsoft](#), *cit.*, ap. 1012 en la que se establece que: “Microsoft no deberá recurrir a cualquier medio tecnológico, comercial, contractual o de otro tipo que pueda tener un efecto equivalente a la vinculación de WMP a Windows [...]”.

vulnerar la obligación de abstenerse del cumplimiento futuro de toda práctica con efectos equivalentes a aquella prohibida<sup>492</sup>.

La Comisión Europea para lograr que los remedios escogidos resulten efectivos puede modelar su contenido adaptándolo a las circunstancias específicas del caso concreto. Para alcanzar este resultado resulta necesario tener en consideración muchas de las variables ya tenidas en cuenta a lo largo del procedimiento con el fin de evaluar si la conducta enjuiciada posee un carácter anticompetitivo. La Comisión Europea, por lo tanto, en función del tipo de práctica sancionada, del mercado afectado por la misma y del régimen competitivo existente en consecuencia de la infracción, podrá establecer no sólo si es más oportuno imponer una obligación de carácter negativo o positivo, sino que podrá también moldear su contenido para individualizar con exactitud las actividades que habrán de ser llevadas o menos a cabo por la empresa infractora para cumplir con el remedio impuesto<sup>493</sup>.

La Comisión Europea, en todo caso, tiene el poder de reservarse la facultad de revisión de sus decisiones si las empresas infractoras llevan a cabo un comportamiento que, resolviéndose en la producción de efectos equivalentes a la práctica prohibida, neutralice la efectividad de los remedios impuestos. En el ejercicio de esta facultad, por lo tanto, la Comisión Europea puede optar por un remedio alternativo, susceptible de poner concretamente fin a la infracción constatada y superar la obstaculización en acto<sup>494</sup>.

---

<sup>492</sup> A Microsoft, en particular, se le prohibieron los siguientes comportamientos: *i*) no obstaculizar las prestaciones de los productos competidores, reservando a sus productos una interoperabilidad privilegiada y selectiva con el sistema Windows; *ii*) no otorgar a su producto un trato favorable en el ámbito del sistema operativo de Windows; *iii*) no conceder a las productoras de ordenadores descuentos condicionados a la adquisición de Windows conjuntamente con el programa WMP; *iv*) no amenazar a las productoras de ordenadores en el caso de que decidan adquirir Windows sin el programa WMP; *v*) no incluir WMP en otros programas para Windows. DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft, *cit.*, aps. 1013-1014. Para un análisis más detallado de esta decisión cfr. *infra sub* §.III.3.4.

<sup>493</sup> La Comisión Europea, por ejemplo, en el asunto *Commercial Solvents* no sólo se limitó a ordenar la cesación de la conducta anticompetitiva, sino que también ordenó a la empresa en posición de dominio de suministrar a su competidor no verticalmente integrado, activo en el mercado aguas abajo, específicas cantidades del material que para él constituía un recurso esencial para el ejercicio de la actividad de empresa. DCE de 14 de diciembre de 1972, IV/26.911 – Zoja/C.S.C.-ICI (72/457/CEE), DOCE L 299/51 de 31 de diciembre de 1972, arts. 1-2. Esta decisión fue sucesivamente confirmada por el TJUE (STJ de 6 marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 46).

<sup>494</sup> DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, ap. 1012.

La Comisión Europea, además, ha impuesto en algunos supuestos obligaciones adicionales considerándolas imprescindibles para salvaguardar la efectividad de los remedios adoptados (*flanking measures*). Al respecto se ha reputado que las empresas infractoras habrían continuado a beneficiar de las ventajas económicas de sus prácticas anticompetitivas, si las empresas negativamente afectadas no hubiesen sido exhaustivamente y específicamente informadas acerca del contenido de las medidas remediales impuestas por la Comisión Europea<sup>495</sup>. En el asunto *TACA*<sup>496</sup>, por ejemplo, se ha considerado que las empresas que habían estipulado con la empresa dominante acuerdos reconducibles al contexto de la infracción –un supuesto de coordinación ilícita– habrían tenido que ser informadas sobre el contenido de los remedios impuestos a su contraparte comercial por la Comisión Europea, de manera que estuviesen habilitadas para renegociar las condiciones contractuales en el marco de un contexto competitivo no alterado<sup>497</sup>.

En el caso de que se haya abogado por la imposición de remedios de comportamiento cabe preguntarse si la Comisión Europea tiene el poder de designar a un mandatario independiente (*monitoring trustee*) para que la asesore en el control sobre la correcta ejecución de las medidas remediales impuestas. La Comisión Europea, en efecto, ha hecho recurso a esta figura en el marco del asunto *Microsoft*, designando un tercero que, en el ejercicio de sus funciones, fuera independiente tanto de la empresa infractora, cuanto de la misma Comisión Europea, pudiendo actuar sin limitación temporal por iniciativa propia y también a petición de terceros<sup>498</sup>.

El TGUE<sup>499</sup>, sin embargo, ha posteriormente anulado esta decisión, en cuanto si bien se reconoció que la Comisión Europea habría podido solicitar el

---

<sup>495</sup> DCE de 14 de diciembre de 1985, IV/30.698 – ECS/AKZO, *cit.*, artículo 4. En la decisión con la que se convirtieron en obligatorios los compromisos presentados por la sociedad Coca-Cola, la Comisión Europea llegó a una solución similar a aquella adoptada en el asunto *AKZO*. DCE de 22 de junio de 2005, COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola* (2005/670/CE), DOUE L 253/21 de 29 de septiembre de 2005, Sección II.A.1 y Sección III.F.2a. El grupo Coca-Cola, en particular, se comprometió a informar sus clientes comerciales, mediante las Condiciones Generales de Venta, que los mismos permanecían libres de comprar y vender *soft drinks* de las empresas competidoras.

<sup>496</sup> DCE de 16 de septiembre de 1998, IV/35.134 – *Trans-Atlantic Conference Agreement* (1999/243/CE), DOCE L 95/1 de 9 de abril de 1999.

<sup>497</sup> El TGUE anuló esa decisión porque la Comisión Europea no había alegado suficientes razones que justificasen la imposición de obligaciones ancillares. STG de 30 de septiembre de 2003, *Atlantic Container Line AB et al. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98, RJ 2003/II/3275.

<sup>498</sup> DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, *cit.*, aps. 1043-1048.

<sup>499</sup> STG de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*, aps. 1268-1272.

asesoramiento de un tercero para estar más bien informada sobre las conductas realizadas por las empresas infractoras tras la adopción de la decisión sancionadora, no habría podido bajo ninguna circunstancia pedir que el mandatario vigilase sin alguna limitación temporal las actividades relacionadas con las medidas impuestas. De la decisión del TGUE se desprende que si es cierto que la Comisión Europea puede pedir el asesoramiento técnico de un tercero para vigilar el correcto cumplimiento de las medidas impuestas para poner fin a la infracción constatada, sin embargo su decisión faltaría de base jurídica, siendo además contraria al principio de derecho *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, si se resolviera en la concesión a un mandatario independiente de facultades que ella misma no posee y que, por lo tanto, no pueden ser otorgadas a terceros.

## **7 El papel normativo de los principios de proporcionalidad y efectividad en la elección de los remedios ex artículo 7 del Reglamento CE 1/2003**

El legislador comunitario, a través del antecitado artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, ha establecido que los principios de proporcionalidad y efectividad constituyen los parámetros legales que la Comisión Europea tiene que respetar a la hora de escoger, al término de un expediente sancionador, las concretas medidas remediales imponibles a las empresas infractoras. La valoración de proporcionalidad y efectividad, en efecto, representa la regla general en tema de remedios públicos de naturaleza *antitrust* como se desprende del mismo artículo 7 del Reglamento CE 1/2003 allí donde prevé que: “[...] A tal efecto, podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma [...]”. En la práctica, sin embargo, establecer si las medidas escogidas respetan dichos parámetros no constituye una tarea sencilla en cuanto no sólo es difícil averiguar si un remedio satisface las exigencias que subyacen al principio de proporcionalidad, sino que resulta también particularmente complejo determinar si los remedios concretamente escogidos pueden conducir a un efectivo restablecimiento de las condiciones de competencia existentes en el mercado antes de la realización de un ilícito concurrencial.

Por lo que concierne a los remedios de comportamiento el problema principal reside en su falta potencial de efectividad, siendo muy elevada la probabilidad de que las empresas afectadas los incumplan en cuanto los mismos, neutralizando los incentivos económicos conectados con la realización de prácticas anticompetitivas, determinan la pérdida de la posibilidad de maximizar las ganancias a un nivel supracompetitivo. El riesgo de incumplimiento, además, depende también del hecho de que la Comisión Europea tiene que velar por su concreta puesta en práctica y la dificultad de esta tarea puede ser muy elevada si la fase de control resulta muy larga o si las medidas concretamente escogidas resultan particularmente complejas. Los remedios estructurales, en cambio, si

bien resultan más efectivos de los remedios de comportamiento, sea por su incidencia directa sobre los incentivos de las empresas afectadas que por la menor probabilidad de incumplimiento que los caracteriza, presentan el riesgo de exceder el umbral del principio de proporcionalidad. A este respecto, por ejemplo, algunos autores<sup>500</sup> han puesto de relieve que en ciertos supuestos de abuso de posición de dominio<sup>501</sup> resulta muy difícil que la Comisión Europea pueda imponer, respetando los parámetros legales establecidos por el artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, remedios distintos de los remedios de comportamiento. Si bien el carácter ilícito de estas prácticas descienda del hecho de que el autor de la infracción posea una posición dominante en el mercado de referencia, imponer medidas que disgreguen la misma, redistribuyendo cuotas de mercado entre los competidores, conduciría a un resultado desproporcionado. Según estos autores, por lo tanto, la única solución adecuada para los problemas de competencia que descienden de la realización de esta clase de ilícitos concurrenciales, estribaría en la imposición de medidas de naturaleza comportamental, puesto que las mismas dejan inalterada la estructura de mercado e inciden sola y exclusivamente sobre las prácticas comerciales de la empresa dominante.

Las diferentes características de estas dos tipologías de remedios inciden también sobre la valoración práctica de la “eficacia equivalente” del *range* de medidas remediales imponibles. Se trata de un aspecto que asume una relevancia fundamental en la elección de las medidas remediales, constituyendo el criterio discriminante para determinar cuando la Comisión Europea, con arreglo al artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, puede legítimamente imponer remedios estructurales en lugar de aquéllos de comportamiento. En la praxis, sin embargo, resulta muy complejo establecer si un remedio estructural posee una eficacia equivalente a un remedio de comportamiento, pese a su diferente incidencia sobre los incentivos de las empresas infractoras y a los distintos tipos de problemas que conlleva su implementación. Los remedios de comportamiento, por ejemplo, requiriendo la realización de determinadas conductas, inciden sobre uno o varios aspectos de la estrategia comercial de las empresas infractoras (*v.gr.* cantidad, precio, calidad, elección de las contrapartes contractuales) y, como anteriormente subrayado, pueden conducir a una elusión sustancial de la prohibición con respecto a los demás aspectos de la estrategia que no resultasen afectados por las medidas correctivas concretamente impuestas<sup>502</sup>.

Por último cabe poner de relieve que ni siquiera es fácil establecer cuando un remedio estructural resulta menos gravoso de un remedio de comportamiento y,

---

<sup>500</sup> LOWE y MAIER-RIGAUD (2008, pág. 604).

<sup>501</sup> Se trata, por ejemplo, de aquellos supuestos en que la empresa en posición de dominio concluye con sus clientes acuerdos de distribución exclusiva restrictivos de la competencia.

<sup>502</sup> LOWE y MAIER-RIGAUD (2008, pág. 606).



por lo tanto, cuando su imposición habría de preferirse a este último. Desde la perspectiva de la salvaguardia de los derechos fundamentales de la UE, en particular, resulta extremadamente complejo establecer si para la empresa afectada sería menos gravosa la imposición de un remedio estructural, que incide sobre el derecho de propiedad<sup>503</sup>, o aquélla de un remedio de comportamiento que en cambio afecta a la libertad de empresa<sup>504</sup> y a la libertad negocial.

La determinación de la medida del carácter gravoso de un remedio público de naturaleza *antitrust*, además, depende también de los costes que se han de soportar para controlar si las empresas afectadas llevan a cabo las conductas requeridas por las medidas concretamente impuestas durante todo el periodo en el que se haya establecido que las mismas produzcan sus efectos. Bajo esa perspectiva, por lo tanto, los remedios de comportamiento se caracterizan por la presencia de costes más elevados, en cuanto necesitan de un seguimiento más intenso y de duración mucho más larga. Además, si las empresas afectadas por los remedios de comportamiento actúan en un contexto competitivo dinámico, podría ser necesario afrontar costes adicionales para que las medidas correctivas impuestas sigan siendo efectivas a lo largo del tiempo originariamente establecido. En efecto, podría resultar necesario revisar los remedios, sustituyéndolos con otros alternativos para evitar que pierdan su eficacia y el proceso competitivo vuelva a quedar alterado<sup>505</sup>.

Desde el punto de vista dogmático, en particular, se ha considerado que los remedios estructurales han de preferirse en dos supuestos específicos: *a)* si existe el riesgo que la infracción permanezca o se repita en función de la estructura de la empresa sancionada <sup>506</sup>; *b)* en los mercados de redes (*v.gr.* energía, telecomunicaciones, etc.) que se caracterizan por el hecho de que el posible contenido de los remedios de comportamiento ya está establecido en el plano regulatorio y aún así cabe una posibilidad muy elevada que los *players* puedan cometer infracciones *antitrust*<sup>507</sup>.

Por último cabe añadir que en la praxis aplicativa de la Comisión Europea la toma de decisión concerniente a la elección de los remedios concretamente aplicables se realiza muy a menudo en el ámbito de un sub-procedimiento

---

<sup>503</sup> Artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *DOCE* C 364/1 de 18 de diciembre de 2000.

<sup>504</sup> Artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *cit.*

<sup>505</sup> LOWE y MAIER-RIGAUD (2008, pág. 607).

<sup>506</sup> La última parte del Considerando 12º del Reglamento CE 1/2003 expresamente afirma que “Imponer cambios en la estructura de la empresa tal y como era antes de cometer la infracción sólo responde al principio de proporcionalidad si de la propia estructura de la empresa se deriva un riesgo sustancial de una infracción duradera o reiterada”.

<sup>507</sup> *Ibidem.*

informal que cuenta con la participación activa de las empresas destinatarias de las medidas remediales. En efecto, en el caso de que la Comisión Europea estime disponibles diferentes remedios, todos igualmente eficaces, es muy frecuente que se les reconozca a las empresas infractoras la facultad de elegir la medida más apropiada<sup>508</sup>. Esto depende, en buena sustancia, del hecho de que la imposición de un remedio *antitrust* incide negativamente sobre la autonomía negocial y comercial de las empresas afectadas, así como sobre sus derechos de propiedad. Por eso la Comisión Europea trata de involucrar directamente a las partes afectadas, para que indiquen, durante el expediente sancionador, los remedios que pudieran poner fin a la infracción contestada y restablecer las condiciones de competencia sin gravar excesivamente sobre su esfera jurídica<sup>509</sup>. En esta misma línea aplicativa cabe incluir también aquellos supuestos en que la Comisión Europea ha optado por una diferente y más tenue forma de participación de las empresas infractoras en la toma de decisión de los remedios previstos por el artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, que se caracteriza por presentar a las partes, junto con la formulación de la propuesta de resolución, una serie de posibles remedios alternativos, otorgando a las mismas la posibilidad de alegar comentarios antes de la finalización del procedimiento<sup>510</sup>.

## 8. El papel del principio de proporcionalidad en la elección de los remedios incluidos en las decisiones sobre compromisos

La cuestión de la incidencia del principio de proporcionalidad sobre la determinación de las medidas remediales incluidas en las decisiones sobre compromisos fue afrontada, por primera vez, por parte del TGUE<sup>511</sup> y del TJUE

---

<sup>508</sup> STG de 18 de septiembre de 1992, *Automec*, *cit.*, aps. 51-52.

<sup>509</sup> DCE de 9 de diciembre de 1971, IV/26.811 – *Continental Can Company*, *cit.*

<sup>510</sup> DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, *cit.*, aps. 1013-1014.

<sup>511</sup> Antes de la decisión sobre el asunto *Abrosa*, en efecto, en la praxis de la Comisión respecto de las decisiones *ex* artículo 9 del Reglamento CE 1/2003, no se tomaba en cuenta el aspecto relativo al carácter proporcional de las medidas remediales voluntariamente propuestas por las empresas interesadas. Posteriormente al pronunciamiento del TGUE –y antes de la decisión del TJUE– la Comisión incluyó en sus decisiones sobre compromisos una parte relativa a la evaluación de la proporcionalidad de las medidas propuestas. Cfr. DCE de 19 de enero de 2005, COMP/C-2/37.214 – *Venta conjunta de los derechos mediáticos del campeonato de fútbol alemán Bundesliga* (2005/396/CE), un resumen de esta decisión se ha publicado en el *DOUE* L 134/46 de 27 de mayo de 2005, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/37214/37214\\_90\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37214/37214_90_1.pdf)); DCE de 22 de junio de 2005, COMP/A.39.116/B2 – *Coca Cola*, *cit.*; DCE de 22 de marzo de 2006, COMP/C-2/38.173 – *Venta conjunta de los derechos de difusión de la FA Premier League por los medios de comunicación* (2008/C 7/10), un resumen de esta

en ocasión del asunto *Alrosa*. Antes de analizar los aspectos jurídicos de los pronunciamientos de los tribunales comunitarios, consideramos oportuno ilustrar brevemente los hechos que dieron lugar a este asunto.

Las partes del procedimiento ante la Comisión Europea fueron la sociedad rusa Alrosa y la sociedad luxemburguesa De Beers, que operan en el mercado mundial de producción y suministro de diamantes en bruto, ocupando respectivamente el segundo y el primer puesto. Dichas sociedades, en 2002, notificaron a la Comisión Europea el acuerdo comercial que habían estipulado entre ellas para un período de cinco años, en virtud del cual Alrosa se comprometió a suministrar a De Beers diamantes en bruto por un valor de 800 millones de dólares al año – las ventas contractuales de Alrosa a De Beers representan más o menos la mitad de la producción anual de la empresa rusa–. A raíz de la notificación de dicho acuerdo, la Comisión Europea consideró que el mismo tenía el efecto de excluir Alrosa y, por lo tanto, se resolvía en una restricción significativamente la competencia en el mercado de los diamantes en bruto. Por eso, el Ejecutivo comunitario decidió abrir un expediente administrativo sancionador en contra de De Beers y Alrosa por supuesta infracción al artículo 81 TCE<sup>512</sup>. En 2004, Alrosa y De Beers propusieron a la Comisión Europea unos compromisos conjuntos, en virtud de los cuales se previó la reducción progresiva de las ventas de diamantes en bruto de Alrosa a De Beers, hasta un valor de 275 millones de dólares en 2010: la Comisión europea, sin embargo, no aceptó tales compromisos. Posteriormente, es decir el 25 de enero de 2006, De Beers ofreció al Ejecutivo comunitario unos nuevos compromisos con que se preveía el cese definitivo de toda compra de diamantes en bruto a Alrosa a partir del año 2009.

Por lo que concierne, en cambio, a los aspectos jurídicos de la cuestión cabe antes de todo observar que el TGUE, a instancia de Alrosa, anuló la Decisión de

---

decisión se ha publicado en el *DOUE* C 7/18 de 12 de enero de 2008, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/38173/38173\\_134\\_9.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38173/38173_134_9.pdf)); DCE de 12 de abril de 2006, COMP/B-1/38.348 – *Repsol CPP* (2006/446/CE), un resumen de esta decisión se ha publicado en el *DOUE* L 176/104 de 30 de junio de 2006, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/38348/38348\\_999\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38348/38348_999_1.pdf)); DCE de 4 de octubre de 2006, COMP/C2/38.681 – *Acuerdo ampliado de Cannes* (2007/735/CE), un resumen de esta decisión se ha publicado en el *DOUE* L 296/27 de 15 de noviembre de 2007, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/38681/38681\\_216\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38681/38681_216_1.pdf)).

<sup>512</sup> La Comisión Europea inició también otro procedimiento en contra de De Beers por supuesta infracción al artículo 82 TCE.

la Comisión Europea considerando que no habían sido respetados, por un lado, el principio de proporcionalidad y, por el otro, el derecho de Alrosa a ser oída sobre los compromisos individuales ofrecidos por De Beers. En extrema síntesis, el TGUE estimó que el contenido de estos compromisos resultaba manifiestamente desproporcionado, resolviéndose en una prohibición absoluta de toda relación comercial entre De Beers y Alrosa a partir de 2009. El TGUE, además, en consideración del hecho de que la adopción de una decisión sobre compromisos pone fin al expediente administrativo, estimó que este tipo de decisiones no pueden consistir en una simple aceptación, por parte de la Comisión Europea, de una propuesta libremente formulada por las partes interesadas, constituyendo en cambio medidas obligatorias que pone fin a las inquietudes de naturaleza competitiva que surgen de la realización de una práctica empresarial supuestamente infractora.

Al respecto el TGUE afirmó que: “Una decisión adoptada con arreglo al artículo 9 del Reglamento n° 1/2003, al convertir en obligatorio un determinado comportamiento de un operador frente a terceros, puede producir indirectamente efectos jurídicos *erga omnes* que la empresa afectada, por sí sola, no podría generar; por tanto, la Comisión es su única autora, desde del momento en que otorga fuerza vinculante a los compromisos propuestos por la empresa afectada, y por ello sólo ella asume la responsabilidad de la misma. En efecto, la Comisión no esta obligada en modo alguno a tener en cuenta las propuestas de compromisos presentadas por las empresas afectadas, y menos aún a tenerlas en cuenta tal como se le han presentado”<sup>513</sup>.

Además el TGUE, tras haber recordado que la jurisprudencia reconoce que el principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho comunitario, consideró que los artículos 7 y 9 del Reglamento CE 1/2003 persiguen los mismos objetivos, que es garantizar una aplicación eficaz de la normativa de defensa de la competencia establecida por el Tratado. En particular, con el fin de alcanzar este objetivo el Reglamento CE 1/2003 proporciona a la Comisión Europea un margen de apreciación que le permite escoger entre la adopción de una decisión sancionadora y una decisión que convierte en obligatorios los compromisos propuestos por las empresas interesadas. Sin embargo, el TGUE también estimó que la existencia de este margen de apreciación no eximía al Ejecutivo comunitario de su obligación de respetar el principio de proporcionalidad, afirmando que en sede jurisdiccional resultaba en todo caso necesario realizar un control objetivo de la decisión impugnada, consistente en averiguar si las medidas remediales impuestas resultasen adecuadas y necesarias en relación con la finalidad perseguida por la

---

<sup>513</sup> STG de 11 de julio de 2007, *Alrosa Company Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*, ap. 88.

Comisión Europea<sup>514</sup>. El juez de primera instancia consideró que el *benchmark* que el Ejecutivo comunitario habría tenido que respetar en la evaluación de la proporcionalidad de las medidas remediales que las partes interesadas se comprometen voluntariamente a ofrecer, consiste en los remedios públicos que habrían podido ser impuestos en el caso de que se hubiera abogado por la adopción de una decisión sancionadora *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003.

Sobre la base de estas premisas el TGUE concluyó que la Decisión de la Comisión Europea adolecía de un error manifiesto de apreciación en cuanto, por un lado, existían otras soluciones menos coercitivas que la prohibición permanente de las operaciones entre De Beers y Alrosa, cuyo examen y determinación no presentaban dificultades técnicas particulares, y, por el otro, los compromisos aceptados iban más allá de los límites de proporcionalidad trazados a la luz del parámetro de referencia constituido por las hipotéticas medidas remediales que habrían podido ser impuestas si el Ejecutivo comunitario hubiese abogado por la adopción de una decisión sancionadora. Por lo tanto, el TGUE estimó que la vulneración del artículo 9, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003 y del principio de proporcionalidad estaban fundadas y, por esta sola razón, anuló la decisión sobre compromisos con que se habían convertido en obligatorios los compromisos individualmente propuestos por De Beers<sup>515</sup>.

Posteriormente, la Comisión Europea impugnó este pronunciamiento ante la TJUE, que se pronunció de forma opuesta al TGUE y anuló la sentencia del juez de primera instancia<sup>516</sup>. El TJUE recordó, antes de todo, que la obligación de garantizar el respeto del principio de proporcionalidad tiene un alcance y un contenido diferentes en virtud del contexto y de las herramientas jurídicas empleadas por la Comisión Europea para solucionar los problemas de competencia que descienden de la realización de la práctica empresarial enjuiciada. Al respecto, el TJUE estimó que el TGUE había incurrido en un error al considerar que la aplicación del principio de proporcionalidad no varía en función del tipo de decisión adoptada por la Comisión Europea (*v.gr.* decisiones sancionadoras con arreglo al artículo 7 del Reglamento CE 1/2003 o

---

<sup>514</sup> El TGUE, con respecto al control jurisdiccional del respeto del principio de proporcionalidad por parte de la Comisión Europea, puso de relieve que: “La finalidad de las decisiones adoptadas en aplicación del artículo 7 del Reglamento n° 1/2003, es poner fin a la infracción constatada; la de las adoptadas en aplicación del artículo 9 de este Reglamento es responder a las inquietudes expresadas por la Comisión en el marco de su evaluación preliminar, las cuales justifican que se disponga a adoptar una decisión exigiendo el cese de una infracción”. STG de 11 de julio de 2007, *Alrosa Company Ltd* contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 99.

<sup>515</sup> STG de 11 de julio de 2007, *Alrosa Company Ltd* contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 157.

<sup>516</sup> STJ de 29 de junio de 2010, [Comisión Europea contra Alrosa Company Ltd](#), C-441/07 P, RJ 2010/I/5949.

decisiones sobre compromisos *ex* artículo 9 del mismo Reglamento comunitario) y, por ende, produce los mismos efectos jurídicos<sup>517</sup>. El TJUE, en particular, estableció que resultaba errónea la conclusión según la cual “[...] sería contrario a la estructura del Reglamento n° 1/2003 el hecho de que una decisión que, con arreglo al artículo 7, apartado 1, de este Reglamento, debería considerarse desproporcionada con respecto a la infracción constatada pueda ser adoptada recurriendo al procedimiento previsto en el artículo 9, apartado 1, de dicho Reglamento, en forma de compromiso convertido en obligatorio”<sup>518</sup>.

En efecto, según el juez de segunda instancia los artículos 7 y 9 del Reglamento CE 1/2003 persiguen objetivos diferentes, en cuanto a través del primero se imponen remedios *antitrust* de naturaleza pública que tienden a poner fin a las infracciones constatadas, mientras mediante el segundo se convierten en obligatorias las medidas remediales voluntariamente propuestas por las empresas interesadas con el fin de responder a las inquietudes de naturaleza competitiva detectadas por la Comisión Europea al cabo de su análisis preliminar de la práctica empresarial enjuiciada, cuyo carácter anticompetitivo no ha sido definitivamente constatado en vía administrativa. En particular, aclarado que la aplicación del principio de proporcionalidad difiere en consideración del tipo de decisión que el Ejecutivo comunitario haya decidido adoptar, el TJUE afirmó que no resultaba justificado valorar el alcance de los compromisos tomando como punto de referencia los remedios que habrían podido imponerse en virtud del artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, ni legítimo el hecho de que, empleando este *benchmark*, se considerara automáticamente desproporcionado todo lo que vaya más allá de tales remedios.

Por lo que concierne a la discrecionalidad de que goza la Comisión Europea en la apreciación de los compromisos propuestos por las empresas interesadas, también en el caso de que se hayan cumulativamente propuestos medidas remediales alternativas, el TJUE aclaró que el Ejecutivo comunitario no está obligado a buscar por sí mismo soluciones menos rigurosas o más moderadas que aquéllas planteadas por los compromisos voluntariamente propuestos, con la consecuencia de que la única obligación que se le puede exigir con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad, consiste en el deber de averiguar si tales compromisos resultan adecuados para responder a las inquietudes concurrentes detectadas en sede de análisis preliminar de la práctica empresarial objeto del procedimiento administrativo de que se trata<sup>519</sup>.

---

<sup>517</sup> STJ de 29 de junio ed 2010, Comisión Europea contra Alrosa Company Ltd, *cit.*, ap. 43.

<sup>518</sup> *Ibidem*, ap. 44.

<sup>519</sup> *Ibidem*, ap. 61.

## 9. Conclusiones

1. A lo largo de este Capítulo hemos analizado los remedios *antitrust* de naturaleza pública evidenciando que los mismos juegan un papel protagónico en la actividad de *public antitrust enforcement* de la Comisión Europea. La posibilidad de que, en el marco de un expediente administrativo-sancionador por supuesta infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE, puedan imponerse a las empresas involucradas medidas remediales con el fin de corregir los problemas de competencia detectados en vía preliminar o poner fin a la infracción constatada, plasma la actividad de *public enforcement* del Derecho de la competencia. La aplicación pública de la normativa *antitrust* por parte del Ejecutivo comunitario, por lo tanto, no asume un carácter meramente represivo, en cuanto la posibilidad de imponer medidas remediales hace que la intervención administrativa sirva también para corregir la alteración de las condiciones de competencia provocada por la realización de ilícitos concurrenciales.
2. El hecho de que el *enforcement* público en materia de defensa de la competencia se caracterice también por la imposición de medidas remediales hace que el control administrativo termine por incidir de forma sustancial sobre la estructura del mercado y las estrategias comerciales de las empresas involucradas en los procedimientos *antitrust*<sup>520</sup>. Del análisis de las diferentes herramientas procedimentales a que la Comisión Europea puede recurrir, así como de los pronunciamientos jurisprudenciales que conciernen a la aplicación del principio de proporcionalidad en relación con este aspecto del *public antitrust enforcement*, emerge con claridad que las decisiones sobre compromisos constituyen el vehículo jurídico más flexible que el legislador comunitario ha puesto a disposición de la Comisión Europea. En efecto, el margen de maniobra que posee el *enforcer* comunitario cuando las empresas involucradas en un procedimiento por supuesta infracción del Derecho comunitario de la competencia voluntariamente formulan una propuesta de compromisos es más amplio del ámbito de discrecionalidad de que la Comisión Europea dispone cuando decide adoptar una decisión sancionadora ex artículo 7 del Reglamento CE 1/2003.
3. En buena medida a través de la adopción de medidas remediales mediante decisiones sobre compromisos, el Ejecutivo comunitario puede conseguir objetivos de política económica e industrial que no deberían colocarse en la esfera de aplicación de la normativa de defensa de la competencia. Dichos objetivos difícilmente podrían alcanzarse a través de la realización de una actividad de *antitrust enforcement* de tipo sancionador y, probablemente, ni siquiera mediante una intervención pública de naturaleza regulatoria. Por

---

<sup>520</sup> LÉVÊQUE (2004a, pág. 30).

ejemplo, la imposición de medidas estructurales que conducen al *unbundling* societario, encontrarían una gran oposición por parte de las empresas afectadas, con la consecuencia de que su imposición podría ser obstaculizada recurriendo a la vía de la impugnación jurisdiccional o a la captura del regulador por parte de los grupos de influencia (*lobbies*).

4. Sin embargo, la adopción de decisiones sobre compromisos con el fin de conseguir objetivos ulteriores respecto de la cesación de la práctica anticompetitiva y la restauración de las condiciones de competencia en el mercado, se expone a una dura crítica desde la óptica de la aplicación pública del Derecho de la competencia. Como hemos tenido forma de ilustrar a lo largo de este capítulo, tras el pronunciamiento del TJUE sobre el asunto *Alrosa* el principio de proporcionalidad ha dejado de ser un límite muy estricto en la imposición de medidas remediales con arreglo al artículo 9 del Reglamento CE 1/2003, abriendo camino a la posible sobreutilización de esta herramienta de *public enforcement*. Por lo tanto, la falta sustancial de control administrativo sobre el carácter adecuado de los compromisos —que representa el resultado práctico de la decisión jurisdiccional del asunto *Alrosa*— ha desencadenado el riesgo de que se reduzca el número de asuntos *antitrust* controvertidos entre la Comisión Europea y las empresas afectadas, con la consecuencia de que vendría menos una de las piezas clave para el desarrollo teórico y aplicativo del Derecho de la competencia<sup>521</sup>.
5. La cuestión asume gran relevancia en el análisis de los remedios *antitrust* de naturaleza pública, pese a la significativa incidencia potencial de la sobreutilización de las decisiones sobre compromisos respecto de la conformación de la aplicación pública del Derecho comunitario de la competencia por parte de la Comisión Europea. Como ha sido destacado por WAGNER-VON PAPP (2012, págs. 961-966) el recurso a las decisiones sobre compromisos para imponer remedios que corrijan problemas de competencia puede, en un cierto sentido, ser asimilado a la tendencia, siempre más frecuente, de recurrir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos (en adelante “ADR”) para solucionar una disputa *inter privados*. Al respecto, en la literatura de Derecho y Economía se ha evidenciado que una importante diferencia existente entre la terminación de un juicio mediante sentencia y la composición de un conflicto mediante ADR reside en el hecho de que en el primer supuesto se producen externalidades positivas, mientras que en el segundo tales externalidades se pierden en cuanto las partes del litigio sólo tienden a perseguir sus intereses egoístas<sup>522</sup>.

---

<sup>521</sup> BRUZZONE y BOCCACCIO (2008, pág. 99); FORRESTER (2010, págs. 637-648); GIPPINI-FOURNIER (2008, pág. 43); WAELBROECK (2009, pág. 224); WILS (2006b, págs. 351-352); ID. (2008b, págs. 344-346).

<sup>522</sup> EDWARDS y PADILLA (2010, págs. 661-664).



6. Esta última observación resulta de fundamental importancia para entender en qué términos sería perjudicial la sobreutilización de la herramienta jurídica de los compromisos –y la aplicación de medidas remediales con respecto a las cuales no resulta necesario llevar a cabo un *test* sustancial de proporcionalidad– en relación con la acción administrativa de *public antitrust enforcement* y las finalidades del Derecho de la competencia. En efecto, cuando la Comisión Europea decide finalizar un procedimiento administrativo-sancionador por supuesta infracción de la normativa *antitrust* aceptando los compromisos voluntariamente propuestos por las empresas interesadas, se produce la pérdida de las externalidades positivas que, con respecto al desarrollo del Derecho de la competencia, habrían podido generarse si se hubiese salvaguardado la existencia de incentivos a impugnar la decisión del Ejecutivo comunitario, manteniendo abierto el carácter controvertido del asunto tras la adopción de una decisión en vía administrativa.
7. Desde la perspectiva de análisis que hemos adoptado, además, el carácter perjudicial de la adopción de decisiones sobre compromisos resulta aún más acentuado porque la posibilidad de acudir a esta herramienta incide también sobre los incentivos de la Comisión Europea. En particular, si tomamos en cuenta los supuestos en que la existencia de externalidades positivas sería más importante para el desarrollo del Derecho de la competencia (cuales por ejemplo los asuntos que presentan nuevas cuestiones jurídicas, requieren la determinación de una nueva teoría del daño o la imposición de nuevos remedios), y más en general para el ejercicio de una actividad administrativa de *public antitrust enforcement* principalmente dirigida a satisfacer las exigencias que subyacen a la normativa de defensa de la competencia, puede constatarse la existencia de incentivos significativos en virtud de los cuales el Ejecutivo comunitario podría abogar por la finalización del procedimiento mediante adopción de una decisión *ex* artículo 9 del Reglamento CE 1/2003.
8. La Comisión Europea es consciente del hecho de que la adopción de una decisión sancionadora a través de la cual se resuelva una nueva cuestión jurídica, se constate la subsistencia de un ilícito concurrencial sobre la base de una nueva teoría del daño o se imponga la adopción de nuevos remedios<sup>523</sup> (se trata, en particular, de los supuestos en que el *enforcer* comunitario comprueba hasta qué punto puede extender la aplicación de la normativa *antitrust*), conlleva una mayor probabilidad de que las empresas afectadas

---

<sup>523</sup> La Comisión Europea, por ejemplo, tras la entrada en vigor del Reglamento CE 1/2003 nunca había impuesto remedios estructurales por el cauce del artículo 7, pese a las dificultades de satisfacer los requisitos previstos por esta disposición normativa. Por lo tanto, tales medidas remediales fueron dispuestas, por primera vez, a través de las decisiones sobre compromisos que el Ejecutivo comunitario adoptó en los asuntos concernientes a la aplicación de la normativa de defensa de la competencia en la industria energética comunitaria (cfr. *infra sub* §.III.2).

impugnen con éxito favorable esta decisión. WILS (2006b, pág. 352) y COOK (2006, pág. 213) han destacado que, en estos supuestos, la Comisión Europea tiende a elegir la vía de los compromisos, para así evitar el riesgo de obtener un pronunciamiento jurisdiccional desfavorable<sup>524</sup>. El Ejecutivo comunitario, además, tiene incentivos a optar por las decisiones sobre compromisos en el caso de que la evaluación de la anticompetitividad de la práctica empresarial enjuiciada no sólo tiene que pasar por la solución de una nueva cuestión jurídica, sino que debe también haber surgido en un contexto tecnológico particularmente complejo (por ejemplo en un mercado dinámico)<sup>525</sup>.

9. Por último, reconectándonos a las reflexiones iniciales y empleando la misma línea de análisis, podemos constatar que el recurso a la herramienta procedimental de las decisiones sobre compromisos incide también de forma indirecta sobre los incentivos que la Comisión Europea posee en relación a las posibilidades de finalizar los expedientes administrativos a través de la adopción de una decisión sancionadora. En efecto, la aceptación de los compromisos voluntariamente propuestos por las empresas interesadas permite a la Comisión Europea abrir una paréntesis negocial en el marco del procedimiento administrativo y extraer de las partes involucradas el consentimiento a la implementación de medidas remediales de alcance mucho más amplio respecto de aquéllas que habría autónomamente podido imponer por el cauce del artículo 7 del Reglamento CE 1/2003. Dicha posibilidad constituye una de las primeras causas de sobreutilización de las decisiones sobre compromisos, en cuanto la Comisión Europea puede conseguir resultados aplicativos y sacar ventajas respecto de la realización concreta de su actividad de *enforcement*, que no podría alcanzar en el caso de que se dispusiera a adoptar una decisión sancionadora.

---

<sup>524</sup> DCE de 9 de diciembre de 2009, COMP/38.636 – RAMBUS (2010/C 30/09), un resumen de esta decisión se ha publicado en el DOUE C 30/17 de 6 de febrero de 2010, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/38636/38636\\_1203\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38636/38636_1203_1.pdf)).

<sup>525</sup> TEMPLE LANG (2009, págs. 142-143). Por lo que concierne a este aspecto de la cuestión WAGNER-VON PAPP (2012, pág. 964) ha afirmado textualmente que: “[...] in complex cases, where *more* fact-finding is necessary to identify the correct theory of harm and to tailor the remedies to this theory of harm, the Commission will actually spend *less* time and resources on finding the infringement and adequate remedies, and the Commission is therefore more likely to accept offers of inadequate remedies”.



## CAPÍTULO TERCERO

### ANÁLISIS DE LOS REMEDIOS *ANTITRUST* DE NATURALEZA PÚBLICA ADOPTADOS POR LA COMISIÓN EUROPEA EN LOS SUPUESTOS DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

#### SINOPSIS

En este capítulo realizaremos un análisis de los remedios *antitrust* de naturaleza pública que la Comisión Europea tiene el poder de imponer en los supuestos de abuso de posición de dominio de alcance comunitario, tomando en consideración una muestra de asuntos traídos del *case-law* del Ejecutivo comunitario. La primera parte del estudio se centrará sobre los remedios estructurales, mientras la segunda tendrá por objeto los remedios de comportamiento, con especial referencia a los remedios impuestos en los supuestos de abuso de posición dominante perpetrados en las industrias reguladas y a los remedios informativos. La investigación, además, abarcará tanto a los remedios imponibles mediante decisiones sancionadoras adoptadas con arreglo al artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, con especial referencia a los supuestos en que la infracción del Derecho de la competencia está relacionada con el ejercicio de derechos de propiedad intelectual e industrial, como a las medidas remediales incluidas en las decisiones que convierten en obligatorios los compromisos voluntariamente propuestos por las empresas para responder a las inquietudes concurrenciales manifestadas por la Comisión Europea acerca de la realización de ciertas prácticas empresariales. Por lo que concierne a este segundo aspecto, se hará referencia a los ilícitos concurrenciales supuestamente realizados en el ámbito de la industria energética comunitaria. Por último se desarrollarán algunas breves reflexiones acerca de la incidencia que la imposición de remedios *antitrust* de naturaleza pública tiene sobre el régimen de protección de los demás intereses jurídicos que, pese a la realización de prácticas empresariales supuestamente anticompetitivas resultan susceptible de entrar en conflicto con la salvaguardia del valor de la competencia.

#### 1. Introducción

A lo largo de este capítulo hemos decidido examinar el *case-law* de la Comisión Europea escogiendo, desde el punto de vista material, exclusivamente aquellas decisiones en que el Ejecutivo comunitario ha adoptado remedios *antitrust* de naturaleza pública para corregir problemas de competencia relacionados con la (supuesta) realización de infracción al artículo 102 del TFUE. Dicha elección nos permite analizar de forma muy amplia la manera en que la Comisión Europea ha concretamente aplicado las dos principales categorías de remedios, es decir los

remedios estructurales<sup>526</sup> y los remedios de comportamiento, así como la forma y las circunstancias bajo las cuales han sido utilizadas las distintas herramientas procedimentales que constituyen el vehículo jurídico para la imposición de medidas remediales a las empresas infractoras, es decir las decisiones sancionadoras *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003 y las decisiones *ex* artículo 9 del mismo Reglamento, con las que se convierten en obligatorios los compromisos voluntariamente propuestos por las empresas afectadas por los resultados del análisis preliminar de la Comisión Europea acerca de las prácticas empresariales que dichas empresas hayan realizado en el mercado.

Sin embargo, para circunscribir nuestro estudio y describir sistemáticamente las distintas cuestiones objeto de análisis, hemos decidido agrupar los asuntos que forman parte de la muestra de decisiones escogidas con arreglo al criterio material del tipo de industria afectada por los ilícitos concurrenciales o por las prácticas empresariales supuestamente contrarias a la normativa comunitaria de defensa de la competencia. En todo caso, además, antes de proceder con el análisis de los remedios públicos adoptados por la Comisión Europea se ilustrarán brevemente los problemas de competencia existentes en las industrias afectadas antes de la intervención administrativa.

En primer lugar, nos ocuparemos de la industria energética comunitaria, con respecto a la cual podemos inmediatamente poner de relieve que la Comisión Europea ha esencialmente afrontado los problemas de competencia mediante la adopción de medidas remediales de tipo estructural incluidas en decisiones sobre compromisos. En segundo lugar estudiaremos los remedios públicos que el Ejecutivo comunitario ha impuesto en los supuestos de abuso de posición de dominio relacionados con el ejercicio de derechos de la propiedad intelectual e industrial: en particular el ámbito de análisis se ceñirá a los supuestos de negativa de suministro, so forma de negativa de conceder el acceso o una licencia a un recurso esencial para competir en un mercado derivado de aquél en el cual el autor de la infracción de la normativa de defensa de la competencia posee una posición de dominio.

## **2. La aplicación de los remedios *antitrust* de naturaleza pública en la industria energética comunitaria**

---

<sup>526</sup> Los remedios estructurales se caracterizan por el hecho de obligar las empresas destinatarias a realizar desinversiones, como por ejemplo la dismisión de parte de sus *assets*. Los remedios estructurales, por lo tanto, inciden directamente sobre la organización y estructura empresarial y resultan susceptibles de afectar a la estructura del mercado de referencia (cfr. *supra sub* §.II.4.2).

## 2.1. El nivel de competencia existente en la industria energética comunitaria: la primera etapa del proceso de liberalización

El punto de partida para analizar brevemente el estado de las condiciones de competencia en la industria energética en Europa consiste en tomar en cuenta que la Comisión Europea considera que la regulación primaria –es decir las disposiciones normativas contenidas en los Reglamentos y las Directivas comunitarias– constituye una herramienta complementaria al *public antitrust enforcement* en lo que respecta a los procesos de liberalización que conducen a la apertura de los mercados. Bajo este perfil, por lo que se refiere a la industria energética, cabe destacar que el Ejecutivo comunitario ha antes de todo hecho recurso a la regulación primaria y luego a los instrumentos de *public antitrust enforcement*.

En Europa, en la primera década sucesiva a la apertura de los mercados de la energía eléctrica y el gas, la intervención del legislador comunitario no había sido muy incisiva<sup>527</sup>. En efecto, las primeras Directivas comunitarias en materia de energía<sup>528</sup> se ponían sólo un objetivo mínimo, consistente en garantizar las condiciones de *level playing field* entre los *incumbents* que controlaban las infraestructuras de red y los *newcomers* interesados en adquirir los servicios de red. Dicho objetivo, en particular, se había conseguido, por un lado, permitiendo que los terceros accedieran a las infraestructuras de red (mediante la imposición de *Third Party Access obligations* sobre los *incumbents*), consideradas monopolios naturales, y por el otro imponiendo a las empresas verticalmente integradas obligaciones de separación contable o administrativa<sup>529</sup>. Las posteriores Directivas comunitarias<sup>530</sup>, en cambio, llevaron la normativa comunitaria al nivel

---

<sup>527</sup> Cabe recordar que, hasta los años setenta del siglo XX, la organización tradicional de los mercados de la energía se caracterizaba por una completa integración horizontal y vertical de las actividades de abastecimiento y transporte. Este cuadro, además, resultaba generalmente completado por la existencia de un monopolio en el mercado de abastecimiento al por menor, a nivel local o regional, y por la presencia de un precio regulado. Sucesivamente se pusieron las condiciones para llevar a cabo un cambio de paradigma, en cuanto el mercado energético, abandonado el régimen puramente regulatorio, empezó a regirse por un régimen de competencia *market-based*. CREW y KLEINDORFER (1986, págs. 102 y sigs.); ARMSTRONG *et al.* (1994, págs. 25 y sigs.).

<sup>528</sup> Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, DOCE L 27/20 de 30 de enero de 1997; Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, DOCE L 204/1 de 21 de julio de 1998.

<sup>529</sup> GRILLO y NOCE (2010, págs. 27-40).

<sup>530</sup> Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE - Declaraciones sobre las actividades de desmantelamiento y de gestión de residuos, DOCE L 176/37 de 15 de julio de 2003; Directiva 2003/55/CE

de las *best practices* existentes en algunos Estados miembros de la UE<sup>531</sup>, estableciendo que, en los supuestos de integración vertical entre empresas activas en el mercado monopolístico y empresas activas en los mercados en régimen de competencia, las infraestructuras de red fuesen gestionadas por entidades jurídicamente separadas de las empresas verticalmente integradas (*legal unbundling*).

Además, la Comisión Europea, en esta primera etapa de liberalización de la industria energética comunitaria, no adoptó alguna decisión sancionadora en su actividad de *enforcement* de los artículos 101 y 102 del TFUE, en cuanto de los dos procedimientos iniciados *ratione materiae*, el primero fue finalizado mediante la estipulación de acuerdos con los *incumbents* propietarios de las infraestructuras de gas interesadas por la investigación<sup>532</sup> y el otro se dió por terminado porque el Ejecutivo comunitario no encontró pruebas de que las empresas que transportaban gas a través de la interconexión entre el Reino Unido y Bélgica habían celebrado acuerdos restrictivos de la competencia<sup>533</sup>.

---

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, DOCE L 176/57 de 15 de julio de 2003.

<sup>531</sup> A finales del siglo XX en Italia, por ejemplo, ya se había introducido una normativa que se alejaba, en un sentido procompetitivo, del mínimo común denominador fijado por la normativa comunitaria, introduciendo una regulación asimétrica para los *incumbents* además de obligaciones de separación legal más incisivas de la mera separación contable.

<sup>532</sup> Cfr. *infra sub* §.III.2.2

<sup>533</sup> Asunto COMP/38.075 PO/UK Gas Interconnector. En particular, la investigación se centró en la explotación, por parte de la empresa británica Interconnector UK Ltd, de la interconexión de gas que une las redes británica y continental –gasoducto ese que en 2001 constituía el único enlace directo que existía entre el Reino Unido y la Europa continental–. Los hechos que dieron lugar a la investigación de la Comisión Europea fueron los siguientes: en enero de 2001 los flujos de gas a través del Interconnector habían cambiado de sentido, pasando de ser importaciones al Reino Unido a convertirse en exportaciones al Continente, y tal habían quedado a lo largo de casi todo el mes, a pesar de que los precios británicos fuesen más altos que aquéllos continentales. Sin embargo, los resultados del análisis *antitrust* pusieron de relieve que los productores de gas que poseían la capacidad de transporte por la interconexión no influyeron en la inversión del flujo de gas y que, por lo tanto, los altos precios del gas británico constituían, esencialmente, el resultado de la combinación de un mercado completamente liberalizado, aquéllo del Reino Unido (que había iniciado el proceso de liberalización del sector del gas mucho antes de la adopción de la Directiva 98/30/CE), con un mercado que todavía no estaba completamente liberalizado, el mercado continental. Además, el Ejecutivo comunitario constató que los acuerdos por los que se regía la interconexión contenían algunas limitaciones, (*v.gr.* inversión de los flujos y transferencias de capacidad a corto plazo), que habían quedado solucionados merced a un nuevo acuerdo firmado por las empresas transportistas. Cfr. IP/02/401 de 13 de marzo de 2002.

## 2.2. La aceptación de medidas remediales de tipo comportamental en la primera etapa del proceso de liberalización de la industria energética comunitaria

En la primera fase del proceso de liberalización de la industria energética comunitaria, la Comisión Europea sólo abrió dos procedimientos por supuesta infracción a los artículos 101 u 102 del TFUE, finalizando ambos mediante la estipulación de acuerdos formales con los *incumbents*.

El primer procedimiento (COMP/36.246 – Marathon/Ruhrgas/GDF *et al.*) concernía a la supuesta denegación conjunta de acceso a los gasoductos continentales europeos por parte de un grupo de cinco empresas de gas europeas. La Comisión Europea, en particular, finalizó este procedimiento con la adopción de una serie de acuerdos formales con las empresas involucradas, logrados en virtud de la solidez de las medidas ofrecidas que el Ejecutivo comunitario consideró aptas para garantizar un acceso efectivo a la infraestructura de red.

El primero de estos acuerdos se celebró con la empresa alemana Thyssengas GmbH, después de que esta última se había comprometido a permitir el acceso a su red de gasoductos en mejores condiciones<sup>534</sup>. La empresa alemana, en particular, se comprometió a implementar las siguientes medidas de carácter comportamental: *i)* por lo que se refería al mercado de equilibrado, Thyssengas se comprometió a ayudar a los transportistas a evitar penalizaciones por desequilibrio introduciendo un sistema de equilibrado en línea gratuito, para evitar los desequilibrios entre entregas designadas y entregas reales. Asimismo, se comprometió a introducir el denominado “régimen de equilibrado ampliado”, de tal modo que la flexibilidad de los transportistas pasara del 15% al 25%, permitiendo también que los mismos pudieran compensar los desequilibrios dentro del mes siguiente (en especie, permutando desequilibrios con otros clientes o pagando el desajuste); *ii)* por lo que respectaba al comercio de derechos de capacidad, Thyssengas se comprometió a ofrecer contratos de transporte de duración breve (incluso de un día) y permitir que varios transportistas pusieran en común sus contratos de transporte para reducir sus costes; *iii)* por lo que concernía a la gestión de la congestión, Thyssengas propuso aplicar el principio de “lo toma o lo deja” (o “uso o pérdida”) a las reservas de capacidad de su propia división comercial de gas, estableciendo el derecho de terceros a utilizar, previa solicitud, la capacidad de transporte inutilizada, inicialmente reservada por la división comercial de Thyssengas; *iv)* Thyssengas, para elevar el grado de transparencia de su régimen de acceso se mostró disponible, por un lado, a publicar en su sitio *Internet* un mapa detallado

---

<sup>534</sup> Cfr. el comunicado de prensa [IP/01/1641](#) de 23 de noviembre de 2001.



que enseñara la capacidad disponible en los principales puntos de entrada de su sistema de gasoductos y, por el otro, a crear un sistema informático que permitiera a los transportistas obtener información sobre las tarifas de transmisión; *v*) por último el *incumbent* se comprometió a mejorar su gestión de las solicitudes de acceso desarrollando modelos de formularios y contratos y limitando las razones para denegar el acceso a sus gasoductos.

El segundo acuerdo se estipuló con la empresa neerlandesa N.V. Nederlandse Gasunie (en adelante “Gasunie”) <sup>535</sup>. También esta empresa propuso la implementación de medidas de tipo comportamental finalizadas a mejorar la transparencia de su régimen de acceso a su sistema de gasoductos, así como la fase de gestión de las solicitudes de acceso y, por lo que afectaba al mercado de equilibrado, se comprometió a ayudar a los transportistas a disponer de una fuente flexible de suministro para evitar caer en una situación de desequilibrio, introduciendo un sistema de “equilibrio en línea” gratuito.

El tercer acuerdo se celebró con la empresa alemana BEB, a riesgo compartido entre ExxonMobil y Shell. Dicha empresa propuso medidas de carácter comportamental análogas a las medidas ofrecidas por Thyssengas y Gasunie por lo que concernía a los aspectos relacionados con la transparencia del régimen de acceso a su sistema de gasoductos, a la fase de gestión de las solicitudes de acceso, a las características del mercado de equilibrado <sup>536</sup> y a la gestión de congestiones <sup>537</sup>. BEB, por último, también propuso introducir un régimen de entrada/salida, que permitiera a los transportistas reservar de forma separada capacidad en los puntos de entrada y salida afectados, de manera que los precios a pagar por el transporte (cargas de entrada y salida) hubiesen terminado de referirse a una ruta contractual hipotética, es decir la distancia entre el punto de entrada y el de salida –se trataba del sistema entonces utilizado en Alemania, cuyo defecto consistía en el hecho de que en muchos casos no resultaba capaz de reflejar el flujo físico del gas ni el coste que el mismo implicaba–.

---

<sup>535</sup> *Vid.* el comunicado de prensa IP/03/547 d e16 de abril de 2003.

<sup>536</sup> Por lo que se refería a los aspectos relacionados con el mercado de equilibrado, BEB también se comprometió a implementar estas ulteriores medidas: *a*) la creación de un tablón de anuncios para que los transportistas pudieran ponerse en contacto entre sí para optimizar sus tareas de transporte y almacenamiento; *b*) la concesión en uso de sus instalaciones de almacenamiento, incluso si los transportistas no cumplían los requisitos técnicos mínimos de flujo, si bien bajo la condición de que otros transportistas (individual o conjuntamente) cumplieran al mismo tiempo los requisitos mínimos de flujo.

<sup>537</sup> Por lo que se refería a la gestión de congestiones BEB propuso también facilitar la creación de un mercado secundario que permitiera a los clientes vender o subarrendar capacidad reservada de BEB.

La Comisión Europea, finalmente, estipuló dos últimos acuerdos con la empresa francesa Gaz de France Suez S.A. (en adelante “GDF”) y con la alemana Ruhrgas A.G. (en adelante “Ruhrgas”)<sup>538</sup>. En estos supuestos se previó que los compromisos ofrecidos por GDF y Ruhrgas tuvieran una duración de siete años y su implementación fuese monitorizada por un *trustee* escogido por la Comisión Europea. En particular, las principales medidas comportamentales que GDF se comprometió a implementar fueron las siguientes: *i*) realizar una reducción gradual de las tarifas y de las zonas de equilibrio; *ii*) la división de transporte de GDF, a partir del año 2005, habría empezado a ofrecer, a condiciones transparentes y no discriminatorias, la posibilidad de convertir el gas con alto poder calorífico (H-gas) con el gas con bajo poder calorífico (L-gas); *iii*) realizar a partir del año 2005, y durante los siguientes 3 años, un *gas release programme* en el Sur de Francia. Ruhrgas, en cambio, se comprometió a implementar las siguientes medidas: *i*) introducción de un nuevo régimen de entrada/salida que permitiera a los transportistas reservar de forma separada capacidad en los puntos de entrada y salida afectados, con el compromiso adicional de extender la aplicación del nuevo régimen más allá de su *network*; *ii*) introducción de seis *tariff zones* (cuatro H-gas y dos L-gas) con el compromiso de reducirlas a cuatro a lo largo del tiempo; *iii*) compromiso a que el tamaño de las *tariff zones* coincidiera con el tamaño de las áreas de equilibrio, en cuanto la creación de estas áreas habría ayudado a los proveedores a no incurrir en situaciones de desequilibrio que conllevaran tanto penalidades financieras como la disminución de la fuerza competitiva de las empresas afectadas; *iv*) por último, para evitar que se generasen situaciones de desequilibrio, Ruhrgas se comprometió a ofrecer servicios telemáticos de equilibrado, de manera que los transportistas pudieran inyectar y retirar gas a través de la infraestructura de forma totalmente equilibrada.

### 2.3. La investigación sectorial en los mercados europeos del gas y la electricidad

En 2005 la Comisión Europea puso en marcha una investigación, de conformidad con el artículo 17 del Reglamento CE 1/2003<sup>539</sup>, en los sectores

---

<sup>538</sup> *Vid.* el comunicado de prensa [IP/04/573](#) de 30 de abril de 2004.

<sup>539</sup> El artículo 17, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003 dispone que: “Cuando la evolución de los intercambios entre Estados miembros, la rigidez de los precios u otras circunstancias hagan presumir que pueda limitarse o falsearse la competencia dentro del mercado común, la Comisión podrá proceder a una investigación general en un sector determinado de la economía o en un tipo concreto de acuerdos comunes a diversos sectores económicos. En el curso de la misma, la Comisión podrá recabar de las empresas o asociaciones de empresas de que se trate la información necesaria para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado y efectuar las inspecciones pertinentes a tal efecto. La Comisión podrá en particular solicitar a las empresas o asociaciones de

Europeos del gas y la electricidad<sup>540</sup>. El motivo principal que condujo al Ejecutivo comunitario a abrir dicha investigación puede encontrarse en el hecho de que no obstante la liberalización del mercado interior de la energía hubiese inicialmente incrementado el nivel de competencia, determinando un descenso de los costes de la energía en Europa y la introducción de nuevos productos, sin embargo seguían subsistiendo obstáculos al desarrollo de condiciones de competencia efectiva tales, por ejemplo, la subida significativa de los precios del gas y la electricidad –que no podían exclusivamente explicarse a la luz de factores exógenos tales como los mayores costes primarios del petróleo– y las barreras de entrada.

En 2007 la Comisión Europea publicó el informe final de esta investigación<sup>541</sup>, mediante el cual expuso las conclusiones de su trabajo, evidenciando los problemas de competencia que había identificado en los mercados del gas y la electricidad y los remedios necesarios para solucionarlos. En particular, el Ejecutivo comunitario agrupó los problemas de competencia en ocho diferentes categorías: *i) concentración del mercado*: al nivel mayorista, los mercados del gas y la electricidad seguían siendo de alcance nacional y mantenían, por lo general, el alto nivel de concentración del período anterior a la liberalización: esto ofrecía el margen necesario para ejercer el poder de mercado<sup>542</sup>; *ii) exclusión vertical*: el nivel de desagregación de la red y el suministro se repercutía negativamente en el funcionamiento del mercado y en los incentivos para invertir en redes: esto constituía un obstáculo importante para los *newcomers* y amenazaba la seguridad del suministro<sup>543</sup>; *iii) integración del mercado*: las ventas transfronterizas no

---

empresas del sector en cuestión que le comuniquen todos los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas. La Comisión podrá publicar un informe acerca de los resultados de su investigación sobre determinados sectores económicos o sobre tipos particulares de acuerdos comunes a varios sectores, y podrá pedir a las partes interesadas que le remitan sus observaciones”.

<sup>540</sup> DCE de 13 de junio de 2005 relativa a la iniciación de una investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) 1/2003, asuntos COMP/B-1/39.172 (electricidad) y COMP/B-1/39.173 (gas) (2005/C 144/07), en adelante la “Investigación sobre la industria energética”, *DOUE* C 144/13 de 14 de junio de 2005. Cfr. también la comunicación conjunta del Comisario Europeo de la Competencia Neelie KROES y de Comisario Europeo de Energía Andris PIEBALGS disponible en la página *web*:

[http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005\\_inquiry/communication\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005_inquiry/communication_en.pdf).

<sup>541</sup> Comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2007 (COM(2006) 851 final), disponible en la siguiente página *web* del sitio *Internet* [www.eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0851&from=EN): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0851&from=EN>; DG Competition Report on Energy Sector Inquiry de 10 de enero de 2007 (SEC(2006) 1724), disponible en inglés en la siguiente página *web*: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005\\_inquiry/full\\_report\\_part1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005_inquiry/full_report_part1.pdf).

<sup>542</sup> Investigación sobre la industria energética, *cit.*, págs. 5-6.

<sup>543</sup> *Ibidem*, pág. 6.

imponían ninguna presión competitiva significativa, de manera que los operadores tradicionales casi nunca se introducían en otros mercados nacionales como competidores: por lo tanto, la insuficiencia o indisponibilidad de capacidad transfronteriza y los diversos modelos de mercado obstaculizaban la integración del mercado<sup>544</sup>; *iv*) transparencia: fue detectada la falta de una información fiable y oportuna sobre los mercados<sup>545</sup>; *v*) información sobre precios: resultaba necesario que la formación de los precios fuese más eficaz y transparente para que los consumidores pudieran beneficiarse plenamente de la apertura del mercado: muchos usuarios tenían una confianza limitada en los mecanismos de formación de los precios, mientras que las tarifas de suministro reguladas por debajo de los precios de mercado solían disuadir la entrada de los *newcomers*<sup>546</sup>; *vi*) mercados descendentes: la competencia al nivel minorista solía ser limitada, la duración de los contratos al por menor para los clientes industriales y las empresas locales de distribución podía tener un impacto sustancial en las oportunidades de que los proveedores alternativos se incorporasen con éxito al mercado<sup>547</sup>; *vii*) mercados de equilibrado: arrancando del presupuesto de que los mercados de equilibrado suelen favorecer a los operadores tradicionales y crean obstáculos para los recién llegados, se constató que el tamaño de las zonas de equilibrio era demasiado pequeño, lo que llevaba a costes cada vez mayores y protegía el poder de mercado de los operadores tradicionales<sup>548</sup>; *viii*) mercados del GNL: tras haber observado que los suministros de GNL (gas natural licuado) ampliaban la base de proveedores ascendentes de Europa y resultaban importantes tanto para la seguridad del suministro como para la competencia entre proveedores ascendentes, se detectó que todavía no se había aprovechado la posibilidad de que los suministros de GNL beneficiaran a los mercados aguas abajo menos concentrados<sup>549</sup>.

La Comisión Europea, además, evidenció que para corregir los problemas de competencia detectados al cabo de esa investigación sectorial, hacía falta adoptar tanto remedios pertenecientes al área del *public antitrust enforcement*, como soluciones de tipo regulatorio. Por lo que concierne al aspecto remedial, en particular, el problema principal que afectaba a la industria energética europea residía en el nivel de concentración existente en los mercados del gas y la electricidad. Por lo tanto, el Ejecutivo comunitario reconociendo que la concentración del mercado constituía una traba importante para el éxito del proceso de liberalización, en cuanto el poder de mercado de los monopolios existentes antes de la apertura del mercado se había de hecho mantenido

---

<sup>544</sup> *Ibidem*, pág. 7.

<sup>545</sup> *Ibidem*, págs. 7-8.

<sup>546</sup> *Ibidem*, pág. 8.

<sup>547</sup> *Ibidem*, págs. 8-9.

<sup>548</sup> *Ibidem*, págs. 9-10.

<sup>549</sup> *Ibidem*, pág. 10.

inalterado obstaculizando la instauración de un efectivo régimen de competencia en la industria energética comunitaria. Para solucionar este problema, en particular, no sólo se propuso el recurso a los programas de cesión de energía (*v.gr.* las subastas en centrales eléctricas virtuales y los programas de cesión de gas), por su capacidad de desarrollar la liquidez de mercado y aumentar las posibilidades de entrada, sino también y sobre todo se hizo referencia a los remedios impondibles en el marco del control de las concentraciones económicas de alcance comunitario (*v.gr.* desinversiones y cesiones de contratos y/o de gas) y a las herramientas que recaían en el ámbito del *enforcement* público de los artículos 101 y 102 del TFUE, con particular referencia a las medidas remediales de carácter estructural.

En efecto, se puso de relieve que resultaba apropiado acudir a los remedios *antitrust* de naturaleza pública en los supuestos en que las empresas en posición de dominio estuvieran verticalmente integradas, aparejando las fases de suministro y generación, y hubiesen estipulado contratos de larga duración, en cuanto esta situación facilitaba la realización de ilícitos concurrenciales impidiendo u obstaculizando la entrada de los competidores potenciales. Además, se evidenció que en situaciones de integración vertical también suscitaban los mismos problemas de competencia, y la necesidad de acudir a las medidas remediales de *public antitrust enforcement*, los supuestos en que las empresas en posición de dominio hubiesen estipulado acuerdos de compra de energía en el sector de la electricidad y aquéllos en que los contratos de importación de gas estuvieran en manos de unos pocos operadores tradicionales<sup>550</sup>.

Por último, la Comisión Europea también destacó que la exclusión de los competidores habría podido producirse en otros niveles de la cadena de valor cuales, por ejemplo, el acceso a la infraestructura (sobre todo en supuestos de acceso transfronterizo) —*v.gr.* redes de transmisión y distribución y/o instalaciones de almacenamiento— a causa de la estipulación de contratos a largo plazo de transmisión y debido al riesgo asociado de acumulación de capacidad, con la consecuencia de que el nivel de concentración no habría disminuido y la integración del mercado interior habría quedado obstaculizada.

En definitiva, los resultados de la investigación sectorial sobre el estado de la competencia en la industria energética comunitaria pusieron de manifiesto la existencia de una situación de integración insatisfactoria de los mercados nacionales, en parte provocada por la tasa relativamente baja de nuevas inversiones en infraestructuras de red. Los mercados del gas y la electricidad, no sólo presentaban una dimensión de alcance nacional, sino que también se caracterizaban por niveles de concentración tan elevados que las interconexiones

---

<sup>550</sup> *Ibidem*, págs. 11-12.

existentes no resultaban capaces de modificar el *status quo*. Este escenario había generado una situación en que la competencia transfronteriza no era significativa y los *incumbents* (por la mayoría entidades jurídicas de carácter público) seguían gozando de enormes ventajas en la gestión de las infraestructuras de red por ser verticalmente integrados (si bien separados desde el punto de vista societario).

La Comisión Europea, para solucionar estos problemas intervino tanto por vía legislativa, emprendiendo la preparación de un nuevo grupo de Directivas comunitarias con el fin de mejorar y fortalecer la normativa procompetitiva, como por vía administrativa, sobre todo adoptando decisiones sobre compromisos y convirtiendo en obligatorias las medidas remediales voluntariamente propuestas por las empresas involucradas en los expedientes administrativo-sancionadores por supuesta infracción al artículo 102 del TFUE<sup>551</sup>.

#### **2.4. Los remedios *antitrust* de naturaleza pública impuestos por la Comisión Europea para corregir los problemas de competencia existentes en la industria energética europea en el trienio 2008-2010: el tercer paquete energético**

La Comisión Europea, en el trienio 2008-2010, ha realizado una intensa actividad de *antitrust enforcement* en la industria energética, iniciando diez procedimientos, nueve de los cuales por supuesta infracción al artículo 102 del TFUE y uno por supuesta violación del artículo 101 del TFUE<sup>552</sup>. En particular, el Ejecutivo comunitario constató la comisión de la infracción e impuso una multa sancionadora sólo con respecto a este último asunto, concierne a un supuesto de participación en un acuerdo y prácticas concertadas en el sector del gas natural. En cambio, los procedimientos relativos a los supuestos abusos de posición de dominio se concluyeron sin la constatación de la infracción, en cuanto la Comisión Europea adoptó una serie de decisiones con arreglo al artículo 9 del Reglamento CE 1/2003, convirtiendo en obligatorios los compromisos voluntariamente propuestos por las empresas interesadas.

---

<sup>551</sup> Cfr. el discurso realizado el 6 de noviembre de 2008 por el Director General de la DG Comp Phillip LOWE “Can EU Competition Policy Create Competition in the Energy Sector?”, The Beesley Lectures, Londres.

<sup>552</sup> DCE de 8 de julio de 2009 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE, COMP/39.401 – E.ON/GDF (2009/C 248/05), un resumen de esta decisión se ha publicado en el DOUE C 248/5 de 16 de octubre de 2009, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39401/39401\\_1536\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39401/39401_1536_1.pdf)).

Cabe añadir que SADOWSKA (2011, págs. 449-476), arrancando del análisis del asunto *E.ON wholesale*, ha criticado la impostación de la Comisión Europea en cuanto la misma había realizado su actividad de *public antitrust enforcement* en la industria energética comunitaria también con la finalidad de conseguir objetivos de política de competencia relacionados con la liberalización de los mercados de la energía en Europa<sup>553</sup>. Este autor, en particular, ha puesto de relieve que la Comisión Europea, aceptando los compromisos ofrecidos por la empresa E.ON, se había limitado a realizar una evaluación muy superficial de la práctica empresarial enjuiciada, con la consecuencia de que si bien las medidas remediales propuestas poseían un alcance procompetitivo, las mismas no resultaban *ex se* adecuadas para corregir las inquietudes concurrenciales surgidas en sede de análisis preliminar. Por eso ha sido destacado que en los supuestos en que prevalece la voluntad de lograr una finalidad política acudiendo a las herramientas de *public enforcement*, cabe la posibilidad de que se consiga un resultado menos eficiente de lo que habría podido lograrse en el caso de que las mismas herramientas se hubiesen empleado sólo con el fin de restablecer las condiciones de competencia *but-for the infringement*. HANCHER y DE HAUTECLOCQUE (2010, págs. 8-9) también han criticado el utilizzo instrumental de la actividad de *public antitrust enforcement* –sobre todo por lo que concierne al creciente recurso a la imposición de medidas remediales por el cauce del artículo 9 del Reglamento CE 1/2003– en cuanto eso podría conducir a una aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia que sobrepase el control *ex post* de las prácticas empresariales y se convierta en una actividad de naturaleza *quasi*-regulatoria principalmente finalizada, por un lado, a promover la competencia y, por el otro, a otorgar un soporte al proceso de liberalización, incidiendo sobre la modificación de la estructura de los mercados y de las prácticas empresariales, en relación con los aspectos que no caben en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria.

Antes de examinar los remedios *antitrust* de naturaleza pública impuestos a través de la adopción de decisiones sobre compromisos por parte de la Comisión Europea en el trienio 2008-2010, cabe considerar que, a nivel legislativo comunitario, en el año 2009 se aprobó el “tercer paquete energético”, es decir el tercer grupo de medidas normativas finalizadas a la armonización y liberalización del mercado interior de la energía de la UE. Los principales objetivos de este conjunto de disposiciones normativas, en particular, residían en la consecución de un acceso justo a las infraestructuras de red, en la consecución de un alto grado de protección de los consumidores, además de unos elevados niveles de interconexión y capacidad de generación. El tercer paquete energético se compone de los siguientes cinco cuerpos normativos: *i*) el Reglamento (CE)

---

<sup>553</sup> CAMERON (2005, págs. 631-648).

núm. 713/2009<sup>554</sup> ; *ii*) la Directiva 2009/72/CE<sup>555</sup> ; *iii*) la Directiva 2009/73/CE<sup>556</sup>; *iv*) el Reglamento (CE) núm. 714/2009<sup>557</sup>; *v*) el Reglamento (CE) núm. 715/2009<sup>558</sup>.

A efectos del análisis de las decisiones adoptada por el Ejecutivo comunitario en este ámbito, resulta de gran utilidad considerar que entre las principales previsiones normativas del tercer paquete energético<sup>559</sup> constaban aquéllas dirigidas a regular la titularidad de las redes de transporte y garantizar una separación de las actividades de producción y suministro del funcionamiento de las redes. El legislador comunitario, en efecto, confiaba en el hecho de que: “[S]in una separación efectiva entre las redes y las actividades de generación y suministro (separación efectiva) existe un riesgo intrínseco de discriminación, no solo en la explotación de la red sino también en lo que se refiere a los incentivos de las empresas integradas verticalmente para invertir adecuadamente en sus

---

<sup>554</sup> Reglamento (CE) n° 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, *DOUE L 211/1* de 14 de agosto de 2009.

<sup>555</sup> Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, *DOUE L 211/55* de 14 de agosto de 2009.

<sup>556</sup> Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE, *DOUE L 211/94* de 14 de agosto de 2009.

<sup>557</sup> Reglamento (CE) n° 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1228/2003, *DOUE L 211/15* de 14 de agosto de 2009.

<sup>558</sup> Reglamento (CE) n° 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1775/2005, *DOUE L 211/36* de 14 de agosto de 2009.

<sup>559</sup> Otro importante objetivo perseguido por los cuerpos legislativos del tercer paquete energético, consistía en garantizar e incrementar la supervisión regulatoria, encomendando dicha tarea a organismos nacionales reguladores de la energía totalmente independientes. Asimismo el legislador comunitario previó que se fortalecieran y armonizaran las competencias y la independencia de los reguladores nacionales para permitir un acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de transporte. Otras previsiones normativas, además, se interesaron de los siguientes aspectos: *i*) regular el acceso de terceros a las instalaciones de almacenamiento de gas y a las instalaciones de GNL; *ii*) establecer normas relativas a la transparencia y la elaboración de informes periódicos sobre las reservas de gas; *iii*) fomentar la solidaridad regional, exigiendo que los Estados miembros cooperasen en caso de interrupciones graves del suministro de gas, coordinando las medidas nacionales de emergencia y desarrollando las interconexiones de gas; *iv*) fortalecer la tutela de los consumidores, proporcionando en todo caso protección en favor de los consumidores vulnerables.



redes”<sup>560</sup>. Al respecto se consideró que el objetivo de la separación efectiva podía lograrse implementando uno de los siguientes modelos organizativos: *a)* la plena separación de la titularidad<sup>561</sup>, es decir una situación en que el propietario de la red es designado gestor de la misma y es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y el suministro <sup>562</sup>; *b)* la asignación de la responsabilidad del mantenimiento de las redes a un gestor de redes independiente, dejando que los activos permanezcan bajo la propiedad de la compañía integrada; *c)* un sistema de reglas detalladas que garanticen la autonomía, la independencia y las inversiones necesarias en la actividad de transporte.

Las antedichas precisiones nos permiten poner de relieve la existencia de un punto de interconexión entre los objetivos perseguidos a nivel legislativo, con la adopción de las medidas del tercer paquete energético, y los objetivos perseguidos por la Comisión Europea a través de su actividad de *public antitrust enforcement*<sup>563</sup>. Nos referimos, en particular, a las preocupaciones concurrenciales causadas por la existencia de escasos incentivos a la realización de inversiones eficientes por parte de los *incumbents* verticalmente integrados, tomadas en

---

<sup>560</sup> Considerando 9° de la Directiva 2009/72/CE.

<sup>561</sup> A este respecto el Considerando 11° de la Directiva 2009/72/CE pone de relieve que para garantizar una separación patrimonial efectiva, resulta necesario que: “[...] la misma persona o personas no puedan ejercer control sobre una empresa de generación o de suministro y, al mismo tiempo, ejercer control o cualquier derecho sobre un gestor de red de transporte o una red de transporte. De la misma manera, el control sobre una red de transporte o sobre un gestor de red de transporte debe excluir la posibilidad de ejercer control o cualquier derecho sobre una empresa de generación o de suministro. Dentro de dichos límites, una empresa de generación o de suministro puede tener una participación minoritaria en un gestor de red de transporte o en una red de transporte”. Asimismo, el sucesivo Considerando 15° de la misma Directiva ha evidenciado que: “[...] para garantizar la independencia plena de la explotación de la red con respecto a los intereses de suministro y generación y para evitar el intercambio de información confidencial, una misma persona no debe ser miembro de los consejos de administración de un gestor de red de transporte o de una red de transporte y de una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro. Por la misma razón, una misma persona no debe estar facultada para designar a los miembros de los consejos de administración de un gestor de red de transporte o de una red de transporte y ejercer control o cualquier derecho sobre una empresa de generación o de suministro”.

<sup>562</sup> El Parlamento Europeo, en su [Resolución, de 10 de julio de 2007, sobre las perspectivas para el mercado interior del gas y la electricidad \(DOUE C 175/206 de 10 de julio de 2008\)](#), ya había señalado que la separación patrimonial al nivel del transporte es la herramienta más eficaz para fomentar las inversiones en infraestructuras de una manera no discriminatoria, el acceso justo a la red de nuevos operadores y la transparencia del mercado.

<sup>563</sup> DIATHESOPOULOS (2010, págs. 12 y sigs.).

consideración tanto a nivel normativo<sup>564</sup>, como en el plano de la actividad de aplicación pública de la normativa comunitaria de defensa de la competencia. Buena prueba de esto se encuentra en el hecho de que a varias empresas involucradas en los ya mencionados procedimientos por supuesta infracción al artículo 102 del TFUE se les contestó la realización de un abuso de posición de dominio consistente en una infrainversión estratégica. Asimismo, el problema de la escasa integración de los mercados y aquéllo de los insatisfactorios niveles de inversión en cuanto al desarrollo de las interconexiones, no sólo se afrontaron a nivel normativo<sup>565</sup>, sino que con referencia al asunto *Swedish interconnectors*<sup>566</sup> constituyeron también objeto de las inquietudes concurrenciales solucionadas mediante compromisos.

## 2.5. La aceptación de compromisos en los supuestos de abuso de posición de dominio excluyente

El primer asunto que vamos a analizar concierne a un supuesto de abuso de posición de dominio excluyente, realizado en el marco de una relación contractual de suministro exclusivo, en que la Comisión Europea ha cerrado el procedimiento administrativo aceptando los compromisos voluntariamente ofrecidos por la empresa interesada (*EDF*)<sup>567</sup> –se trata de un asunto análogo a *Distrigaz*<sup>568</sup>, finalizado en octubre de 2007–.

---

<sup>564</sup> El Considerando 12º de la Directiva 2009/72/CE, por ejemplo, afirma que: “Todo sistema de separación debe ser eficaz para resolver cualquier conflicto de intereses entre productores, suministradores y gestores de redes de transporte, a fin de crear incentivos para las inversiones que se requieren y garantizar el acceso de nuevos operadores en el mercado con arreglo a un régimen regulador transparente y eficiente [...]”.

<sup>565</sup> Véanse, por ejemplo, los Considerandos 5º, 44º, 59º y 60º de la Directiva 2009/72/CE y los Considerandos 40º, 57º y 58º de la Directiva 2009/73/CE.

<sup>566</sup> DCE de 14 de abril de 2010, [COMP/39.351 – Swedish interconnectors](#) (2010/C 142/08), un resumen de esta decisión se ha publicado en el *DOUE* C 142/28 de 14 de abril de 2010, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39351/39351\\_1223\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39351/39351_1223_2.pdf)).

<sup>567</sup> DCE de 17 de marzo de 2010, [COMP/39.386 – Contratos a largo plazo en Francia](#) (2010/C 133/05), un resumen de esta decisión se ha publicado en el *DOUE* C 133/5 de 22 de mayo de 2010, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39386/39386\\_1618\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39386/39386_1618_3.pdf)).

<sup>568</sup> DCE de 11 de octubre de 2007, [COMP/B-1/37.966 – Distrigaz](#) (2008/C 9/05), un resumen de esta decisión se ha publicado en el *DOUE* C 9/8 de 15 de enero de 2008, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/37966/37966\\_639\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37966/37966_639_1.pdf)).

En el asunto *EDF* los problemas de competencia detectados por el Ejecutivo comunitario se referían a la existencia de contratos de suministro de larga duración que el *incumbent* había estipulado con los grandes clientes industriales. Al respecto podemos observar que dichos contratos, por un lado, constituían obstáculos a la creación de un mercado al por mayor –se trataba, en particular, del mercado mayorista de la energía líquida– que impedían la entrada de proveedores alternativos en el mercado de referencia (objetivo de *policy*) y, por el otro, también podían constituir ilícitos concurrenciales en la medida en que su ámbito de aplicación (con especial referencia a la inclusión de restricciones a la reventa), su duración y naturaleza, resultaban susceptibles de limitar de forma significativa las posibilidades de que otras empresas celebrasen, como proveedores principales o secundarios, análogos contratos con los mismos clientes (objetivo de *enforcement*).

EDF, para responder a las objeciones formuladas por la Comisión Europea, decidió ofrecer los siguientes compromisos: *i*) por lo que concernía a la supuesta exclusión del mercado de los proveedores alternativos, EDF “propuso que, por término medio, pondría cada año en el mercado el 65 % de los volúmenes contratados en el mercado de referencia para poder celebrar nuevos contratos con los proveedores alternativos durante el período de vigencia de los compromisos. Por otra parte, EDF se comprometía a no concluir nuevos contratos de duración superior a cinco años. En sus ofertas comerciales a esos clientes, EDF también se comprometía a ofrecer sistemáticamente por lo menos un contrato no exclusivo que permitiera a los clientes suscribir un contrato de suministro efectivo complementario con otro proveedor de su elección. El compromiso se ofrecía durante un período de diez años a menos que la cuota de mercado de EDF cayera por debajo del 40 % durante dos años consecutivos”<sup>569</sup>; *ii*) por lo que se refería a las restricciones a la reventa, EDF se comprometió “a suprimirlas, informar a sus clientes de que dichas restricciones en los contratos eran nulas de pleno derecho y a prestar asistencia a sus clientes que desearan revender electricidad bajo ciertas condiciones”<sup>570</sup>.

La Comisión Europea consideró que las medidas remediales voluntariamente propuesta por EDF permitían poner fin de forma proporcional a la exclusión de los potenciales proveedores alternativos al *incumbent* del suministro de electricidad a grandes clientes industriales y, además, ofrecían una oportunidad a los potenciales proveedores alternativos, para que los mismos entraran en el mercado. Cabe también relevar que la Comisión Europea consideró que los compromisos propuestos, eliminando todas las restricciones a la reventa de la electricidad suministrada por EDF y, bajo ciertas condiciones, facilitando el

---

<sup>569</sup> Cfr. el resumen de la DCE de 17 de marzo de 2010, COMP/39.386 – Contratos a largo plazo en Francia, *cit.*, ap. 5.

<sup>570</sup> *Ibidem*. Con respecto a los compromisos propuestos por EDF se previó una duración de diez años sin que fuera posible poner fin por anticipado a las medidas impuestas.

desarrollo de dicha actividad, habrían permitido que los clientes afectados gestionaran fácilmente, y con mayor flexibilidad, sus suministros de electricidad y pudieran reforzar a largo plazo la liquidez del mercado mayorista.

El segundo grupo de asuntos concierne a cuatro supuestos de abuso de posición de dominio excluyente, consistentes en la oposición de una negativa a contratar por parte de los *incumbents*. Si analizamos estos asuntos (*RWE exclusión de los mercados del gas*<sup>571</sup>, *ENI*<sup>572</sup>, *GDF*<sup>573</sup> y *E.ON Gas*<sup>574</sup>) empleando los criterios de la tipología y contenido de los remedios públicos impuestos por la Comisión Europea, es posible distinguir dos sub-grupos. En el primer sub-grupo pueden colocarse los asuntos *RWE exclusión de los mercados del gas* y *ENI*, en cuanto en ambos casos el Ejecutivo comunitario ha decidido finalizar los procedimientos administrativos aceptando los compromisos estructurales propuestos por los *incumbents*, consistentes en la cesión de la propiedad del gaseoducto. En el segundo sub-grupo podemos incluir los asuntos *GDF* y *E.ON Gas*, caracterizados por el hecho de que el Ejecutivo comunitario ha cerrado los expedientes administrativo-sancionadores aceptando compromisos *quasi-estructurales*<sup>575</sup>, consistentes en la liberación y consiguiente cesión de capacidades de entrada, firmes y libremente asignables, en sus respectivas redes de transporte de gas.

Por lo que afecta al primer sub-grupo podemos escoger el asunto *ENI* como referencia para nuestro análisis. La Comisión Europea consideró, en el pliego de cargos adoptados el 6 de marzo de 2009, que ENI había abusado de su posición

---

<sup>571</sup> DCE de 18 de marzo de 2009, [COMP/39.387 – RWE exclusión de los mercados del gas](#) (2009/C 133/06), un resumen de esta decisión se ha publicado en el *DOUE* C 133/8 de 12 de junio de 2009, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39402/39402\\_576\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39402/39402_576_1.pdf)).

<sup>572</sup> DCE de 29 de septiembre de 2010, [COMP/39.315 – ENI](#) (2010/C 352/10), un resumen de esta decisión se ha publicado en el *DOUE* C 352/8 de 23 de diciembre de 2010, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39315/39315\\_3019\\_9.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39315/39315_3019_9.pdf)).

<sup>573</sup> DCE de 3 de diciembre de 2009, [COMP/39.316 – GDF](#) (2010/C 57/09), un resumen de esta decisión se ha publicado en el *DOUE* C 57/13 de 9 de marzo de 2010, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39316/39316\\_2298\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39316/39316_2298_1.pdf)).

<sup>574</sup> DCE de 4 de mayo de 2010, [COMP/39.317 – E.ON Gas](#) (2010/C 278/06), un resumen de esta decisión se ha publicado en el *DOUE* C 278/9 de 15 de octubre de 2010, mientras que la versión no confidencial de la decisión puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39317/39317\\_1942\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39317/39317_1942_3.pdf)).

<sup>575</sup> ALEXIADIS y SEPENDA (pág. 24).

de dominio sirviéndose de una estrategia sistemática e indirecta de denegación de suministro en sus conducciones internacionales (es decir, TENP, Transitgas y TAG<sup>576</sup>) empleadas para transportar gas a Italia. En particular, la estrategia supuestamente anticompetitiva habría tenido el efecto de reducir las oportunidades de los competidores del *incumbent* con respecto al transporte de gas a Italia en su red internacional, mediante la realización de prácticas cuales: *i*) la retención de capacidad; *ii*) la oferta de capacidad de manera menos atractiva; *iii*) la limitación estratégica de las inversiones en capacidad adicional. ENI tenía interés en excluir el acceso a las conducciones de importación, en cuanto logrando este resultado habría conseguido restringir la capacidad y los incentivos de los competidores en competir en los mercados descendentes de suministro de gas en Italia y, por ende, habría logrado proteger sus ganancias en tales mercados. En el planteamiento del Ejecutivo comunitario, en efecto, ENI habría opuesto una denegación de suministro en virtud de la subsistencia de un inherente conflicto de intereses conectado al control conjunto, por parte de la empresa dominante, de las fases de transmisión y suministro de gas.

Pasando al análisis de las medidas remediales impuestas en este asunto mediante la vía de los compromisos, cabe observar que ENI se comprometió a desprenderse de las acciones que poseía en empresas relacionadas con las conducciones internacionales de transmisión de gas<sup>577</sup> objeto del procedimiento ante la Comisión Europea, obligándose a enajenarlas a un comprador adecuado, independiente y desvinculado (del *incumbent*). Además, ENI se comprometió, hasta el momento de la finalización de las ventas, a no prorrogar ni estipular nuevos contratos de transporte que le conllevaran un beneficio como transportista en las conducciones TENP, Transitgas y TAG<sup>578</sup>. La Comisión Europea consideró que los compromisos ofrecidos por la empresa en posición de dominio fuesen suficientes y necesarios a responder a las inquietudes de naturaleza competitiva originariamente detectadas, en cuanto se reputó que si no se hubiera adoptado el remedio estructural de la cesión de las participaciones de un *incumbent* verticalmente integrado en las conducciones internacionales de transmisión de gas, no habrían podido neutralizarse sus incentivos. Por lo tanto,

---

<sup>576</sup> Las conducciones TENP –que ENI controlaba conjuntamente con E.ON– y Transitgas –que ENI controlaba conjuntamente con Swissgas– permiten importar gas del Norte de Europa a Italia a través de Alemania y Suiza. En cambio, la conducción TAG permite importar gas de Rusia a Italia. ENI, además, controlaba también los gestores de redes de transporte (GRT).

<sup>577</sup> En particular, por lo que se refería a TAG, ENI se comprometió a vender su participación en esta conducción internacional de transmisión de gas a una entidad pública, directa o indirectamente, controlada por el Gobierno italiano.

<sup>578</sup> Sin embargo, quedó fuera del ámbito de aplicación de estas medidas remediales la posibilidad de que ENI estipulara contratos de transporte de gas en su beneficio en futuras subastas u otros procedimientos de contratación pública de capacidad de transporte inverso hacia mercados distintos del italiano.

una decisión alternativa, caracterizada por compromisos de diferente naturaleza y tipología, no habría sido susceptible de solucionar efectivamente los problemas de competencia que se habían preliminarmente detectados.

Por lo que concierne al segundo sub-grupo podemos tomar como referencia el asunto *E.ON Gas*, con respecto al cual la Comisión Europea decidió iniciar un procedimiento por supuesta infracción al artículo 102 del TFUE, siendo preocupada del hecho de que el operador en posición de dominio, impidiendo el acceso a las capacidades de entrada en su red de transporte de gas, hubiese podido abusar de su posición dominante en los mercados de transporte de gas, tanto en su red de L-Gas, como en el mercado H-Gas “NetConnect Germany”. En particular, el supuesto abuso de posición de dominio consistía, sobre la base de los resultados del análisis preliminar desarrollada por la Comisión Europea, en el hecho de que E.ON se había reservado a largo plazo una gran parte de la capacidad de entrada, firme y libremente asignable, disponible en su red de transporte, con eso obstaculizando el transporte de gas en la red del operador dominante por parte de sus competidores y clientes.

Por lo que afecta al análisis de las medidas remediales impuestas en este asunto, el Ejecutivo comunitario decidió aceptar los compromisos propuestos por E.ON reputando que para solucionar de manera igualmente efectiva los problemas de competencia detectados en vía preliminar, no existían remedios alternativos a la liberación de capacidad. En la opinión de la Comisión Europea, en efecto, sólo la reducción (por la duración previstas por los compromisos) de las cuotas de capacidad<sup>579</sup> de entrada, firme y libremente asignable, poseídas por el *incumbent* habría garantizado que los competidores y los nuevos proveedores pudieran ser activos, de manera rápida y permanente, en los mercados descendentes de suministro de gas.

Las soluciones remediales que la Comisión Europea ha considerado adecuadas y necesarias con respecto a los dos sub-grupos de asuntos que hemos considerados, parecen *prima facie* ponerse en recíproca contradicción. En efecto, en el caso de que las prácticas supuestamente anticompetitivas hubiesen resultado imputables a las empresas dominantes en su calidad de gestores de un

---

<sup>579</sup> En particular, el contenido de los compromisos propuestos por E.ON preveía la reducción de su cuota global de reservas de capacidad de entrada firme y libremente asignable en el mercado de H-Gas (NetConnect Germany) hasta el 50 % para octubre de 2015 y en la red de L-Gas hasta el 64% siempre para la misma fecha (E.ON se comprometió a no sobrepasar estos umbrales hasta 2025). Por lo que se refiere a las modalidades con que esta empresa dominante habría tenido que lograr este resultado, se previeron diferentes alternativas, cuales: *i*) la devolución de capacidades al gestor de la red de transporte; *ii*) la adopción de medidas que incrementasen la capacidad de su red; *iii*) la instauración de colaboraciones en el mercado para incrementar el volumen total de capacidades en su red.

gaseoducto (*Transport System Operator*), la Comisión Europea consideró que las medidas remediales consistentes en la gestión neutral de esta infraestructura (*v.gr.* remedios estructurales consistentes en la cesión de los gaseoductos) fueran las únicas adecuadas para disipar efectivamente las inquietudes concurrenciales. En cambio, en el caso de que las prácticas empresariales enjuiciadas hubiesen sido imputables a las empresas en posición de dominio en su calidad de usuarios de la capacidad de transporte (*shipper*), entonces las únicas medidas remediales consideradas adecuadas habrían sido aquellas consistentes, por un lado, en la cesión a largo plazo de la capacidad de entrada, firme y libremente asignable, que tales empresas habían reservado en su beneficio y, por el otro, en la puesta a disposición de esta capacidad en favor de competidores y terceros (estos compromisos, por lo tanto, no imponían a los *incumbents* la obligación de ceder la propiedad de la infraestructura).

Dicha contradicción, sin embargo, resulta exclusivamente aparente en cuanto la Comisión Europea ha graduado los remedios incluidos en los compromisos propuestos por los *incumbents* de la industria energética comunitaria en función del eslabón de la cadena de suministro en que se habían realizado las prácticas supuestamente anticompetitivas: gestión del gaseoducto o gestión de la capacidad reservada en el gaseoducto. Cabe, además, tomar en consideración que la determinación del contenido de estas medidas remediales tuvo lugar en concomitancia con la discusión normativa sobre el tercer paquete energético, cuya fase inicial se caracterizó por la preferencia de la Comisión Europea por la separación propietaria como única modalidad de separación efectiva de las redes energéticas. Además, en la versión final de los cuerpos normativos que componen este paquete de disposiciones legislativas, como ya hemos tenido forma de poner de relieve, el compromiso político al que se llegó vio el reconocimiento de otras dos formas alternativas a la gestión de la red por medio de operadores verticalmente integrados (*Independent Transport Operator* e *Independent System Operator*).

En definitiva, en relación con los cuatro asuntos que acabamos de ilustrar, es posible constatar que a través de la imposición por vía remedial de la separación propietaria de la red, el Ejecutivo comunitario logró conseguir un objetivo superior, desde la perspectiva de la política de la competencia, respecto de aquéllo que el legislador comunitario alcanzó lograr con la adopción del tercer paquete energético. NOCE (2011, págs. 341-342) ha considerado que tres fueron los factores que contribuyeron a lograr este resultado: *i)* la amenaza creíble de que si el procedimiento se hubiese concluido con la adopción de una decisión *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, la Comisión Europea habría impuesto una multa sancionadora significativamente consistente; *ii)* la posibilidad de que, aunque el procedimiento se hubiese concluido con la adopción de una decisión sancionadora, el Ejecutivo comunitario habría igualmente impuesto a las empresas infractoras una medida remedial de tipo estructural; *iii)* la diferenciación de los incentivos entre esfera política y esfera empresarial, en el sentido de que mientras desde el punto de vista político la cesión de un *asset* se considera un riesgo en cuanto cabe la posibilidad de que la infraestructura sea

adquirida por parte de compradores no deseados, en cambio, desde el punto de vista empresarial, este tipo de cesión se considera una oportunidad para reducir la deuda y el riesgo regulatorio, así como para desplazar el *focus* sobre el *core business* de la venta de energía.

## 2.6. La adopción de decisiones sobre compromisos en los supuestos de abuso de explotación de la posición dominante

En el trienio 2008-2010 la acción de *public antitrust enforcement* de la Comisión Europea en la industria energética comunitaria, abarcó también dos supuestos abusos de explotación<sup>580</sup>. Se trataba, en particular, de los asuntos *Mercado eléctrico mayorista alemán* (en adelante, “E.ON *wholesale*”) y *Mercado eléctrico de ajustes alemán* (en adelante, “E.ON *balancing*”) <sup>581</sup>.

Con respecto al asunto *E.ON wholesale*, las inquietudes de naturaleza competitiva que habían sido detectadas por la Comisión Europea concernían a la posibilidad de que E.ON hubiese realizado una estrategia para retirar capacidad de generación disponible (*capacity withholding*), limitando así el suministro de electricidad de algunas plantas en el mercado a corto plazo (*v.gr.* cualquier bolsa de electricidad EEX). Mediante la realización de tales comportamientos se supuso que el objetivo que el *incumbent* miraba alcanzar fuese aquéllo de incrementar los precios marginales del mercado diario de la electricidad en perjuicio de los consumidores para así poder abusar de su posición de dominio en el mercado eléctrico mayorista alemán. El Ejecutivo comunitario estaba también preocupado de que a través de esta estrategia E.ON hubiese podido obstaculizar la entrada de los competidores reales o potenciales en el mercado de la generación y, por consiguiente, limitar el volumen de mercado de la generación de electricidad.

La Comisión Europea estimó que las medidas estructurales que E.ON se comprometió a implementar fuesen adecuadas y necesarias para disipar las inquietudes concurrenciales originariamente detectadas. En particular puede destacarse que el Ejecutivo comunitario consideró que: “[...] la cesión de unos 5000 MW de la capacidad de generación de E.ON despeja la inquietud sobre el mercado mayorista. Dicha cesión anula la capacidad y el incentivo de retirar capacidad de generación de manera rentable, lo cual era posible en particular

---

<sup>580</sup> *Vid supra sub* §.II.2.2.2.

<sup>581</sup> DCE de 26 de noviembre de 2008, COMP/39.388 – Mercado eléctrico mayorista alemán y COMP/39.389 – Mercado eléctrico de ajustes alemán (2009/C 36/08), un resumen de estas decisiones se ha publicado en el DOUE C 36/8 de 13 de febrero de 2009, mientras que la versión no confidencial de las mismas puede ser consultada accediendo al sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39389/39389\\_2761\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39389/39389_2761_1.pdf)).



debido a la estructura de la cartera de centrales eléctricas de E.ON. Las centrales cedidas también ayudarán a que los competidores reales y posibles tengan acceso a nuevas centrales y a centrales con tecnología de la que ellos no dispongan. Además, los competidores tendrán acceso a nuevos emplazamientos, lo que les ayudará a acumular (o reacumular) aún más capacidad de generación en las nuevas centrales eléctricas<sup>582</sup>.

Por lo que concierne al asunto *E.ON balancing*, en cambio, las inquietudes de naturaleza competitiva detectadas por el Ejecutivo comunitario afectaban al hecho de que la empresa dominante hubiese abusado de esta posición en el mercado de la demanda de reservas de ajustes secundarias en la zona de la red de E.ON a través de la realización de los siguientes comportamientos: por un lado se supuso que el *incumbent* hubiese incrementado sus costes para favorecer a su filial de producción y poder así repercutir dichos costes sobre el consumidor final y, por el otro, hubiese obstaculizado la exportación de electricidad, en el mercado de ajustes que gestionaba, por parte de los productores de electricidad de otros Estados miembros.

También en este supuesto la Comisión Europea consideró que sólo la implementación de medidas remediales de carácter estructural habría podido disipar las inquietudes concurrenciales originariamente individuadas. Por lo tanto, los compromisos propuestos por E.ON y aceptados por el *enforcer* comunitario consistieron en: “[...] la cesión del sistema de transporte de E.ON consistente en su red de 380/220 kV, la explotación del sistema de la zona de control de E.ON y las actividades conexas”<sup>583</sup>. Tales medidas remediales, en efecto, fueron las únicas que el Ejecutivo comunitario estimó aptas para solucionar los supuestos problemas de competencia en el mercado de ajustes, conectados con la estructura verticalmente integrada de E.ON, que al mismo tiempo le permitía operar en los sectores de la producción, el suministro y la transmisión.

El asunto *E.On wholesale* resulta muy interesante desde el punto de vista del análisis de las medidas remediales bajo dos perfiles. En primer lugar, la razón por la cual la Comisión Europea no calificó la retención de capacidad como un supuesto de abuso de explotación so forma de precios excesivos, sino como un supuesto de abuso de explotación por limitación de la producción, podría residir en las dificultades probatorias conectadas con la demostración, en concreto, del carácter excesivo de los precios practicados por la empresa en posición de dominio mediante la realización de una estrategia explotadora fundada sobre la retención de capacidad. En efecto, la calificación de una práctica empresarial como abuso de posición de dominio *sub specie* de precios excesivos conlleva un

---

<sup>582</sup> Resumen de la DCE de 26 de noviembre de 2008, *E.ON wholesale*, *cit.*, ap. 4.

<sup>583</sup> *Ibidem*.

serio problema probatorio, en cuanto si bien se ha recurrido a diferentes tipos de *tests* para determinar el *benchmark* de precio, ninguno de éstos se considera suficiente para garantizar una mínima coherencia económica del estándar legal en la valoración de la política de precios de una empresa<sup>584</sup>.

La insuficiencia de estos *tests*, en particular, podría afectar negativamente a la estabilidad de una eventual decisión sancionadora de la Comisión Europea, incrementando las posibilidades de que la misma fuese sucesivamente anulada por los Tribunales comunitarios. Por lo tanto, si el Ejecutivo comunitario hubiese optado por la calificación del asunto *E.On wholesale* en términos de abuso de explotación por precios excesivos, habría sido muy probable que hubiese perdido poder negocial si las empresas interesadas hubiesen abogado por la presentación de compromisos, en cuanto la amenaza de imponer una multa sancionadora, junto con un remedio de tipo estructural *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, habría tenido un impacto significativamente menor.

En segundo lugar, la calificación jurídica escogida por la Comisión Europea con respecto a la práctica empresarial realizada por E.ON condujo este operador a

---

<sup>584</sup> Antes de todo cabe recordar que en uno de sus primeros pronunciamientos sobre este supuesto de abuso de posición dominante el TJUE había establecido que el carácter excesivo de un precio tenía que ser determinado en relación con el valor económico del producto ofrecido (STJ de 13 de noviembre de 1975, *General Motors Continental NV* contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 12). En un pronunciamiento sucesivo, en cambio, el TJUE estableció que para determinar el carácter excesivo de los precios habría tenido que ser empleado un criterio de evaluación objetivo, consistente en la comparación del precio de venta del producto en cuestión con su coste de producción y que, sólo en el caso de que hubiese sido apreciada una desproporción entre el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido, el análisis habría podido ser completado examinando si este precio fuese efectivamente excesivo en términos absolutos o en comparación con los productos competidores (STJ de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company et al.* contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, aps. 251-252). Con respecto a este tipo de *test* DÍEZ ESTELLA (2006, págs. 257-258) ha antes de todo evidenciado que el mismo: “[...] evita el arduo –y muchas veces infructuoso– ejercicio de intentar averiguar la supuesta excesividad de los precios sobre la base de variables internas de la empresa, lo que conllevaría la necesidad de definir una tasa de retorno de capital ‘adecuada’, un margen de beneficio ‘razonable’, qué costes se van a imputar al producto, etc.”; para luego poner de relieve que se trata de un *test* insuficiente porque no resuelve la cuestión de qué precios constituyen un *benchmark* adecuado y, por eso, carece de claridad y no aporta la predictibilidad necesaria para garantizar la seguridad jurídica. Finalmente, en ocasión de la decisión sobre el asunto *SACEM II*, se propuso el utilizzo de un *test* con arreglo al cual, para determinar el carácter excesivo de un precio, hacía falta comparar el precio practicado por la empresa en posición de dominio con el precio practicado por idénticas empresas en otros Estados miembros (STJ de 13 de julio de 1989, *Francois Lucazeau et al. contra Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) et al.*, asuntos acumulados C-110/88, C-241/88 y C-242/88, RJ 1989/2811, ap. 25).

ofrecer un remedio estructural probablemente innecesario para disipar las inquietudes concurrenciales manifestadas por el Ejecutivo comunitario. Al respecto SADOWSKA (2011, págs. 449-476) ha puesto de relieve que la propuesta de medidas remediales de naturaleza comportamental habría sido suficiente a solucionar el supuesto problema de competencia. Este autor, en particular, hizo referencia a la posibilidad de que el *incumbent* se comprometiera a implementar un compromiso comportamental consistente en una *Virtual Power Plant* (VPP), es decir en la oferta, a través de subastas de capacidad de generación, de energía a precios reglamentados en cantidad suficiente para neutralizar los incentivos que habrían podido conducir a la reiteración de la misma práctica supuestamente anticompetitiva. En realidad, la posición de la Comisión Europea, según la cual sólo las medidas remediales de tipo estructural resultaban adecuadas para disipar las inquietudes concurrenciales originariamente detectadas, podía justificarse teniendo en cuenta que el asunto *E.ON wholesale* concernía un supuesto de explotación unilateral de posición de dominio colectiva que necesitaba la aplicación de medidas estructurales para destruir los vínculos existentes entre los diferentes competidores que concurrían a formar la posición dominante colectiva.

Por último, cabe añadir que la decisión de E.ON de comprometerse a la implementación de una medida estructural tan incisiva puede explicarse, por un lado, en virtud del hecho de que este operador consideró creíble la amenaza de ser destinataria de una multa sancionadora de importe muy elevado<sup>585</sup> y, por el otro, por motivaciones de naturaleza estratégico-empresarial, en virtud de las cuales es posible que el grupo alemán hubiese estimado más conveniente ceder los *assets* de generación colocados en Alemania para disponer de mayores recursos financieros y así diferenciar más fácilmente su actividad invirtiendo en otros Países<sup>586</sup>.

### **3. La aplicación de los remedios *antitrust* de naturaleza pública en los supuestos de ejercicio de los derechos de propiedad intelectual e industrial**

#### **3.1. Objeto y función de los derechos de propiedad intelectual e industrial**

Mediante los derechos de propiedad intelectual e industrial, cuales el derecho de autor y las patentes, el sistema jurídico protege con un régimen propietario

---

<sup>585</sup> E.ON ya había sido destinataria de una multa de 30 millones de euro por haber violado los sellos que los funcionarios de la Comisión Europea colocaron durante la actividad de inspección.

<sup>586</sup> NOCE (2011, pág. 343).

bienes inmateriales como las ideas, las invenciones, los signos y la información<sup>587</sup>. Tales bienes, a diferencia de los bienes tangibles y con particular referencia al conocimiento, no se consuman con el uso y admiten que una pluralidad de sujetos distintos puedan aprovecharse de los mismos a la vez (*non-rival in use*): por esto tales bienes se consideran *free goods*<sup>588</sup> y *public goods*<sup>589</sup>.

Por lo que afecta a la taxonomía de tales derechos, cabe antes de todo subrayar que la Organización Mundial del Comercio (“OMC”) ha tradicionalmente reconducido bajo la (única) clasificación de propiedad intelectual el conjunto de derechos puestos a salvaguardia de las obras del intelecto, afirmando que los mismos constituyen: “los derechos conferidos a las personas sobre la creación de su mente, los cuales suelen dar al creador un derecho exclusivo sobre la utilización de su obra por un plazo determinado”<sup>590</sup>. En los ADPIC, la OMC divide los IPRs en dos categorías: *i*) el derecho de autor y los derechos con él relacionados, cuales los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto); *ii*) los signos distintivos, las patentes, los modelos y los dibujos industriales (los derechos de propiedad industrial). En nuestro sucesivo análisis, sin embargo, nos referiremos a ambas categorías de derechos con las expresiones “IPRs” o, al singular, “IPR”.

Antes de examinar la incidencia de los IPRs sobre la determinación del área de la responsabilidad *antitrust* y los remedios públicos aplicables a las empresas que realizan comportamientos unilaterales anticompetitivos, cabe hacer una breve referencia al contenido y la finalidad de algunos IPRs, cuales el derecho de autor y las patentes, pese al hecho de que los asuntos que analizaremos a continuación conciernen a infracciones *antitrust* relacionadas con el ejercicio de estos derechos (*v.gr.* asuntos *Magill*, *IMS* y *Microsoft*).

En primer lugar, por lo que concierne al contenido de los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto, cabe poner de relieve que tales derechos protegen la creación de formas originales y no las ideas en sí, en el sentido de que las ideas como tales no son objeto de apropiación de estos IPRs, que sólo tutelan las formas en que las mismas se expresan y se componen<sup>591</sup>. Por lo que afecta al

---

<sup>587</sup> BENTLY y SHERMAN (2009, págs. 1-2).

<sup>588</sup> TAYLOR y SILBERSTON (1973, pág. 24).

<sup>589</sup> FISHER (2005, pág. 4).

<sup>590</sup> Organización Mundial del Comercio, Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), Documentación de base – capítulo 24.

<sup>591</sup> Al respecto, por ejemplo, en la jurisprudencia española se ha afirmado que: “[...] lo que el derecho de autor protege no son las ideas relacionadas con la obra, inspiradoras o contenido de la misma, sino la forma en que las mismas aparecen recogidas en ella, ya que la libertad de utilización de ideas y conocimientos es esencial para el desarrollo social,

derecho de autor, el artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 establece expresamente que: “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”<sup>592</sup>. RUIPÉREZ DE AZCÁRATE (2012, pág. 20) ha puesto de relieve que: “A diferencia de lo que ocurre con las creaciones que aspiran a gozar de la protección ofrecida por el derecho de propiedad industrial, en el caso de las ideas [...] es indiferente el grado de originalidad que estas ofrezcan porque no son en ningún caso susceptibles de ser monopolizadas”.

El alcance del contenido del derecho de autor incide sobre la protección proporcionada a su titular como demuestra el hecho de que la misma queda restringida exclusivamente a los derechos de naturaleza moral (cuales, el derecho a la paternidad de las obras del intelecto y los derechos a su integridad y divulgación) y a aquéllos de naturaleza patrimonial (cuales, los derechos de reproducción, representación <sup>593</sup>, distribución, comunicación pública y transformación de las obras del intelecto) previstos por ley. A diferencia del régimen establecido por los derechos de propiedad industrial (esencialmente limitados sólo desde el punto de vista temporal), el derecho de autor otorga una protección exclusiva más circunscrita pese a la previsión de múltiples excepciones particulares, cuales por ejemplo (con referencia a las obras literarias): *i*) la utilización de fragmentos u obras íntegras aisladas a título de citación; *ii*) la utilización de bases de datos para la ilustración de la enseñanza o para la investigación científica; *iii*) el préstamo bibliotecario; etc.

Para determinar la finalidad de estos derechos es necesario tomar en consideración el tipo de justificación que legitima la creación de los mismos. Ahora bien, si nos ceñimos a la *reward theory* la protección jurídica proporcionada por estos IPRs se justificaría por ser una forma de recompensar al autor de la obra del ingenio por su esfuerzo creativo: bajo esta teoría la recompensa es un fin en sí mismo<sup>594</sup>. En cambio, si nos acogemos a la *incentive-based theory* la finalidad de los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto consistiría

---

cultural, económico y científico. Por ello en la medida en que las mismas son separables de la forma utilizada para su exteriorización, tales ideas y conocimientos carecen de protección jurídica, al menos a través del derecho de autor [...]”. SJPI núm. 13 de Sevilla de 26 de septiembre de 2003, Juan C. R. contra Cristina H. P. y Trajana Producciones, S.L., 1351/2002.

<sup>592</sup> [Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor](#), Ginebra 20 de diciembre de 1996.

<sup>593</sup> Al respecto, el TJUE ha puesto de relieve que las prerogativas principales de los derechos de la propiedad intelectual en sentido estricto residen en el derecho exclusivo de representación y en el derecho exclusivo de reproducción (STJ de 17 de mayo de 1988, [Warner Brothers Inc. y Metronome Video ApS contra Erik Viuff Christiansen](#), C-158/86, RJ 1988/2605, ap. 13).

<sup>594</sup> BENTLY y SHERMAN (2009, pág. 36).

en fomentar la producción y divulgación de las obras del ingenio de tipo artístico. En particular, el *rationale* de dicha teoría reside en el hecho de que en ausencia de la protección otorgada por los derechos de exclusiva, los potenciales autores no invertirían recursos económicos y materiales para crear obras artísticas en cuanto, tras su realización, sería extremadamente fácil para los competidores reproducirlas. Este fallo de mercado puede evitarse a través del sistema de los IPRs en cuanto los mismos, otorgando adecuados incentivos económicos a los potenciales autores, no sólo permiten que durante un tiempo pueda llevarse a cabo la explotación exclusiva de las creaciones artísticas, sino que también fomentan la producción y divulgación de una mayor cantidad de productos<sup>595</sup>. Cabe además añadir que bajo la teoría de los incentivos la recompensa del autor constituye un medio para lograr una finalidad ulterior, y en esto consiste la principal diferencia respecto de la *reward theory*<sup>596</sup>.

En segundo lugar, por lo que afecta al contenido y la finalidad de los derechos de propiedad industrial, hemos antes de todo considerado oportuno hacer referencia a los pronunciamientos de los jueces comunitarios. En particular, por lo que afecta a las patentes, el TJUE ha afirmado que: “[...] el objeto específico de la propiedad industrial consiste en garantizar al titular, para recompensar el esfuerzo creativo del inventor, el derecho exclusivo a utilizar una invención con vistas a la fabricación y a la primera comercialización de productos industriales, bien directamente, bien mediante la concesión de licencias a terceros, así como el derecho de oponerse a toda violación del derecho de patente”<sup>597</sup>.

---

<sup>595</sup> LANDES y POSNER (1989, pág. 325); GORDON (1989, pág. 1343).

<sup>596</sup> La teoría de los incentivos ha sido objeto de diferentes críticas, entre las cuales consideramos oportuno destacar las dos siguientes. Por un lado, BREYER (1970, págs. 281 y sigs.) evidenció que los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto no resultaban necesarios para lograr un mayor nivel de producción de obras del ingenio. Por el otro, HURT y SCHUCHMAN (1966, págs. 421 y sigs.), no obstante admitieron que fuera necesario proporcionar incentivos a los potenciales autores para fomentar la creación y divulgación de las obras artísticas, criticaron la elección de la herramienta del derecho de autor, considerando que la misma no fuese idónea para lograr este resultado. Al respecto, además, se señaló que la concesión de un derecho de exclusiva sobre estos bienes inmateriales conllevaba una serie muy consistente de costes, cuales los costes para quienes deseaban utilizar la obra, costes de *enforcement* para el titular y costes de transacción en la negociación del permiso de explotar la obra (PESSACH, 2003, págs. 1067 y sigs.).

<sup>597</sup> STJ de 31 de octubre de 1974, [Centrafarm BV y Adriaan de Peijper contra Sterling Drug Inc.](#), C-15/74, RJ 1974/1147, ap. 9. Por lo que se refiere a las marcas, en cambio, el TJUE ha aclarado que: “[...] el objeto específico de la propiedad industrial consiste en garantizar al titular el derecho exclusivo a utilizar la marca para la primera comercialización de un producto, y protegerlo de este modo contra los competidores que pretendan abusar de la posición y del prestigio de la marca vendiendo productos designados indebidamente con ella”. STJ de 31 de octubre de 1974, [Centrafarm BV y Adriaan de Peijper contra Winthrop BV](#), C-16/74, RJ 1974/1183, ap. 8.

Con respecto a las justificaciones empleadas para respaldar la creación de un sistema de patentes, podemos observar que se ha recurrido a diferentes argumentos, cuales por ejemplo la existencia de un derecho natural del inventor o la necesidad de reconocer una recompensa en su favor<sup>598</sup>. Sin embargo, el argumento más empleado para justificar la creación de este sistema reside en los beneficios públicos que descienden de la concesión de una patente<sup>599</sup>. En un primer momento el *focus* de esta argumentación recayó sobre la necesidad de proteger el inventor por haber introducido una nueva forma de tecnología. Posteriormente el enfoque se desplazó hacia el rol que el sistema de patentes había desarrollado en la creación y circulación de las obras del ingenio. Al respecto DAVIES (1934, págs. 86 y sigs.) ha observado que las patentes proporcionan incentivos que estimulan la divulgación de información que de otro modo quedaría guardada en secreto. Siempre con referencia a los fautores de esta postura, cabe añadir que, *inter alia*, KITCH (1977, págs. 265 y sigs.), SCHERER y ROSS (1990, págs. 611 y sigs.) y SWANSON y BAUMOL (2005, págs. 1 y sigs.) han puesto de relieve que la justificación del sistema de patentes residiría en la creación de incentivos con el fin de estimular la producción de nuevas invenciones.

Además, resulta importante tomar posición acerca de la naturaleza de los derechos de propiedad industrial, en cuanto este aspecto incide sobre el alcance de su protección y, por ende, se repercute en la determinación de la relación existente con la normativa de defensa de la competencia. Los IPRs se configuran como derechos de propiedad y, por lo tanto, se caracterizan por la atribución en vía exclusiva, a sus titulares, de facultades jurídicas normativamente previstas. La titularidad de un derecho de exclusiva no conduce en todo caso a la creación de una posición de dominancia o monopolio en el mercado del producto sobre el cual incide el IPR, como demuestra el hecho de que los titulares de tales derechos podrían no tener un poder de mercado suficiente para fijar el precio de sus productos a un nivel monopolístico, existiendo otros factores de competencia –cuales por ejemplo la presencia de productos sustitutos o tecnologías alternativas<sup>600</sup>– que impidan alcanzar dicha posición de mercado. Al respecto subrayamos que LIANOS (2008, pág. 23) ha puesto de relieve que sería mayormente adecuado afirmar que los IPRs confieren a su titular la posibilidad de sacar una renta económica, más bien que atribuirles un poder monopolístico: en efecto tales derechos sólo otorgan una ventaja de coste que podría permitir, bajo ciertas circunstancias, sacar un mayor provecho económico respecto de aquello que podrían obtener los competidores que no sean titulares de IPRs<sup>601</sup>.

---

<sup>598</sup> MACHLUP y PENROSE (1950, pág. 10).

<sup>599</sup> BENTLY y SHERMAN (2009, pág. 339).

<sup>600</sup> MEINERS y STAAF (1990, págs. 911 y sigs.); KITCH (2000, pág. 1734).

<sup>601</sup> DAM (1994, págs. 250-251).

En el mismo sentido se ha pronunciado también el TJUE afirmando que: “[...] el fabricante de soportes sonoros, titular de un derecho afín al derecho de autor, no posee una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado por el mero hecho de ejercitar su derecho exclusivo de poner en circulación los objetos protegidos [...]”<sup>602</sup>.

### 3.2. La relación entre los IPRs y el Derecho de la competencia

Los IPRs pueden ser analizados desde diferentes perspectivas. En primer lugar, desde una perspectiva de análisis económico, los IPRs constituyen la forma de solucionar el problema de la incapacidad de los sistemas de economía de mercado para crear, y preservar de forma autónoma, incentivos eficientes a garantizar el desarrollo tecnológico y la producción artística. LANDES y POSNER (2003, pág. 294), en particular, han destacado que el fulcro de este problema económico reside en las dificultades que encontrarían los innovadores a la hora de recuperar el coste de sus inversiones y sacar un provecho económico de las mismas, si no estuvieran protegidas de la potencial explotación oportunista de terceros que, por ejemplo, sin asumir algún coste en la fase de desarrollo, tuvieran la posibilidad de imitar y reproducir lícitamente una determinada invención con el objetivo de explotarla comercialmente<sup>603</sup>.

En segundo lugar, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, los IPRs pueden ser considerados como barreras a la entrada<sup>604</sup>. En efecto, los titulares de tales derechos pueden explotar de forma exclusiva los bienes inmateriales que los mismos protegen, en cuanto el ordenamiento les otorga una posición parecida al monopolio legal<sup>605</sup>. La concesión de IPRs obstaculiza, y en ciertos casos hasta impide, la entrada de los competidores en el mercado del producto que constituye el objeto de protección de tales derechos. Buena prueba de esto reside, por ejemplo, en el hecho de que el titular de un IPR puede, por lo general, negar una licencia a sus competidores y así continuar a ser el único sujeto capaz de explotar económicamente el bien inmaterial de que se trata.

El ejercicio de los IPRs resulta susceptible de entrar en conflicto con la realización de los objetivos del TFUE –entre los cuales cabe mencionar la realización de un mercado único y el fomento de una política de competencia–

---

<sup>602</sup> STJ de 8 de junio de 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contra Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, C-78/70, RJ 1971/487, ap. 16.

<sup>603</sup> Véase también DRAHOS (1996, págs. 5-8) y MERGES (2011, págs. 139 y sigs.).

<sup>604</sup> KRATTENMAKER y SALOP (1986, págs. 209 y sigs.); SCOTCHMER (2004, págs. 34-58); HOVENKAMP y BOHANNAN (2012, págs. 8-15).

<sup>605</sup> Sin embargo, KATZ (2007, pág. 837) ha precisado que de la titularidad de los IPRs no descende alguna presunción de poder de mercado.



en cuanto estos derechos constituyen una herramienta de tutela de los bienes inmateriales tan intensa que a través de su ejercicio los titulares pueden excluir completamente los competidores de la explotación económica de los bienes inmateriales sobre los cuales recae la tutela jurídica. En términos generales, este aspecto de los IPRs se pone en contraste con las finalidades de la normativa de defensa de la competencia y por eso, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, se ha tratado de establecer que tipo de relación exista entre estos dos ámbitos normativos. Al respecto han sido formuladas diferentes posturas cuales: *i)* la teoría de la prevalencia del Derecho de la competencia<sup>606</sup>; *ii)* la teoría de la prevalencia del Derecho de la propiedad intelectual e industrial<sup>607</sup>; *iii)* la teoría de la contraposición<sup>608</sup>; *iv)* la teoría de la complementariedad<sup>609</sup>; *v)* la teoría de la convergencia teleológica<sup>610</sup>.

---

<sup>606</sup> ANDERMAN (2002, pág. 307), por ejemplo, ha aboga por la prevalencia del Derecho comunitario de la competencia en razón de la posición de preeminencia que esta normativa reviste en el ámbito del TFUE.

<sup>607</sup> BURLING *et al.* (1999, pág. 535) abogan por reconocer en favor de los titulares de IPRs una inmunidad absoluta frente a la responsabilidad por ilícito *antitrust* que descende del ejercicio de estos derechos subjetivos. En particular, estos autores observan que si se aplicara el Derecho de la competencia a las conductas relacionadas con el ejercicio de los IPRs, esto supondría una amenaza a los incentivos económicos conectados con la inversión en innovación, con la consecuencia de que no sólo se perjudicaría el proceso de desarrollo tecnológico de la sociedad, sino que también se generaría una disminución del bienestar de los consumidores. En la opinión de estos autores, por lo tanto, la decisión de conceder o rechazar una licencia, por parte de los titulares de un IPR, no debería asumir alguna relevancia bajo el perfil *antitrust* (se trata de un ejemplo que será objeto de análisis a lo largo de este capítulo).

<sup>608</sup> En la opinión de RICOLFI (2006, pág. 306), por ejemplo, el conflicto que existe entre el Derecho de la competencia y el Derecho de la propiedad intelectual e industrial, se debe a las tendencias iperproteccionistas del sistema de los IPRs. PATTERSON (2000, págs. 1133 y sigs.), por su lado, si bien reconoce que el objetivo de los IPRs es fomentar la innovación y recompensar los correspondientes titulares de las inversiones realizadas, también considera que la obtención de una remuneración razonable por los esfuerzos hechos, y los riesgos asumidos, no tendría que ser ilimitada. Dicha postura, en particular, se fundamenta sobre la constatación de que existen situaciones en que del ejercicio de los IPRs pueden generarse efectos anticompetitivos de tan magnitud que los beneficios conectados con la innovación tecnológica quedarían desvirtuados (KAPLOW, 1984, págs. 1813-1818).

<sup>609</sup> BACHES OPI y DÍEZ ESTELLA (2006, pág. 643) afirman que: “[...] la existencia de un derecho de propiedad intelectual no puede operar a modo de talismán que exonere de la aplicación del derecho *antitrust*. Sin embargo, las autoridades de defensa de la competencia, o los tribunales llamados a aplicar esta normativa en los litigios privados, deben ser sumamente cautos a la hora de limitar o condenar por aplicación de las normas *antitrust* las conductas o acuerdos de los titulares de derechos de propiedad intelectual. Resulta evidente que la aplicación formalista del Derecho de defensa de la competencia a este tipo de derechos produciría el efecto de desincentivar la inversión en investigación y

La Comisión Europea ha abogado expresamente por la teoría de la complementariedad afirmando que: “El hecho de que la legislación sobre propiedad intelectual confiera derechos exclusivos de explotación no implica que los derechos de propiedad intelectual sean inmunes al Derecho de competencia [...] Tampoco implica que exista un conflicto inherente entre los derechos de propiedad intelectual y las normas de competencia de la UE. De hecho, ambos cuerpos legales persiguen el mismo objetivo básico de promoción del bienestar de los consumidores y asignación eficiente de los recursos. La innovación constituye un componente esencial y dinámico de una economía de mercado abierta y competitiva. Los derechos de propiedad intelectual fomentan la competencia dinámica al inducir a las empresas a invertir en el desarrollo de productos y procesos nuevos o mejorados. Lo mismo hace la competencia al obligar a las empresas a innovar. Así pues, tanto los derechos de propiedad intelectual como la competencia son necesarios para fomentar la innovación y su explotación competitiva”<sup>611</sup>.

Nosotros, siguiendo la impostación del Ejecutivo comunitario, también hemos decidido abogar por la teoría de la complementariedad entre IPRs y normativa *antitrust*. Por último, cabe también considerar que el fulcro central de esta cuestión, como ha sido destacado por MASKUS (2000, págs. 32-33) y LIANOS (2008, pág. 3), consiste, por un lado, en lograr un equilibrio óptimo para la sociedad entre los incentivos y la recompensa para los inventores y, por el otro, en satisfacer la necesidad de que la innovación sea efectivamente estimulada y las invenciones difundidas. RAHNASTO (2003, pág. 64) y LEMLEY (2007, págs. 237 y sigs.) han puesto de relieve que las dificultades de lograr este equilibrio y las razones de la interconexión entre el Derecho de la competencia y los IPRs,

---

desarrollo y, en consecuencia, un estancamiento en los avances tecnológicos de nuestras sociedades”.

<sup>610</sup> GRANIERI (2012, pág. 765).

<sup>611</sup> Comunicación de la Comisión, [Directrices relativas a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología](#) (2014/C 89/03), *DOUE* C 89/3 de 28 de marzo de 2014. KOLSTAD (2008, pág. 8) ha criticado la impostación de la Comisión Europea observando que si bien el sistema de los IPRs y la normativa de defensa de la competencia tienden al objetivo común de la consecución de la eficiencia dinámica, existen dos razones para no considerar estas normativas completamente complementarias. En primer lugar, el enfoque tradicional del Derecho de la competencia se ha caracterizado por la preeminencia del objetivo de la competencia estática y la asignación de los recursos, lo que evidentemente se pone en contraste con un sistema de IPRs que esencialmente tiende al fomento de la innovación y al estímulo de la competencia dinámica. En segundo lugar, el Derecho de la propiedad intelectual e industrial ha sido empleado también para alcanzar objetivos de naturaleza no económica, lo que ha acentuado las divergencias con la normativa *antitrust*.

residen en la circunstancia de que el *focus* principal de la normativa *antitrust* afecta a la promoción de la innovación, mientras que el sistema de los IPRs tiende a proporcionar protección jurídica con el fin de recompensar los inventores por los esfuerzos y las inversiones realizadas.

### 3.3. Ejercicio de los IPRs y responsabilidad *antitrust* de las empresas en posición de dominio

La determinación del alcance de la responsabilidad *antitrust* de las empresas en posición de dominio en los supuestos relacionados con el ejercicio de los IPRs constituye una cuestión jurídica que presenta múltiples implicaciones. Por lo que concierne al estudio de los remedios conectados con esta problemática hemos decidido circunscribir el ámbito de nuestro análisis exclusivamente a una de estas implicaciones, que nos lleva a afrontar el tema de la incidencia del ejercicio de tales derechos sobre la configurabilidad de un abuso de posición de dominio en los supuestos de negativa de suministro. En particular, constituirán objeto de estudio los remedios impuestos por la Comisión Europea en los supuestos de negativa a suministrar o dar acceso a un recurso considerado esencial para los competidores potenciales de la empresa dominante, es decir un recurso sin el cual no podría desarrollarse la competencia con la empresa dominante en un mercado derivado, y que además sea protegido (o sobre el cual pueda tener incidencia) a través de los IPRs que caben en la titularidad de la empresa que lleva a cabo una práctica supuestamente excluyente.

Nuestra decisión de examinar exclusivamente aquellos asuntos con respecto a los cuales la titularidad de los IPRs adquiere relevancia en el ámbito de una conducta unilateral consistente en la oposición de una negativa de suministro<sup>612</sup> por parte de la empresa en posición de dominio, conlleva la exclusión de los supuestos en que la negativa de suministro de un recurso esencial (o de acceso a una infraestructura esencial) concierna a *input* tangibles, protegidos a través de un régimen propietario de tipo clásico<sup>613</sup>. Además, con el fin de circunscribir ulteriormente el campo de nuestro análisis, ni siquiera haremos referencia a los

---

<sup>612</sup> En el Discussion Paper relativo a la aplicación del artículo 82 TCE, en particular, la Comisión Europea afirma expresamente que el supuesto de negativa de suministro abarca una gran variedad de conductas y situaciones entre las cuales cabe destacar las siguientes: *i*) la terminación de una previa relación de suministro; *ii*) la negativa a comenzar el suministro de un *input*, también en el caso de que este *input* sea un IPR; *iii*) la negativa de suministrar una información reputada indispensable para competir en el mercado. *Vid.* Discussion Paper art. 82, *cit.*, ap. 215.

<sup>613</sup> DCE de 21 de diciembre de 1993, [IV/34689 – Sea Containers contra Stena Sealink – medidas provisionales](#) (94/ 1 9/CE), [DOCE L 15/8](#) de 18 de enero de 1994; DCE de 21 de diciembre de 1993, [relativa a la negativa de acceso a las instalaciones del puerto de Redby](#) (94/119/CE), [DOCE L 55/52](#) de 26 de febrero de 1994.

supuestos en que la oposición de una negativa de suministro por parte de la empresa en posición dominante afecte a los clientes no competidores<sup>614</sup> o a competidores que al mismo tiempo sean también clientes habituales de la misma<sup>615</sup>.

Preliminarmente, en consideración del hecho de que nuestro análisis se ceñirá a los supuestos en que la empresa en posición de dominio es titular de un IPR y la negativa de suministro opuesta a los competidores incide sobre tales derechos, reputamos también oportuno poner de relieve que, por lo general, el titular de un IPR puede asumir dos diferentes tipologías de decisiones estratégicas respecto de la explotación económica de su derecho. Una primera opción consiste en no conceder alguna licencia con el fin de obstaculizar el desarrollo de la innovación cumulativa y evitar, en última instancia, que se fomente la competencia en los *first-generation* y *second-generation product markets*. Este tipo de decisión, sin embargo, conlleva el riesgo de que los competidores desarrollen una tecnología alternativa a la tecnología existente en el *first-generation product market* y, por consiguiente, se pierdan los beneficios de precio que habrían podido obtenerse en ausencia de competencia. Ante este escenario, además, la empresa titular de este derecho se enfrentaría al riesgo de perder las inversiones realizadas para llegar a obtener una invención susceptible de protección jurídica. Una segunda opción, en cambio, consiste en conceder licencias a los competidores con el fin de explotar económicamente la invención en el *second-generation product market*, apropiándose

---

<sup>614</sup> Cfr. DCE de 17 de diciembre de 1975, IV/26.699 – Chiquita (76/353/CEE), *cit.*, y la sucesiva STJ de 14 de febrero de 1978, United Brands Company *et al.* contra Comisión, *cit.*, ap. 182 en que se estableció que una empresa en posición dominante no puede dejar de atender los pedidos ordinarios de un cliente habitual que sigue las prácticas comerciales al uso; DCE de 19 de abril de 1977, IV/28.841 – ABG contra Empresas petrolíferas que operan en los Países Bajos (77/327/CEE), DOCE L 117/1 de 23 de mayo de 1977, y la sucesiva STJ de 29 de junio de 1978, [Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV \*et al.\* contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-77/77, RJ 1978/1513, en que básicamente se estableció que en los supuestos en que no media un vínculo competitivo entre un cliente no habitual y una empresa en posición de dominio, sobre esta última no recae alguna obligación de suministro, en cuanto falta la necesaria situación de dependencia susceptible de ser explotada por la empresa dominante de manera abusiva.

<sup>615</sup> DCE de 14 de diciembre de 1972, IV/26.911 – Zoja/C.S.C.-ICI (72/457/CEE), *cit.*, y la sucesiva STJ de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 25, en que se afirmó que: “una empresa como ésta, que dispone de una posición dominante para la producción de materias primas y, por lo tanto, se encuentra capacitada para controlar el suministro a los fabricantes de productos derivados, no puede adoptar, por el simple hecho de haber decidido empezar ella misma a producir dichos derivados, decisión mediante la cual entraba en competencia con sus anteriores clientes, un comportamiento que pueda eliminar la competencia de éstos, en este caso, eliminando a uno de los principales productores de etambutol del mercado común”.

de una parte de los beneficios que descienden del fomento y desarrollo de la innovación cumulativa. BAR-GILL y PARCHOMOVSKY (2003, pág. 1859) han puesto de relieve que los titulares de IPRs tienen interés en facilitar y estimular la innovación cumulativa, en cuanto es altamente probable que las ganancias que pueden obtenerse otorgando a los competidores licencias sobre tales derechos sean superiores a las ganancias que habrían podido lograrse explotando sólo y únicamente el contenido del IPR originario.

Cuando el titular de un IPR opta por licenciar su derecho de exclusiva se logra una situación en que el interés privado del inventor coincide con el interés público a la difusión y promoción de la innovación. Sin embargo, como hemos señalado, los titulares de IPRs podrían decidir actuar de forma opuesta y al respecto es posible plantearse el caso de que una empresa en posición de dominio oponga a los competidores una negativa a licenciar su IPR con el fin de extender su poder de mercado sobre un mercado descendente relacionado con el mercado en que posee una posición de dominancia (*leverage theory*).

Al respecto cabe añadir algunas ulteriores consideraciones preliminares. Antes de todo cabe señalar que la teoría del apalancamiento fue criticada por los exponentes de la Escuela de Chicago que pusieron de relieve que una empresa en posición de dominancia en un determinado mercado (*v.gr.* aguas arriba) no tendría en principio algún interés en extender dicha posición en otro mercado (*v.gr.* aguas abajo), en virtud del hecho de que podría explotar sólo una vez su posición de mercado para sacar de la misma ganancias monopolísticas (*single monopoly profit theorem*)<sup>616</sup>. Posteriormente, con respecto a la realización de prácticas consistentes en acuerdos atados o vinculados, algunos autores destacaron que las empresas dominantes sí que tenían interés en extender su posición de dominio en otros mercados. En estos supuestos, en particular, se observó que las empresas dominantes habrían efectivamente podido sacar una ventaja en el caso de que hubiesen ocurrido determinadas circunstancias cuales: *i*) la existencia de una relación de complementariedad en proporciones fijas entre los productos vinculados, en cuanto a través de la misma el *incumbent* podía señalar a los competidores potenciales la intención de practicar una competencia de precio muy agresiva<sup>617</sup>; *ii*) la subsistencia de una relación de complementariedad de los productos comercializados en los dos mercados, conjuntamente al hecho de que los *newcomers* habrían entrado en uno de los dos mercados sólo si pudieran innovar en ambos<sup>618</sup>.

Si bien los asuntos *antitrust* que analizaremos no recaen en el área de los acuerdos atados o vinculados, la referencia a la teoría del apalancamiento resulta necesaria.

---

<sup>616</sup> BOWMAN (1957, pág. 19); POSNER (2001, págs. 198-200).

<sup>617</sup> WHINSTON (1990, págs. 837 y sigs.);

<sup>618</sup> CHOI y STEFANADIS (2001, págs. 52 y sigs.).

En los supuestos de negativa de suministro que tomaremos en consideración, en efecto, la obstaculización de la competencia en un mercado derivado en el cual habría podido introducirse un nuevo producto y por el cual se supone que habría existido por lo menos una demanda potencial, ha casi siempre representado una de las circunstancias necesarias para determinar en qué supuestos tales conductas den lugar a responsabilidad *antitrust* y admitan la imposición de medidas remediales de carácter público.

### 3.3.1. IPRs y responsabilidad *antitrust* en los supuestos de negativa a licenciar (*refusal to license*)

La cuestión de la incidencia del ejercicio de los IPRs sobre el alcance de la responsabilidad *antitrust* en los supuestos de realización de prácticas empresariales consistentes en una negativa de suministro, so forma de negativa a licenciar un derecho de propiedad intelectual, ha sido afrontada por la jurisprudencia comunitaria en varias ocasiones. En particular, hemos decidido restringir la primera parte del estudio de esta problemática exclusivamente a los asuntos *Magill* e *IMS*, en cuanto fue en ocasión de la decisión de los mismos que el TJUE explicitó los criterios para determinar el alcance de la responsabilidad *antitrust* de las empresas en posición de dominio que al mismo tiempo resultaban titulares de los IPRs afectados por la conducta unilateral lesiva de la competencia.

#### a) El asunto *Magill*

El primer importante pronunciamiento del TJUE tuvo lugar en ocasión de la decisión del asunto *Magill*<sup>619</sup>, con respecto al cual los jueces comunitarios de segunda instancia individuaron una serie de criterios para determinar en qué supuestos la negativa a licenciar los IPRs, por parte de una empresa que se halla situada en posición de dominio, constituya una hipótesis de infracción al artículo 102 del TFUE. Al respecto, los jueces comunitarios establecieron que cuando el titular de los IPRs se encuentra en posición de dominio, puede ser obligado a licenciar estos derechos a un competidor potencial únicamente en presencia de circunstancias excepcionales.

Cabe añadir que el TJUE, anteriormente a la decisión del asunto *Magill*, ya había afrontado la cuestión (asuntos *Volvo/Veng*<sup>620</sup> y *CICRA/Renault*<sup>621</sup>), estableciendo

---

<sup>619</sup> STJ de 6 de abril de 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*

<sup>620</sup> STJ de 5 de octubre de 1988, *AB Volvo contra Erik Veng (UK) Ltd*, C-238/87, RJ 1988/6211.

que si bien la negativa a conceder una licencia no constituye en sí misma una conducta anticompetitiva, sin embargo, el ejercicio de un derecho exclusivo (en aquél supuesto se trataba de un modelo registrado relativo a piezas para carrocería de vehículos automóviles), puede constituir un abuso de posición dominante ante la realización de determinados comportamientos excepcionales, cuales: “[...] la negativa arbitraria a suministrar piezas de recambio a los talleres independientes, la fijación de los precios para las piezas de recambio a un nivel no equitativo o la decisión de no seguir produciendo piezas de recambio para un determinado modelo cuando todavía circulan muchos vehículos de ese tipo, a condición de que dichos comportamientos puedan afectar al comercio entre Estados miembros”<sup>622</sup>.

Por lo que se refiere al asunto *Magill*, en particular, la práctica empresarial que se consideró restrictiva de la competencia por contrariedad al artículo 82 del TCE, consistía en la negativa de tres emisoras de televisión –que emitían en Irlanda e Irlanda del Norte– a licenciar en favor de Magill sus derechos de autor relativos a las listas semanales de programas de televisión. De este modo los titulares de los IPRs impidieron que Magill comercializara su propia guía semanal de programas de televisión, en cuanto en ausencia de los datos sobre la programación televisiva de las antedichas tres empresas emisoras, le habría faltado la información esencial para la redacción de la misma. El TJUE, confirmando la decisión sancionatoria de la Comisión Europea (ya confirmada por el TGUE), puso de relieve que en el supuesto enjuiciado la negativa de las empresas en posición de dominio a licenciar sus IPRs en favor de un competidor potencial, constituía un abuso de posición dominante en cuanto, por un lado, so forma de presupuesto, la información acerca de los programas semanales de las empresas emisoras resultaba indispensable para la edición de una guía semanal completa<sup>623</sup> y por el otro, recurrían las siguientes tres circunstancias excepcionales: *i*) la negativa de una empresa en posición de dominio a licenciar sus IPRs obstaculizaba la aparición de un producto nuevo (es decir, la guía semanal completa de programación), con respecto al cual existía una demanda potencial (específica,

---

<sup>621</sup> STJ de 5 de octubre de 1988, [Consortio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli y Maxicar contra Régie nationale des usines Renault](#), C-53/87, RJ 1988/6039.

<sup>622</sup> *Ibidem*, ap. 9.

<sup>623</sup> El TJUE, además, puso de relieve que no existían en el mercado productos sustitutos de una guía completa de programas de televisión, en cuanto “la lista completa de los programas correspondientes a un período de 24 horas, o incluso 48 horas los fines de semana o la víspera de los días festivos, publicada en algunos diarios y dominicales, así como las secciones de televisión de determinadas revistas, que contienen, además, los «platos fuertes» de los programas de la semana, sólo pueden suplir en pequeña medida una información previa de los telespectadores sobre la totalidad de los programas semanales”. STJ de 6 de abril de 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*, ap. 52.

constante y regular); *ii*) la negativa opuesta por las empresas en posición de dominio carecía de justificación; *iii*) a través de la negativa a licenciar sus IPRs las empresas en posición de dominio habían conseguido reservarse un mercado secundario (o derivado), neutralizando completamente el desarrollo de cualquier forma de competencia en el mismo<sup>624</sup>.

Cabe observar que inmediatamente después de la adopción de esta decisión, autores cuales KORAH (1996, págs. 53-54) han reputado peligroso extender la solución adoptada por los jueces comunitarios a ulteriores supuestos de hecho, en cuanto la razón por la cual el TJUE había abogado por este tipo de decisión residía, esencialmente, en el hecho de que las guías semanales de programación televisiva carecían de carga innovadora y, por lo tanto, no habrían tenido que ser protegidas bajo el amparo del derecho de autor<sup>625</sup>. Por consiguiente, se estimó que la licencia obligatoria de tales derechos no era susceptible de afectar negativamente a los incentivos en inversión en I+D con respecto a este tipo de producto<sup>626</sup>.

## b) El asunto *IMS*

Posteriormente el TJUE volvió a pronunciarse sobre la cuestión de la configurabilidad de un ilícito concurrencial en los supuestos de negativa a licenciar un IPR por parte de una empresa en posición de dominio. En ocasión de la decisión del asunto *IMS*<sup>627</sup> los jueces comunitarios aclararon algunos aspectos del *test Magill* arrancando siempre del principio según el cual la negativa a licenciar un IPR no constituye de por sí un abuso de posición dominante, aunque el ejercicio de este tipo de derechos pueda ser abusivo si el bien inmaterial o la información protegida resulte esencial para que ulteriores

---

<sup>624</sup> STJ de 6 de abril de 1995, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, aps. 50-58. Cabe además añadir que el TJUE aplicó al asunto *Magill* la doctrina de la *essential facility* a los supuestos en que un bien inmaterial protegido a través de un IPR constituye la infraestructura esencial (*vid. infra sub §.III.3.3.2*).

<sup>625</sup> La Comisión Europea, sin embargo, había expresamente puesto de relieve que “las listas de programas de televisión que incluyen resúmenes de los programas (es decir, una sinopsis de cada programa) están protegidas por los derechos de propiedad intelectual como obras literarias con arreglo a la Copyright Act de 1956”. Resumen de la DCE de 21 de diciembre de 1988, IV/31.851 – *Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE (89/205/CEE)*, *cit.*, ap. 8.

<sup>626</sup> *Ibidem*.

<sup>627</sup> STJ de 29 de abril de 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG*, C-418/01, RJ 2004/I/5039.



empresas puedan competir en un mercado derivado y, al mismo tiempo, recurran algunas específicas circunstancias excepcionales (*test Magill*<sup>628</sup>).

Antes de analizar en qué medida el TJUE aclaró algunos de los aspectos relacionados con las circunstancias que forman parte del *test Magill* (y que se consideraron cumulativas), reputamos oportuno resumir los antecedentes de hecho del asunto *IMS*. IMS era una empresa que copiaba y vendía datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en Alemania. La formateación de estos datos se realizaba mediante una estructura de segmentos, que constituyen unidades geográficas utilizadas para dividir un País en un cierto número de áreas con el fin de analizar las ventas de medicamentos en cada una de ellas (la estructura de segmentos realizada por IMS por el mercado alemán constaba de 1.860 segmentos). Cuando un potencial competidor (NDC) trató de entrar en el mercado alemán descubrió que sus datos relativos a las ventas regionales de productos farmacéuticos en Alemania no podían ser comercializados, porque no se habían formateado de acuerdo con la estructura de segmentos de IMS. Esta situación, en particular, descendía del hecho de que la mayoría de las empresas farmacéuticas se habían acostumbrado a trabajar empleando la estructura de segmentos desarrollada por IMS –y por consiguiente habían adaptado a la misma sus sistemas de distribución– en cuanto el *incumbent* no sólo vendía, sino que también distribuía gratuitamente esta estructura entre farmacias y consultorios médicos. Después de haber logrado reagrupar sus datos en una estructura similar a aquella empleada por IMS, NDC decidió recurrir ante un Tribunal alemán y obtuvo un auto de medidas provisionales, en que el juez, reconociendo el *fumus boni iuris* de la demanda cautelar, estimó que la estructura de segmentos utilizada por la empresa recurrente constituía un *database* y, como tal, podía ser protegido a través del Derecho de propiedad intelectual.

Pasando al análisis jurídica de las cuestiones afrontadas por el TJUE, cabe antes de todo averiguar si la negativa de suministro afecta a un recurso (o una infraestructura<sup>629</sup>) indispensable. El criterio de la indispensabilidad representa el

---

<sup>628</sup> Cabe recordar que las circunstancias excepcionales que deben ser tomadas en consideración son las siguientes: *i*) el producto debe constituir un recurso indispensable, en el sentido de que no exista ninguna alternativa real o potencial al mismo; *ii*) la negativa de suministro sea susceptible de excluir toda competencia de un mercado derivado; *iii*) la oposición de la negativa tenga el efecto de obstaculizar la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial *iv*) el comportamiento de la empresa dominante carezca de justificación objetiva.

<sup>629</sup> La doctrina de la infraestructura esencial ha sido originariamente elaborada por la jurisprudencia estadounidense (*United States v. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383 (1912)) y ha sido posteriormente empleada también por la Comisión Europea y los jueces comunitarios con respecto a asuntos *antitrust* en que resultaban involucradas infraestructuras constituidas por bienes tangibles. En efecto, en ocasión de la decisión del asunto *Sealinkes Harbours*, el Ejecutivo comunitario ha afirmado que: “Una empresa que ocupa una posición dominante respecto de la puesta a disposición de instalaciones

presupuesto lógico<sup>630</sup> para establecer si una negativa de suministro, a un cliente nuevo y competidor potencial, que recae sobre un bien intangible protegido mediante un IPR, constituya o menos un abuso de posición dominante.

Para entender la valoración que el TJUE realizó al respecto en ocasión de la decisión del asunto *IMS*, es de fundamental importancia poner de relieve que el significado que debe atribuirse al criterio de la indispensabilidad fue clarificado por el TJUE en el marco del asunto *Bronner*<sup>631</sup>. Este caso, que el TJUE conoció

---

básicas (esto es, instalaciones o infraestructuras sin cuya utilización los competidores no pueden prestar servicios a sus clientes) y utiliza ella misma dichas instalaciones, y que niega a otras empresas el acceso a las mismas sin razón válida o se lo concede únicamente en condiciones menos favorables que aquéllas de que disfrutaban sus propios servicios, infringe el artículo 86 si se cumplen las otras condiciones de dicho artículo. Una empresa que ocupa una posición dominante no puede efectuar discriminaciones en favor de sus propias actividades en un mercado conexo. Se produce una infracción al artículo 86 cuando el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios e imponiendo, así, una desventaja a su competidor desde el punto de vista de la competencia” (DCE de 21 de diciembre de 1993, IV/34689 – Sea Containers contra Stena Sealink – medidas provisionales (94/19/CE), *cit.*; véase también DCE de 21 de diciembre de 1993, relativa a la negativa de acceso a las instalaciones del puerto de Redby (94/119/CE), *cit.*). En estas decisiones la Comisión Europea ha ilustrado todos los elementos que han de concurrir para aplicar la doctrina de la *essential facility*. Se trata en particular de los siguientes elementos: *i*) el carácter indispensable de la infraestructura para el ejercicio de la actividad de empresa por parte de los competidores del *incumbent* dominante; *ii*) la existencia de un control sobre la infraestructura por parte de la empresa dominante; *iii*) la realización de una conducta que se resuelva en la denegación del acceso a la infraestructura; *iv*) la ausencia de justificaciones objetivas que respalden la oposición de una negativa de acceso; *v*) la oposición de la negativa al acceso y el aprovechamiento de la infraestructura esencial deben haberse realizado con el objetivo de extender la posición de dominio en un mercado descendente o derivado. En la jurisprudencia comunitaria véase por ejemplo la STJ de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*

<sup>630</sup> Con respecto al asunto *IMS*, el TJUE no consideró que el carácter de indispensabilidad del recurso en cuestión no constituía un requisito autónomo, sino una premisa respecto de las circunstancias excepcionales detectadas por los jueces comunitarios. Al respecto, el TJUE afirmó expresamente que: “basta que se cumplan tres requisitos con carácter acumulativo, a saber, que esa negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores, que carezca de justificación y que pueda excluir toda competencia de un mercado derivado”. STJ de 29 de abril de 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG*, *cit.*, ap. 38.

<sup>631</sup> STJ de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*, *Mediaprint*

gracias a la interposición de una demanda prejudicial, concernía al siguiente supuesto: la empresa editora de los diarios austriacos con mayor difusión había denegado a un pequeño diario de su País el acceso al propio sistema de reparto a domicilio (que constituía el único de ámbito nacional existente en Austria) con respecto al cual la empresa editora poseía una posición dominante en el mercado de referencia. El TJUE, recurriendo a la aplicación de los criterios del *test Magill*, estimó que existían otras modalidades de distribución de estos diarios (*v.gr.* por correo, venta en quioscos, etc.) y constató que no había ningún obstáculo técnico, reglamentario ni económico que pudiera impedir la creación de otro sistema nacional de reparto a domicilio. La conclusión a la que se llegó fue que el servicio proporcionado por la empresa dominante no resultaba indispensable y, por ende, que la negativa de acceso al mismo no constituía una conducta abusiva.

En particular, según la opinión del TJUE, además, para acreditar el carácter indispensable de un producto: “no basta con alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la tirada del diario o los diarios que deben distribuirse”<sup>632</sup>. Así, por ejemplo, la existencia de obstáculos de carácter económico podría ser uno de los factores para excluir la presencia de un producto sustituto, pero en este caso también hace falta acreditar que la creación de tales productos no es económicamente rentable para una producción de escala comparable a aquella realizada por la empresa en posición de dominio<sup>633</sup>.

Por lo que concierne a la acreditación de la subsistencia del requisito de la indispensabilidad en el asunto *IMS*, los jueces comunitarios se limitaron a afirmar que se trataba de una valoración casuística que debía ser realizada aplicando los criterios ya destacados por la jurisprudencia comunitaria en ocasión de los pronunciamientos sobre los asuntos *Magill* y *Bronner*. Resulta estrictamente relacionada con este requisito la demostración de la subsistencia del ulterior requisito de la eliminación de toda competencia en un mercado derivado. Según

---

Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, *cit.*

<sup>632</sup> *Ibidem*, ap. 28.

<sup>633</sup> Otro ejemplo de análisis jurisprudencial que condujo a la desestimación de la subsistencia del requisito de la indispensabilidad en un supuesto de negativa de suministro se halla contenido en la STG de 12 de junio de 1997, [Tiercé Ladbroke SA contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-504/93, RJ 1997/II/923. El asunto versaba sobre la negativa de las sociedades francesas de carreras de caballos de ceder al corredor de apuestas Ladbroke el derecho a retransmitir el sonido y las imágenes de las carreras hípcas francesas en Bélgica, país en el que una filial de Ladbroke aceptaba apuestas sobre carreras celebradas en el extranjero. El TJUE, en particular, distinguió este caso del asunto *Magill*, en cuanto Ladbroke ya era el principal operador en el mercado de las apuestas y el servicio de retransmisión televisiva de las carreras, aunque complementario, no era indispensable para el ejercicio de la actividad principal de los *bookmakers*, como demostraba la sólida implantación de Ladbroke en este mercado.

la opinión de los jueces comunitarios, para establecer si una negativa de suministro como aquella realizada por IMS sea susceptible de alcanzar este resultado, no es necesario que se analice la situación real de mercado, siendo suficiente determinar la incidencia que esta práctica posee con respecto a un mercado potencial, incluso hipotético. Cabe además añadir que el TJUE, a la hora de analizar en el asunto *IMS* el requisito de la eliminación de cualquier competencia en el mercado derivado, enfatizó un elemento sobre el cual la jurisprudencia anterior no se había expresamente pronunciado, afirmando que: “es decisivo que puedan determinarse dos fases de producción distintas, que están relacionadas entre sí porque el producto anterior es un elemento indispensable para suministrar, en la fase posterior, datos sobre las ventas de productos farmacéuticos en Alemania”<sup>634</sup>.

Además, es preciso destacar que, para establecer si la oposición de una negativa a licenciar un IPR obstacule o no la aparición de un producto nuevo, es necesario averiguar si su oposición impida o menos el desarrollo del mercado derivado en perjuicio de los consumidores. Por eso, los jueces comunitarios reputaron que este tipo de negativa de suministro: “[...] sólo puede considerarse abusiva en el caso de que la empresa que ha solicitado la licencia no pretenda limitarse, esencialmente, a reproducir productos o servicios que ya ofrece en el mercado derivado el titular del derecho de propiedad intelectual, sino que tenga la intención de ofrecer productos o servicios nuevos que el titular no ofrece y respecto a los cuales existe una demanda potencial por parte de los consumidores”<sup>635</sup>.

Por lo que concierne a la interpretación de este pronunciamiento jurisprudencial, HEINEMANN (2003, pág. 212) y RAMSAUER (2004, pág. 10) han ilustrado con extrema claridad que la lógica subyacente al planteamiento del TJUE en la decisión del asunto *IMS*, consistió en radicar el carácter abusivo de la conducta empresarial realizada por la empresa dominante en la tentativa de obstaculizar el enfrentamiento competitivo en un mercado secundario (como se ha anteriormente subrayado, la empresa dominante resultaba al mismo tiempo titular de un IPR esencial para el desarrollo de la competencia en un mercado secundario). En efecto, una diferente interpretación de la decisión de los jueces comunitarios conduciría a una situación en que cualquier empresa en posición de dominio, por el mero hecho de ser titular de un IPR esencial, tendría que conceder en todo caso –es decir, con independencia de la realización de cualquier tipo de conducta objetable– acceso en favor de sus competidores (actuales y potenciales) a los bienes inmateriales protegidos mediante derechos de

---

<sup>634</sup> STJ de 29 de abril de 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG*, *cit.*, ap. 45.

<sup>635</sup> *Ibidem*, ap. 49.

exclusiva, porque de no ser así tales empresas incurrirían en una infracción de la normativa de defensa de la competencia.

Por último cabe subrayar que un aspecto particularmente significativo del *test Magill* no quedó solucionado por el TJUE, en cuanto los jueces comunitarios no se pronunciaron de forma definitiva sobre la determinación de lo que constituye un producto nuevo, limitándose, por un lado, a establecer que este concepto exige que el competidor que solicita la concesión de una licencia no pretenda básicamente reproducir los bienes y servicios ya ofrecidos por el titular de los IPRs y, por el otro, dejando al juez nacional la última palabra sobre la subsistencia o menos de este requisito en el supuesto de hecho concretamente enjuiciado.

Se trata de un aspecto que ha suscitado muchas inquietudes en la doctrina especializada, como se desprende del hecho de que, al respecto, se han propuesto diferentes posturas interpretativas. AHLBORN *et al.* (2004, págs. 1146-1149) han sugerido que la introducción del estándar del producto nuevo, así como introducido por el TJUE, no debería ser interpretado en el sentido de que para satisfacer el mismo resulte necesario que este producto constituya un nuevo mercado de referencia, ni que sea nuevo desde el punto de vista del Derecho de la propiedad intelectual e industrial. En la opinión de estos autores, en efecto, la existencia de un nuevo producto subsistiría cada vez que el producto en cuestión encuentre una demanda potencial satisfaciendo las necesidades de los consumidores de una forma diferente de los demás productos existentes en el mercado, generando una consistente expansión del mercado<sup>636</sup>. LIANOS (2008, pág. 26), en cambio, ha criticado esta interpretación observando que la misma conllevaría un riesgo de infra-inclusión de los ilícitos concurrentiales que podría poner en peligro las inversiones en innovación. Además, resultaría insatisfactorio fijarse sólo sobre el nivel de *output* para establecer si la licencia de un IPR lleve al desarrollo de un nuevo producto, en cuanto dicho enfoque no toma plenamente en consideración las implicaciones relativas al bienestar de los consumidores. En efecto, la innovación cumulativa podría ser ventajosa para los consumidores ya existentes en el mercado, proporcionándoles productos de mejor calidad o a precios inferiores, gracias al desarrollo de nuevas técnicas de producción y a la reducción del nivel de los costes.

### **3.3.2. Los remedios *antitrust* de naturaleza pública impuestos por la Comisión Europea en los supuestos de *refusal to license***

---

<sup>636</sup> Estos autores, además, han solucionado el problema de la carga de la prueba, estableciendo que sean las potenciales empresas que solicitan la concesión de la licencia los sujetos que tengan que demostrar la subsistencia de los requisitos que integran el estándar del nuevo producto, en cuanto la información a su disposición les sitúa en mejor posición.

### a) Los remedios adoptados en el asunto *Magill*

La Comisión Europea, por lo que se refiere al asunto *Magill*, adoptó una decisión sancionadora para castigar el abuso de posición dominante perpetrado por las tres emisoras de programas televisivos (ITP, BBC y RTE) que, en el ejercicio de sus IPRs, habían impedido que un competidor accediera a la información esencial con respecto a la creación y comercialización, en un mercado secundario, de un producto nuevo por el que existía una demanda potencial.

El Ejecutivo comunitario, en particular, decidió imponer un remedio *antitrust* de tipo comportamental, estimando que la alteración de la competencia podía efectivamente solucionarse sólo proporcionando a los competidores de las empresas dominantes la posibilidad de comercializar un producto nuevo, es decir editar y publicar una guía de TV semanal de carácter exhaustivo. Fue justamente por esta razón que la Comisión Europea reputó que: “[...] la única solución posible en el presente asunto es pedir a ITP, BBC y RTE que se suministren mutuamente, así como a los terceros que lo soliciten, sobre una base no discriminatoria, sus respectivos avances semanales de programas”<sup>637</sup>. En extrema síntesis es posible etiquetar el remedio comportamental escogido como “remedio informativo”, en cuanto a través de su imposición se trató de corregir una alteración de la competencia que originaba, sustancialmente, de una negativa absoluta de suministro de la información esencial que los competidores potenciales necesitaban obtener con la debida antelación (*duly in advance*).

La Comisión Europea, además, no se limitó a indicar el tipo de remedio que las empresas infractoras debían implementar, sino que estableció también como y en qué medida las mismas tenían que suministrar a los competidores potenciales la información esencial en el caso de que hubiesen decidido hacerlo a través de licencias. En particular, el Ejecutivo comunitario estableció expresamente que ITP, BBC y RTE habrían tenido que determinar los cánones de sus respectivas licencias de forma razonable. Por último, también se previó que: “[...] ITP, BBC y RTE pueden incluir en cualquiera de las licencias que concedan a terceros las condiciones que consideren necesarias para garantizar una cobertura de alta calidad y completa de todos sus programas, incluidos aquéllos destinados a una audiencia minoritaria y/o regional, y los de carácter cultural, histórico y educativo”<sup>638</sup>.

### b) Los remedios (de naturaleza provisional) adoptados en el asunto *IMS*

---

<sup>637</sup> Resumen de la DCE de 21 de diciembre de 1988, IV/31.851 – *Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE (89/205/CEE)*, *cit.*, ap. 27.

<sup>638</sup> *Ibidem*.

Por lo que concierne a la adopción de remedios por parte la Comisión Europea con respecto al asunto *IMS* cabe poner de relieve que en este supuesto el Ejecutivo comunitario sólo impuso medidas cautelares a la empresa dominante. Como ya hemos señalado, IMS había creado una estructura de 1.860 segmentos para la presentación de servicios de datos sobre recetas y ventas farmacéuticas regionales en Alemania que se había convertido en la norma de hecho del sector en cuanto, pese a la concurrencia de varios factores<sup>639</sup>, resultaba excesivamente difícil y costoso para las empresas farmacéuticas sustituirla con otro tipo de estructura. Además, se reputó que existían muchos obstáculos que impedían a los competidores <sup>640</sup> de la empresa dominante crear otras estructuras comercializables, y eso conllevaba una reducción de las posibilidades de desarrollar una *facility* alternativa<sup>641</sup>. Por estas razones la Comisión Europea, según las pruebas de que disponía a la hora de adoptar la decisión relativa a la imposición de medidas cautelares a la empresa dominante en el asunto *IMS*, consideró *prima facie* existente una infracción de la normativa de defensa de la competencia (requisito del *fumus boni iuris*) y que la negativa de la empresa dominante a permitir el acceso a este tipo de recurso resultaba susceptible de eliminar completamente la competencia en el mercado, puesto que no habría sido posible competir sin tener acceso a la infraestructura en cuestión.

El Ejecutivo comunitario, además, fundamentó la subsistencia del requisito legal del *periculum in mora* –que, sobre la base de la doctrina jurisprudencial formada en ocasión de la decisión del asunto *La Cinq*, hace que las medidas cautelares sólo deban adoptarse en caso de urgencia probada, para evitar una situación en que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la parte que las solicita o intolerable para el interés general<sup>642</sup>–. Al respecto se recurrió a los siguientes argumentos: *i)*

---

<sup>639</sup> A este respecto la Comisión Europea tomó en consideración los siguientes factores: *i)* la necesidad de disponer de datos comparables y compatibles; *ii)* la posible pérdida de la relación entre representantes y médicos; *iii)* la modificación de los contratos laborales de los representantes; *iv)* los costes que implicaba la modificación de los programas y aplicaciones informáticos.

<sup>640</sup> Cabe además añadir que contra los competidores de IMS –NDC (una multinacional estadounidense), AzyX (una empresa belga de tamaño muy inferior) y Pharma Intranet Information– en el año 2000, el Landgericht de Fráncfort del Meno había dictado medidas cautelares, prohibiéndoles la utilización de estructuras derivadas de la estructura de IMS, sobre la base del presupuesto que el *database* de la empresa dominante estaba protegido por el derecho de autor.

<sup>641</sup> La Comisión Europea, en particular, puso de relieve la subsistencia de los siguientes obstáculos: *i)* la necesidad de usar las fronteras administrativas; *ii)* la Ley alemana de protección de datos; *iii)* la inseguridad en torno a la posibilidad, con arreglo a la Ley sobre derecho de autor, de vender datos en otra estructura basada en distritos postales.

<sup>642</sup> STG de 24 de enero de 1992, *La Cinq SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-44/90, RJ 1992/II/1, ap. 28. De este pronunciamiento jurisprudencial descende que la demostración de un perjuicio para el interés público resulta un elemento

si no se hubiese concedido a NDC una licencia sobre la *facility* de IMS, este competidor habría cesado su actividad en Alemania, perdiendo sus clientes actuales y no teniendo perspectivas de atraer nuevos clientes en futuro; *ii*) además del grave riesgo de causar un perjuicio irreparable a NDC, resultaba muy elevada la probabilidad de ocasionar un daño intolerable al interés público, puesto que sin la estructura de 1860 bloques habría sido imposible competir en el mercado en aquel momento o en un futuro previsible, determinando la salida del mercado del otro competidor actual y una situación de *foreclosure* respecto de la competencia potencial<sup>643</sup>.

Por lo que concierne a la potestad de la Comisión Europea para adoptar tales medidas, cabe señalar que antes de la entrada en vigor del Reglamento CE 1/2003, el Reglamento CE 17/1962 no contemplaba explícitamente dicha posibilidad. La jurisprudencia comunitaria, sin embargo, se había pronunciado positivamente sobre esta cuestión, estableciendo que: “[...] la Comisión también debe poder adoptar, en el marco de la función de control que le encomiendan, en materia de competencia, el Tratado y el Reglamento n° 17, medidas cautelares en la medida en que puedan resultar indispensables para evitar que el ejercicio de la potestad para adoptar decisiones que le confiere el artículo 3 pierda toda eficacia o sea incluso ilusorio como consecuencia de la actuación de determinadas empresas. Por consiguiente, las competencias que la Comisión deriva del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 17 comprenden la facultad de adoptar las medidas provisionales que sean indispensables para el ejercicio eficaz de sus funciones y, en particular, para asegurar el efecto útil de las eventuales decisiones destinadas a obligar a las empresas a poner fin a las infracciones que haya contrastado”<sup>644</sup>.

En definitiva, por lo que concierne al asunto *IMS* la Comisión Europea ordenó, mediante la adopción de medidas cautelares, que la empresa dominante concediera obligatoriamente una licencia para el utilizo de su estructura de

---

esencial para apreciar la subsistencia del *periculum in mora*, integrando uno de los elementos a soporte de la necesidad de que se adopten medidas cautelares.

<sup>643</sup> DCE de 3 de julio de 2001, COMP/D3/38.044 NDC Health/IMS Health: Medidas cautelares (2002/165/CE); un borrador en lengua inglesa de la decisión puede ser consultado en el sitio *Internet* de la DG Comp ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/38044/38044\\_15\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38044/38044_15_5.pdf)).

<sup>644</sup> ATJ de 17 de enero de 1980, *Camera Care Ltd. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-792/79, RJ 1980/119, ap. 18. La facultad de la Comisión Europea para adoptar este tipo de decisiones provisionales fue posteriormente confirmada en otros pronunciamientos de los jueces comunitarios. Cfr. STJ de 28 de febrero de 1984, *Ford of Europe Incorporated y Ford-Werke Aktiengesellschaft contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-228/82 y C-229/82, RJ 1984/1129, ap. 16; STG de 12 de julio de 1991, *Automobiles Peugeot SA y Peugeot SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-23/90, RJ 1991/II/653, aps. 19-20.



bloques a los competidores que lo hubiesen solicitado y que el correspondiente canon fuera convencionalmente establecido entre las partes. El Ejecutivo comunitario, además, previó que este canon se determinara en un plazo de dos semanas a partir de la solicitud de la licencia y que, en caso contrario, fuese determinado por peritos independientes<sup>645</sup>.

Posteriormente, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia acordó la suspensión provisional de la ejecución de la decisión con la cual la Comisión Europea había impuesto a IMS las antedichas medidas cautelares<sup>646</sup>. En particular, dicha suspensión provisional fue concedida sobre el presupuesto de que no concurría el requisito de la urgencia de un perjuicio grave e irreparable, pese al hecho de que podría plantearse la existencia de un riesgo tangible de que la ejecución de la Decisión del Ejecutivo comunitario podía causar *medio tempore* un perjuicio grave e irreparable a IMS, es decir un perjuicio excedente los inconvenientes inevitables, pero pasajeros, que se derivan de la adopción de este tipo de medidas. En efecto, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia reputó que existían razones para creer que fuera muy difícil, si no del todo imposible, invertir posteriormente muchas de las evoluciones del mercado que podrían propiciar la ejecución inmediata de la decisión de la Comisión Europea, como por ejemplo el hecho de que la empresa dominante no habría podido continuar aplicando la misma política comercial en un mercado en que sus competidores estaban legalmente facultados para competir libremente con ella accediendo a su estructura de bloques.

Además, según el Presidente del Tribunal de Primera Instancia, la oposición por parte de IMS de una negativa a licenciar sus derechos de autor a los competidores no conllevaba, *prima facie*, algún daño para el interés público. Se estimó, en efecto, que la Comisión Europea no había correctamente ponderado los intereses en juego, asimilando erróneamente los intereses particulares de NDC al interés al mantenimiento de un régimen competitivo. A este respecto fue apreciado que mientras los competidores de IMS reputaron que los consumidores habrían recibido un gran beneficio del desarrollo de la competencia en este mercado, en cambio IMS señaló que el coste de adquirir información sobre datos de ventas para las compañías farmacéuticas constituía sólo una pequeña parte de sus gastos totales en promoción, de tal forma que el mantenimiento *medio tempore* —es decir, hasta que se hubiese dictado sentencia en el procedimiento principal— de un derecho exclusivo sobre la estructura de bloques no habría producido algún efecto perceptible para los consumidores finales de productos farmacéuticos<sup>647</sup>.

---

<sup>645</sup> Resumen de la DCE de 13 de agosto de 2003, COMP/D3/38.044 – NDC Health/IMS Health (2003/741/CE), *cit.*, ap. 4.

<sup>646</sup> Auto del Presidente del TGUE de 26 de octubre de 2001, [IMS Health Inc. contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-184/01, RJ 2001/II/3193.

<sup>647</sup> *Ibidem*, ap. 145.

En 2003 la Comisión Europea adoptó una segunda decisión<sup>648</sup> que, derogando su anterior decisión de 3 de julio de 2001, llevó al retiro de las medidas cautelares impuestas contra IMS. En particular, el Ejecutivo comunitario reputó que ya no existía una urgencia acreditada que exigiera, *medio tempore*, la prevención de un perjuicio irreparable a NDC y al interés público al mantenimiento de un régimen de competencia en el mercado de referencia. En efecto, desde la adopción de la decisión cautelar había tenido lugar un cambio material de las circunstancias, que había afectado a los dos siguientes acontecimientos: *i*) NDC había firmado una serie de contratos nuevos, algunos de los cuales con grandes empresas farmacéuticas, con eso incrementando el margen para permanecer en el mercado como competidor de IMS; *ii*) el 12 de marzo de 2003 AzyX cesó sus actividades en Alemania, así que la concesión de una licencia a esta empresa, por no ser más posible, había dejado de ser urgente. En definitiva, la reducción de los *players* y la neutralización del riesgo de que el principal competidor pudiera salir del mercado si no se le hubiese otorgado acceso a la estructura de bloque de la empresa dominante, llevaron a la Comisión Europea a reputar que había desaparecido la urgencia de conceder licencias obligatorias a los competidores de IMS y, por consiguiente, no resultaba justificable el mantenimiento de las medidas cautelares anteriormente adoptadas.

### **3.3.3. Planteamiento crítico de las soluciones adoptadas por el TJUE en los asuntos *Magill* e *IMS***

Antes de todo cabe observar que en los asuntos *Magill* e *IMS* se ha realizado la extensión de la doctrina de la *essential facility* a los supuestos de negativa a licenciar bienes inmateriales protegidos mediante IPRs. A nivel doctrinal, ANDERMAN (2004, pág. 13) y TEMPLE LANG (2005, págs. 60-62) han reputado que la aplicación de esta doctrina en los supuestos relacionados con el ejercicio de los IPRs encuentra su fundamento normativo en la prohibición del artículo 102, apartado 1, lit. *b*), del TFUE, que considera abusivas las prácticas consistentes en “limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores”.

Una ulterior observación consiste en poner de relieve que en los asuntos que involucran el ejercicio de los IPRs los jueces comunitarios no han considerado que el *leveraging* del poder mercado sobre un mercado secundario constituya una autónoma forma de abuso de posición dominante<sup>649</sup>. Dicha postura jurisprudencial otorga una tutela muy amplia a los titulares de un IPR, limitando

---

<sup>648</sup> DCE de 13 de agosto de 2003, COMP/D3/38.044 – NDC Health/IMS Health (2003/741/CE), *cit.*

<sup>649</sup> HEINEMANN (2005, pág. 71); LEISTNER (2005, pág. 151).

la esfera de intervención de la Comisión Europea sólo al recurrir de circunstancias excepcionales que, además, no han sido completamente aclaradas, como demuestra por ejemplo la existencia de dudas interpretativas relativamente al criterio de la aparición de un nuevo producto<sup>650</sup>.

La solución proporcionada por el TJUE no sólo ha suscitado perplejidades interpretativas sino que, restringiendo el alcance de la responsabilidad *antitrust* en los supuestos de negativa a licenciar un IPR por parte de las empresas que se hallan en posición dominante, ha determinado una situación en que la imposición de medidas remediales, *sub specie* de licencias obligatorias, podría concretamente realizarse en hipótesis marginales. Este aspecto ha sido también evidenciado por HEINEMANN (2005, pág. 73) que ha destacado que las empresas dominantes en un determinado mercado, y a pesar de ser titulares de IPRs, siempre poseen un fuerte interés económico en suministrar sus productos en los mercados contiguos, de tal forma que la solución teórica planteada por los jueces comunitarios, terminaría por otorgar a tales empresas un amplio margen de maniobra y, por consiguiente, les permitiría fortalecer fácilmente su posición en los mercados derivados.

Por estas razones CONDE GALLEGO y RIZIOTIS (2004, pág. 571) han afirmado que la postura teórica del TJUE no sería coherente con las finalidades de tutela subyacentes a la prohibición establecida en el artículo 102 del TFUE, siendo cuestionable que ante la realización de prácticas de *refusal to license* el *public antitrust enforcement* se realice sólo en presencia de circunstancias excepcionales, lo que no garantizaría el mantenimiento de un régimen competitivo en los mercados afectados. Estos autores, en particular, han destacado que tanto en la praxis de la Comisión Europea<sup>651</sup> como en la doctrina jurisprudencial de los jueces comunitarios<sup>652</sup>, se había reputado que las conductas empresariales en virtud de

---

<sup>650</sup> Cfr. *supra* sub §.III.3.3.1.

<sup>651</sup> DCE de 17 de julio de 1996, IV/35.337 – Atlas (96/546/CE), DOCE L 239/23 de 19 de septiembre de 1996, ap. 60; DCE de 5 de diciembre de 2001, COMP/37.859 – De Post-La Poste (2002/180/CE), DOCE L 61/32 de 2 de marzo de 2002, ap. 73.

<sup>652</sup> STJ de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 25, en que se estableció que: “[CSC, es decir la empresa dominante] una empresa como ésta, que dispone de una posición dominante para la producción de materias primas y, por lo tanto, se encuentra capacitada para controlar el suministro a los fabricantes de productos derivados, no puede adoptar, por el simple hecho de haber decidido empezar ella misma a producir dichos derivados, decisión mediante la cual entraba en competencia con sus anteriores clientes, un comportamiento que pueda eliminar la competencia de éstos, en este caso, eliminando a uno de los principales productores de etambutol del mercado común; [...]una empresa que ostenta una posición dominante en el mercado de materias primas y que, con el fin de reservarlas para su propia producción de derivados, deniega el suministro de éstas a un cliente, productor también de dichos derivados, a riesgo de eliminar cualquier competencia por parte de dicho cliente, explota su posición dominante

las cuales una empresa en posición de dominio ejerce su poder para prevenir la entrada o para excluir los competidores de un mercado distinto, pero relacionado, con aquéllo en que poseen una posición de dominancia, provocarían un perjuicio de naturaleza *antitrust*. Además, si bien estos supuestos de negativa de contratar conducen a la exclusión de los competidores en los mercados derivados, repercutiéndose negativamente sobre los intereses económicos de los consumidores, ni la Comisión Europea ni el TJUE han considerado que este aspecto constituya un elemento esencial para demostrar la subsistencia de una infracción al artículo 102 del TFUE. Por eso, en un trabajo posterior, CONDE GALLEGO (2008, pág. 224) ha afirmado que en los supuestos de *refusal to license*, no existirían razones para tolerar que los titulares de un IPR realicen este tipo de prácticas excluyentes, en cuanto las mismas obstaculizarían en todo caso el mantenimiento de un régimen competitivo en los mercados secundarios, con independencia del hecho de que los consumidores terminen siendo directamente perjudicados a causa de su realización.

Por lo que concierne al requisito de la apariencia de un producto nuevo, cabe subrayar que LÉVÊQUE y SHELANSKI (2005, pág. 69) desarrollaron una posición muy crítica respecto del recurso a este criterio, observando que debería impedirse que los competidores horizontales pudieran legítimamente solicitar la divulgación de información sensible desde el punto de vista competitivo, sobre la base de que quepa la posibilidad de ofrecer un producto nuevo. DREXL (2007, pág. 653), en cambio, ha evaluado positivamente el hecho de que la apariencia de un nuevo producto constituya una de las circunstancias excepcionales que han de recurrir para que una empresa en posición de dominio, que oponga a un competidor la negativa a licenciar sus IPRs, incurra en responsabilidad *antitrust* por violación del artículo 102 del TFUE. Este autor, en particular, ha evidenciado que el hecho de que se requiera que el competidor que solicita la licencia no se limite exclusivamente a imitar los productos ya ofrecidos por el titular de un IPR, sino que se esfuerce de desarrollar y comercializar bienes y servicios nuevos, resultaría coherente con el fundamento lógico del sistema de tutelas jurídicas proporcionadas por el Derecho de la propiedad intelectual e industrial. En efecto, las finalidades principales de este conjunto de normas residen en la

---

de forma abusiva en el sentido del artículo 86<sup>o</sup>. Véase también STJ de 3 de octubre de 1985, *A Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) contra SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) y SA Information publicité Benelux (IPB)*, C-311/84, RJ 1985/3261, aps. 25-27, en que se afirmó que: “[...] constituye un abuso a efectos del artículo 86 el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado concreto, se reserve o reserve a una empresa perteneciente al mismo grupo, y sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que podría ser realizada por una tercera empresa como parte de las actividades de ésta en un mercado afín, pero distinto, con la posibilidad de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa”.

salvaguardia y promoción de la innovación<sup>653</sup>. Este autor, por lo tanto, arrancando de estas premisas, ha considerado acertada la solución planteada por los jueces comunitarios, puesto que el ejercicio de los IPRs, so forma de negativa a otorgar una licencia, por parte de una empresa en posición de dominio, sólo resulta ilícito si obstaculiza el desarrollo de un producto nuevo, en cuanto sólo este resultado se pondría en contraste con los objetivos de protección y fomento de la innovación. Viceversa, en el caso de que los competidores que solicitan la licencia de un IPR lo hagan con la mera intención de imitar los productos existentes y ya comercializados en el mercado por parte de la empresa dominante, resultaría del todo coherente con las finalidades del sistema del Derecho de la propiedad intelectual e industrial y, asimismo, neutral desde la perspectiva de la normativa de defensa de la competencia, la oposición de una negativa a licenciar este derecho por parte de su legítimo titular.

### **3.4. Responsabilidad *antitrust* en los supuestos de negativa a suministrar la información indispensable para competir en el mercado de referencia**

#### **3.4.1. El asunto *Microsoft*: planteamiento introductorio**

En 2004 la Comisión Europea adoptó una decisión sancionadora<sup>654</sup> contra la empresa Microsoft estimando que la misma había infringido el artículo 82 del TCE abusando de la posición dominante que poseía en el mercado de los sistemas operativos para ordenadores personales<sup>655</sup>, negándose a facilitar a uno de sus competidores<sup>656</sup> la información relativa a la interoperabilidad y a autorizar su uso para el desarrollo y la distribución de productos competidores de los suyos en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo. Esta decisión concierne al primer asunto comunitario en que la empresa

---

<sup>653</sup> Por lo que se refiere al primer aspecto, cabe señalar que el sistema del Derecho de la propiedad intelectual e industrial proporciona a los titulares de bienes inmateriales la posibilidad de ejercitar de forma exclusiva las facultades relacionadas con la titularidad de estos bienes, a sabiendas de que una rentable explotación económica de los mismos conduce a un mayor desarrollo tecnológico y a la producción de nuevos bienes y servicios que incrementan el bienestar de los consumidores. Este primer aspecto resulta intrínsecamente relacionado con la finalidad de promoción de la innovación, en cuanto la existencia de derechos de exclusiva estimula los competidores de las empresas titulares de los IPRs a ofrecer productos sustitutos, lo que implica fomentar las inversiones en I+D.

<sup>654</sup> Resumen de la DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*

<sup>655</sup> El mercado de los sistemas operativos para ordenadores personales constituía el mercado de referencia sólo con respecto a la práctica de vinculación de productos.

<sup>656</sup> Al respecto, se reconoció que el alcance de la práctica anticompetitiva era de tal magnitud que abarcó todos los competidores que actuaban en el mercado interesado.

Microsoft fue involucrada, caracterizado por la simultánea presencia de dos perfiles de relevancia *antitrust*: un supuesto de denegación de suministro y un supuesto de vinculación de productos<sup>657</sup>. Nuestro análisis de los remedios adoptados por la Comisión Europea, sin embargo, se ceñirá sólo a la negativa de suministro, en cuanto la decisión adoptada por el Ejecutivo comunitario constituye una forma de evolución de la doctrina jurisprudencial *Magill* e *IMS*.

### 3.4.2. La decisión sancionadora de la Comisión Europea

Por lo que se refiere a la denegación de suministro llevada a cabo por la empresa dominante Microsoft, la Comisión Europea consideró que esta empresa se había negado a facilitar a un competidor potencial (Sun) la información necesaria para que éste pudiera desarrollar “sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo capaces de integrarse sin fisuras en la «arquitectura de dominios de Directorio Activo», red de protocolos de ordenador personal a servidor y de servidor a servidor que permiten organizar las redes de grupos de trabajo de Windows”<sup>658</sup>. El Ejecutivo comunitario puso de relieve que para que Sun alcanzara este resultado era suficiente que Microsoft facilitase especificaciones de los protocolos correspondientes, es decir la documentación técnica, no siendo necesario otorgar acceso al código de *software* de Windows<sup>659</sup>. El Ejecutivo comunitario llegó a la conclusión de que la denegación de suministro llevada a cabo por Microsoft generaba un riesgo de eliminación de la competencia en el mercado de referencia de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo, en cuanto la información denegada resultaba imprescindible para que los competidores pudieran operar en este mercado. La conducta de Microsoft, además, limitaba el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, puesto que si los competidores hubiesen tenido acceso a la información relevante habrían podido suministrar a los consumidores nuevos y mejores productos: la

---

<sup>657</sup> En particular, Microsoft había condicionado la posibilidad de disponer del sistema operativo Windows para ordenadores personales clientes, a la adquisición simultánea del Reproductor de Windows Media (RWM). Los dos abusos fueron sancionados mediante la imposición de una multa de 497.196.304 euro.

<sup>658</sup> Resumen de la DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, ap. 18.

<sup>659</sup> La Comisión Europea destacó también que la denegación de suministro llevada a cabo por Microsoft se caracterizaba por dos ulteriores aspectos: por un lado, constituía una pauta general de comportamiento de la empresa dominante denegar la información pertinente a todo vendedor de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo y, por el otro, la negativa que Microsoft había opuesto a su competidor constituía una interrupción de los niveles de suministro ya existentes puesto que Sun indirectamente, es decir a través de una licencia concedida a otro operador, ya podía acceder a una información análoga sobre versiones anteriores de los productos de la empresa dominante en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo.

conducta unilateral de la empresa dominante, por lo tanto, perjudicaba indirectamente a los consumidores. Esta conclusión se fundamentaba sobre algunos detalles de naturaleza técnica que residían principalmente<sup>660</sup> en el hecho de que las pruebas facilitadas por los clientes de la empresa dominante, en el ámbito del procedimiento administrativo, habían aclarado que los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo de Microsoft gozaban de una interoperabilidad privilegiada con el sistema operativo dominante para ordenadores personales del *incumbent*<sup>661</sup>: eso quería decir, según la Comisión Europea, que no existían sustitutos reales ni potenciales para esta información.

Microsoft trató de justificar su comportamiento alegando que facilitar la información denegada y permitir que los competidores la utilizaran para crear productos compatibles con su sistema operativo dominante, equivaldría a otorgarles licencias de derechos de propiedad intelectual<sup>662</sup>. Al respecto, la Comisión Europea consideró que el interés de una empresa dominante a ejercer sus IPRs no constituye *ex se* una válida justificación objetiva cuando en la práctica concurren circunstancias excepcionales, cuales el carácter indispensable de la información para el desarrollo de nuevos y mejores productos a los consumidores y la creación de un riesgo de eliminación de la competencia en el mercado de referencia.

### 3.4.3. Evaluación crítica del asunto *Microsoft*

La Comisión Europea, no obstante el asunto *Microsoft* se refiera a la realización de una conducta anticompetitiva similar a las prácticas enjuiciadas en los asuntos *Magill* e *IMS*, consideró que este asunto no fuera del todo similar a los anteriores, pese al hecho de que el recurso con respecto al cual la empresa dominante había denegado el suministro a los competidores, es decir la información de interoperabilidad necesaria para competir en el mercado de sistemas operativos, no estaba directamente protegido por un IPR. Esta conclusión se apoyaba sobre

---

<sup>660</sup> El Ejecutivo comunitario, además, tomó también en consideración el hecho de que Microsoft había rápidamente logrado una posición dominante en el mercado de referencia y había conseguido implementar la estrategia de incorporación de características de la “arquitectura de dominios de Directorio Activo” que resultaban incompatibles con los productos de los competidores.

<sup>661</sup> LIANOS y ECONOMIDES (2009, pág. 402) han destacado que el objetivo de Microsoft consistía en apalancar el poder *quasi*-monopolístico que poseía en el mercado de los sistemas operativos para ordenadores personales sobre el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo: la empresa dominante, en particular, había realizado esta práctica a sabiendas de que el sistema Windows era indispensable por un gran número de aplicaciones y esto generaba efectos de red.

<sup>662</sup> Resumen de la DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, ap. 20.

la circunstancia de que para garantizar la interoperabilidad con el sistema operativo para ordenadores personales denominado Windows no era necesario que los competidores conocieran también la información inherente al código fuente, ésta sí protegida por un IPR. Desde el punto de vista de la solución remedial concretamente adoptada por el Ejecutivo comunitario, sin embargo, el asunto *Microsoft* resulta asimilable a los supuestos anteriormente analizados en cuanto los remedios impuestos afectaban al régimen de protección exclusiva de los bienes inmateriales de Microsoft, como demuestra el hecho de que la misma Comisión Europea evidenció que la suministración de la información de interoperabilidad podía incidir sobre el ejercicio de los IPRs de la empresa dominante, aunque ésto fuera justificado por la necesidad de poner fin a la conducta anticompetitiva<sup>663</sup>.

El aspecto más interesante de esta decisión sancionadora, estriba en el tipo de presupuesto lógico escogido para enjuiciar el asunto y en sus repercusiones sobre el *test* de las circunstancias excepcionales al que se recurre, como anteriormente puesto de relieve, para determinar en qué supuestos la denegación de suministro que afecta al ejercicio y al régimen de protección de los IPRs adquiere una connotación anticompetitiva. Al respecto, RIDYARD (2004, pág. 670) ha constatado que el Ejecutivo comunitario había adoptado un diferente estándar para determinar el carácter anticompetitivo de la negativa de suministro realizada por Microsoft, pese al hecho de que su conducta no había conllevado la eliminación de toda competencia en el mercado secundario, resolviéndose sólo en la aportación de una ventaja competitiva en favor de la empresa dominante. Según este autor la Comisión Europea se había alejado de la *essential facility doctrine* —que en asuntos anteriores había constituido la teoría para determinar si el recurso involucrado en la conducta unilateral de la empresa dominante resultaba indispensable para competir en un mercado derivado— elaborando una nueva teoría, que se denomina *convenient facility doctrine*, con arreglo a la cual el carácter anticompetitivo de una negativa de suministro realizada por una empresa en posición de dominio está supeditado a la mera subsistencia de un recurso conveniente, es decir resultaría suficiente que el recurso en cuestión incremente las posibilidades de ofrecer nuevos y mejores productos en favor de los consumidores, permitiendo que los competidores superen las ventajas competitivas que ese recurso otorga al *incumbent*.

Para entender porque la Comisión Europea ha modificado el eje de su análisis consideramos necesario hacer una doble premisa. En primer lugar, cuando el *antitrust enforcement* recae sobre aquellas conductas y prácticas empresariales que inciden sobre el proceso de innovación es preciso valorar cual es la recaída del mismo sobre el desarrollo tecnológico y el bienestar de los consumidores en el largo plazo, en cuanto la protección de la competencia puede conducir a una

---

<sup>663</sup> DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, ap. 1004.



limitación del ejercicio de los IPRs (que constituyen una de las piezas clave para garantizar el proceso de innovación), comprimiendo el régimen de protección legal de los mismos: por ejemplo, en los supuestos de negativa de suministro se han llegado a imponer remedios públicos con los que se obligan las empresas infractoras a conceder licencias a los competidores que actúan en un mercado derivado. En segundo lugar, cabe tomar en consideración que las teorías del daño<sup>664</sup> que los *antitrust enforcers*, implícita o explícitamente, adoptan en sus decisiones sancionadoras para respaldar la valoración del carácter anticompetitivo de las conductas y prácticas empresariales enjuiciadas, presuponen a su vez la elección de un *test* para evaluar si ha tenido lugar la producción de un perjuicio de naturaleza concurrencial.

Por lo que se refiere al asunto *Microsoft*, el *test* escogido por la Comisión Europea ha sido aquéllo del balance de los incentivos. Este tipo de *test*, en particular, prevé la realización de un balance entre el posible impacto negativo sobre los incentivos a innovar de la empresa en posición de dominio en el caso de que a la misma se le imponga una obligación de suministro y el impacto positivo esperado que la imposición de tal obligación podría generar sobre el nivel de innovación de la industria en su conjunto<sup>665</sup>. La explicación del *rationale* que subyace a la articulación del *test* del balance de los incentivos ha sido ilustrada por la misma Comisión Europea que, posteriormente a la decisión del asunto *Microsoft*, ha puesto de relieve que: “[...] el hecho de saber que pueden estar obligadas a suministrar en contra de su voluntad puede llevar a las empresas dominantes a no invertir o a invertir menos en la actividad en cuestión. Además, los competidores pueden tener la tentación de aprovecharse de las inversiones de la empresa dominante en lugar de invertir ellos mismos”<sup>666</sup>.

---

<sup>664</sup> ZENGER y WALKER (2012, págs. 202 y sigs.).

<sup>665</sup> DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, ap. 712. En realidad, la Comisión Europea acreditó que la negativa de suministro de Microsoft no estaba justificada y configuraba una conducta anticompetitiva también en consideración de los siguientes argumentos: *i*) se habían desestimado las alegaciones de Microsoft relativas al temor a la clonación de sus productos (DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, aps. 713-729); *ii*) se había expuesto que la divulgación de la información relativa a la interoperabilidad era una práctica extendida del sector (DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, aps. 730-735); *iii*) se había indicado que el compromiso contraído por IBM frente a la Comisión en 1984 no era sustancialmente diferente de lo que se ordenaba a Microsoft (DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, aps. 736-742); *iv*) el planteamiento de la Comisión Europea se ajustaba a la Directiva 91/250 (DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, aps. 743-763). Al respecto véase también VEZZOSO (2006, págs. 382-390).

<sup>666</sup> En las Orientaciones sobre el art. 82 del TCE, en particular, la Comisión Europea ha presentado un *test* articulado sobre la realización de un balance entre los efectos perjudiciales en el largo plazo de la negativa a contratar realizada por una empresa en

El TGUE, por su parte, consideró que Microsoft no podía justificar la negativa de licencia sobre la base de la mera necesidad de proteger sus IPRs<sup>667</sup>. Microsoft, en efecto, había invocado como justificación de su comportamiento el hecho de que la tecnología con respecto a la cual su competidor había solicitado el acceso estaba amparada por IPRs y que, si hubiese tenido que permitir a terceros el acceso a la misma, eso habría eliminado los incentivos futuros para invertir en innovación y desarrollo tecnológico<sup>668</sup>. Además se tuvo en gran consideración el hecho de que la intervención de la Comisión Europea en materia *antitrust* estaba también dirigida a promover la eficiencia dinámica en el mercado que, por consiguiente, se resolvía en la capacidad de los competidores de la empresa dominante para innovar y competir en un mercado descendente. Por eso, la imposición por vía remedial de una licencia obligatoria no determinaba una disminución de los incentivos de la empresa dominante a innovar cuando este

---

posición de dominio y los efectos producidos por la imposición a la misma de una obligación de suministro en favor de sus competidores en un mercado derivado. En la opinión del Ejecutivo comunitario, en particular, el perjuicio para los consumidores puede manifestarse bajo tres distintas formas: *i*) obstaculización de la comercialización de productos innovadores; *ii*) obstaculización de la innovación subsiguiente; *iii*) cuando el precio en el mercado ascendente del insumo está regulado, el precio en el mercado descendente no está regulado y la empresa dominante, al excluir a los competidores en el mercado descendente mediante una denegación de suministro, puede obtener en el mercado descendente no regulado más beneficios de los que obtendría en el caso contrario. Para la Comisión Europea, además, estos perjuicios se producen sólo en el caso de que los competidores no intentan limitarse a imitar los productos comercializados por la empresa dominante en el mercado descendente, sino que se planteen producir productos nuevos o mejorados para los que existe una demanda potencial o que puedan contribuir al desarrollo técnico. Por último se reconoce a la empresa dominante la posibilidad de justificar la oposición de una negativa de suministro. Al respecto es necesario que la empresa supuestamente infractora demuestre que: *i*) la denegación de suministro es necesaria para que la empresa dominante pueda obtener un rendimiento adecuado de las inversiones necesarias para desarrollar su actividad comercial de suministro de insumos, lo que crea incentivos para seguir invirtiendo en el futuro, teniendo en cuenta el riesgo de fracaso del proyecto; *ii*) que su propia innovación se verá afectada negativamente por la obligación de suministro o por los cambios estructurales de las condiciones de mercado que conllevará la imposición de dicha obligación, incluido el desarrollo de la innovación subsiguiente por parte de los competidores. Orientaciones sobre el art. 82, *cit.*, aps. 75-90.

<sup>667</sup> STG de 17 de septiembre de 2007, Microsoft Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 690.

<sup>668</sup> DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, ap. 709. Microsoft, a quien incumbía la carga de la prueba, no había acreditado de manera suficiente que si hubiese estado obligada a divulgar la información relativa a la interoperabilidad, esto habría tenido una incidencia negativa importante en sus incentivos para innovar. STG de 17 de septiembre de 2007, Microsoft Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, aps. 688 y 697.

remedio se hubiese aplicado con el fin de fomentar la competencia por sustitución y no, en cambio, la competencia por imitación. En tales supuestos, en efecto, lo que se intenta lograr es, por un lado, que la empresa dominante obtenga un beneficio económico de la explotación de sus IPRs mediante la concesión de licencias, sin que eso altere sus incentivos a seguir innovando y, por el otro, que también los competidores, gracias a la posibilidad de acceder a la información protegida a través de un régimen de propiedad intelectual, puedan seguir innovando, aunque no puedan limitarse a imitar los productos de la empresa dominante y tengan que diferenciar la oferta de los productos finales que ofrecen a los consumidores.

Al respecto, URIBE PIEDRAHITA (2013, pág. 292) ha observado que: “[L]a aplicación de un balance sobre las eficiencias dinámicas en el sentido del Tribunal General y el *test* del balance de los incentivos en el sentido de la Comisión en el asunto Microsoft, si bien puede presentar dificultades significativas en otros casos, se beneficia en este asunto de la estructura del mercado (barreras a la entrada por la existencia de un estándar de hecho y efectos de red), los comportamientos de la empresa dominante con anterioridad a la entrada en el mercado donde ocurre la restricción de la competencia (disminución de los niveles de suministro de información), la valoración positiva de los consumidores de los productos de los competidores y los antecedentes de competencia existentes (valoración *ex post* de los efectos del comportamiento de Microsoft), elementos todos que demuestran una tendencia innovadora en el mercado y garantizan el poder de elección del consumidor sobre las diferentes alternativas”.

Sin embargo, el *test* del balance de los incentivos aplicado en el asunto *Microsoft* ha sido criticado por parte de AHLBORN y EVANS (2009, págs. 887 y sigs.) que han considerado que la interpretación del TGUE, al variar el criterio del nuevo producto, había disminuido el umbral establecido en el asunto *Magill* sobre el balance de la competencia dinámica en relación con los incentivos a innovar y la eficiencia estática de la competencia de precio, favoreciendo la protección del segundo tipo de competencia. LÉVÊQUE (2005, págs. 71 y sigs.) también ha criticado la decisión de la Comisión Europea en la parte en que se presume que gracias a una mayor competencia habría tenido lugar una mayor innovación en el mercado.

Tales críticas, sin embargo, no tomaron en consideración una serie de elementos fundamentales, cuales: *i*) la Comisión Europea y el TGUE pudieron llevar a cabo un análisis *ex post* de los efectos de la disminución de los niveles de suministro, así como de la incidencia de la misma sobre las preferencias de los consumidores por los productos de los competidores de la empresa dominante; *ii*) Microsoft, a través de la oposición de una negativa de suministro, aprovechando de los efectos de red existentes en el mercado, así como de la circunstancia que su sistema operativo Windows constituía un estándar de hecho (eso implicaba que cualquier innovación era dependiente del nivel y grado de acceso al estándar), habría podido cerrar el mercado; *iii*) el mercado en que fue opuesta la negativa se

caracterizaba por los aspectos de la presencia de innovación, rápido crecimiento y renovación constante, así que todos los competidores debían preocuparse por presentar nuevos productos y prestaciones, por eso la interoperabilidad resultaba un factor clave para que los consumidores pudieran adquirir nuevos productos y existiera una tasa de innovación constante entre los competidores.

A la luz de estas premisas cabe preguntarse si el recurso a la *convenient facility doctrine* pueda justificarse desde el punto de vista económico y sea adecuado para determinar en qué supuestos este tipo de negativa de suministro pueda integrar los extremos de una conducta contraria al artículo 102 del TFUE. La cuestión resulta particularmente compleja en cuanto presupondría que se estableciera de antemano ante cuales condiciones puede reputarse que un determinado contexto sea optimal para la innovación tecnológica: desde el punto de vista económico todavía no se ha encontrado una solución unánimemente compartida. El problema de fondo es que tanto las empresas que poseen un poder de mercado de tipo monopolístico, como las empresas que poseen muy pocas perspectivas de alcanzar dicha posición, suelen tener escasos incentivos en realizar inversiones en I+D. Lo difícil es establecer, entre estos dos extremos, cual es el escenario que permita proporcionar un grado óptimo de protección para los intereses en juego, es decir un escenario que al mismo tiempo garantice el mantenimiento de un cierto nivel de competencia en el mercado y no neutralice los incentivos a innovar de los diferentes *players* (empresa dominante y competidores).

RIDYARD (2004, pág. 671) ha claramente evidenciado que la Comisión Europea, solucionando el asunto *Microsoft* mediante un cambio de paradigma que ha conducido a la adopción de la *convenient facility doctrine*, se ha de hecho encargado de establecer cual es el contexto optimal para la innovación tecnológica. En última instancia, por lo tanto, puede afirmarse que el Ejecutivo comunitario ha extendido el alcance del *test* de las circunstancias excepcionales y, recurriendo a un *micromanagement approach*, se ha arrogado la facultad de establecer, en dichos supuestos, cual debería ser el balance óptimo entre el mantenimiento de los incentivos a innovar en favor de las empresas que resultan titulares de un IPR y los beneficios que descienden del fomento de la competencia y del incremento de los incentivos a realizar inversiones en innovación subsiguiente o por sustitución.

#### **3.4.4. El remedio comportamental impuesto en el asunto *Microsoft*: la obligación de suministrar la *interface information* a través de la concesión de licencias obligatorias**

Por lo que concierne a los remedios *antitrust* de naturaleza pública impuestos a Microsoft por haber realizado una práctica contraria al artículo 82 del TCE y

consistente en la oposición a los competidores<sup>669</sup> de una negativa de suministro de la información necesaria para competir en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo (*interface information*), la Comisión Europea ordenó con arreglo al artículo 3 del Reglamento CE 17/1962 a la empresa infractora que revelara dicha información y permitiera su utilización para el desarrollo de productos compatibles con su sistema operativo dominante (*Windows*)<sup>670</sup>.

El Ejecutivo comunitario, en particular, impuso a Microsoft una obligación de suministrar las especificaciones de protocolos y garantizar la interoperabilidad de su sistema operativo para ordenadores personales con las funciones esenciales que normalmente caracterizan las redes de grupos de trabajo. La Comisión Europea estableció expresamente que dicha obligación de *disclosure* no requería que Microsoft pusiera a disposición de sus competidores también el propio código fuente, es decir el código que la misma empresa dominante empleaba para desarrollar aplicaciones compatibles con el sistema operativo *Windows*. Sin embargo, formaba parte del contenido de la obligación de *disclosure* la actualización continua de la *interface information*, en cuanto la misma resultaba necesaria para permitir que los competidores siguieran desarrollando aplicaciones compatibles con las versiones del sistema operativo *Windows* posteriormente comercializadas por Microsoft. En ausencia de esta actualización, en efecto, los competidores no serían capaces de competir con la empresa dominante, en cuanto los consumidores no habrían tenido algún interés en adquirir productos incompatibles con el sistema operativo de su ordenador personal<sup>671</sup>. Al respecto cabe observar que el remedio impuesto a Microsoft asumía una connotación de *longer term supply obligation*, parecida a la conformación del remedio que la Comisión Europea había anteriormente impuesto a la empresa dominante en el asunto *Zoja*<sup>672</sup>.

---

<sup>669</sup> El Ejecutivo comunitario, además, especificó que la orden impuesta a Microsoft no solo habría tenido que aplicarse al competidor Sun, sino que habría tenido que ser también extendida a todos los supuestos en que una empresa hubiese necesitado la *interface information* para desarrollar productos en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo. Resumen de la DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, ap. 30.

<sup>670</sup> Para la Comisión Europea la orden de suministro de la *interface information* constituya el remedio natural para el asunto *Microsoft*. DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, ap. 998.

<sup>671</sup> *Ibidem*, ap. 1000.

<sup>672</sup> DCE de 14 de diciembre de 1972, IV/26.911 – *Zoja/C.S.C.-ICI (72/457/CEE)*, *cit.*, artículo 2. Posteriormente el TJUE confirmó la decisión de la Comisión Europea también por lo que concernía a la imposición de este tipo de medidas remediales, estableciendo que la previsión de una obligación de suministro de larga duración (el *wording* empleado fue el siguiente: “obligar a las empresas interesadas a que le hagan propuestas para que la situación vuelva a ser conforme con las exigencias del Tratado”) era necesaria para evitar la repetición de la conducta anticompetitiva. STJ de 6 de marzo

El *enforcer* comunitario, además, se pronunció sobre el posible impacto de la decisión sancionadora respecto al ejercicio de los IPRs de la empresa dominante, así como acerca de la interferencia entre la responsabilidad *antitrust* y la protección de tales derechos, afirmando que si el cumplimiento de las obligaciones impuestas por vía remedial “pudiera hacer necesario que Microsoft se abstuviera de ejercer plenamente alguno de sus derechos de propiedad intelectual, ello estaría justificado por la necesidad de poner término al abuso”<sup>673</sup>.

Otro aspecto explícitamente afrontado por el Ejecutivo comunitario en la determinación del contenido y alcance del remedio público impuesto a Microsoft concernió a las condiciones bajo las cuales la empresa dominante habría tenido que revelar la información y permitir su uso a los competidores. Al respecto se estableció que dichas condiciones habrían tenido que ser razonables y no discriminatorias y, además, que este requisito debería aplicarse a cualquier retribución que Microsoft pudiera exigir por el suministro de la *interface information*<sup>674</sup> –por ejemplo la retribución no habría tenido que reflejar el valor estratégico que descendía del poder de mercado poseído en el mercado de los sistemas operativos para ordenadores personales o en aquéllo para sistemas operativos para grupos de trabajo<sup>675</sup>–. Por último, respecto de las futuras condiciones que Microsoft podía imponer entorno al suministro de la información relativa a las actualizaciones de su sistema operativo, se estableció expresamente que las mismas fuesen suficientemente predecibles<sup>676</sup>.

### **3.5. La aplicación del remedio de las licencias obligatorias en los supuestos de negativas a contratar opuestas por empresas dominantes que sean titulares de IPRs**

---

de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, aps. 45-46.

<sup>673</sup> DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, ap. 1004.

<sup>674</sup> *Ibidem*, ap. 1007.

<sup>675</sup> *Ibidem*, ap. 1008 *sub ii*). Otro ejemplo proporcionado por la Comisión Europea con respecto al carácter razonable y no discriminatorio que habrían tenido que asumir las condiciones a las cuales Microsoft estaba obligada a suministrar la *interface information* a sus competidores, afectaba al hecho de que la empresa dominante no podía imponer restricciones acerca de los productos sobre los cuales podían implementarse las especificaciones, con el fin de evitar que se produjeran incentivos negativos para el desarrollo de la competencia en el mercado de referencia o se restringiera de forma innecesaria la capacidad de innovación de los competidores. DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE), *cit.*, ap. 1008 *sub iii*).

<sup>676</sup> *Ibidem*, ap. 1008 *sub iv*).

### 3.5.1. Los criterios para establecer si las licencias obligatorias constituyen un remedio *antitrust* adecuado

La Comisión Europea, en su praxis aplicativa de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, ha hecho recurso a las licencias obligatorias como medidas remediales imponibles a las empresas involucradas en procedimientos administrativos de naturaleza *antitrust*. La posibilidad de acudir a este tipo específico de remedio encuentra su justificación en el hecho de que la tutela de la competencia constituye un interés jurídico que justifica la limitación de los IPRs. Al respecto FINE (2004, pág. 621) ha puesto de relieve que: “intellectual property rights are not sacrosanct and that where, in limited circumstances, the interests of intellectual property owners are outweighed by other public interests, there should be legal scope to accommodate these latter interests”. Esto quiere decir que la protección otorgada por el ordenamiento a los IPRs no sólo no es temporalmente indefinida, sino que ni siquiera es absoluta, puesto que al ocurrir de determinadas circunstancias –como por ejemplo la realización de conductas contrarias a la competencia por parte de los titulares de los IPRs– es posible comprimir legítimamente el nivel de tutela originariamente otorgado por el sistema jurídico<sup>677</sup>.

Las licencias obligatorias constituyen un remedio jurídico particularmente invasivo de la esfera jurídica de los sujetos afectados en cuanto atenúa el carácter exclusivo de los IPRs, por un lado, conllevando la compresión del derecho de propiedad sobre los bienes inmateriales objeto de tales derechos y, por el otro, restringe la libertad de contratar de sus titulares<sup>678</sup>. Por esto resulta de fundamental importancia tratar de establecer en cuales supuestos el recurso a esta herramienta de *enforcement* constituye un remedio adecuado para solucionar de forma eficiente un problema de competencia. Al respecto cabe antes de todo observar que del análisis de la praxis decisional de la Comisión Europea puede extraerse una primera limitación del ámbito de operatividad de este remedio, en cuanto el Ejecutivo comunitario ha recurrido a la imposición de licencias obligatorias para poner fin a una conducta anticompetitiva y restablecer las condiciones de competencia sólo en el caso de que los IPRs protejan bienes inmateriales que, desde la óptica *antitrust*, constituyen un recurso esencial para competir en el mercado afectado por el ilícito concurrencial.

---

<sup>677</sup> Las licencias obligatorias constituyen una excepción al sistema de los IPRs. Su imposición resulta justificada cada vez que resulta necesario proteger un concurrente interés público (no sólo la competencia), como por ejemplo la salud pública, el progreso tecnológico, la educación, etc. Sin embargo, ya en el ámbito del sistema de los IPRs se prevén supuestos en que cabe la posibilidad de que a los titulares de tales derechos se les imponga la obligación de conceder licencias obligatorias –por ejemplo, los artículos 30 y 31 de los ADPIC admiten la posibilidad de prever excepciones a los derechos exclusivos conferidos por una patente–.

<sup>678</sup> HEINEMANN (2005, pág. 64).

En primer lugar, para establecer cuando resulta adecuado recurrir, en el surco trazado por la Comisión Europea y los jueces comunitarios, a la imposición de licencias obligatorias de IPRs que protegen recursos esenciales, puede emplearse el parámetro del *consumer welfare*<sup>679</sup> y con arreglo al mismo averiguar si, después de la intervención pública, los consumidores obtienen o menos un beneficio del acceso de los competidores al recurso esencial de la empresa infractora. En particular, empleando este *benchmark* la imposición de licencias obligatorias resultaría adecuada sólo en el caso de que los costes de la acción de *public antitrust enforcement* de la Comisión Europea no excedan, por un lado, los costes que se generarían en ausencia de intervención pública (*v.gr.* los costes que deberían afrontar los competidores para encontrar otra alternativa viable, pese al hecho de que no han tenido acceso al recurso esencial) y, por el otro, el incremento del bienestar del consumidor (porque de no ser así el efecto sobre el *total welfare* resultaría negativo)<sup>680</sup>.

Sin embargo, el efecto de las licencias obligatorias resulta muy difícil de medir en la práctica si, en los supuestos en que la Comisión Europea ha estimado posible imponer este remedio, se lleva a cabo una evaluación fundada sobre la aplicación del parámetro del *consumer welfare*. Esto descende, en buena medida, del hecho de que algunas de las condiciones de los *tests* que se aplican para determinar si una negativa de suministro opuesta por una empresa dominante titular de un IPR sobre un recurso esencial constituya o menos una conducta anticompetitiva –cuales la indispensabilidad del recurso y la obstaculización en la creación de un nuevo producto– constituyen *proxies* que no permiten medir el impacto de la imposición de licencias obligatorias sobre el bienestar del consumidor y la eficiencia de la acción de *enforcement*<sup>681</sup>.

En segundo lugar, pese a la imposibilidad práctica de emplear la *proxy* del *consumer welfare*, la eficiencia en la imposición de licencias obligatorias puede medirse evaluando los costes de la acción de *enforcement* de la Comisión Europea, es decir los costes relacionados con la determinación del precio que los competidores de la empresa dominante tienen que pagar para acceder al recurso esencial, aquéllos conectados con la concreta aplicación de las antecitadas medidas remediales y aquéllos relativos a la subsiguiente fase de monitorización del cumplimiento de las mismas. Acudiendo a esta postura, en particular, sólo en el caso de que los costes de *enforcement* resulten más bajos de los costes que tendrían lugar en ausencia de intervención pública, la imposición de licencias obligatorias constituiría un adecuado remedio *antitrust*. De esto descende, por ejemplo, que en un supuesto en que la empresa dominante haya realizado ingentes inversiones

---

<sup>679</sup> VAN DAMME (2006, págs. 1 y sigs.).

<sup>680</sup> *Idem*, pág. 5.

<sup>681</sup> *Ibidem*.



en I+D para obtener una patente, pero tales inversiones sean total o parcialmente financiadas con recursos públicos, la imposición sobre dicha empresa de una obligación de otorgar licencias obligatorias en favor de los competidores, no daría lugar a costes de *enforcement* superiores a los costes que se generarían en ausencia de intervención administrativa, en cuanto sería muy leve el impacto de este remedio sobre los incentivos de la empresa infractora a realizar futuras inversiones en I+D.

### 3.5.2. La determinación del contenido de las licencias obligatorias

Cuando la Comisión Europea estima que las licencias obligatorias constituyen medidas adecuadas para remediar a un problema de competencia, debe necesariamente afrontar una cuestión ulterior, consistente en determinar de forma correcta el contenido de este remedio –es decir su alcance y el *quantum* de la remuneración que tiene que reconocerse en favor de la empresa infractora– puesto que una elección equivocada incidiría negativamente sobre la eficacia de su acción de *public antitrust enforcement*. Al respecto cabe antes de todo poner de relieve que entre las partes involucradas por la imposición de este remedio existe un conflicto de intereses en cuanto, por un lado, la empresa infractora que debe conceder la licencia obligatoria a los competidores tiene interés en limitar sus efectos y alcance tanto en la fase de determinación del contenido como en la sucesiva fase de monitorización de su aplicación y, por el otro, los competidores que benefician de la concesión de la licencia tienen interés en ampliar el contenido e incluir condiciones de acceso al recurso involucrado lo más favorable posible, y eso genera un problema de *free riding*. Por esto, si se dejaran estas fases a la mera negociación de las partes afectadas es muy probable que el remedio concretamente impuesto resulte ineficiente.

Existen por lo menos tres diferentes formas de buscar el mejor equilibrio entre estos dos contrapuestos intereses: *i)* dejar que las partes establezcan el contenido de las licencias obligatorias, introduciendo un correctivo por lo que se refiere a la determinación del contenido controvertido; *ii)* dejar que las partes establezcan el contenido de las licencias obligatorias y asignar a un tercero independiente la obligación de monitorizar que se cumplan efectivamente las obligaciones previstas con la imposición de este remedio; *iii)* prever que sea la Autoridad de competencia (en nuestro caso la Comisión Europea) el sujeto que establezca el contenido de las licencias obligatorias y, directamente, se ocupe de controlar su implementación.

La primera posibilidad, si bien representa la aproximación menos intervencionista, sufre un importante límite porque las partes podrían encontrar dificultades a lo largo de la negociación y no conseguir alcanzar un acuerdo. Por

esto puede preverse un mecanismo de corrección, consistente en dejar la determinación del contenido controvertido a un experto, tercero e independiente<sup>682</sup>. Dicha opción ha sido ya practicada por la Comisión Europea, como se desprende del análisis de la decisión sobre el asunto *IMS*. El Ejecutivo comunitario, en efecto, a través de su decisión de adopción de medidas cautelares no sólo impuso a la empresa dominante la obligación de otorgar licencias en favor de sus competidores, sino que estableció también que las *royalties* se determinaran mediante la estipulación de un acuerdo entre las empresas involucradas.

Además, la Comisión Europea previó que en el caso de que las antedichas empresas no consiguieran llegar a un acuerdo, la determinación del *quantum* de la remuneración para la empresa dominante fuera determinado por uno o más expertos escogidos de acuerdo entre las partes<sup>683</sup>. Este correctivo, sin embargo, funciona sólo si se imponen a las empresas afectadas ulteriores obligaciones, de carácter accesorio, que sirven para gestionar los problemas que surgen de la subsistencia de una asimetría de información. Al respecto cabe poner de relieve que las empresas dominantes, titulares de los IPRs que deben ser licenciados obligatoriamente, poseen una información más detallada y exhaustiva sobre las condiciones de mercado y su estructura de costes respecto de aquella que suele tener la Comisión Europea, así que son las mismas que se hallan mejor situadas para determinar el contenido y alcance de un remedio *antitrust* como las licencias obligatorias. Ahora bien, cuando la posibilidad de lograr un acuerdo con los competidores fracasa y entran en juego los expertos independientes, este correctivo resulta realmente efectivo si tales sujetos están efectivamente en condiciones de determinar el contenido técnico y controvertido de las *royalties*: es decir si poseen la información necesaria para desarrollar el encargo que le ha sido asignado por el *public enforcer*. Esto quiere decir que la Comisión Europea, cuando acude a este mecanismo, debe imponer sobre las empresas afectadas (en particular, sobre la empresa dominante titular de los IPRs) una obligación de proporcionar la información relevante y, al mismo tiempo, debe imponer sobre los expertos independientes una obligación de confidencialidad e imparcialidad, para no vulnerar los intereses económicos conectados con la naturaleza reservada de la información comercial proporcionada.

La segunda posibilidad, en cambio, se caracteriza por una primera fase en que el contenido de las licencias obligatorias se deja a la libre determinación de las empresas afectadas y una segunda en que se asigna a un tercero independiente la obligación de monitorizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones previstas en tales licencias. También esta solución, que sirve para solucionar los problemas

---

<sup>682</sup> WEBER WALLER (2012, págs. 575 y sigs.).

<sup>683</sup> DCE de 13 de agosto de 2003, COMP/D3/38.044 – NDC Health/IMS Health (2003/741/CE), *cit.*, ap. 215.

que surgen en la fase de monitorización del cumplimiento del remedio *antitrust*, ha sido prácticamente adoptada por la Comisión Europea, como se desprende del asunto *Microsoft* en que este tipo de control se encomendó a un tercero independiente (*monitoring trustee*)<sup>684</sup>. Los mandatarios independientes nombrados por la Comisión Europea, en particular, no juegan ningún papel en la determinación del contenido de las licencias obligatorias (las empresas afectadas resultan plenamente libres de actuar), limitándose sólo a controlar que las partes cumplan las obligaciones que descenden de la imposición de esta medida remedial (*ex post evaluation*)<sup>685</sup>.

Una cuestión relevante respecto de la actividad desarrollada por el *monitoring trustee* concierne a la legitimidad de su comportamiento. Este sujeto, en efecto, es un mero mandatario de la Comisión Europea y no uno de sus funcionarios, así que sus decisiones no resultan de por sí vinculantes para las empresas destinatarias. La gestión de los problemas que pueden surgir de la actividad de un *monitoring trustee* debería seguir el siguiente esquema: *i*) en el caso de que las decisiones del mandatario ya hayan convergido en una decisión de la Comisión Europea, las empresas afectadas pueden impugnar directamente el acto de la Institución comunitaria; *ii*) en el caso de que las decisiones del *monitoring trustee* todavía no hayan convergido en una decisión de la Comisión Europea, las empresas afectadas pueden formular una reclamación ante el Ejecutivo comunitario y luego, eventualmente, impugnar la decisión que el mismo asuma<sup>686</sup>.

Por último, por lo que respecta a la tercera posibilidad, cabe poner de relieve que dejar que sea el *public enforcer* el sujeto encargado de establecer el contenido de esta medida remedial y controlar su aplicación constituye la vía de *enforcement* más invasiva y se resuelve en una forma de regulación de los IPRs objeto de la intervención administrativa. En realidad no se trata de una verdadera forma de regulación, sino más bien de una *regulatory-type intervention*, puesto que la acción de la Comisión Europea se realiza *ex post facto* y no afecta de forma general a un determinado ámbito normativo, siendo meramente llevada a cabo por vía remedial<sup>687</sup>.

---

<sup>684</sup> DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, *cit.*, aps. 1043-1048. Ya hemos puesto de relieve (*vid. supra sub §.II.6.2*) que la decisión de la Comisión Europea fue posteriormente anulada por el TGUE en cuanto se había dispuesto que el mandatario vigilase sin alguna limitación temporal el cumplimiento de las obligaciones que descendían de las medidas remediales impuestas a la empresa infractora, lo que resultaba contrario al principio de derecho *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, resolviéndose en la concesión, a un mandatario independiente, de facultades que el mismo Ejecutivo comunitario no poseía y, por lo tanto, no podía otorgar a terceros.

<sup>685</sup> LÉVÊQUE (2004b, pág. 19).

<sup>686</sup> KERSE y KHAN (2012, pág. 468).

<sup>687</sup> HOVENKAMP (2005a, pág. 313).

El problema del carácter regulatorio que asumiría la intervención administrativa si el Ejecutivo comunitario escogiera esta vía de *enforcement* constituye el nudo fundamental de la cuestión. Se trata de un problema que ya se ha puesto de relieve con respecto a la imposición de remedios *antitrust* de naturaleza pública mediante el recurso a la herramienta procedimental de los compromisos, en cuanto con respecto a la adopción de las *commitment decisions* el legislador comunitario ha otorgado a la Comisión Europea un mayor margen de maniobra en la determinación del contenido de las medidas remediales. Al respecto consideramos oportuno mencionar la posición asumida por AREEDA (1989, pág. 853) –si bien este autor haga referencia a la experiencia *antitrust* norteamericana, en que la actividad de *enforcement* asume un carácter mayormente jurisdiccional, pese al rol que ha históricamente jugado la aplicación privada de esta normativa y al papel reservado a los jueces en el ámbito del *public antitrust enforcement*– que ha textualmente afirmado que: “No court should impose a duty to deal that it cannot explain or adequately and reasonably supervise. The problema should be deemed irremediable by antitrust law when compulsory Access requires the court to assume the day-to-day controls characteristic of a regulatory agency”. La observación de este autor nos lleva a concluir que no sería eficiente encomendar a la Comisión Europea la tarea de determinar autónomamente el contenido de las licencias obligatorias y pretender que la misma se ocupe también de la subsiguiente fase de supervisión del cumplimiento de las obligaciones impuestas, en cuanto la misma, por su conformación institucional y por los *budget constraints* que inciden sobre todas las autoridades públicas, no representaría un eficiente *day-to-day enforcer* de obligaciones caracterizadas por un elevado contenido técnico<sup>688</sup>.

El aspecto más problemático de la determinación del contenido de las licencias obligatorias consiste en la cuantificación de las *royalties* que tienen que reconocerse a los titulares de los IPRs licenciados. En efecto, la realización de una elección equivocada sobre este extremo conduce a la imposición de un remedio ineficiente, como demuestra el hecho de que la determinación de *royalties* excesivas conduce a la compresión de la capacidad competitiva de los competidores actuales y los *newcomers*. Asimismo, la determinación de un nivel de *royalties* extremadamente bajo desincentiva la realización de futuras inversiones en I+D.

Analizando la praxis decisional de la Comisión Europea el dato que emerge es que en ningún caso el Ejecutivo comunitario ha determinado directamente las *royalties* que deben reconocerse en favor de las empresas infractoras. En los asuntos enjuiciados, en efecto, la Comisión Europea se ha limitado a afirmar que

---

<sup>688</sup> Una posición parecida ha sido asumida por el Tribunal Supremo de EE.UU. en el ámbito del asunto *Trinko*. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

el *quantum* de esta remuneración debe ser justo, razonable <sup>689</sup> y no discriminatorio<sup>690</sup> –para referirse a los términos de la licencia de un IPR se suele emplear el acrónimo FRAND (*fair, reasonable and non-discriminatory*)–.

Con respecto al significado de los términos FRAND, DOLMANS (2002, págs. 163 y sigs.) ha puesto de relieve que el recurso a tales criterios guías para la determinación de las *royalties* en los supuestos de concesión de licencias obligatorias descende directamente de la aplicación del artículo 102, apartado 1, lit. *a*), del TFUE: por lo tanto, en el caso de que el nivel de la remuneración se haya determinado de forma extremadamente baja, alta o no uniforme con respecto a situaciones parecidas, las *royalties* se configurarán como condiciones de transacción no equitativas. Este autor, en particular, ha afirmado que por remuneración justa y razonable ha de entenderse una remuneración justificable, sensata y no explotadora; mientras que el carácter no discriminatorio subsiste sólo en el caso de que no todos los sujetos que podrían potencialmente beneficiarse de la concesión de este tipo de licencia tengan acceso a la misma en igualdad de condiciones.

Para establecer en concreto cuando la remuneración no resulta discriminatoria puede acudir a diferentes métodos. En primer lugar pueden considerarse los términos de las licencias otorgadas en el pasado por el titular de los IPRs involucrados en la conducta anticompetitiva de que se trate. En segundo lugar, en ausencia de datos históricos, puede emplearse el criterio del *id quod plerumque accidit*<sup>691</sup>: al respecto cabe añadir que subsiste la posibilidad de desviarse de este parámetro sólo si las condiciones de las empresas afectadas por este remedio resultan diferentes (principio de no discriminación en sentido sustancial). En extrema síntesis puede afirmarse que el respeto de este criterio sirve para garantizar que todas las empresas que actúan o quieren actuar en el mercado afectado por la infracción *antitrust* que ha dado lugar a la imposición del remedio

---

<sup>689</sup> En el ámbito del asunto *IBM*, por ejemplo, la Comisión Europea había establecido que la satisfacción de estos criterios residía en una combinación de dos factores: *i*) el coste incremental que debía soportarse para proporcionar la información relativa a la interoperabilidad de los sistemas operativos; *ii*) las ganancias que habrían podido razonablemente esperarse de la explotación económica de esta información. En particular, algunos de los parámetros para establecer cuando tales ganancias podían considerarse razonables fueron: *i*) las *royalties* establecidas en los acuerdos de licencia que la empresa dominante ya había estipulado; *ii*) las costumbres mercantiles inherentes a la fijación del precio de acceso a una información jurídicamente protegida. DCE de 18 de abril de 1984, IV/30849 – IBM personal computer (84/233/CEE), *cit.*

<sup>690</sup> RIDYARD (2004, pág. 671) ha puesto de relieve que el principio de no discriminación puede ser empleado para lograr dos distintos objetivos: *i*) garantizar que las condiciones a las que se concede la licencia no generen una distorsión competitiva entre los *licensees*; *ii*) regular el nivel de los precios con respecto al acceso obligatorio al recurso esencial protegido por un IPR.

<sup>691</sup> SIRAGUSA (1998, pág. 196).

de las licencias obligatorias, puedan competir al menos inicialmente en condiciones de paridad (*level playing field*).

En ausencia de una expresa posición de la Comisión Europea entorno a la determinación de los específicos criterios de cálculo de las *royalties* en los supuestos de concesión de licencias obligatorias de IPRs, consideramos oportuno analizar los diferentes métodos de cálculo que se han elaborado en el marco de la teoría económica para establecer cual es el precio que los terceros deben pagar para tener acceso a las infraestructuras esenciales constituidas por bienes tangibles. Dichos métodos, en particular, presentan un rasgo común constituido por el hecho de que la determinación de este precio de acceso se fundamenta sobre un parámetro de coste. Sin embargo, estos métodos no pueden emplearse *sic et simpliciter* cuando se trata de determinar el *quantum* de la remuneración que debe reconocerse al titular de IPRs cuando este sujeto está jurídicamente obligado a conceder este tipo de licencia a los competidores, en cuanto tales derechos poseen unas características peculiares que resulta necesario tomar en consideración. En particular, los IPRs protegen *free goods* y *public goods* y eso implica que su coste marginal de producción es muy bajo en comparación con el coste de creación (*invention cost*). Otros rasgos típicos residen, por un lado, en el hecho de que el valor de tales derechos, que se refleja en el precio de los bienes protegidos, se determina en función de la demanda (*demand driven*) y, por el otro, en la subsistencia de una asimetría de información que dificulta la evaluación de las inversiones realizadas para lograr su creación<sup>692</sup> (*investment cost*). Por último cabe también subrayar que para el titular de los IPRs el coste incremental de otorgar licencias sobre los mismos es muy bajo o igual a cero<sup>693</sup>.

Una primera aproximación consiste en tomar en consideración los costes que la empresa titular de la infraestructura esencial debe soportar para conceder el acceso a la misma en favor de terceros (*operating costs*). El utilizzo de este parámetro de coste ha sido objeto de críticas porque considera únicamente las eficiencias estáticas, sin tener en cuenta los costes de inversión con consiguiente repercusión negativa sobre los incentivos a invertir de las empresas que deben conceder el acceso a sus infraestructuras esenciales<sup>694</sup>. Además, emplear este *benchmark* para determinar el precio del acceso a una *essential facility* conllevaría un efecto parecido a la confiscación de bienes tangibles<sup>695</sup>. El hecho de que los *operating costs* no toman en consideración los costes de inversión no convierte los mismos en un adecuado parámetro de determinación de las *royalties* en los supuestos de concesión de licencias obligatorias sobre IPRs, puesto que la

---

<sup>692</sup> RIDYARD (2004, pág. 672).

<sup>693</sup> *Idem*, pág. 671.

<sup>694</sup> RIDYARD (1996, pág. 451).

<sup>695</sup> En este sentido, por ejemplo, se ha pronunciado el Tribunal Supremo de EE.UU. en el asunto *Verizon Communications Inc. v. FCC*, 535 U.S. 467, 495-496 (2002).

adquisición de la titularidad jurídica de tales derechos implica la realización de inversiones de recursos económicos y temporales (que resultan particularmente ingentes en el caso de las patentes).

Para obviar a este problema podría emplearse un método de cálculo que tome en consideración los costes de inversión, así como aquéllos de desarrollo y mantenimiento de la infraestructura (*remuneration of the investments approach*). DOLMANS (2002, pág. 201) ha puesto de relieve que la aplicación de este criterio de cálculo en el campo de los IPRs conduciría a determinar las *royalties* que deben pagarse ante la concesión de licencias obligatorias sobre la base de un parámetro histórico de coste, que se basa sobre los costes totales, fijos y variables, soportados para desarrollar, producir y comercializar la tecnología protegida. El recurso a este *benchmark*, por un lado, resultaría problemático pese a la dificultad de determinar la cuantía de los costes de inversión (sobre todo cuando se recurre al utilizzo de parámetros más específicos, como por ejemplo el *forward-looking long-run average incremental cost*) y, por el otro, resultaría inadecuado tanto por no ser susceptible de recompensar el riesgo aparejado a la originaria decisión de invertir en I+D<sup>696</sup>, como por no permitir que el licenciante recurra a estrategias de subvenciones cruzadas para hacer frente a las pérdidas de proyectos fracasados<sup>697</sup> —con consiguiente pérdida de competitividad e incentivos en realizar ulteriores inversiones en el futuro—.

Otro método de cálculo es aquéllo que utiliza como párametro de determinación del precio de acceso el coste de oportunidad asociado a la porción de infraestructura que el *incumbent* dejaría de utilizar cuando permite que sus competidores tengan acceso a la misma<sup>698</sup> (*efficient component pricing*) —en realidad lo que se tiene en cuenta son las ganancias que el propietario de la infraestructura esencial pierde como consecuencia del acceso de los competidores—. Bajo la

---

<sup>696</sup> Al respecto, el Ejecutivo comunitario ha considerado que: “The risks facing the parties and the sunk investment that must be committed may thus mean that an dominant firm should be allowed to exclude others for a certain period of time in order to ensure an adequate return on such investment, even when this entails eliminating effective competition during this period”. Discussion Paper art. 82, *cit.*, ap. 235. Esto quiere decir que en los supuestos en que resulta justificado imponer al *incumbent* la obligación de dejar que los competidores accedan a su infraestructura, no puede pasarse por alto la evaluación de los riesgos de inversión en la determinación del precio del acceso.

<sup>697</sup> La Comisión Europea, siempre en su Discussion Paper sobre el aplicación del artículo 82 del TCE, ha considerado relevante tener en cuenta dicha exigencias afirmando textualmente que: “in order to maintain incentives to invest and innovate, the dominant firm must not be unduly restricted in the exploitation of valuable results of the investment. For these reasons the dominant firm should normally be free to seek compensation for successful projects that is sufficient to maintain investment incentives, taking the risk of failed projects into account [...]”. Discussion Paper art. 82, *cit.*, ap. 235.

<sup>698</sup> BAUMOL *et al.* (1997, págs. 145 y sigs.).

aplicación de este *benchmark* la determinación del precio de acceso es justa y razonable cuando para el titular de la infraestructura esencial resulta indiferente aceptar su pago o continuar la actividad de empresa (*v.gr.* seguir suministrando el *input* esencial con el mismo nivel de *output*). Este sistema de cálculo presenta una doble ventaja: *i)* no incide de forma muy negativa sobre los incentivos a realizar futuras inversiones por parte de los titulares de la infraestructura esencial; *ii)* permite que entren en el mercado sólo los competidores eficientes como el *incumbent*<sup>699</sup>.

Un primer problema que debe ser afrontado con respecto al utilizzo de este método de cálculo para la determinación de las *royalties* en el supuesto que estamos analizando, consiste en establecer si deben ser tenidas en cuenta las ganancias supracompetitivas que la empresa infractora podría dejar de obtener. La Comisión Europea se ha pronunciado negativamente sobre esta posibilidad, afirmando que: “The requirement for the terms imposed by Microsoft to be reasonable and nondiscriminatory applies in particular: [...] to any remuneration that Microsoft might charge for supply; such a remuneration should not reflect the ‘strategic value’ stemming from Microsoft’s market power in the client PC operating system market or in the work group server operating system market [...]”<sup>700</sup>. En la opinión del Ejecutivo comunitario, por lo tanto, el licenciante no puede fijar los términos de la licencia obligatoria sobre sus IPRs de manera tal que la concesión de la misma se resuelva en un medio de protección de las rentas supracompetitivas a las que tenía anteriormente acceso en virtud de su posición de mercado y de la titularidad exclusiva de estos derechos, porque de ser así tales condiciones no serían FRAND.

A la luz de estas consideraciones, reputamos oportuno acudir a la fórmula de la *efficient component pricing rule* elaborada por DOLMANS (2002, pág. 204) –si bien con referencia a la concesión de licencias obligatorias de estándares– y con arreglo a la cual las *royalties* deberían ser calculadas del siguiente modo: en primer lugar es necesario establecer cual es el coste marginal de suministrar la tecnología sobre la que recaen los IPRs y luego restar a este valor el beneficio que desciende de su utilización exclusiva; sucesivamente sumar a este resultado intermedio el coste de oportunidad existente en un escenario en que el titular de los IPRs pueda elegir si licenciar o menos tales derechos y, por último, restar al valor que se obtiene el coste marginal de utilización de la tecnología en este escenario contrafáctico. Una fórmula más sintética de la *efficient component pricing rule* ha sido en cambio propuesta por SWANSON y BAUMOL (2005, pág. 32) que han afirmado que el método correcto para determinar el valor de las *royalties* se basa sobre la idea de que el mismo debe ser igual al coste que el titular de los IPRs que deben ser

---

<sup>699</sup> RIDYARD (1996, pág. 450).

<sup>700</sup> DCE de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft, *cit.*, ap. 1008.



licenciados está cargando sobre sí mismo para explotarlos económicamente (*parity principle*)<sup>701</sup>.

Si bien no hemos ilustrado de forma exhaustiva todos los métodos de cálculo<sup>702</sup> que pueden aplicarse para determinar las *royalties* en los supuestos de imposición, por vía remedial, de licencias obligatorias de IPRs sobre las empresas dominantes en virtud de su infracción del Derecho de la competencia, estimamos que la *efficient component pricing rule* constituya un válido método de determinación FRAND de tales *royalties*. En efecto, la aplicación de esta fórmula presenta una serie de aspectos positivos cuales, por ejemplo, la ya mencionada propensión a dejar que entren en el mercado sólo las empresas tan eficientes como el *incumbent* licenciante y la salvaguardia de los incentivos a realizar ulteriores inversiones en I+D en el futuro<sup>703</sup>.

---

<sup>701</sup> La fórmula elaborada por estos autores es la siguiente:  $P_i = P_f - IC_r$  (allí donde  $P_i$  es el coste implícito que el titular de los IPRs está imponiendo a sí mismo para utilizarlos;  $P_f$  es el precio que pagan los consumidores finales del producto;  $IC_r$  es el coste incremental de los demás *inputs* necesarios para producir el producto final). Los economistas afirman que dicha ecuación es idéntica a la ecuación en que el precio implícito ( $P_i$ ) está asociado al resultado de la sustracción entre costes incrementales de producción ( $IC_i$ ) y coste de oportunidad de licenciar los IPRs ( $OC$ ):  $P_i = IC_i - OC$ .

<sup>702</sup> Cfr., *ex multis*, EZRACHI y MAGGIOLINO (2012, págs. 595 y sigs.).

<sup>703</sup> SWANSON y BAUMOL (2005, pág. 30).





## CAPÍTULO CUARTO

### LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EUROPEA: EL DESARROLLO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS *ANTITRUST DAMAGES ACTIONS*

#### SINOPSIS

El remedio indemnizatorio constituye una de las principales herramientas del *private antitrust enforcement* en cuanto colma una carencia del sistema de aplicación pública de la normativa de defensa de la competencia, proporcionando una tutela resarcitoria a las víctimas de ilícitos concurrenciales. Este remedio, en la última década, ha sido al centro del debate comunitario, cuyos resultados han conducido las Instituciones comunitarias a adoptar una serie de reglas para armonizar algunos aspectos de las acciones indemnizatorias por daños y perjuicios ocasionados por la infracción de la normativa *antitrust* comunitaria. En este capítulo, arrancando del análisis de las principales características del sistema de aplicación privada de la normativa *antitrust* estadounidense y tomando además en consideración los principales pronunciamientos jurisprudenciales que el TJUE ha dictado en esta materia, realizaremos un estudio analítico de las propuestas formuladas por la Comisión Europea mediante la adopción de un Libro Verde y un Libro Blanco, con particular referencia a las posiciones asumidas con respecto a cada una de ellas por los *stakeholders* españoles.

#### 1. Introducción

Hoy en día en los principales ordenamientos jurídicos continentales de *civil y common law*, a la aplicación pública de las normas de defensa de la competencia, que se realiza a través de la acción administrativa de la Comisión Europea y las ANC, se acompaña también una aplicación de naturaleza privada, encomendada a los jueces nacionales y principalmente articulada alrededor del principio de la responsabilidad civil del ilícito concurrencial.

JACOBS y DEISENHOFER (2003, pág. 189), WILS (2005, págs. 19-20), BÖGE y OST (2006, pág. 197) y FATTORI y TODINO (2010, pág. 481) han puesto de relieve que la normativa *antitrust* es susceptible de una doble aplicación en los conflictos *inter privatos*. En efecto, los particulares pueden invocar la aplicación privada del Derecho de la competencia, por un lado, como forma de defensa de su esfera jurídica (Derecho *antitrust* como escudo) –este supuesto, por ejemplo, se verifica cuando una empresa objeta la vulneración del artículo 101 del TFUE (o aquella de la correspondiente norma nacional) para resistir en juicio a la demanda de la contraparte con que se haya pedido la ejecución judicial de un contrato de naturaleza anticompetitiva– y, por el otro, como medio para obtener el

reconocimiento judicial de un derecho subjetivo (Derecho *antitrust* como espada) –este supuesto, por ejemplo, se verifica cuando un sujeto perjudicado por la realización de una conducta o práctica anticompetitiva entabla un juicio de indemnización por daños y perjuicios–.

HJELMENG (2013, pág. 1010) ha evidenciado que los remedios de naturaleza privada protegen en un doble sentido la esfera jurídica de los agentes económicos negativamente afectados por la realización de una práctica anticompetitiva. En primer lugar, desde el enfoque de la competencia como requisito previo para el desarrollo de la libertad económica, los remedios que pueden imponerse en el marco del *private antitrust enforcement* concurren a asegurar las condiciones para competir en el mercado. En segundo lugar, desde la perspectiva de la competencia como resultado del proceso de libre enfrentamiento empresarial en el mercado, los beneficios que descienden de la imposición de remedios de naturaleza privada, se miden en términos de precios más bajos, mejor calidad y mayor nivel de desarrollo tecnológico.

Por último cabe evidenciar que, en términos generales, los remedios de naturaleza privada cumplen tres distintas funciones. Estas medidas antes de todo sirven para compensar los sujetos perjudicados por un ilícito concurrencial y nosotros, como ilustraremos más en detalle en los siguientes párrafos de este capítulo, creemos que esta sea su función jurídica preeminente, en cuanto resulta idónea para llenar el vacío de tutela existente en el ámbito del *public antitrust enforcement*<sup>704</sup>. Dichos remedios, además, sirven para poner fin a una infracción, en cuanto al órgano jurisdiccional puede pedirse la adopción de medidas cautelares y ordenes de cesación<sup>705</sup>. Por último, la imposición de estas medidas contribuye, junto con las herramientas punitivas propias de la aplicación pública del Derecho de la competencia, a producir un efecto disuasorio sobre las empresas infractoras y las demás empresas de la industria afectada por el ilícito concurrencial.

---

<sup>704</sup> KOMNINOS (2006, pág. 9). En el sistema norteamericano, sin embargo, las Autoridades de la competencia tienen el poder de ejercer directamente la acción de daños y perjuicios en lugar y en favor de los sujetos negativamente afectados por el ilícito *antitrust* (función de *pater patriae*).

<sup>705</sup> STJ de 19 de junio de 1990, *The Queen c Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et al.*, C-213/89, RJ 1990/I/2433, ap. 21, en que el TJUE ha establecido que: “Procede añadir que la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al Juez, que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario [...]”. STJ de 11 de enero de 2001, *Siples Srl, en liquidación, contra Ministero delle Finanze y Servizio della Riscossione dei Tributi - Concessione Provincia di Genova – San Paolo Riscossioni Genova SpA.*, C-226/99, RJ 2001/I/277, ap. 19; STJ de 13 de marzo de 2007, *Unibet (London) Ltd y Unibet (International) Ltd c Justitiekanslern*, C-432/05, RJ 2007/I/2271, ap. 67.

## 1.1. Ámbito objetivo de análisis

Por remedios *antitrust* de naturaleza privada entendemos las medidas que los jueces nacionales tienen el poder de imponer cuando aplican la normativa de defensa de la competencia en el marco de un juicio *inter privados*. De todas las medidas disponibles, nuestro análisis se centrará exclusivamente sobre la acción de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia (remedio indemnizatorio). En vía general, SALVADOR CODERCH *et al.* (2003, pág. 19) han destacado que el remedio indemnizatorio recae en la categoría de los remedios *ex post facto* en cuanto su aplicación resulta posterior a la producción del daño (con independencia del hecho de que el perjuicio descienda de una acción u omisión)<sup>706</sup>.

Nuestra elección se fundamenta esencialmente sobre tres aspectos. En primer lugar, el remedio indemnizatorio media una estricta relación de complementariedad con el *public antitrust enforcement*<sup>707</sup>. En segundo lugar, en la última década, el papel y los problemas relacionados con la acción de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia han estado al centro del debate jurídico comunitario, cuyos resultados han recientemente encontrado un reconocimiento normativo con la adopción de la [Directiva 2014/104/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, 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](#)<sup>708</sup>. En tercer lugar, muchos aspectos del remedio indemnizatorio se prestan muy bien a ser analizados no sólo desde una perspectiva dogmática, sino también desde la óptica del Derecho y Economía. Por esta razón, tanto la Comisión Europea en la fase preparatoria, como el legislador comunitario, han realizado un análisis de las

---

<sup>706</sup> SALVADOR CODERCH *et al.* (2003, pág. 19) incluyen en la categoría de remedios *ex post facto* otras herramientas legales, cuales: la restitución, la reparación específica, la expropiación de los beneficios, la prohibición del desarrollo ulterior de la actividad históricamente perjudicial, el cierre temporal o permanente del establecimiento y las sanciones penales. En la opinión de estos autores, además, dicha categoría remedial se contraponen a aquélla de los remedios *ex ante*, cuya aplicación está asociada a la realización de la conducta peligrosa que incrementa la probabilidad de que se produzca un daño, pero antes de que éste ocurra.

<sup>707</sup> Cfr. *supra* sub §.I.8.2.

<sup>708</sup> Directiva 2014/104/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, 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, en adelante también “Directiva relativa a las *antitrust damages actions*”, publicada en el *DOUE* L 349/1 de 5 de diciembre de 2014.

medidas que afectan al régimen jurídico aplicable a este remedio teniendo en cuenta la relación coste/beneficio de las alternativas planteadas y la incidencia de las mismas sobre los incentivos de las partes involucradas en asuntos de naturaleza anticompetitiva.

Cabe además poner de relieve que analizaremos el remedio indemnizatorio exclusivamente con respecto a los supuestos de infracción del Derecho comunitario de la competencia (artículos 101 y 102 del TFUE) y a los supuestos de aplicación paralela del Derecho nacional de la competencia con respecto al Derecho de la competencia de la UE de conformidad con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003<sup>709</sup>, es decir en los supuestos en que el Derecho nacional de la competencia de los Estados miembros persigue predominantemente el mismo objetivo de los artículos 101 y 102 del TFUE<sup>710</sup> (principio de la doble barrera)<sup>711</sup>.

---

<sup>709</sup> El artículo 3 del Reglamento CE 1/2003 se ocupa de regular la relación entre la normativa comunitaria y las normas nacionales de defensa de la competencia. A efectos de nuestro estudio, en particular, nos afecta lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, que establece que: “Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 82 del Tratado”.

<sup>710</sup> Nuestra elección toma en consideración la impostación de la Directiva 2014/104/UE. En particular el artículo 2 de esta Directiva, relativo a las definiciones empleadas por el legislador comunitario, por un lado define la “infracción del Derecho de la competencia” como “toda infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE o del Derecho nacional en materia de competencia” y, por el otro, por “Derecho nacional de la competencia” entiende “las disposiciones del Derecho nacional que persiguen predominantemente el mismo objetivo que los artículos 101 y 102 del TFUE y se aplican al mismo asunto y en paralelo al Derecho de la competencia de la Unión de conformidad con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 1/2003, sin incluir las normas nacionales que prevean la imposición de sanciones penales a las personas físicas, excepto en la medida en que esas sanciones penales sean el medio para ejecutar las normas sobre competencia aplicables a las empresas”. Por lo tanto, las medidas introducidas por la Directiva relativa a las *antitrust damages actions* se aplican, por un lado, al régimen jurídico aplicable al remedio indemnizatorio en los supuestos de infracción del Derecho de la competencia fundamentados exclusivamente sobre la vulneración de la normativa comunitaria de defensa de la competencia y, por el otro, en los supuestos en que la infracción haya sido constatada aplicando en paralelo la normativa nacional y comunitaria de defensa de la competencia (principio de la doble barrera). *Vid. supra*.

<sup>711</sup> Dicho principio es de aplicación en casi todos los sistemas nacionales de aplicación pública de la normativa *antitrust*, incluido el sistema español. En Italia, en cambio, la

Nuestra elección produce una directa incidencia práctica sobre el estudio del remedio indemnizatorio, en razón del hecho de que el Reglamento CE 1/2003 prevé una regla de convergencia<sup>712</sup> sólo con respecto a la prohibición del artículo 101 del TFUE. En efecto, el artículo 3, apartado 2, de este Reglamento establece que: “La aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo

---

normativa interna todavía prevé el principio de la barrera única (artículo 1 de la Legge 287/1990), que no resulta compatible con el objetivo de la aplicación homogénea de la Directiva 2014/104/UE (Cfr. Considerandos 4º y 7º).

<sup>712</sup> La regla de convergencia no ha tenido un explícito reconocimiento normativo hasta la adopción del Reglamento CE 1/2003. Al comienzo la doctrina estaba dividida entre los fautores de la teoría de la recíproca exclusión entre normativa nacional y normativa comunitaria en materia *antitrust* (por ejemplo CATALANO, 1962, págs. 335 y sigs.) y quienes abogaban por el principio de la doble barrera (por ejemplo KOCH, 1959, págs. 241 y sigs., y BALLADORE PALLIERI, 1959, págs. 407 y sigs.). Fue gracias a la labor de la jurisprudencia comunitaria que pudo afirmarse el principio de la doble barrera. Antes de todo cabe mencionar la sentencia dictada por el TJUE en relación al asunto *Wilhelm*, en que se trató de buscar un compromiso entre las dos teorías doctrinales antes expuestas, afirmando que: “Considerando que el apartado 3 del artículo 9 del Reglamento n° 17 se refiere a la competencia de las autoridades de los Estados miembros únicamente en la medida en que estén facultadas para aplicar directamente el apartado 1 del artículo 85 y el artículo 86 del Tratado, en defecto de actuación de la Comisión; que dicha disposición no tiene incidencia alguna en el caso de que dichas autoridades no pretendan aplicar los mencionados artículos, sino únicamente su Derecho interno. Considerando que el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de prácticas colusorias las consideran desde puntos de vista diferentes; que, en efecto, en tanto que el artículo 85 considera las prácticas colusorias en razón de los obstáculos que de ellas pueden derivarse para el comercio entre los Estados miembros, las legislaciones internas valoran dichas prácticas sólo en el marco de las consideraciones particulares en que se inspira cada ordenamiento. Considerando que por la posible interdependencia de los fenómenos económicos y de las situaciones jurídicas consideradas, la distinción entre los aspectos comunitarios y nacionales no puede servir en todos los casos de criterio determinante para fijar las competencias; que, sin embargo, ello implica que una misma práctica colusoria puede, en principio, ser objeto de dos procedimientos paralelos, uno ante las autoridades comunitarias conforme al artículo 85 del Tratado CEE, y otro ante las autoridades nacionales de acuerdo con el Derecho interno” (subrayado añadido). STJ de 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhelm et al. contra Bundeskartellamt*, C-14/68, RJ 1969/1, ap. 3. Véase también la STJ de 10 de julio de 1980, *Procureur de la République et al. contra Bruno Giry y Guerlain SA et al.*, asuntos acumulados 253/78 y 1 a 3/79, RJ 1980/I/2327. Sobre la evolución histórica de la regla de convergencia en materia de Derecho de la competencia véase también DESOGUS (2014, págs. 135-136).



81 del Tratado”, mientras no impide que los Estados miembros adopten normativas internas más estrictas para sancionar los comportamientos unilaterales de las empresas infractoras. La trascendencia práctica de estas previsiones a efectos de nuestra elección, por lo que se refiere al ámbito objetivo de análisis del remedio indemnizatorio, es que no tomaremos en consideración los supuestos en que la normativa nacional de tutela de la competencia se aplica a comportamientos unilaterales de las empresas que no caben en el ámbito de aplicación del artículo 102 del TFUE (por ejemplo, el caso de que un abuso de dependencia económica se ponga a fundamento de una demanda resarcitoria).

Por último, siempre con el fin de circunscribir el ámbito objetivo de análisis, ocurre evidenciar que a lo largo de este trabajo no nos ocuparemos de los demás remedios de naturaleza privada. Por esto no constituirá objeto de investigación el estudio de la acción de nulidad prevista por el artículo 101, apartado 2, del TFUE no obstante dicho remedio haya sido aplicado con grande frecuencia en la práctica judicial y haya jugado un rol muy importante en el desarrollo jurisprudencial de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia<sup>713</sup>. En la práctica, en particular, sobre todo las partes demandadas en juicios en que se discutía sobre la validez y ejecución de acuerdos comerciales han acudido a este remedio como forma de herramienta defensiva. En efecto ha sido muy frecuente que en las controversias comerciales los demandados, para justificar su incumplimiento contractual, opusieran en juicio la excepción de nulidad, apelándose a la naturaleza anticompetitiva del acuerdo sobre el que la contraparte había fundado sus pretensiones.

Otro de los motivos que ha incidido sobre la elección del remedio indemnizatorio como objeto de estudio reside en el hecho de que la acción/excepción de nulidad tiene un alcance limitado en cuanto, por un lado, las partes del acuerdos podrían no ser conscientes del carácter anticompetitivo del mismo o podrían considerar económicamente más ventajoso mantener la relación comercial con la contraparte<sup>714</sup> en lugar de invocar la nulidad del acuerdo por contrariedad a la normativa *antitrust* y, por el otro, dicho remedio no juega algún papel con respecto a las infracciones *hardcore* –cuyo análisis resulta de fundamental importancia en cuanto la política comunitaria de *antitrust enforcement* se basa esencialmente sobre la lucha a estos ilícitos– en cuanto los *co-cartelists*, si tomamos en consideración los carteles secretos, no suelen llevar a cabo este tipo de práctica anticompetitiva mediante la formal estipulación de acuerdos legalmente vinculantes<sup>715</sup>.

---

<sup>713</sup> Cfr. *infra sub* §.IV.3.

<sup>714</sup> BASEDOW (2006, pág. 97).

<sup>715</sup> EILMANSBERGER (2007, pág. 432).

## 1.2. Metodología de análisis

Para analizar el remedio indemnizatorio en Derecho de la competencia hemos decidido adoptar una metodología que se articula alrededor de dos pilares. En primer lugar, se tendrá en cuenta la evolución del debate jurídico acerca de las diferentes medidas que han asumido relevancia en el proceso de introducción de un régimen normativo armonizado en materia de responsabilidad aquiliana por incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia. Al respecto, en particular, la investigación se centrará sobre las indicaciones y las propuestas contenidas en los textos normativos preparatorios y en los estudios de impacto de la regulación. Al mismo tiempo se tomarán en consideración los principios pertenecientes al acervo comunitario, para ver en qué medida afectan a las diferentes opciones planteadas, a los regímenes nacionales que serán afectados por la introducción de las nuevas medidas y a la interpretación del conjunto de normas aplicables en los supuestos de responsabilidad extracontractual por infracción de la normativa *antitrust* de relevancia comunitaria.

En segundo lugar, el análisis de los diferentes aspectos del remedio indemnizatorio en materia *antitrust* se llevará a cabo empleando un enfoque de tipo económico: esto significa que a la hora de evaluar las medidas que afectan al ejercicio de las *antitrust damages actions*, se considerará la incidencia de las mismas sobre la relación coste/beneficio que informa el proceso decisional de los sujetos perjudicados por lo que se refiere a la interposición de una demanda indemnizatoria. También se tomará en cuenta la incidencia de tales medidas sobre la relación coste/beneficio que guía el más amplio proceso decisional de las empresas infractoras y que, con respecto a determinadas medidas cuales por ejemplo aquéllas en materia de facilitación del acceso a las pruebas, tienen una directa relevancia respecto de la salvaguardia de la eficacia de la aplicación pública de la normativa de defensa de la competencia. En particular, analizaremos en qué medida las modificaciones, planteadas e introducidas, inciden sobre los incentivos de las víctimas de ilícitos concurrenciales respecto del ejercicio de las acciones indemnizatorias por daños y perjuicios. Al respecto, se hará antes de todo específica referencia a las diferentes soluciones planteadas por la Comisión Europea, los *stakeholders* españoles y la doctrina especializada, en el curso del *iter* normativo comunitario que ha conducido a la adopción de la Directiva 2014/104/UE y, luego, a las soluciones concretamente establecidas en la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

Preliminarmente al análisis del remedio indemnizatorio en el contexto comunitario, realizaremos un breve *excursus* del estado de la cuestión en el sistema *antitrust* estadounidense.

## 2. *Excursus* sobre los aspectos principales del sistema estadounidense de *private antitrust enforcement*

La experiencia jurídica estadounidense en el ámbito del *private antitrust enforcement* ha tenido una gran relevancia en el debate comunitario sobre el fortalecimiento de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia, en cuanto la Comisión Europea ha tomado el modelo norteamericano como referencia a la hora de adoptar el [Libro Verde sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia](#)<sup>716</sup>. En este ámbito, sin embargo, la Comisión Europea quería fomentar una cultura de la competencia y no proporcionar a los particulares herramientas que incrementasen excesivamente los litigios jurisdiccionales ocasionados por la realización de prácticas anticompetitivas<sup>717</sup>.

El Ejecutivo comunitario, conformándose al entendimiento prevalente, reputó que la mera trasposición del modelo de *private antitrust enforcement* estadounidense habría conducido a una serie de excesos que el sistema comunitario de aplicación del Derecho de la competencia tenía que evitar<sup>718</sup>. Al respecto cabe añadir que ya la Federal Trade Commission<sup>719</sup>, la jurisprudencia norteamericana<sup>720</sup> y también

---

<sup>716</sup> [Libro Verde sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia](#) COM (2005) 672 final, en adelante el “Libro Verde”, Bruselas 19 de diciembre de 2005, no publicado en el Diario Oficial.

<sup>717</sup> Véase al respecto los discursos del Comisario Europeo de la Competencia Nellie KROES “Enhancing Actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe”, *cit.* y “[Damages Actions for Breaches of EU Competition Rules: Realities and Potentials](#)” tenido en ocasión del congreso *La réparation du prejudice cause par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger: bilan et perspectives*, Cour de Cassation, París, 17 de octubre de 2005.

<sup>718</sup> Véase el discurso del Comisario Europeo de la Competencia Mario MONTI “[Private Litigation as a Key Complement to Public Enforcement of Competition Rules and the First Conclusions on the Implementation of the New Merger Regulation](#)”, IBA-8<sup>th</sup> Annual Competition Conference, Fiesole, 17 de septiembre de 2004.

<sup>719</sup> Véase, por ejemplo, la ponencia que William E. KOVACIC, Presidente de la FTC, dió el 19 de noviembre de 2007 ante la American Bar Association, en la que resumió el *conventional wisdom* sobre el *private antitrust enforcement* afirmando que: “private rights of actions U.S. style are poison”. Citan el discurso de este autor DAVIS y LANDE (2013, pág. 1270).

<sup>720</sup> El Tribunal Supremo de EE.UU. consideró, por ejemplo, que las acciones de indemnización ocasionadas por el incumplimiento de la normativa *antitrust* resultaban dañinas en cuanto los demandados preferían transigir los litigios en lugar de enfrentarse al riesgo de tener que indemnizar el triple del valor del perjuicio judicialmente calculado (*blackmail settlements*). Eso solía ocurrir también en aquellos supuestos en que la demanda resarcitoria ejercitada por las supuestas víctimas de ilícitos *antitrust* era escasamente fundada. *Bell Atlantic Corp. et al. v. Twombly et al.*, 550 U.S. 544 (2007). Véanse también

por gran parte de la doctrina<sup>721</sup> habían manifestado un cierto escepticismo sobre el funcionamiento del modelo norteamericano de aplicación privada de la normativa *antitrust*. Las críticas no se enfocaban sólo sobre el incorrecto funcionamiento de este sistema, sino que también ponían de relieve que la actitud hostil observada por los Tribunales estadounidenses en muchos juicios<sup>722</sup>, se había repercutido negativamente sobre los resultados del *public antitrust enforcement*.

En épocas anteriores, sin embargo, el entendimiento general era diferente, en cuanto se consideraba que el *private antitrust enforcement* desempeñase de forma virtuosa un papel complementario al *public antitrust enforcement*<sup>723</sup>. El Congreso de EE.UU., en efecto, había optado por un sistema fuerte de aplicación privada de la normativa *antitrust* en cuanto, por un lado, era consciente que los limitados recursos de las autoridades administrativas no garantizaban que el sistema público alcanzara un nivel satisfactorio de detección de las prácticas anticompetitivas<sup>724</sup> y, por el otro, consideraba necesario introducir medidas indemnizatorias en favor de los perjudicados, pese al hecho de que a través de la aplicación pública de la normativa *antitrust* no se perseguían finalidades compensatorias. DAVIS y LANDE (2013, pág. 4) han coincidido con esta interpretación señalando que desde la entrada en vigor de la normativa *antitrust*, y hasta mediados de los años ochenta del siglo XX, el *private antitrust enforcement* había asumido un rol de crucial importancia en la lucha de las prácticas anticompetitivas<sup>725</sup>, convirtiéndose en una eficaz barrera de protección del sistema económico.

---

*In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc., et al.*, 51 F.3d 1293, 1298 (7<sup>th</sup> Cir. 1995); *In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F.3d 305, 320 (3<sup>rd</sup> Cir. 2008).

<sup>721</sup> BREIT y ELZINGA (1985, pág. 440); CAVANAGH (2005, pág. 214); HOVENKAMP (2005b, pág. 59); CRANE (2008, pág. 41); MILLER (2010, pág. 1). *Contra* LANDE (2006, pág. 651); DAVIS y LANDE (2012, págs. 1269-1270); DAVIS y LANDE (2013, págs. 78-81); LANDE (2014, pág. 2).

<sup>722</sup> Por ejemplo, algunos asuntos se decidieron de forma sumaria, para defender la posición de la empresa demandada. *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 588 (1986); *Monsanto Co. v. Spray-Rite Services Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984).

<sup>723</sup> *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 U.S. 465, 472 (1982). Resulta pacífico que el *public antitrust enforcement* desarrolla una función esencialmente disuasoria. GAVIL, KOVACIC y BAKER (2007, pág. 1022).

<sup>724</sup> EASTERBROOK (1985, pág. 451); CAVANAGH (2010, pág. 629).

<sup>725</sup> *Minnesota Mining and Manufacturing Co. v. New Jersey Wood Finishing Co.*, 381 U.S. 311, 318 (1965); *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134, 139 (1968); *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100, 130-31 (1969); *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984).

Al respecto existe una significativa diferencia entre la experiencia norteamericana y la experiencia comunitaria, en cuanto sólo en el sistema federal de EE.UU. se introdujo desde el principio un modelo fuerte de *private enforcement*. En efecto, el Congreso de EE.UU., ya con la Sherman Act de 1890<sup>726</sup>, había previsto importantes incentivos para fomentar el ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, el diferente grado de desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia en los dos lados del Atlántico no ha sido causado sólo por factores temporales y razones de naturaleza cultural, siendo también la consecuencia de la existencia de mejores incentivos intra-sistémicos. En el sistema federal estadounidense, en particular, los perjudicados se hallan en condiciones de sacar un mayor provecho económico del ejercicio de las *antitrust damages actions*<sup>727</sup> (*theory of private Attorneys General*)<sup>728</sup>.

Estos incentivos, que se sustancian esencialmente en la previsión de daños triples, se previeron ya en la Sherman Act de 1890 y luego fueron confirmados en la Sección 4ª de la Clayton Act. En vía general se ha afirmado que los daños triples cumplen una doble función<sup>729</sup>, en cuanto compensan el perjuicio ocasionado por el incumplimiento del Derecho *antitrust* y al mismo tiempo producen, por la cuantía que excede el perjuicio efectivamente producido, un efecto punitivo en la esfera jurídica de las empresas infractoras. Este último aspecto convierte las acciones indemnizatorias en una herramienta de protección complementaria a las herramientas aplicadas en el ámbito del *public enforcement* de la normativa de defensa de la competencia, porque las mismas concurren a incrementar el nivel de disuasión general de la acción de *enforcement* en su conjunto<sup>730</sup>.

## 2.1. *Treble Damages*

Los daños triples constituyen una forma de *punitive damages*: al respecto, cabe de entrada evidenciar que SALVADOR CODERCH (2000, pág. 150) ha puesto de

---

<sup>726</sup> La Sección 7 de la Sherman Act establecía que “any person who shall be injured in his business or property [...] by reason of anything forbidden [...] by this Act may sue therefor [...] and shall recover three fold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney’s fee”.

<sup>727</sup> LANDES y POSNER (1975, pág. 15); POLINSKY (1980b, pág. 107); SCHWARTZ (1980, pág. 1075); BUXBAUM (2007, págs. 41-43).

<sup>728</sup> El juez FRANK fue el primero en utilizar la expresión *private Attorneys General* (*Associated Industries of New York State, Inc. v. Ickes, Secretary of the Interior, et al.*, 134 F.2d 694, 704 (2<sup>nd</sup> Cir. 1943)).

<sup>729</sup> Una parte de la jurisprudencia norteamericana considera que la previsión de daños triples cumpliría también una función expropiatoria. Cfr. *infra*.

<sup>730</sup> SALOP y WHITE (1986, págs. 1017-1020).

relieve que los daños punitivos cumplen tres funciones: preventiva, sancionadora y simbólica.

La previsión de daños triples funciona del modo siguiente: si el demandante consigue lograr en juicio la prueba de la responsabilidad del demandado, el juez impondrá a la empresa infractora la obligación de reconocer en favor del demandante el triple del valor de los daños efectivamente sufridos. En términos generales, si se hubiese optado por una regla de indemnización limitada al mero daño actual<sup>731</sup>, la misma habría ocasionado en muchos supuestos decisiones largamente insatisfactorias<sup>732</sup>, pese a la dificultad de cuantificar efectivamente muchas de las pérdidas económicas ocasionadas por las prácticas anticompetitivas, cuales por ejemplo los costes por pérdida de oportunidad<sup>733</sup>. Bajo este escenario, los sujetos perjudicados no habrían tenido un fuerte interés al ejercicio de las *antitrust damages actions*, en cuanto la incertidumbre sobre el resultado del juicio habría acarreado el riesgo de incurrir en una pérdida ulterior (el pago de las costas procesales) respecto del perjuicio ya sufrido a causa de la realización del ilícito concurrencial. Siempre por lo que concierne a la vertiente compensatoria de los daños triples, LANDE (1993, pág. 118) ha considerado que los mismos constituyan una óptima medida para calcular el *quantum* de la indemnización, pese al hecho de que es generalmente muy difícil establecer con exactitud la pérdida de eficiencia causada por las prácticas anticompetitivas<sup>734</sup>.

Además, reputamos útil tomar en cuenta que en el cálculo judicial del daño, el juez estadounidense puede proceder a la determinación del importe sobre la base de una estimación *just and reasonable*, si bien en este caso la misma no ha de

---

<sup>731</sup> En la jurisprudencia estadounidense, por ejemplo, el *overcharge* es la medida normal para calcular el daño producido por la realización de un cartel de precio, consistente en la diferencia entre el precio efectivamente pagado por el producto de que se trata y el precio de mercado que se habría practicado en ausencia del cartel (*Chattanooga Foundry & Pipe Works v City of Atlanta*, 203 U.S. 390, 396, 1906). En sede resarcitoria la responsabilidad *antitrust* se circunscribe al daño actual sólo en los supuestos en que las empresas acudan a un programa de clemencia. Standards Development Organization Act of 2004, §§ 102-201, 118.

<sup>732</sup> LANDE y DAVIS (2008a, págs. 892-893); LANDE y DAVIS (2008b).

<sup>733</sup> CAVANAGH (2010, pág. 632).

<sup>734</sup> En realidad podría cuestionarse el carácter adecuado y proporcional de esta medida, pese al hecho de que las empresas que quieren realizar una práctica anticompetitiva suelen comparar las ganancias que podrían obtener con la probabilidad de ser descubiertas. Desde un punto de vista teórico EASTERBROOK (1985, págs. 454-460) ha puesto de relieve que la medida de los daños triples resultaría adecuada sólo allí donde la posibilidad de descubrimiento sea de uno a tres, mientras resultaría desproporcionada si esta probabilidad fuese inferior (*v.gr.* prácticas de fijación de precios) o superior (*v.gr.* los acuerdos vinculados) a dicho umbral. Desde un punto de vista práctico, sin embargo, los daños triples representan un buen compromiso, porque otorgan a los Tribunales una medida de cálculo concretamente aplicable. CAVANAGH (2010, pág. 635).

fundamentarse exclusivamente sobre meras conjeturas<sup>735</sup>. El hecho de que la jurisprudencia norteamericana haya considerado suficiente la prueba de la existencia de la infracción a efectos de la imputación de responsabilidad a las empresas infractoras –en el sentido de que una demanda judicial no puede ser desestimada si surgen problemas de cálculo del daño– ha llevado PHEASANT (2006, pág. 367) a afirmar que éste ha sido uno de los motivos que condujeron a la Comisión Europea a plantear el problema de la necesidad de demostrar la existencia del requisito de conducta culpable en los juicios concernientes a la responsabilidad civil por daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia.

Por lo que concierne a la función disuasoria de los daños triples cabe antes de todo poner de relieve que CAVANAGH (2010, pág. 633) ha señalado que los incentivos proporcionados por esa herramienta respecto del ejercicio de acciones indemnizatorias, habrían incrementado las posibilidades de detección de las prácticas anticompetitivas<sup>736</sup>, conduciendo a una expansión del *antitrust enforcement*<sup>737</sup>.

Al respecto consideramos oportuno añadir algunas consideraciones sobre los supuestos beneficios que la previsión de daños triples generaría en cuanto al fomento de las acciones de indemnización, tanto *follow-on* como *stand-alone*, porque estimamos que las mismas resultarán muy útiles a la hora de analizar los obstáculos sustanciales y procesales al ejercicio de las *antitrust damages actions* en los diferentes Estados miembros de la UE, así como las soluciones propuestas por la Comisión Europea y los *stakeholders* que participaron al debate comunitario<sup>738</sup>.

---

<sup>735</sup> *Bigelow v. RKO Radio Pictures*, 327 U.S. 251, 264-65 (1946).

<sup>736</sup> En este mismo sentido se había pronunciado también la jurisprudencia. *Minnesota Mining and Manufacturing Co. v. New Jersey Wood Finishing Co.*, 381 U.S. 311, 318 (1965), *cit.*

<sup>737</sup> La jurisprudencia había destacado que a través del *private antitrust enforcement* fuese posible aplicar la normativa *antitrust* en un mayor número de supuestos, obviando por esa vía a la falta de recursos que limitaba la acción de las Autoridades de la competencia. A este respecto, en particular, se destacó la existencia de un nexo de complementariedad entre función disuasoria y compensatoria de las acciones indemnizatorias en el ámbito de la aplicación privada del Derecho *antitrust*. *Perma Life Mufflers, Inc. v. Interantional Parts Corp.*, 392 U.S. 134, 139 (1968), *cit.*; *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100, 130–31 (1969), *cit.*

<sup>738</sup> En particular, cabe señalar que la Comisión Europea, a la hora de definir los daños y perjuicios resarcibles, ha abogado por la introducción de daños dobles con exclusiva referencia a los supuestos en que las acciones resarcitorias se conecten a la realización de carteles secretos de carácter horizontal (Opción 16 del Libro Verde).

Analizamos antes de todo las acciones resarcitorias *stand-alone* en el área de las infracciones *hardcore*. En estos supuestos, la herramienta de los daños triples no parece de por sí idónea para extender y fortalecer la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, ni para compensar los daños ocasionados por la realización de prácticas anticompetitivas. Los demandantes, en ausencia de una decisión administrativa previa que haya constatado la realización de una práctica anticompetitiva, suelen encontrar enormes dificultades para proporcionar la prueba de la existencia del ilícito, en cuanto no se hallan bien situadas para obtener las evidencias probatorias necesarias. En estos supuestos la mejor opción para fomentar el recurso al remedio indemnizatorio podría consistir, en teoría, en la previsión de reglas procesales *ad hoc* que faciliten el acceso a las pruebas del ilícito<sup>739</sup>. Análogas consideraciones pueden desarrollarse también con respecto a las acciones *follow-on* en el área de los *hardcore infringements*, en cuanto si la previsión de daños triples no se acompañara a otras medidas, como por ejemplo la atribución de un carácter vinculante, absoluto o relativo, a las decisiones de las Autoridades de la competencia, no resultaría *ex se* adecuada para lograr efectivas mejoras de eficiencia (en términos resarcitorios y de nivel general de disuasión).

La cuestión de la incidencia de los daños triples a efectos de la aplicación privada del Derecho *antitrust* resulta diferente si analizamos las acciones indemnizatorias, *follow-on* y *stand-alone*, ejercitadas ante la realización de los *grey-area infringements*. En estos juicios los demandantes encuentran muchas dificultades para proporcionar la prueba del carácter ilícito de las prácticas anticompetitivas y eso produce una fuerte incertidumbre sobre el resultado del proceso<sup>740</sup>. Si nos fijamos en el efecto compensatorio, la previsión de daños triples podría producir consecuencias beneficiosas, y hasta extremadamente beneficiosas si fuera acompañada por reglas procesales de devolución de las costas judiciales en todo caso favorables a los demandantes. Sin embargo, la posibilidad de obtener el triple del valor del daño, junto con la incertidumbre que rodea el éxito del proceso, podría conducir a un uso distorsionado de las acciones indemnizatorias con respecto a las prácticas empresariales que recaen en la zona griz, dando lugar a un escenario de

---

<sup>739</sup> En una óptica más amplia, enfocada también sobre la incidencia de las medidas de *private antitrust enforcement* sobre la aplicación pública de la normativa de defensa de la competencia, esta solución no resultaría óptima, pese a su potencial incidencia negativa sobre la lucha a los carteles secretos por parte de los *enforcers* públicos (este punto se desarrollará en las conclusiones finales de este trabajo).

<sup>740</sup> En cambio, en estos supuestos, como por ejemplo los abusos de posición dominante, no subsiste un problema de prueba de los hechos relevantes. En efecto, puesto que estas prácticas suelen conducir a la marginalización o exclusión de los competidores, todo agente económico negativamente afectado (e *in primis* los competidores) posee, con independencia de que se haya ya adoptado una decisión sancionadora en el plano administrativo, fuertes incentivos para reaccionar a la infracción, activando las herramientas de tutela de *private* o *public enforcement*.



*overdeterrence* que afectaría negativamente a la competencia, sobre todo en su vertiente dinámica.

Queremos además apuntar que una parte de la jurisprudencia<sup>741</sup> ha señalado que la imposición de daños triples cumpliría también una función expropiatoria, por quitar a las empresas infractoras las ganancias ilícitamente obtenidas con su práctica anticompetitiva (*disgorgement*). Por ejemplo CAVANAGH (2010, pág. 635) ha afirmado que los daños triples cumplen una función expropiatoria, y ha justificado su postura evidenciando que los incentivos económicos que subyacen al reconocimiento judicial de una reparación más elevada respecto del daño efectivamente sufrido, neutralizarían casi por completo el riesgo de que sólo una minoría de sujetos haya ejercitado judicialmente sus pretensiones indemnizatorias contra las empresas infractoras.

Nosotros, en cambio, consideramos que los *treble damages* no cumplan una función expropiatoria, limitándose a jugar un mero papel de corrección entre el perjuicio efectivamente ocurrido y el daño acordado por vía judicial. En efecto, es muy frecuente que se verifique la situación procesal en que no todos los perjudicados participen o entablen un juicio, por no querer asumir desde el principio los riesgos relacionados con la participación al proceso o por haber ejercido la facultad de salir de la acción de clase entablada por otros.

## ***2.2. Standing Restrictions y Passing-on Defence***

Un tema muy complejo que vale la pena abordar por su incidencia sobre el debate comunitario en materia de aplicación privada del Derecho de la competencia, es aquéllo de la determinación de los sujetos que poseen legitimación activa para ejercer una *antitrust damage action*. Por lo que concierne al sistema norteamericano cabe relevar que las Secciones 4<sup>a</sup> y 16<sup>a</sup> de la Clayton Act<sup>742</sup> confieren legitimación activa a cualquier sujeto que haya sufrido un perjuicio económico, a la propiedad o a la actividad comercial, por el incumplimiento de la normativa *antitrust* por parte de terceros<sup>743</sup>. La formulación muy amplia de esta disposición normativa llevó tanto los compradores directos, como los compradores indirectos de las empresas infractoras a entablar contra las mismas acciones indemnizatorias, dando lugar a un número muy elevado de juicios resarcitorios. Sin embargo, cuando subsiste una relación de naturaleza comercial, directa y en curso, entre la empresa infractora y los sujetos

---

<sup>741</sup> Blue Shield of Va. v. McCready, 472-473 (1982), *cit.*

<sup>742</sup> La Sección 16 de la Clayton Antitrust Act concierne a las acciones cautelares.

<sup>743</sup> La legitimación activa de los perjudicados no se reconoce sólo en ausencia de *proximity*, es decir cuando el daño invocado por el demandante no puede considerarse etiológicamente relacionado con la práctica anticompetitiva. AREEDA y HOVENKAMP (2000, págs. 290 y 316).

perjudicados<sup>744</sup>, la subsistencia de la legitimación activa no es de por sí suficiente a fomentar el ejercicio de las *antitrust damages actions*, en cuanto en muchos casos es muy probable que las víctimas de ilícitos concurrenciales no interpongan alguna demanda indemnizatoria pese al temor de sufrir repercusiones comerciales por parte de las empresas demandadas (este fenómeno se conoce como *Illinois walk*)<sup>745</sup>.

El Tribunal Supremo de EE.UU. ha tratado de limitar el número de sujetos legitimados a ejercer este tipo de acción indemnizatoria, introduciendo las siguientes restricciones<sup>746</sup>: i) *antitrust injury*<sup>747</sup>; ii) *indirect purchaser rule*.

El *antitrust injury* es un requisito de carácter general, introducido por el Tribunal Supremo de EE.UU. a finales de los años 70 del siglo XX<sup>748</sup>, con arreglo al cual no basta que el demandante demuestre que se haya realizado una práctica anticompetitiva, que se haya producido un daño y que medie un nexo de causalidad entre estos dos elementos, siendo en cambio necesario proporcionar la prueba que el daño por el que se reclama la indemnización pertenezca a los efectos anticompetitivos causados por el incumplimiento de la normativa *antitrust*. En pronunciamientos posteriores el Tribunal Supremo de EE.UU. ha confirmado la necesidad que los demandantes demuestren la subsistencia del

---

<sup>744</sup> Se trata, por ejemplo, de todos aquéllos sujetos que, tanto en el mercado aguas arriba, como en el mercado aguas abajo, mantienen una relación de naturaleza comercial con la empresa infractora. Esta última, en particular, podría adoptar estrategias comerciales de breve periodo que, pese a la duración del litigio, resultan susceptibles de arrear un perjuicio económico muy grave para los demandados, perjuicio éste que bajo ciertas circunstancias podría determinar su salida del mercado. Este supuesto, en particular, tuvo lugar en un conocido caso norteamericano, en que la Liberty Broadcasting System, es decir la segunda compañía de radiodifusión más grande de EE.UU., salió del mercado a causa de la estrategia comercial realizada por los clubs de la Major League Baseball, contra los cuales la empresa excluida había anteriormente ejercitado una acción de indemnización por daños y perjuicios por infracción de la normativa *antitrust*. MCCONNELL (1955, pág. 342).

<sup>745</sup> PAGE (2005, págs. 303 y sigs.); VAN DEN BERGH y CAMESASCA (2006, pág. 32).

<sup>746</sup> PAGE y BLAIR (1992, pág. 120) y BAUER (2001, pág. 439) han evidenciado que el Tribunal Supremo de EE.UU. consiguió este resultado, en cuanto la introducción de estos requisitos había conllevado una disminución del número de juicios entablados ante los Tribunales inferiores y, además, muchas de las demandas indemnizatorias se habían rechazado por falta de procedibilidad. DAVIS (2003, págs. 697 y sigs.), en cambio, ha puesto de relieve que las restricciones a la regla general de la legitimación activa se habían convertido en uno de los principales obstáculos al desarrollo del *private antitrust enforcement* norteamericano.

<sup>747</sup> En el ámbito de la doctrina norteamericana JONES (1999, pág. 13) no ha considerado que el *antitrust injury* constituya un aspecto perteneciente a la legitimación activa de los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial.

<sup>748</sup> [Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.](#), 429 U.S. 477 (1977).

requisito del *antitrust injury* para poder acceder al reconocimiento judicial del resarcimiento del daño<sup>749</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de EE.UU. sólo en el asunto *McCready* ha estimado la subsistencia de este requisito, afirmando que la producción del daño invocado por el demandante constituía una *condicio sine qua non* del efecto de exclusión generado por la práctica anticompetitiva. Si bien la jurisprudencia posterior no ha dedicado mucha atención a la cuestión del *antitrust injury*<sup>750</sup>, LOPATKA y PAGE (2001, pág. 832) han señalado que este tema reviste una importancia fundamental en el sistema de *private antitrust enforcement* estadounidense, en cuanto la ausencia de este requisito produciría un defecto absoluto de legitimación activa, impidiendo que los perjudicados accedan a la tutela resarcitoria.

El problema del *antitrust injury* ha tenido una cierta relevancia en algunos Estados miembros de la UE, por ejemplo en Francia, Inglaterra y sobre todo Alemania<sup>751</sup>. En el ordenamiento jurídico alemán, en particular, antes de la entrada en vigor de la enmienda normativa al artículo 33 GWB, el resarcimiento del daño por incumplimiento del Derecho de la competencia se reconocía sólo si el demandante fuera capaz de demostrar que el perjuicio sufrido a causa de la realización de una práctica anticompetitiva cabía en el ámbito de protección de la normativa de defensa de la competencia (*Schutznorm* o *protective scope*)<sup>752</sup>.

El análisis de la *indirect purchaser rule* reviste mucho interés a los fines de nuestra investigación, en cuanto concierne tanto a la cuestión de la legitimación activa, como al problema de la admisibilidad de la defensa de repercusión del sobreprecio, aspectos entorno a los cuales se ha alimentado un importante debate a nivel comunitario<sup>753</sup>. Al respecto cabe señalar que tres son los principales pronunciamientos que el Tribunal Supremo de EE.UU. ha dictado

---

<sup>749</sup> *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 465 (1982), *cit.*; *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983); *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986), *cit.*; *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104 (1986); *Atlantic Richfield Co v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328 (1990).

<sup>750</sup> BAUER (2001, pág. 440).

<sup>751</sup> LIANOS (2015, pág. 8).

<sup>752</sup> BORNKAMM (2006, *sub art. 33 BWG*, aps. 6 y sigs.).

<sup>753</sup> Véase, sin presunción de exhaustividad, TOFFOLETTO (1996a, págs. 267 y sigs.); HOSEINIAN (2005, págs. 3 y sigs.); HELLWIG (2006, págs. 1-29); PHEASANT (2006, págs. 369-370); CENGIZ (2007, págs. 1-42); EILMANSBERGER (2007, págs. 471-476); MAKHKAMOVA, GUNNAR y CASANOVA (2008, pág. 43); PETRUCCI (2008, págs. 33 y sigs.); KORTMANN y SWAAK (2009, pág. 343); VAN DIJK y VERBOVEN (2009, págs. 1 y sigs.); PARLAK (2010, págs. 31 y sigs.); STRAND (2010, págs. 3 y sigs.); MARINO (2014, págs. 89-94).

sobre este tema: *i) Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp.*<sup>754</sup>, en que se estableció que las empresas infractoras no podían oponer la defensa de repercusión del sobrecoste contra los compradores directos; *ii) Illinois Brick Co. v. Illinois*<sup>755</sup>, en que se previó que los compradores indirectos de las empresas infractoras no poseían legitimación activa para ejercer las acciones de indemnización por daños y perjuicios; *iii) California v. ARC America Corp.*<sup>756</sup>, en que se estableció que cada Estado tenía facultad de otorgar ese tipo de legitimación activa a los compradores indirectos<sup>757</sup>; en los Tribunales estatales, sin embargo, se reconocen excepciones muy limitadas a la regla general fijada por la doctrina *Illinois*, como por ejemplo la legitimación activa de los compradores indirectos en los supuestos en que el intermediario esté controlado por la empresa infractora o haya participado activamente a la práctica anticompetitiva<sup>758</sup>.

Las sentencias que el Tribunal Supremo de EE.UU. ha dictado en ocasión de los asuntos *Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp.* e *Illinois Brick Co. v. Illinois*, revisten una significativa relevancia, en cuanto entorno a las mismas se ha alimentado un amplio debate en la doctrina norteamericana<sup>759</sup>. Al respecto, en particular, cabe destacar que el Tribunal Supremo de EE.UU. puso a

---

<sup>754</sup> [Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp.](#), 392 U.S. 481 (1968).

<sup>755</sup> [Illinois Brick Co. v. Illinois](#), 431 U.S. 720 (1977).

<sup>756</sup> [California v. ARC America Corp.](#), 490 U.S. 93 (1989).

<sup>757</sup> Un estudio realizado a mediados de la primera década del siglo XXI ha puesto de manifiesto que en 36 Estados existían normativas y principios jurisprudenciales que reconocían la legitimación activa de los compradores indirectos. KARON (2004, pág. 1351).

<sup>758</sup> [Royal Printing Co., Haythornwhite Enterprises and on Behalf of All Others Similarlysituated v. Kimberly-Clark Corp., et al.](#), 621 F.2d 323, 326 (9<sup>th</sup> Cir. 1980); [State of Illinois ex rel. Neil F. Hartigan, Attorney General of the State of Illinois v. Panhandle Eastern Pipeline Co.](#), 852 F.2d 891 (7<sup>th</sup> Cir. 1988); [Doug Lowell, Mackey Nolte, et al. v. American Cyanamid Co.](#), 177 F.3d 1128 (11<sup>th</sup> Cir. 1999). Además, se reconoce la legitimación activa de los compradores indirectos cuando el comprador directo se haya asegurado de antemano la venta al por menor de una cantidad establecida de producto a un precio fijo al que se le aplica un margen predeterminado (*cost-plus exception*) y en los supuestos en que se haya llevado a cabo un acuerdo vertical restrictivo de la competencia entre un productor y un distribuidor que operan en una cadena de suministro multi-niveles. En dichos supuestos si la práctica empresarial contraria al Derecho de la competencia produce un *overcharge* y el distribuidor es parte activa de la infracción, el comprador indirecto puede interponer una acción indemnizatoria tanto contra el distribuidor como contra la empresa productora. CAMILLI *et al.* (2008, pág. 269).

<sup>759</sup> Véase, en particular, LANDES y POSNER (1979, págs. 602 y sigs.); HARRIS y SULLIVAN (1980, pág. 274); COOTER (1981, págs. 1523 y sigs.); HARRIS y SULLIVAN (1981, págs. 1533 y sigs.); VITON y WINSTON (1981, págs. 1516 y sigs.); BENSTON (1984, págs. 213 y sigs.); WERDEN y SCHWARTZ (1984, págs. 629 y sigs.); HOVENKAMP (1990, pág. 1718); LOPATKA y PAGE (2003, pag. 533).

fundamento de la decisión *Illinois Brick Co. v. Illinois* tres argumentos: *i*) acordar la legitimación activa a los compradores indirectos, sin reconocer a las empresas demandadas la posibilidad de oponer la *passing-on defence* habría dado lugar, de forma injustificada, a la coexistencia de múltiples responsabilidades; *ii*) es muy difícil demostrar que se haya efectivamente producido una traslación del sobreprecio en el ámbito de la cadena de suministro; *iii*) los compradores directos están mejor situados para ejercer acciones indemnizatorias contra las empresas infractoras.

LANDES y POSNER (1979, pág. 602-635) han considerado que el Tribunal Supremo de EE.UU., a la hora de decidir el asunto *Illinois Brick*, había proporcionado la solución más acertada de la cuestión, estableciendo que los compradores indirectos carecían de legitimación activa para ejercer acciones indemnizatorias. En particular, estos autores han estimado que la finalidad preeminente de la aplicación privada del Derecho *antitrust* consiste en la consecución de un mayor nivel de disuasión y no en la general y plena satisfacción de las víctimas de ilícitos concurrenciales. Por lo tanto, en la opinión de estos autores, la legitimación activa al ejercicio de las *antitrust damages actions* habría tenido que reconocerse exclusivamente a los compradores directos de las empresas infractoras, puesto que tales sujetos son aquéllos que suelen poseer una mejor información sobre las prácticas anticompetitivas y, por eso, incentivos aptos para garantizar la eficacia del *private antitrust enforcement*<sup>760</sup>.

HARRIS y SULLIVAN (1980, págs. 275-299 y 315-321), en cambio, no estuvieron de acuerdo con las decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de EE.UU., al entender que no resultaba siempre extremadamente difícil calcular la cuota del sobreprecio que, en ocasión de la realización de una práctica anticompetitiva, se había repercutido sobre los compradores indirectos. En la opinión de estos autores ni siquiera resultaba complejo establecer si el sobreprecio se había efectivamente trasladado al demandante o a los compradores indirectos en el caso de que las empresas demandadas hubieran opuesto la *passing-on defence* ante la reclamación de los demandantes. En particular, estos autores han afirmado que la repercusión del sobreprecio sobre los compradores indirectos depende de dos factores: la estructura del mercado y la elasticidad de la demanda de los compradores indirectos<sup>761</sup>. En efecto, ante una demanda elástica, cada vez que los compradores directos tratan de aumentar el precio de los productos con el propósito de proteger sus ganancias del sobreprecio aplicado por las empresas infractoras que actúan en el mercado aguas arriba, los mismos experimentarían

---

<sup>760</sup> WERDEN y SCHWARTZ (1984, pág. 629); PERLAK (2010, pág. 37).

<sup>761</sup> En realidad se ha estimado que también el grado de elasticidad de la demanda de los compradores indirectos asume relevancia a la hora de determinar si, y en qué medida, ha tenido lugar la traslación del sobreprecio. Nosotros, sin embargo, para simplificar el análisis tendremos en cuenta sólo la elasticidad de la demanda de los compradores indirectos.

una reducción del volumen de venta en el mercado aguas abajo, en cuanto bajo esta circunstancia los compradores indirectos estarían dispuestos a adquirir una menor cantidad de producto.

COOTER (1981, págs. 1525 y 1531), por su lado, ha enfatizado el hecho de que la disminución del *output* de los compradores directos ha de medirse en función del grado de sustituibilidad del producto afectado por el sobreprecio, en el sentido de que la probabilidad que los compradores directos puedan repercutir el sobreprecio sobre los compradores indirectos depende de la estructura del mercado afectado por el ilícito concurrencial. Se ha afirmado, por ejemplo, que en los mercados concentrados ni la demanda de los compradores directos, ni aquélla de los compradores indirectos, resulta muy elástica, en cuanto los productos suelen ser escasamente sustituibles<sup>762</sup>. En estos supuestos, en la opinión de VITON y WINSTON (1981, págs. 1516) y PARLAK (2010, pág. 38), el sobreprecio se repercute siempre sobre los consumidores finales, así que el hecho de que a los mismos no se les reconozca legitimación activa para ejercer acciones resarcitorias, conduciría siempre a una reducción del bienestar del consumidor.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de EE.UU. no ha modificado su jurisprudencia sobre estas cuestiones al considerar que la tarea de establecer si ha tenido lugar una traslación del sobreprecio a lo largo de la cadena de suministro afectada por un ilícito concurrencial y calcular de forma exacta a cuanto asciende la porción del sobreprecio que los compradores directos han efectivamente trasladado sobre los compradores indirectos, constituye un ejercicio muy complejo y dispendioso, que incrementa excesivamente el grado de incertidumbre sobre el resultado del juicio y convierte las acciones indemnizatorias en herramientas inmanejables<sup>763</sup>.

### **2.3. *Costs of Damages Actions***

En el ordenamiento estadounidense se prevén diferentes reglas de devolución de las costas relacionadas con los litigios civiles. La *loser-pays rule* se aplica con respecto a las costas ocasionadas en el proceso (*court costs*)<sup>764</sup>—que abarcan por ejemplo las *filing fees*, las *witness fees*, etc.— con arreglo a la cual la parte que pierde el juicio debe soportar las costas procesales. En cambio, no se prevé una específica regla de distribución relativamente a los honorarios de los abogados

---

<sup>762</sup> HARRIS y SULLIVAN (1980, págs. 289).

<sup>763</sup> Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 492-493 (1968), *cit.*

<sup>764</sup> El principio del vencimiento se aplica tanto a los juicios ante los tribunales de primera instancia, como ante aquéllos de apelación. Cfr. Federal Rules of Civil Procedure 54(d)(1), Judgment; Costs; Costs Other Than Attorney's Fees y Federal Rules of Appellate Procedure 39, Costs.

(*attorney's fees*)<sup>765</sup>, siendo dichas costas sometidas a diferentes prácticas, salvo excepciones previstas por vía normativa (*statutory exceptions*) y judicial (*courts decision on fees*)<sup>766</sup>.

En particular, la práctica de no imponer sobre la parte procesal que pierde el juicio la obligación de indemnizar a la parte que gana las costas en que la misma ha incurrido para ejercer su derecho de defensa (*no-indemnity practice*) se conoce como *American-rule*. CAPELLETTI y GARTH (1978, págs. 196 y sigs.) y VARGO (1993, pág. 1593) han considerado que el fundamento lógico de esta práctica consiste en permitir el acceso a la justicia en favor de los sujetos que poseen recursos económicos escasos<sup>767</sup>, mientras que MAUSE (1969, pág. 32), MONROE (1981, pág.), MALLOR (1983, págs. 618-619) y ROWE JR. (1982, págs. 663-664), ID. (1989, págs. 851-852) evidencian que a través de dicha práctica se trata de gestionar el problema de la aversión al riesgo.

La mayoría de las excepciones a la *no-indemnity practice* se deben a la existencia de específicas previsiones normativas, a la inclusión de cláusulas que establecen las reglas de *fee allocation* en el ámbito de acuerdos transactivos (*settlement agreements*) o a las decisiones judiciales relativas a la distribución de las *attorney's fees*<sup>768</sup>. Al

---

<sup>765</sup> Sólo en vía excepcional se aplica el principio del vencimiento para distribuir entre las partes procesales las *attorney's fees*. Cfr. Federal Rules of Civil Procedure 54(d)(2), Judgment; Costs; Attorney's Fees.

<sup>766</sup> MAXEINER (2010, pág. 198). Este autor, además, ha destacado que en EE.UU. en muy pocas ocasiones los jueces se pronuncian sobre la distribución de las costas conectadas con el pago de los honorarios de los abogados y que la mayoría de los juicios no llega a sentencia, siendo muy común que las partes definan el litigio en vía transactiva.

<sup>767</sup> Esta posición es la que comparte el Tribunal Supremo de EE.UU. en [Fleishmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co.](#), 386 U.S. 714, 718 (1967).

<sup>768</sup> Por lo general no es muy frecuente que los jueces se pronuncien sobre la *fee allocation*. Analizando la praxis jurisprudencial, esta cuestión suele ser afrontada sólo en los siguientes supuestos: *i*) cuando se aplica la *common fund doctrine* –dicha doctrina se ha aplicado también a los litigios de naturaleza *antitrust* (KELLY, 1972, pág. 1656)– que los tribunales estatales y federales aplican para compensar la posición de los sujetos que crean o preservan un fondo común en beneficio de terceros (DERFNER y WOLF, 1992, §§. 6-9); *ii*) cuando se aplica la *substantial benefit doctrine*, que se refiere a los supuestos en que se produce un beneficio en favor de terceras partes como consecuencia del éxito positivo de la acción ejercitada por el demandante, *v.gr.* el caso de que el demandante fuera un accionista minoritario que haya reclamado y obtenido que la empresa reparta dividendos: en este caso, puesto que todos los demás accionistas traen un beneficio, resulta equo que todos los accionistas participen al pago de las *attorney's fees* en que ha incurrido el demandante (DERFNER y WOLF, 1992, §§. 3-2); *iii*) cuando el demandante haya actuado de mala fe, interponiendo una demanda infundada o vejatoria ([Guardian Trust Co. et al. v. Kansas City Southern RY. Co.](#), 28 F.2d 233, 241 (8<sup>th</sup> Cir. 1928); [F.D. Rich Co., Inc. v. United States ex rel. Industrial Lumber Co.](#), 417 U.S. 116, 129-30 (1974)).

respecto VARGO (1993, pág. 1629) y MAXEINER (2010, pág. 200) han puesto de manifiesto que en el ordenamiento jurídico norteamericano, tanto a nivel estatal como federal, existen muchísimas previsiones normativas que establecen excepciones a la *no-indemnity practice*. Sin embargo, estas previsiones sólo en pocas ocasiones abogan por el principio del vencimiento<sup>769</sup>, en cuanto por lo general imponen sobre las partes procesales una *one-way fee-shifting rule*<sup>770</sup>, que se caracteriza por el hecho de que sólo a una parte procesal (normalmente el demandante) se le reconoce, en el caso de que el juicio haya tenido un éxito favorable, el derecho de reclamar de la contraparte el pago de las *attorney's fees*, mientras que en el caso de que ésta pierda el juicio, estará amparada de las reclamaciones a través de las cuales la contraparte procesal haya eventualmente solicitado el pago de tales costas.

En particular, por lo que concierne a nuestro análisis, tenemos que observar que se prevé una excepción legal a la *no-indemnity practice* por lo que concierne a la distribución de las costas procesales en el ámbito de los juicios civiles ocasionados por la infracción del Derecho *antitrust*. Al respecto, la Sección 4ª de la Clayton Act prevé que los sujetos que hayan sufrido un perjuicio a causa de la realización de una práctica empresarial contraria al Derecho *antitrust*, no sólo tienen pueden demandar el triple del valor del daño efectivamente sufrido, sino que también tienen derecho a recuperar las costas procesales, incluida una *reasonable attorney's fee*<sup>771</sup>. Al respecto HYLTON (2003, pág. 58) ha destacado que se trata de una de las reglas de devolución más *plaintiff-friendly* entre todas aquéllas contenidas en las leyes federales de EE.UU.. En Europa, sin embargo, PHEASANT (2006, pág. 368), a la hora de analizar el estado de desarrollo de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia, ha criticado esta previsión normativa, sobre el presupuesto que la aplicación de una *one-way fee-shifting rule* resultaría excesiva e injustificadamente gravosa para las empresas demandadas, sin que eso sea plenamente compatible con la estructura de los incentivos de las partes involucradas en los juicios de carácter indemnizatorio, ni menos con la necesidad de proteger los intereses relevantes en aquella sede.

Las reglas de determinación de las *attorney's fees* asumen una relevancia fundamental, en cuanto las mismas, incidiendo directamente sobre los efectos producidos por las reglas de distribución de las costas procesales, se repercuten sobre la estructura de los incentivos que afectan a la toma de decisión de los

---

<sup>769</sup> KRENT (1993, pág. 2051).

<sup>770</sup> ROACH y TREBILCOCK (1997, pág. 479). Al respecto cabe añadir que tanto la doctrina (BREGER, 1984, pág. 251) como la jurisprudencia norteamericana (*Alyeska Pipeline Service Co. v. The Wilderness Society*, 421 U.S. 240, 261-263 (1975)) han evidenciado que las reglas de distribución de las costas del litigio que desplazan sólo sobre una parte procesal la obligación de hacer frente al pago de las *attorney's fees*, persiguen el objetivo de facilitar la interposición de demandas judiciales.

<sup>771</sup> Cfr. 15 U.S. Code § 15 - Suits by Persons Injured.



sujetos perjudicados por una infracción del Derecho *antitrust*, por lo que respecta a la interposición de una *antitrust damages action*. En particular, en EE. UU. la regla general es que la cuantificación de los honorarios de los abogados se remite por completo a la libre determinación de las partes (abogado y su cliente), con el único límite de que la *fee* se establezca de forma razonable<sup>772</sup>.

En el sistema jurídico norteamericano se admiten para los abogados los tres siguientes modelos de determinación de los honorarios profesionales: *i*) el abogado puede pedir una tarifa plana para una específica actividad (*task-based flat fees*); *ii*) las *fees* pueden establecerse con arreglo a un criterio de orden temporal, en el sentido de que las mismas pueden reconectarse al tiempo empleado para realizar la actividad defensiva requerida por el cliente (*time-based hourly fees*); *iii*) los honorarios de los abogados pueden también establecerse en medida proporcional a la cantidad de dinero o a cualquier otro beneficio que el cliente consiga tras la conclusión del asunto (*success-based contingent fees*). Sin embargo, dichos modelos de determinación de los honorarios profesionales no constituyen categorías autónomas, ni separadas, y a menudo se asiste a una combinación de las mismas, como cuando se prevé el pago de una cuantía adicional si el resultado de la asistencia legal resulta particularmente favorable para el cliente (*performance fees*).

En particular, asumen gran relevancia a efectos de nuestro análisis los *contingency fees agreements*, que en EE.UU. representan el método de determinación de los honorarios profesionales de los abogados en los asuntos de indemnización por daños y perjuicios<sup>773</sup>. Por lo general, cuando se utiliza este método los honorarios

---

<sup>772</sup> En la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de EE.UU. se hallan indicados algunos de los criterios con arreglos a los cuales ha de llevarse a cabo el juicio de razonabilidad de los honorarios pactados con el cliente. En general los casos en que los jueces norteamericanos se han pronunciado sobre la razonabilidad de los honorarios recaen en el ámbito de operatividad de las previsiones normativas que establecen una *one-way fee-shifting rule* (MAXEINER, 2010, pág. 206). Una de las aproximaciones más conocida es aquella conocida como *lodestar approach*, con arreglo a la cual deberían multiplicarse las horas trabajadas por una tasa horaria razonable (FRIEDMAN, 2009, págs. 58 y sigs.). También los Códigos de conducta profesional prevén una serie de factores a los que los abogados pueden acudir para establecer sus honorarios, como por ejemplo la regla 1.5 de las ABA Model Rules of Professional Conduct, disponible en el sitio *Internet* de la American Bar Association ([www.americanbar.org](http://www.americanbar.org)).

<sup>773</sup> En cambio, en muchos Estados miembros de la UE, cuales por ejemplo Chipre, Dinamarca, Alemania, Irlanda, Italia, Malta y Portugal, no se admitían los pactos de cuota *litis*. Cfr. Informe Ashurst, pág. 93. Cabe además observar que el Código Deontológico de la Abogacía Europea, aprobado el 28 de noviembre de 1998 por el Consejo Consultivo de los Abogados Europeos, en su exposición de motivos recogía la prohibición de esta tipología de pacto y en el artículo 3, apartado 1, establecía expresamente que: “El Abogado no puede fijar sus honorarios en base a un pacto de *quota litis*”. Sobre este argumento véase §.IV.6.6 y §.IV.7.8.

suelen ser más elevados de las *hourly fees*, en cuanto los abogados se remuneran no sólo por la actividad defensiva efectivamente realizada, sino también por la asunción del riesgo de no cobrar nada en el caso de que su cliente no haya conseguido obtener un resultado económico positivo.

No obstante los pactos de *quota litis* constituyan el método de determinación de los honorarios más difundido en EE.UU., en la doctrina continental se han formulado algunas críticas sobre su aplicación. En particular, SILVER (2002, pág. 2108) ha destacado que la estipulación de los *contingency fees agreements* conduce a la maximización de los efectos negativos del *principal-agent problem*, en cuanto los incentivos de los abogados y aquéllos de los clientes no resultan alineados. Lo que se ha específicamente puesto de relieve a este propósito es que dicha tipología de acuerdos incentivaría los abogados a buscar demasiado pronto una solución transactiva del litigio, produciendo un enorme impacto en una realidad jurídica, como aquella norteamericana, en que la mayoría de los litigios se cierra mediante *settlement agreements*. Esto se debe al hecho de que los abogados suelen obtener muchos beneficios de la estipulación de tales acuerdos, porque ahorran tiempo y pueden dedicarse a otros asuntos, mientras que si tuvieran que concentrar todos sus esfuerzos profesionales en un único asunto se enfrentarían con costes de oportunidad muy elevados<sup>774</sup>.

KRITZER (2002, págs. 739 y sigs.) ha criticado esta postura observando que el mercado neutralizaría el riesgo de transacciones prematuras. Desde una perspectiva de corto plazo, en efecto, es muy elevado el riesgo de que los abogados posean incentivos a una rápida finalización de los litigios, también en el caso de que tengan que estipular acuerdos transactivos ineficientes para sus clientes. Sin embargo, desde una perspectiva de largo plazo, esta elección expondría los abogados a un elevado riesgo de minar su propia reputación profesional y eso podría incidir negativamente sobre su actividad futura, determinando una pérdida de clientela.

HELLAND y TABARROK (2003, pág. 539), en cambio, han criticado los pactos de *quota litis* considerando que los mismos incrementarían de manera artificial el volumen de litigios, incidiendo negativamente sobre el funcionamiento del sistema judicial. Este asunto teórico se fundamenta sobre el hecho de que la traslación en la esfera jurídica de los abogados de los riesgos asociados con el litigio, incentivaría los clientes a interponer demandas escasamente fundadas o totalmente infundadas (*frivolous cases* y *unmeritorious cases*), con consiguiente obstáculo al fisiológico funcionamiento del sistema judicial<sup>775</sup>. Sin embargo, no existen estudios empíricos que avalen estas asunciones teóricas. Por ejemplo un estudio alemán realizado a comienzo del siglo XXI, ha evidenciado que los

---

<sup>774</sup> BAKER (2002, págs. 1985 y sigs.).

<sup>775</sup> CANGIANO (2007, págs. 266-267).

EE.UU. sólo se colocaban en la quinta posición entre los Países con la tasa más elevada de litigios<sup>776</sup>.

En cambio, fundamentándose sobre los argumentos que respaldan esta última crítica, CLERMONT y CURRIVAN (1978, págs. 529 y sigs.) han subrayado que los *contingency fees agreements* conducirían a una selección de asuntos más eficiente. El hecho de que dichos acuerdos desplazan los riesgos del juicio sobre los abogados, conduce a no elegir aquellos asuntos, cuales por ejemplo los *frivolous cases* y *unmeritorious cases*, con respecto a los cuales existe una probabilidad reducida o nula de sacar un provecho económico. Viceversa, CANGIANO (2007, pág. 267) ha evidenciado que en el caso de que los honorarios se determinen recurriendo al parámetro del factor temporal (*time-based hourly fees*), la probabilidad de que los abogados no analicen con cuidado el mérito del asunto antes de aceptar el caso resulta más elevada, en cuanto los mismos cobrarán en función del tiempo dedicado a la cuestión con independencia del resultado del juicio.

Los pactos de *quota litis* no han sido sólo objeto de críticas por parte de la doctrina norteamericana. En particular, uno de los más influyentes juristas y jueces estadounidenses (POSNER (1998b, pág. 624) ha evidenciado que el recurso a los *contingency fees agreements* constituye una importante herramienta de financiación que opera en favor de los sujetos que no disponen de recursos económicos suficientes para acceder a la tutela judicial de sus derechos subjetivos. Desde la perspectiva del análisis económico, sin embargo, puede observarse que los pactos de cuota litis permiten una eficiente distribución de los riesgos entre abogado y cliente, con la consecuencia que los mismos pueden constituir un remedio eficaz al problema del *moral hazard*<sup>777</sup> conectado con la relación de agencia que existe entre estos dos sujetos (y que impide al cliente la posibilidad de observar y controlar directamente la conducta de su abogado). Al respecto DANA y SPIER (1993, págs. 349 y sigs.) han puesto de relieve que dicho método de determinación de los honorarios resulta más adecuado para solucionar el problema del *deficit* de control del cliente (principal) sobre el abogado (agente), respecto de los otros métodos existentes, porque ancla la remuneración del profesional al resultado de la prestación profesional efectivamente proporcionada.

Por último cabe subrayar que se ha discutido mucho sobre el concreto impacto que esta clase de acuerdos ha tenido en el sistema norteamericano, en cuanto en

---

<sup>776</sup> Cfr. Exploring Global Landscapes of Litigation Rates, citado por KRITZER (2001, pág. 8992).

<sup>777</sup> Por lo que se refiere al concepto de *moral hazard* véase ARROW (1968, págs. 537 y sigs.). El moral hazard, en extrema síntesis, representa un comportamiento oportunista que un sujeto lleva a cabo en una relación de agencia con el fin de maximizar sus ganancias y a pesar de las repercusiones que eso conlleva respecto de los intereses del sujeto principal.

principio los *contingency fees agreements* deberían estimular la competencia de precios entre los abogados, que resultaría eficiente tanto para los clientes, que pagarían un precio inferior, como por los abogados, en cuanto los que conseguirían ofrecer sus prestaciones a un precio más bajo de los competidores podrán adjudicarse los asuntos más remunerativos. KRITZER (1998, pág. 273) y SILVER (2002, pág. 2073), por su lado, sostuvieron que el mercado estadounidense de los servicios legales era muy competitivo, en cuanto los abogados se esforzaban de reducir los costes, rebajar los riesgos y reducir las asimetrías informativas a través del mecanismo de la *price advertising*, y estas condiciones determinaban una fuerte competencia de precio de la que terminaban beneficiando los clientes. BRICKMAN (2003, pág. 65), en cambio, consideró que con respecto a los asuntos concernientes a las indemnizaciones de daños y perjuicios que dan lugar a la estipulación de pactos de cuota litis entre abogados y clientes, el mercado norteamericano no era muy competitivo y, por eso, su espontáneo funcionamiento no lograba influir sobre el nivel de los precios practicados. Esta línea de análisis, en particular, se apoyaba sobre el hecho de que los mismos Tribunales Supremos estatales habían impuesto un límite máximo al precio que las partes podían establecer en dichos acuerdos para remunerar las prestaciones profesionales de los abogados<sup>778</sup>.

Con independencia del problema de la admisibilidad jurídica de esta tipología de acuerdos para determinar los honorarios de los abogados, el punto central de la cuestión a efectos de nuestro análisis, es en que medida los *contingency fees agreements* inciden sobre la interposición de demandas resarcitorias por parte de los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial. Si bien no es esta la sede para tratar de forma más profundizada el argumento, en cuanto del mismo nos ocuparemos a la hora de discutir la solución adoptada por la Comisión Europea, cabe poner de relieve que el impacto que estos acuerdos producen sobre los incentivos de los sujetos perjudicados ha de ser valorado tanto a la luz de la regla de distribución de las costas procesales concretamente aplicable, como con respecto a las herramientas alternativas que las partes pueden emplear para trasladar sobre otro sujeto el riesgo asociado al pago de las mismas, como por ejemplo a través de la estipulación de *conditional fees*

---

<sup>778</sup> En particular, de los resultados de una investigación empírica realizada a principios del siglo XXI, se desprende que entre los abogados que solían determinar sus honorarios recurriendo al método del *success-based contingent fees* no existía competencia de precio. En efecto, se ha observado que los abogados involucrados en la investigación no incluían en los anuncios publicitarios alguna referencia sobre el precio practicado para la erogación de sus prestaciones profesionales. Tales abogados temían que el comienzo de una guerra de precios, generando una *race to bottom*, les habría perjudicado en beneficio exclusivo de los clientes y, además, que practicando un precio excesivamente bajo, habrían perjudicado su reputación porque los clientes habrían percibido este precio como índice de escasa profesionalidad. CONNELL *et al.* (2000, póg. 423).

*agreements*<sup>779</sup> o mediante la cesión de la posición crediticia sustancial a las *joint stock companies*<sup>780</sup>.

#### 2.4. *Class Action y Discovery Rule*

Vale la pena hacer una breve referencia a otros dos importantes herramientas que han jugado un rol determinante para el desarrollo de la aplicación privada de la normativa *antitrust* en el sistema norteamericano y que han sido objeto de estudio en el ámbito del debate comunitario: la *class action* y la *discovery rule*.

Con respecto a las acciones colectivas es antes de todo oportuno subrayar que en el sistema estadounidense las mismas se caracterizan por un mecanismo de *opt-out*. STADLER y MOM (2006, págs. 202 y sigs.) han puesto de relieve que este tipo de conformación normativa concurre a fortalecer el papel complementario del sistema de aplicación privada de la normativa *antitrust* estadounidense, incrementando el impacto disuasorio de las acciones indemnizatorias. En la opinión de estos autores, las empresas que quieren realizar un ilícito concurrencial, tendrán menos incentivos al ser conscientes que, en caso de descubrimiento, deberán reconocer el triple del valor del daño a una amplia masa de perjudicados.

Si por ejemplo nos fijamos en un supuesto en que el ejercicio de una *class action* siga la realización de un cartel secreto, podría darse el caso de que los perjudicados no demanden en juicio a todos los *co-cartelists*, pero sí demanden la reparación de todo el perjuicio sufrido como consecuencia de la realización del cartel. Bajo ese escenario la existencia de un régimen de responsabilidad solidaria perjudica la posición individual de las empresas demandadas, que en el caso de que pierdan el pleito, tendrán que indemnizar el triple del valor del daño en favor de todos los demandantes<sup>781</sup>. PHEASANT (2006, pág. 368) ha considerado que el aspecto de la responsabilidad solidaria constituye un exceso del régimen norteamericano y por eso no debería introducirse en Europa.

Por último, por lo que concierne a la *discovery rule*<sup>782</sup>, cabe poner de relieve que el sistema procesal estadounidense permite que los demandantes, en los supuestos de acciones *follow-on*, puedan tener acceso de forma exhaustiva a la

---

<sup>779</sup> YARROW (2001, págs. 1-10); EMONS (2006, págs. 20-32).

<sup>780</sup> STADLER y MOM (2006, págs. 202 y sigs.).

<sup>781</sup> [Texas Industries v. Radcliff Materials, Inc.](#), 451 U.S. 630, 646 (1981). Las empresas condenadas pueden ejercer, bajo ciertas condiciones, la acción de regreso en contra de los demás *co-cartelists* sólo tras el cumplimiento de la obligación originaria establecida por la sentencia.

<sup>782</sup> *Ibidem*.

documentación recogida en el curso de los procedimientos *antitrust*<sup>783</sup>. Sin embargo, se ha introducido un correctivo para compatibilizar el ejercicio de las acciones indemnizatorias con el desarrollo de la función pública de control del mercado, previendo que en los supuestos en que el documento se haya formado en el ámbito de un programa de clemencia, la cuantía del daño indemnizable resulta limitada al mero daño actual (*detrebling*)<sup>784</sup>.

## 2.5. *Notice Pleading System y Settlement Agreements*

En el sistema procesal civil estadounidense, a nivel federal y después de la entrada en vigor de las [Federal Rules of Civil Procedure \(FRCP\)](#)<sup>785</sup>, se ha introducido un mecanismo que facilita el acceso a la información relevante que se encuentra bajo el exclusivo control de otro sujeto (*notice pleading*). En particular, puede acudir a este tipo de información antes de la interposición de una demanda judicial (*pre-trial phase*) y, en caso de acuerdo entre las partes, el acceso a dicha información produce los efectos establecidos por ley sin que sea necesario el control de un órgano jurisdiccional<sup>786</sup>.

En general el solicitante (*pleader*) tiene que alegar de forma sucinta: *i*) la base jurídica que fundamenta la jurisdicción del tribunal; *ii*) una descripción de la reclamación y la indicación de los elementos que demuestren que el solicitante posee legitimación activa para ejercer una acción judicial; *iii*) la indicación de la demanda judicial y los remedios que se buscan<sup>787</sup>. Además, la parte que recibe esta solicitud tiene el derecho a exponer de forma sucinta sus defensas contra las reclamaciones formuladas por el *pleader* y, al mismo tiempo, tiene que admitir o rechazar las alegaciones que la contraparte ha aportado en su contra<sup>788</sup>.

---

<sup>783</sup> Federal Rules of Civil Procedure 26(b)(1), Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery.

<sup>784</sup> [Standards Development Organization Act of 2004](#), *cit.*, §§ 102-201, 118, Stat. 661, 661-70.

<sup>785</sup> Federal Rules of Civil Procedure 8, General Rules of Pleading. Cabe evidenciar que al comienzo la jurisprudencia había rechazado la aplicabilidad de esta regla en los asuntos de naturaleza *antitrust*, [Walker Distributing Co. et al. v. Lucky Lager Brewing Co.](#), 323 F.2d 1, 3 (9<sup>th</sup> Cir. 1963).

<sup>786</sup> Este aspecto del sistema federal norteamericano ha sido puesto de relieve en el ámbito del trabajo de RENDA *et al.*, [Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios](#), Final Report, Bruselas, Roma y Rotterdam 21 de diciembre de 2007, en adelante “Impact Study”, pág. 350, en el que se ha también afirmado que: “The beginning of the procedural relationship between parties is marked by a formal act of the plaintiff (the notice pleading) and falls outside the control of the judge, who intervenes only in case of disagreement between the parties”.

<sup>787</sup> Federal Rules of Civil Procedure, 8(a), Claim for Relief.

<sup>788</sup> Federal Rules of Civil Procedure, 8(b), Defenses, Admissions and Denials.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE.UU.<sup>789</sup> y una parte de la doctrina<sup>790</sup> han coincidido en afirmar que el mecanismo de *notice pleading*, que acabamos de describir en sus rasgos esenciales, cumple esencialmente una función de preaviso para el sujeto solicitado que, a través de la misma, entra en conocimiento de las alegaciones concernientes al contenido de las reclamaciones y a la información que tendrá que exhibir<sup>791</sup>. Si bien desde un punto de vista formal este mecanismo aparezca neutral respecto de las posiciones de las partes afectadas, sin embargo desde una perspectiva sustancial, y con específica referencia a los asuntos que conciernen al incumplimiento del Derecho *antitrust*, el recurso al mecanismo de *notice pleading* resulta mucho más beneficioso para el solicitante que, a través de sucintas alegaciones, no sólo consigue evitar los adversos efectos de las *motions to dismiss* y obtener la divulgación de la información relevante para fundamentar su demanda indemnizatoria en la sucesiva fase procesal<sup>792</sup>, sino que también logra cargar sobre la parte solicitada una extensa obligación de *disclosure* de la información y documentos que se encuentran bajo su esfera exclusiva de control<sup>793</sup>.

Por lo que respecta a la posición del sujeto solicitado, en los asuntos de naturaleza *antitrust* resulta aún más marcado el carácter gravoso, en términos de costes de divulgación, del mecanismo de *notice pleading*. En efecto, la amplia obligación de divulgación que surge para la parte que recibe la comunicación, no requiere grandes esfuerzos económicos<sup>794</sup> ni inversiones de recursos temporales

---

<sup>789</sup> *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 501 (1947), en que se afirmó que el mecanismo de *notice pleading* “restrict the pleadings to the task of general notice-giving”. Sin embargo, con posterioridad, otra parte de la jurisprudencia ha subrayado que el mecanismo de *pre-trial disclosure* sirve para proporcionar al sujeto perjudicado todos los elementos probatorios que respalden su situación de cara a la futura interposición de una demanda judicial, *Swierkiewicz v. Sorema NA*, 534 U.S. 506, 514 (2002).

<sup>790</sup> CAVANAGH (2002, pág. 5).

<sup>791</sup> Con anterioridad respecto de la entrada en vigor de las FRCP, en el sistema de *common law* estadounidense, a través del mecanismo del *pleading* se perseguían tres ulteriores funciones: *i*) aseverar los hechos que las partes consideraban existentes; *ii*) obtener que la parte solicitada admitiera las alegaciones del *pleader*; *iii*) permitir una rápida definición de las reclamaciones infundadas. WRIGHT (1994, *sub* §.68.2). En efecto, las FRCP prevén mecanismos específicos para lograr los objetivos subyacentes a estas ulteriores tres funciones, como por ejemplo la posibilidad de definir rápidamente con sentencia las cuestiones evidentemente infundadas, a través del recurso a las *motions to dismiss* (FRCP 12(b)-(c)), *motions for summary judgment* (FRCP 56) o a las *pre-trial conferences* (FRCP 16).

<sup>792</sup> FAIRMAN (2003, pág. 1001).

<sup>793</sup> CAVANAGH (2002, pág. 9).

<sup>794</sup> Los sujetos supuestamente perjudicados por la realización de un ilícito *antitrust*, recurriendo al mecanismo de la *notice pleading* tendrán muchísimas más posibilidades de interponer con éxito una demanda resarcitoria y, frente a la eventualidad de tener que

por parte del *pleader*, en cuanto las FRCP sólo requieren que este sujeto formule sucintas reclamaciones y alegaciones. Por eso, una parte de la doctrina norteamericana ha puesto de relieve que en los supuestos de naturaleza *antitrust* resulta injusto y desproporcionado obligar las empresas supuestamente infractoras a gastar una enorme cantidad de recursos económicos para defenderse en la fase *pre-trial*. En dichos supuestos, RESKE (1992, pág. 14) y CAVANAGH (2002, pág. 11) han propuesto que el mecanismo de *notice pleading* esté informado por el mismo criterio que caracteriza la Rule 9(b) de las FRCP<sup>795</sup> que requiere al sujeto solicitante una formulación detallada de su reclamación, especificando las circunstancias puestas a fundamento del engaño o error producido por la realización de la conducta dañosa<sup>796</sup>.

En efecto, de no ser así, este mecanismo ha experimentado en la práctica diferentes formas de manipulación como demuestra el hecho de que a través del mismo se han llevado a cabo prácticas abusivas, cuales por ejemplo las *fishing expeditions* y la *discovery blackmail*. En particular, la práctica de la *discovery blackmail* consiste en la formulación de una instancia de exhibición muy amplia, con el propósito de imponer costes de *disclosure* extremadamente elevados sobre el sujeto destinatario de la solicitud y hacer que el mismo abogue por una solución transactiva de la cuestión, con independencia del hecho de que la posición del solicitante carezca de fundamento jurídico<sup>797</sup>. En cambio, las *fishing expeditions* consisten en la formulación de una instancia de exhibición genérica, con el propósito de obtener la entrega de la información relevante para entablar un juicio de carácter resarcitorio sobre un diferente ilícito *antitrust*, con respecto al cual no se poseía de algún elemento probatorio a la hora de realizar la *notice pleading*<sup>798</sup>.

Para concluir este breve *excursus* cabe recordar que las mayores críticas que se mueven al *private antitrust enforcement* norteamericano residen, por un lado, en el hecho de que resulta muy difícil para los demandantes lograr en juicio la prueba

---

pagar parte de los costes del litigio, podrán obtener la reparación del triple del valor del daño sufrido.

<sup>795</sup> Federal Rules of Civil Procedure 9(b), Pleading Special Matters; Fraud or Mistake; Conditions of Mind. Esta regla establece que: “In alleging fraud or mistake, a party must state with particularity the circumstances constituting fraud or mistake. Malice, intent, knowledge, and other conditions of a person's mind may be alleged generally” (subrayado añadido).

<sup>796</sup> También la jurisprudencia norteamericana ha destacado la necesidad de que el solicitante especifique más en detalle las reclamaciones que conciernen a la supuesta realización de ilícitos concurrenciales. *Dee-K Enterprises, Inc., et al. v. Heveafil Sdn. Bhd., et al.*, 982 F. Supp. 1138, 1150 (E.D. Va. 1997).

<sup>797</sup> MYERS (1991, pág. 591).

<sup>798</sup> Impact Study, *cit.*, pág. 350.



del daño<sup>799</sup> –que constituye uno de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual de las empresas infractoras– de lo que consigue que la probabilidad de que el juez desestime la demanda indemnizatoria resulta muy elevada<sup>800</sup> y, por el otro, que en muchas ocasiones las partes llegan a la conclusión de acuerdos transactivos a pesar de la solidez de las respectivas posiciones procesales, reduciendo el alcance de los efectos disuasorios que el ejercicio de este tipo de acción resarcitoria tendría que generar.

Por lo que concierne al segundo aspecto que acabamos de señalar, aún reconociendo que esta tipología de acción judicial pueda jugar un papel complementario respecto del efecto disuasorio producido por las multas sancionadoras impuestas por las Autoridades de la competencia en el ejercicio de su actividad de *public antitrust enforcement*; cabe en todo caso tener en consideración que el interés de los demandantes resulta distinto del público interés al mantenimiento de condiciones de competencia en el mercado, en cuanto su principal objetivo consiste en la consecución de la reparación pecuniaria del perjuicio económico sufrido. Es muy importante destacar este aspecto, en cuanto la falta sustancial de coincidencia entre los intereses privados y el interés público ha constituido uno de los factores que ha llevado a la finalización de muchos litigios por vía transactiva.

Otros importantes factores que conducen a la estipulación de *settlements*, residen en la conformación de las reglas de acceso y divulgación de las pruebas. En efecto, como ya hemos tenido forma de poner de manifiesto, los mecanismos de *disclosure* existentes en el sistema procesal civil estadounidense, engendran consecuencias perjudiciales, llevando los solicitantes/demandantes a llevar a cabo prácticas abusivas, cuales por ejemplo la *discovery blackmail* y las *fishing expeditions*. La realización de dichas prácticas altera los incentivos de las empresas demandadas, puesto que ante la posibilidad de incurrir en costes muy elevados, tanto con respecto a la divulgación de la información relevante que se encuentra bajo su control, como por lo que afecta a la obligación de indemnizar el triple del valor del perjuicio sufrido por el demandante y cuantificado por el juez, es muy frecuente que las partes del litigio aboguen por una conclusión transactiva.

De este modo, se produce otro tipo de consecuencia negativa desde la óptica de la salvaguardia del interés público a la tutela de la competencia, en cuanto la finalización extrajudicial impide que el juez se pronuncie sobre la subsistencia de la responsabilidad extracontractual, de matriz *antitrust*, de las empresas demandadas. En efecto, dichos acuerdos producen una pluralidad de efectos no deseados, cuales por ejemplo la previsión de cláusulas de confidencialidad en virtud de las cuales sólo las partes pueden conocer los términos de la transacción,

---

<sup>799</sup> CLARK (1954, págs. 404-411); SCHAEFER (1975, pág. 884).

<sup>800</sup> TIMBERLAKE (1961, pág. 231); POLLOCK (1962, pág. 691); WRIGHT (1967, pág. 275).

con la consecuencia de que eventuales otros perjudicados que no hayan sido partes en el juicio de que se trata, tendrán que soportar *ex novo* los costes de acceso a la información relevante para fundamentar sus acciones indemnizatorias contra la misma empresa que ya ha estipulado un acuerdo transactivo con otro demandante<sup>801</sup>. Se trata de una consecuencia negativa, tanto desde la óptica de la disuasión de las futuras prácticas anticompetitivas, como desde la perspectiva de la plena compensación de todos los sujetos perjudicados, en cuanto el hecho de que el juez no se pronuncia sobre la responsabilidad aquiliana de los demandados obstaculiza el ejercicio de ulteriores acciones indemnizatorias.

Sin embargo, dicha actitud, en el caso de que el acuerdo transactivo recaiga sobre un juicio entablado tras la interposición de una acción resarcitoria individual, puede conllevar un riesgo aún más elevado para las empresas infractoras, siendo muy probable que para llegar a la transacción del litigio se hayan pactado términos económicos muy gravosos. En particular, nos referimos al hecho de que, pese a la conformación de las reglas de *disclosure* y a la eficacia exclusivamente *inter partes* de la regla negocial establecida a través de esta clase de acuerdos, nada obsta a que un número impredecible de sujetos perjudicados por la misma práctica anticompetitiva, lleve a cabo análogas prácticas abusivas contra las empresas infractoras.

Por eso, como ha también destacado el Tribunal Supremo de EE.UU.<sup>802</sup>, las empresas demandadas buscan, con mayor frecuencia y con independencia de la solidez jurídica de la pretensión indemnizatoria, la conclusión transactiva del litigio en los supuestos en que los perjudicados hayan ejercitado una acción de clase (fenómeno de los *blackmail settlements*). Además, cabe ulteriormente evidenciar que en dichos supuestos la probabilidad de conclusión transactiva del litigio resulta aún más elevada en cuanto los abogados de los demandantes tienen un fuerte interés en lograr la finalización negocial del juicio, debido al hecho de que por esa vía consiguen sacar un mayor provecho económico del desarrollo de su actividad profesional.

### **3. La aproximación de la jurisprudencia del TJUE a la cuestión de la aplicación privada del Derecho de la competencia**

Antes de la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE no existía un marco comunitario armonizado sobre las reglas sustanciales y procesales aplicables en los juicios civiles relacionados con la violación de las normas comunitarias de defensa de la competencia (artículos 101 y 102 del TFUE). A estos juicios, por lo

---

<sup>801</sup> BRODLEY (1995, pág. 1).

<sup>802</sup> *In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc., et al.*, 51 F.3d 1293, 1298 (7<sup>th</sup> Cir. 1995), *cit.*

tanto, se aplicaba el régimen jurídico general existente en cada Estado miembro, con la consecuencia de que el resultado del proceso (*v.gr.* la nulidad del acuerdo o la indemnización del daño sufrido) quedaba supeditado a las características de los sistemas procesales nacionales y, en particular, a su mayor o menor grado de compatibilidad con el sistema *antitrust* comunitario<sup>803</sup>.

Cabe de entrada poner de relieve que en el contexto jurídico europeo sucesivo a la creación de la Comunidad Económica Europea, y hasta mediados de la primera década del siglo XXI<sup>804</sup>, la normativa comunitaria de defensa de la competencia había sido aplicada, de forma prevalente, por parte de la Comisión Europea (a nivel comunitario) y de las ANC (a nivel nacional). En efecto, a la hora de introducir en Europa la normativa *antitrust*, el legislador comunitario había considerado prevalente la protección del interés público al mantenimiento de condiciones de competencia en el mercado<sup>805</sup>. El sistema público de aplicación de las normas de defensa de la competencia, entonces, no fue estructurado para otorgar una protección jurídica directa e inmediata a los derechos subjetivos de naturaleza patrimonial de todos aquellos sujetos que hubiesen sido negativamente afectados por una conducta o práctica anticompetitiva, en cuanto no sólo la Comisión Europea, sino también las ANC, no podían proporcionar una tutela de carácter compensatorio a las víctimas de los ilícitos concurrenciales.

Antes de la entrada en vigor del Reglamento CE 1/2003, por lo tanto, no existía un expreso reconocimiento normativo en el TCE para que los jueces nacionales pudiesen aplicar de forma directa el Derecho comunitario de la competencia. Fue a nivel jurisprudencial, gracias a las decisiones del TJUE, que se reconoció el papel de dichos jueces y se pusieron las bases conceptuales para el futuro desarrollo normativo de la cuestión. La jurisprudencia comunitaria, en particular, afrontó la cuestión de la aplicación privada de la normativa comunitaria de defensa de la competencia en el más amplio cuadro de la eficacia directa de las normas de Derecho comunitario<sup>806</sup>.

---

<sup>803</sup> CARPAGNANO (2007, pág. 3).

<sup>804</sup> En el ordenamiento jurídico español, como veremos a continuación, la vigente LDC de 2007, en su disposición adicional primera, reconoce de forma explícita a los jueces ordinarios de lo mercantil, el poder de aplicar directamente las normas de defensa de la competencia en los conflictos *inter privatos* y acordar, por esa vía, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por las víctimas de ilícitos *antitrust*.

<sup>805</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ (2007, págs. 257-260).

<sup>806</sup> El principio del efecto directo fue inicialmente reconocido en vía general por la STJ de 5 de febrero de 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa*, C-26/62, RJ 1963/3, en la que el TJUE antes de todo estableció que: “[...] el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su

El TJUE, con la decisión sobre el asunto *Van Gend & Loos*, sentó el principio del efecto directo vertical del derecho comunitario originario, con arreglo al cual se reconoció a los particulares la posibilidad de ejercer los derechos establecidos por el Tratado contra los Estados miembros infractores<sup>807</sup>. El TJUE, no obstante hubiese establecido el principio del efecto directo vertical en el ámbito de un asunto concerniente a la vulneración de derechos directamente descendentes de las normas del TCE, con el pronunciamiento *Van Gend & Loos* también destacó que uno de los principales criterios para establecer si una norma comunitaria, tanto de derecho originario, como de derecho derivado, poseía un efecto directo se basaba sobre el carácter incondicional de la misma<sup>808</sup>. Fue en una etapa posterior que el TJUE reconoció la vigencia del principio del efecto directo también en las relaciones horizontales<sup>809</sup>, caracterizadas por la circunstancia de que los particulares que estimaran haber sufrido un perjuicio a causa de la conducta de otros particulares, habrían podido prevalerse de una norma comunitaria frente a estos sujetos.

El TJUE, en el marco de su consolidada jurisprudencia en materia de efectos directos de las normas comunitarias, entre finales de los años sesenta y mediados de los años setenta del siglo XX, llegó a reconocer de forma expresa la eficacia directa en las relaciones horizontales de los artículos 85 y 86 del TCE<sup>810</sup>. Los pronunciamientos del TJUE, en particular, concernieron a la aplicación del artículo 85, apartado 2, del TCE, que establecía la nulidad de todo acuerdo o decisión restrictivo de la competencia, que no resultaba susceptible de ser

---

patrimonio jurídico”, para luego poner de relieve que toda obligación impuesta por el Tratado, cuya aplicación no necesite alguna medida interna por parte de los Estados miembros, produce de por sí un efecto directo en la esfera jurídica de los destinatarios.

<sup>807</sup> TESAURO (2012, págs. 167-169).

<sup>808</sup> No nos ocuparemos de la cuestión del efecto directo del derecho comunitario derivado (reglamentos, directivas, decisiones), si bien parte de la normativa comunitaria de defensa de la competencia descende de estas fuentes normativas. Por lo que concierne a las primeras decisiones de los jueces europeos sobre este aspecto véanse STJ de 3 de abril de 1968, [Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH contra Hauptzollamt Paderborn](#), C-28/67, RJ 1968/211, pág. 226; STJ de 8 de abril de 1976, [Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena](#), C-43/75, RJ 1976/455, ap. 33.

<sup>809</sup> STJ de 12 de diciembre de 1974, [B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch contra Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie y Federación Española Ciclismo](#), C-36/74, RJ 1974/1405, ap. 34.

<sup>810</sup> STJ de 12 de diciembre de 1967, [SA Brasserie de Haecht contra Consorts Wilkin-Janssen](#), C-23/67, RJ 1967/525; STJ de 30 de enero de 1974, [Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contra SV SABAM y NV Fonior](#), C-127/73, RJ 1974/I/51, aps. 15-17. En la doctrina española véase PETTIBÓ JUAN y BERENGUER FUSTER (1997, pág. 33) y FERNÁNDEZ LÓPEZ (1997, pág. 222).

justificado por no satisfacer las condiciones previstas por el sucesivo apartado tercero (*efficiency defence*)<sup>811</sup>.

El TJUE ha reiterado esta jurisprudencia estableciendo que: “[...] la Comisión no dispone de competencia exclusiva para aplicar el apartado 1 del artículo 85 y el artículo 86. A este respecto, comparte con los órganos jurisdiccionales nacionales su competencia para aplicar estos preceptos” y que “[...] el apartado 1 del artículo 85 y el artículo 86 producen efectos directos en las relaciones entre particulares y engendran directamente en favor del justiciable derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar”<sup>812</sup>. El TJUE, además, ha trazado los límites de la competencia de los jueces nacionales, afirmando que los mismos no pueden adoptar decisiones “que sean incompatibles con las adoptadas o proyectadas por la Comisión en cumplimiento del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86, así como del apartado 3 del artículo 85”<sup>813</sup>.

La jurisprudencia comunitaria además ha establecido que la normativa comunitaria de defensa de la competencia posee carácter imperativo y que, por lo tanto, si el Derecho nacional faculta al juez para aplicar de oficio una norma jurídica de tal naturaleza, entonces el órgano jurisdiccional nacional debe en todo caso aplicar el Derecho comunitario de la competencia en los juicios *inter privatos*, incluso en los supuestos en que la parte interesada no haya invocado la aplicación

---

<sup>811</sup> Al respecto cabe recordar que la nulidad establecida por el artículo 85, apartado 2, TCE tiene carácter absoluto, ya que un acuerdo nulo con arreglo a ese artículo no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes ni es oponible a terceros (STJ de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import Co. contra S.A.G.L. Import Export*, C-22/71, RJ 1971/949, ap. 29), pudiendo además afectar a todos los efectos, pasados o futuros, conectados con el acuerdo restrictivo de la competencia (STJ de 6 de febrero de 1973, *SA Brasserie de Haecht contra Wilkin-Janssen*, C-48/72, RJ 1973/77, ap. 26).

<sup>812</sup> STJ de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis contra Henninger Bräu AG.*, C-234/89, RJ 1991/I/935, ap. 45. Esta jurisprudencia fue reiterada en pronunciamientos sucesivos del TJUE cuales, por ejemplo, STJ de 18 de marzo de 1997, *Guérin automobiles contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-282/95P, RJ 1997/1503, ap. 39; STJ de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods Ltd contra HB Ice Cream Ltd.*, *cit.*, ap. 47.

<sup>813</sup> STJ de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis contra Henninger Bräu AG.*, *cit.*, ap. 47. Cabe subrayar que antes de la decisión *Delimitis*, el TJUE había establecido que la competencia de los jueces nacionales para aplicar el Derecho *antitrust* comunitario, también valía con respecto a las disposiciones de los Reglamentos de exención entonces en vigor (STJ de 3 de febrero de 1976, *SA Fonderies Roubaix Wattrelos contra Société nouvelle des Fonderies A. Roux y Société des Fonderies JOT*, C-63/75, RJ 1976/111), en el sentido de que no podía declararse la nulidad de un acuerdo si cabía la posibilidad de que el mismo hubiese podido gozar de una exención por categoría.

de la normativa *antitrust*<sup>814</sup>. Cabe por último subrayar que el TJUE ha afirmado el principio de la eficacia directa de la normativa comunitaria de defensa de la competencia también con respecto a los métodos alternativos de solución de conflictos, estableciendo que: “en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado”<sup>815</sup>.

### **3.1. La sentencia *Courage* y el reconocimiento del derecho de los perjudicados por la realización de una práctica anticompetitiva a reclamar judicialmente la indemnización de los daños y perjuicios sufridos**

Con la decisión sobre el asunto *Courage*<sup>816</sup> el TJUE ha reconocido expresamente a los sujetos negativamente afectados por una infracción de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, el derecho a ejercer ante los competentes órganos jurisdiccionales nacionales<sup>817</sup> la acción de indemnización por daños y perjuicios.

En particular, con esta sentencia el TJUE se ha pronunciado sobre cuatro cuestiones prejudiciales, planteadas por la Court of Appeal (England & Wales – Civil Division) con arreglo al entonces artículo 234 del TCE. Los hechos que dieron lugar a la formulación de esta demanda prejudicial fueron los siguientes: la empresa *Courage* y la sociedad IEL, co-participada por *Courage*, a través de la

---

<sup>814</sup> STJ de 14 de diciembre de 1995, [Jeroen van Schijndel y Johannes Nicolaas Cornelis van Veen contra Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten](#), asuntos acumulados C-430/1993 y C-431/1993, RJ 1995/I/4705, aps. 13-15.

<sup>815</sup> STJ de 1 de junio de 1999, [Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV](#), *cit.*, ap. 37.

<sup>816</sup> STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al.*, *cit.*, ap. 25. Cabe señalar que este tema ya había sido objeto de debate en anteriores pronunciamientos del TJUE. Véanse, por ejemplo, STJ de 9 de marzo de 1978, [Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal](#), C-106/77, RJ 1978/629, ap. 16; STJ de 19 de junio de 1990, [The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et al.](#), *cit.*, ap. 19; STJ de 13 de abril de 1994, [H. J. Banks & Co. Ltd contra British Coal Corporation](#), C-128/92, RJ 1994/I/1209.

<sup>817</sup> El TJUE, además, ha puesto de relieve que la competencia de los jueces nacionales se extiende más allá del limitado ámbito de la revisión de las decisiones de las Autoridades de la competencia en sede contencioso-administrativa. GONZÁLEZ LÓPEZ (2007, pág. 262).

celebración de un contrato habían establecido que los arrendatarios de los pubs de la sociedad IEL no sólo habrían tenido que abastecerse de cerveza exclusivamente de *Courage*, sino que habrían tenido también que adquirir una cantidad mínima de producto de esta empresa. Después de la celebración de este contrato, la empresa *Courage* demandó al señor *Crehan*, arrendatario de algunos pubs de la sociedad IEL, a causa del impago de algunos suministros de cerveza. En el curso del juicio, el señor *Crehan* se defendió alegando la nulidad del contrato de exclusiva de suministro celebrado entre la empresa *Courage* y la sociedad IEL y, al mismo tiempo, formuló contra *Courage* una demanda reconvenzional reclamando la indemnización de los perjuicios ocasionados por el hecho de que el demandado en vía reconvenzional había aplicado a los arrendatarios vinculados una tarifa (para la venta de la cerveza) superior a aquélla que aplicaba a los compradores independientes.

Antes de comentar la decisión que fue adoptada sobre las demandas prejudiciales del juez remitente, creemos que sea oportuno describir brevemente el cuadro teórico y los principios tomados preliminarmente en consideración. En primer lugar, el TJUE tuvo en cuenta el principio de la autonomía procesal, que informa la relación existente entre el ordenamiento comunitario y los Derechos nacionales de los Estados miembros. Este principio establece que: “[...] a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguardia de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario [...]”<sup>818</sup>. Se trata de un principio que ha de leerse junto con el principio del efecto directo<sup>819</sup>, según el cual las normas comunitarias contempladas en el Tratado, incluidas aquéllas puestas a defensa de la competencia, producen efectos directos para los particulares, creando derechos que los jueces nacionales tienen el deber de proteger<sup>820</sup> para garantizar la plena aplicación del Derecho comunitario<sup>821</sup>.

---

<sup>818</sup> STJ de 16 de diciembre de 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG y Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C-33/76, RJ 1976/693, pág. 697.

<sup>819</sup> STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al., cit.*, ap. 19.

<sup>820</sup> STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al., cit.*, ap. 23. Al respecto es importante poner de relieve que para sustanciar este argumento el TJUE ha hecho referencia a su decisión sobre el asunto *Guérin Automobiles* (STJ de 18 de marzo de 1997, *Guérin automobiles contra Comisión de las Comunidades Europeas, cit.*, ap. 39). En la doctrina, JONES (1999, pág. 78) ya había considerado que esta decisión constituyera el fundamento comunitario de la acción de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Derecho comunitario *antitrust*.

<sup>821</sup> PRECHAL (1997, pág. 3).

Sin embargo, cuando a nivel comunitario no existe alguna regulación uniforme ni armonizada, el principio de la autonomía procesal no resulta de por sí adecuado para satisfacer las exigencias subyacentes al principio del efecto directo, cuyo objetivo último consiste en lograr un estado de completa y plena aplicación del Derecho comunitario. En efecto, si se dejaran los Estados miembros del todo libres de escoger las medidas aplicables a los derechos otorgados a los justiciables por la normativa comunitaria, el nivel y la intensidad de la protección de estos derechos no serían uniformes entre los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Por esta razón, hace falta acudir a dos posteriores principios: el principio de equivalencia y el principio de efectividad. El principio de equivalencia (o principio de no discriminación) establece que las medidas normativas nacionales escogidas para aplicar las normas comunitarias que generan derechos en favor de los particulares, no deben ser menos favorables que las referentes a situaciones similares de carácter exclusivamente interno<sup>822</sup>. En cambio, el principio de efectividad establece que la regulación interna de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe hacer su ejercicio imposible en la práctica o excesivamente difícil<sup>823</sup>.

En conclusión, si con la afirmación del principio de autonomía procesal el TJUE había conferido a los jueces nacionales un cierto margen de libertad en la

---

<sup>822</sup> Véanse, por ejemplo, STJ de 16 de diciembre de 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG y Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland*, *cit.*, pág. 697; STJ de 16 de diciembre de 1976, *Comet BV contra Produktschap voor Siergewassen*, C-45/76, RJ 1976/2043, aps. 13-16; STJ de 10 de abril de 1984, *Sabine von Colson y Elisabeth Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen*, *cit.*, ap. 23; STJ de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contra Estado belga*, C-312/93, RJ 1995/I/4599, ap. 12; STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al.*, *cit.*, ap. 29. El TJUE ha reiterado este principio jurisprudencial también en pronunciamientos más recientes, como por ejemplo en la STJ de 13 de marzo de 2007, *Unibet (London) Ltd y Unibet (International) Ltd contra Justitiekanslern*, *cit.*, ap. 43.

<sup>823</sup> STJ de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor GmbH et al. contra República Federal de Alemania*, asuntos acumulados de C-205/82 a C-215/82, RJ 1983/661, ap. 19; STJ de 16 de julio de 1998, *Oelmühle Hamburg AG e Jb. Schmidt Söhne GmbH & Co. KG contra Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, C-298/96, RJ 1998/I/4767, ap. 24; STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al.*, *cit.*, ap. 29. El TJUE ha reiterado también este principio jurisprudencial también en pronunciamientos más recientes, como por ejemplo en la STJ de 19 de junio de 2003, *Ministero delle Finanze contra Eribrand SpA*, C-467/01, RJ 2003/I/6471, ap. 62.



aplicación de los remedios más apropiados<sup>824</sup>, fue a través del principio de efectividad que el TJUE, modulando el margen de libertad de los órganos jurisdiccionales nacionales, impuso sobre los mismos el deber de proporcionar en todo caso a los justiciables una tutela real. Finalmente, por lo que se refiere a nuestro ámbito de análisis, podemos relevar que mientras en algunos supuestos el principio de efectividad permite a los jueces nacionales adoptar sus decisiones con un mayor grado de autonomía, en otros supuestos el margen de libertad resulta mucho más limitado.

A la hora de pronunciarse sobre el asunto *Courage*, el TJUE ha examinado conjuntamente las cuatro cuestiones prejudiciales, afirmando que el objeto de la demanda prejudicial consistía esencialmente en establecer si un sujeto perjudicado por la realización de una práctica anticompetitiva, podía invocar esta infracción ante un órgano jurisdiccional nacional, con el fin de reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos a causa del ilícito. Como acabamos de ilustrar, el TJUE, antes de contestar a las demandas formuladas por el juez remitente, ha acudido a los principios de autonomía procesal y efecto directo, añadiendo además que el artículo 85 del TCE (disposición normativa del TCE relevante para el asunto *Courage*) constituía una norma de fundamental importancia para el cumplimiento de las finalidades de la Comunidad Europea, sobre todo por lo que concierne al correcto funcionamiento del mercado interior<sup>825</sup>.

Sobre la base de estas premisas, en primer lugar el TJUE ha reconocido que: “[...] cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado, incluso cuando sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia con arreglo a dicha disposición”<sup>826</sup> y, por consiguiente, que “[l]a plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia”<sup>827</sup>.

---

<sup>824</sup> STJ de 4 de abril de 1968, *Firma Gebrüder Lück contra Hauptzollamt Köln-Rheinau*, C-34/67, RJ 168/326, pág. 335.

<sup>825</sup> STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al., cit.*, ap. 20. Véase también STJ de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV, cit.*, ap. 36.

<sup>826</sup> STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al., cit.*, ap. 24.

<sup>827</sup> STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al., cit.*, ap. 26. La misma conclusión se logra también con respecto a los supuestos de infracción del artículo 102 del TFUE (el entonces artículo 86 del TCE).

En síntesis, por lo que concierne a este primer aspecto de la cuestión, del análisis de la sentencia *Courage* se desprende que el TJUE ha afirmado expresamente<sup>828</sup> que el Derecho comunitario confiere directamente, a los perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial, el derecho a reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales la indemnización por daños y perjuicios de naturaleza *antitrust*<sup>829</sup>. Podemos además afirmar que el reconocimiento de este derecho y su colocación en el marco de los derechos de matriz comunitaria, descende del hecho de que el fundamento de la responsabilidad extracontractual de las empresas que incumplen la normativa *antitrust* comunitaria, se recoge en los principios de este ordenamiento jurídico, es decir la plena eficacia de las normas comunitarias y la protección efectiva de los derechos que éstas reconocen a los justiciables.

Además, el TJUE ha establecido que la ausencia *ratione materiae* de una normativa comunitaria imponía a los Estados miembros la obligación de establecer, en el respeto de los principios de equivalencia y efectividad, la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia del derecho al resarcimiento del daño que el Derecho comunitario reconoce a los sujetos negativamente afectados por la realización de una práctica anticompetitiva. Sin embargo, en la fijación de las reglas aplicables en estos supuestos de responsabilidad extracontractual, el TJUE ha reconocido a los Estados miembros la posibilidad, por un lado, de adoptar medidas que salvaguarden sí los derechos de los perjudicados a obtener la indemnización del perjuicio sufrido, pero sin conllevar un enriquecimiento injusto para tales sujetos<sup>830</sup> y, por el otro, la posibilidad de que se “deniegue a una parte, de la cual se haya comprobado que

---

<sup>828</sup> Con anterioridad, por lo que se refiere a otros ámbitos de aplicación del Derecho comunitario, el TJUE ya había reconocido el derecho de los particulares a reclamar ante los jueces nacionales la indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa comunitaria. Es éste, por ejemplo, el caso de la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros de la UE, que recurre cuando: *i*) un Estado miembro infringe la normativa comunitaria que directamente crea derechos en favor de los particulares; *ii*) la infracción es suficientemente caracterizada; *iii*) debe existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento del Derecho comunitario y el daño sufrido. STJ de 19 de noviembre 1991, [Andrea Francovich y Danila Bonifaci et al. contra República Italiana](#), asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, RJ 1991/I/5357, aps. 38 y sigs.; STJ de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland y The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et al., cit.*, aps. 37 y sigs.

<sup>829</sup> En el mismo sentido se había anteriormente pronunciado el Abogado General VAN GERVEN en sus conclusiones presentadas el 27 de octubre de 1993, [H. J. Banks & Co. Ltd contra British Coal Corporation](#), C-128/92, ap. 37.

<sup>830</sup> La conciliación de estos intereses contrapuestos asume gran relevancia con respecto a la cuestión de la legitimación activa de los compradores indirectos y a la problemática del reconocimiento, en favor de las empresas infractoras, de la posibilidad de ejercitar en juicio la defensa de repercusión del sobrecoste. Cfr. *infra sub* §.IV.6.4.

tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia, el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios de la otra parte contratante<sup>7831</sup>.

Por último cabe poner de relieve que la doctrina especializada que ha inicialmente comentado la sentencia *Courage*, se había dividido acerca del potencial impacto de la misma sobre la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia. En efecto, algunos autores<sup>832</sup> habían considerado que este pronunciamiento habría conducido a un incremento de las reclamaciones indemnizatorias, mientras que otros habían señalado que sin un mínimo de armonización de las reglas sustanciales y procesales aplicables a las *antitrust damages actions*, en Europa no se habría podido alcanzar un desarrollo mayor del *private antitrust enforcement*<sup>833</sup>.

### 3.2. La postura adoptada por el TJUE en el asunto *Manfredi*

La sentencia *Manfredi*<sup>834</sup> constituye otra fundamental etapa jurisprudencial para el desarrollo de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia. Cuando el TJUE ha adoptado esta decisión el Libro Blanco sobre las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionadas por la realización de ilícitos concurrenciales<sup>835</sup> todavía no se había publicado. Si es cierto que las principales cuestiones en materia de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho comunitario *antitrust* ya habían sido detectadas gracias al “Informe

---

<sup>831</sup> STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al.*, *cit.*, ap. 31.

<sup>832</sup> CUMMING (2002, pág. 199); FERNÁNDEZ VICIÉN y GONZÁLEZ-ESPEJO (2002, págs. 168 y sigs.); JONES y BEARD (2002, págs. 246 y sigs.); KOMNINOS (2002, págs.460 y sigs.); VENIT (2003, págs. 570-572).

<sup>833</sup> BASEDOW (2001, págs. 443 y sigs.). Sin embargo, ALFARO ÁGUILA-REAL (2009, pág. 6); REHER (2009); ALFARO ÁGUILA-REAL y REHER (2010, pág. 43) han estimado que la armonización comunitaria sobre los Derechos Procesales de los Estados miembros no estaba justificada, ni siquiera desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, en cuanto los Estados miembros estaban mejor situados para reformar sus leyes procesales con el propósito de facilitar el ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios de naturaleza *antitrust*.

<sup>834</sup> STJ de 13 de julio de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA.*, *cit.*, ap. 39. Por un comentario doctrinal de la decisión véanse, *ex multis*, AFFERNI (2007, págs. 179-190); CARPAGNANO (2007, págs. 1-21); FABIEN (2006, págs. 118-119); MONTEMAGGI (2007, págs. 634-645); CHAGNY (2006, págs. 86-89); PALLOTTA (2007, págs. 305-326); SEITZ (2006, págs. 416-418).

<sup>835</sup> Cfr. *infra sub* §.IV.7.

Ashurst<sup>836</sup> y tratadas en el ámbito de un específico Libro Verde<sup>837</sup>, sin embargo aún no existía sobre las mismas una posición oficial de la Comisión Europea y ni siquiera una normativa de detalle a nivel comunitario. En efecto, como ya se ha tenido forma de señalar con anterioridad, este tipo de responsabilidad extracontractual seguía siendo únicamente regulada por la normativa nacional de los Estados miembros que, ante las reclamaciones resarcitorias fundadas sobre la infracción de los entonces artículos 81 y 82 del TCE, solían aplicar el régimen jurídico general de la responsabilidad civil extracontractual.

En particular, con esta sentencia el TJUE se ha pronunciado sobre cuatro cuestiones prejudiciales, planteadas por el *Giudice di Pace* de Bitonto<sup>838</sup> y sustancialmente concernientes a los siguientes aspectos de la responsabilidad extracontractual que origina del incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia: *i*) el alcance de la legitimación activa de los sujetos perjudicados; *ii*) el problema de la prueba; *iii*) las modalidades del cómputo del plazo de prescripción; *iv*) la posibilidad de que el juez imponga daños punitivos.

Los hechos que dieron lugar a la formulación de esta demanda prejudicial fueron los siguientes: la Autoridad italiana de la competencia (AGCM) había declarado que el intercambio de información intercurre entre las compañías aseguradoras con respecto al seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los siniestros causados por automóviles<sup>839</sup>, fuese contraria, por su objeto anticompetitivo, al artículo 2 de la [Ley italiana de defensa de la competencia](#). Con posterioridad, algunos sujetos perjudicados, en su calidad de asegurados de las compañías aseguradoras que habían participado al cartel, interpusieron ante el *Giudice di Pace* de Bitonto tres distintas demandas de indemnización por daños y perjuicios. Por lo tanto, los perjudicados ejercitaron acciones resarcitorias *follow-on*, fundamentadas sobre el hecho de que la AGCM había establecido que, por efecto de esta práctica anticompetitiva, se había producido un incremento artificial del precio de las primas del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los siniestros causados por automóviles.

Pasando ahora al análisis de la sentencia *Manfredi*, cabe antes de todo examinar la postura adoptada por el TJUE en orden a la primera cuestión planteada por el

---

<sup>836</sup> Cfr. *infra sub* §.IV.5.

<sup>837</sup> Cfr. *infra sub* §.IV.6.

<sup>838</sup> El *Giudice di Pace*, en el ámbito del sistema judicial italiano, es un órgano jurisdiccional de primera instancia, cuya competencia por materia y por valor resulta de hecho limitada a los supuestos de menor relevancia.

<sup>839</sup> Decisión de la AGCM núm. 8546 de 28 de julio de 2000, *Rc Auto*, publicada en el Diario semanal de la AGCM, núm. 30 de 28 de julio de 2000. En particular, el intercambio de información se realizó a través de una plataforma común, constituida por una empresa de consultoría jurídicamente independiente de las empresas involucradas en la práctica anticompetitiva (RC Log).

juex *a quo*, consistente en averiguar si “el artículo 81 CE debe interpretarse en el sentido de que legítima a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por dicho artículo y cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación de dicho perjuicio”<sup>840</sup> (subrayado añadido). Al respecto el TJUE ha afirmado que las normas comunitarias de defensa de la competencia (artículos 81 y 82 del TCE) producen efectos directos en las relaciones entre los particulares, creando derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar. Por consiguiente, cualquier individuo puede no sólo invocar la infracción de tales normas ante los jueces nacionales, sino que puede también solicitar la reparación del daño sufrido cuando existe una relación de causalidad entre el perjuicio sufrido y la práctica anticompetitiva<sup>841</sup>. En particular, por lo que concierne al reconocimiento de la legitimación activa a todos los sujetos perjudicados por el incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia, el TJUE ha fundamentado su postura también sobre el hecho de que la adopción de una solución contraria habría impedido la producción del efecto útil<sup>842</sup> de la prohibición contenida en el artículo 81 del TCE (y la misma

---

<sup>840</sup> Cabe recordar que en la sentencia *Courage* el TJUE había ya expresamente afirmado que cualquier sujeto perjudicado por un ilícito *antitrust* podía reclamar en juicio la reparación de l daño sufrido. STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al.*, cit., ap. 26 (cfr. *supra sub* §.IV.3.1). Cabe además subrayar que a la época del proceso ante el *Giudice di Pace* de Bitonto, el Tribunal Supremo Italiano había considerado que los consumidores no pudiesen reclamar en juicio la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la normativa nacional de defensa de la competencia, porque básicamente este derecho no existía. Corte di Cassazione, Sección I, sentencia de 9 de diciembre de 2002 núm. 17475.

<sup>841</sup> STJ de 13 de julio de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA.*, cit., aps. 56-61. El TJUE, en particular, ha confirmado su anterior doctrina jurisprudencial al establecer que: “Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario” (ap. 62). El TJUE, además, sobre este aspecto ha añadido que los principios de equivalencia y efectividad tienen que aplicarse también al concepto de relación de causalidad, tratándose de un elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual que, por lo tanto, se repercute directamente sobre el ejercicio de las *antitrust damages actions* (ap. 64). Sobre este específico aspecto véase *infra sub* §.IV.6.10.

<sup>842</sup> Sobre el principio del efecto útil de las normas comunitarias en la jurisprudencia del TJUE véanse, por ejemplo, STJ de 6 de octubre de 1970, *Franz Grad contra Finanzamt*

conclusión puede lograrse con respecto de la prohibición establecida en el artículo 82 del TCE), con consiguiente pérdida de eficacia en la aplicación concreta de tales disposiciones normativas, que resulta en cambio necesaria para alcanzar los objetivos de tutela que con las mismas se han de perseguir<sup>843</sup>.

Por lo que concierne a la tercera cuestión planteada por el juez remitente, con que se preguntó al TJUE si el artículo 81 del TCE había de ser interpretado en el sentido de que se opusiera a una norma de Derecho nacional que estableciera como *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria, el día en que comienza el acuerdo o práctica prohibidos<sup>844</sup>. En términos generales, el TJUE ha considerado que el respeto de los principios de equivalencia y efectividad en la determinación del computo del plazo de prescripción para presentar una demanda de indemnización por daños y perjuicios, hace que este plazo no pueda computarse a partir del día en que comenzó la práctica anticompetitiva si la normativa de Derecho nacional: *i)* prevé un plazo excesivamente breve; *ii)* el plazo no pueda suspenderse<sup>845</sup>.

En particular, el TJUE ha puesto de relieve que la prohibición del artículo 81 del TCE, aplicándose a los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y a las decisiones de asociaciones de empresas que restringen la competencia, en la medida en que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros<sup>846</sup>, se dirige hacia aquellas prácticas empresariales que constituyen infracciones continuadas o repetidas del Derecho comunitario de la competencia. Por lo tanto, si a nivel de legislación nacional se hubiese establecido un plazo de prescripción demasiado corto para el ejercicio de la acción resarcitoria y este plazo se hubiese computado desde el día en que comienza el acuerdo o práctica prohibidos, habría sido muy probable que el mismo expirase incluso antes de que

---

Traunstein, C-9/70, RJ 1970/825, págs. 142-143; STJ de 14 de octubre de 1999, *Adidas AG*, C-223/98, RJ 1999/I/7081, ap. 24.

<sup>843</sup> GIRÓN LARRUCEA (2002, pág. 556); TESAURO (2012, págs. 109-110).

<sup>844</sup> En los supuestos de responsabilidad extracontractual el Código Civil italiano, en su artículo 2947, prevé un plazo de prescripción de cinco años para ejercer la acción de indemnización por daños y perjuicios. Cabe además subrayar que tanto la jurisprudencia (Corte di Cassazione, sentencia de 7 de febrero de 2005 núm. 2207, *Danno e Responsabilità*, Vol. 10º, págs. 495 y sigs.) como la doctrina italiana, abogan por la postura mayoritaria, con arreglo a la cual se considera que los ilícitos concurrenciales pertenezcan al ámbito de la responsabilidad aquiliana. TOFFOLETTO (1996b, págs. 1 y sigs.); LIBERTINI (2004, págs. 933 y sigs.).

<sup>845</sup> STJ de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA., *cit.*, ap. 78. Viceversa, si la regulación interna previera un plazo más largo y la posibilidad de suspensión, sería conforme al Derecho comunitario computar el plazo de prescripción a partir de este día.

<sup>846</sup> *Vid. supra sub §.II.1.1.a).*

haya terminado la infracción<sup>847</sup>. Bajo este escenario, por lo tanto, habría sido muy difícil (o incluso imposible) que los sujetos perjudicados pudieran interponer una demanda judicial ante de la expiración del plazo de prescripción, con la consecuencia de que la legislación de Derecho interno aplicable *ratione materiae* terminaría por ponerse en contraste con los principios comunitarios de equivalencia, efectividad, efecto directo y efecto útil.

Por lo que afecta en cambio a las últimas dos cuestiones prejudiciales planteadas por el *Giudice di Pace* de Bitonto, cabe antes de todo subrayar que con la misma se preguntó al TJUE si “el artículo 81 CE debe interpretarse en el sentido de que impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de otorgar indemnizaciones de daños y perjuicios de carácter punitivo” y si, en el caso de que el TJUE hubiese respondido afirmativamente, el *quantum* de la indemnización tuviera que fijarse de forma tal que sobrepasara los beneficios económicos obtenidos por las empresas infractoras<sup>848</sup>.

Estas cuestiones prejudiciales afrontan un importante problema de *policy* general de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia, es decir el tema de la función de las acciones indemnizatorias por daños *antitrust*, en cuanto el juez remitente pidió al TJUE de aclarar si tales acciones persiguen una finalidad exclusivamente compensatoria o más bien poseen un carácter punitivo, pretendiendo alcanzar un efecto disuasorio. Esta cuestión fue afrontada también en el Libro Verde, en el ámbito del cual la Comisión Europea ha abogado por la introducción de una indemnización punitiva, en la medida del doble de los perjuicios calculados en juicio, sólo en relación a los daños ocasionados por los *hardcore infringements*<sup>849</sup>. Esta solución resulta en abstracto acertada, en cuanto la participación a un cártel constituye en todo caso una práctica empresarial ilícita, siendo objeto de una prohibición de carácter absoluto por parte del Derecho comunitario<sup>850</sup>.

---

<sup>847</sup> El daño provocado por los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y aquello que descende de las decisiones de asociaciones de empresas que restringen la competencia, posee un carácter latente, porque las víctimas suelen no percibirlo hasta cuando la información sobre la existencia de la práctica anticompetitiva no se haya hecho pública. BULST (2006a, pág. 728).

<sup>848</sup> STJ de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA., *cit.*, ap. 83.

<sup>849</sup> Cfr. *infra sub* §.IV.6.3.

<sup>850</sup> CALABRESI y MELAMED (1972, págs. 1089 y sigs.); TRIMARCHI (1994, págs. 1149 y sigs.), por ejemplo, han subrayado que cabría la posibilidad de acudir a la expropiación de los beneficios ilícitamente obtenidos solo en el caso de que la actividad llevada a cabo por el sujeto infractor esté prohibida de forma absoluta. En estos supuestos, en efecto, no cabe el riesgo de desincentivar la realización de actividades beneficiosas para la sociedad. En la opinión de AFFERNI (2007, pág. 184), además, no cabría imponer daños punitivos en los supuestos de prácticas anticompetitivas de carácter unilateral, en cuanto

Sin embargo, el TJUE no ha desarrollado estas consideraciones resolviendo también esta cuestión con arreglo a la doctrina jurisprudencial que impone a los Estados miembros, en ausencia de una normativa comunitaria, el respeto de los principios de equivalencia y efectividad. Por eso en abstracto, por lo que respecta a las *antitrust damages actions*, se ha reconocido a los jueces nacionales la posibilidad de otorgar indemnizaciones especiales en favor de los perjudicados, si bien en la medida en que indemnizaciones de tal naturaleza pudieran concederse como resultado de acciones similares basadas exclusivamente sobre el Derecho interno<sup>851</sup>. En efecto, algunos Estados miembros ya preveían la posibilidad de imponer a los *co-cartelists* daños punitivos (Chipre) o daños ejemplares (Irlanda y Reino Unido)<sup>852</sup>.

Por último, el TJUE ha aclarado que el reconocimiento en favor de los jueces nacionales de la abstracta posibilidad de otorgar indemnizaciones especiales en favor de las víctimas de ilícitos concurrenciales, podía ejercitarse en concreto mediando entre dos intereses contrapuestos: por un lado, la protección de los derechos patrimoniales de los perjudicados, que revisten el rango de derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario, no tenía que conducir a una situación en que los beneficiarios de la indemnización gozaran de un enriquecimiento sin causa<sup>853</sup> y, por el otro, la plena satisfacción de los intereses económicos negativamente afectados por la realización de un ilícito concursal, podía alcanzarse admitiendo que los perjudicados reclamasen el resarcimiento “no sólo del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses”<sup>854</sup>.

---

la apreciación del carácter ilícito de las mismas resulta mucho más compleja, no resultando remota la posibilidad de que se incurra en un error de evaluación.

<sup>851</sup> STJ de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur*, Bundesrepublik Deutschland y The Queen, Secretary of State for Transport, *ex parte* Factortame *et al.*, *cit.*, ap. 90; STJ de 13 de julio de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, *Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA* y *Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA.*, *cit.*, ap. 93.

<sup>852</sup> En la práctica, sin embargo, los jueces nacionales reconocen en muy pocas ocasiones estos tipos de indemnizaciones en favor de los sujetos perjudicados. WAELEBROECK *et al.* (2004, pág. 87).

<sup>853</sup> El tema del posible enriquecimiento sin causa de los perjudicados resulta estrictamente conectado con las cuestiones de la legitimación pasiva de los compradores indirectos y la admisibilidad, en favor de las empresas demandadas, de la defensa de repercusión del sobrecoste. Cfr. *infra sub* §.IV.6.4

<sup>854</sup> STJ de 13 de julio de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, *Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA* y *Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA.*, *cit.*, aps. 95 y 99-100. En particular, por lo que concierne a las tipologías de daños susceptibles de ser indemnizados, el TJUE afirmó de forma expresa que en caso de violación del Derecho comunitario, sobre todo en materia económica o mercantil, no puede totalmente excluirse la reparación del lucro cesante, en



#### 4. Los (escasos) avances del *private antitrust enforcement* tras la adopción del Reglamento CE 1/2003

El desarrollo jurisprudencial en materia de aplicación privada de la normativa comunitaria de defensa de la competencia obtuvo un reconocimiento normativo en el ámbito del proceso de modernización del Derecho *antitrust* comunitario. El Reglamento CE 1/2003 ha determinado un cambio radical en la aplicación del derecho comunitario de la competencia, sustituyendo el régimen centralizado, previsto por el Reglamento CEE 17/1962, con un régimen descentralizado. A través de este nuevo régimen, en efecto, el legislador comunitario ha introducido un sistema de excepción legal directamente aplicable, con la consecuencia de que las ANC y los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros resultan competentes para aplicar también el apartado 3 del artículo 101 del TFUE<sup>855</sup>. En el marco del sistema descentralizado, por un lado, la Comisión Europea puede dirigir su acción de *enforcement* hacia las prácticas anticompetitivas más graves (*in primis* los carteles secretos) y, por el otro, las ANC pueden aplicar de forma directa e inmediata la normativa comunitaria y sólo de forma residual la normativa *antitrust* nacional, es decir cuando las prácticas o las conductas unilaterales no resultan susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros. A este propósito el artículo 6 del Reglamento CE 1/2003 establece que: “Los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado”<sup>856</sup>.

BORNKAMM y BECKER (2005, págs. 213 y sigs.) han evidenciado que esta previsión normativa no dió lugar a un avance significativo del *private antitrust enforcement* comunitario, limitándose sólo a traducir en el plano normativo el resultado jurisprudencial que el TJUE ya había alcanzado hace 30 años. En efecto, el Reglamento CE 1/2003 no contiene ninguna previsión que facilite el ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios, sobre todo si

---

concepto de daño reparable, en cuanto eso se resolvería en la práctica imposibilidad de reparar el perjuicio ocasionado por la conducta o práctica infractora de que se trate.

<sup>855</sup> Considerando 4º del Reglamento CE 1/2003.

<sup>856</sup> La *ratio legis* de esta intervención normativa comunitaria resulta expresada en el Considerando 7º del Reglamento CE 1/2003, que prevé que: “Los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones. La función de los órganos jurisdiccionales nacionales es, a este respecto, complementaria de la de las Autoridades de la competencia de los Estados miembros. Es conveniente, por tanto, facultarlos para aplicar plenamente los artículos 81 y 82 del Tratado”.

se considera que la abolición del sistema de autorización centralizado de notificación previa y la consiguiente introducción de un sistema de exención legal respecto de la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE no ha tenido algún impacto sobre la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia<sup>857</sup>. Bajo este perfil, en particular, cabe añadir que el sistema centralizado anteriormente vigente no había en algún modo obstaculizado el desarrollo del *private antitrust enforcement*<sup>858</sup>, pese al hecho de que la notificación previa de los acuerdos sólo tenía el efecto de proporcionar la inmunidad de las sanciones en favor de las empresas involucradas, no produciendo alguna validez provisional de los acuerdos notificados.

## 5. El “Informe *Ashurst*” y el estado de desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia en los Estados miembros de la UE

La Comisión Europea, a mediados de la primera década del siglo XXI, encomendó al despacho de abogados Ashurst la realización de un análisis objetivo y comparativo de las leyes nacionales de los 25 Estados miembros de la UE en lo relativo a la aplicación judicial de la normativa comunitaria y nacional sobre defensa de la competencia “Informe *Ashurst*”<sup>859</sup>. El estudio encomendado, además, tenía que identificar las vías para facilitar y mejorar la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia, enfocándose en particular sobre el nivel de desarrollo de las acciones de reclamación por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia ante los tribunales nacionales, de conformidad con la legislación procesal de cada Estado Miembro.

Los resultados del Informe *Ashurst*, en particular, pusieron de relieve que uno de los mayores obstáculos a la plena afirmación de la aplicación privada de las normas del sistema *antitrust* comunitario estribaba en las diferencias existentes entre las normas nacionales de los Estados miembros de la UE sobre determinados aspectos del proceso civil cuales, *inter alia*: *i*) las limitaciones de la legitimación activa para reclamar la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por ilícitos concurrenciales; *ii*) el régimen probatorio aplicable en los juicios relativos a la responsabilidad civil de las empresas infractoras; *iii*) la previsión y regulación de acciones colectivas; *iv*) las modalidades de computar el

---

<sup>857</sup> EILMANSBERGER (2007, pág. 433).

<sup>858</sup> MÄSCH (2003, pág. 825).

<sup>859</sup> Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules – Comparative Report, a continuación “Informe Ashurst”. WAELEBROECK, SLATER Y EVEN-SHOSHAN (2004).

plazo de prescripción de las *antitrust damages actions*; v) las reglas de devolución de las costas procesales; vi) la *previsión* de daños punitivos o ejemplares.

El Informe *Ashurst* había puesto de relieve que la remoción de los principales obstáculos al desarrollo de las acciones de indemnización por daños y perjuicios descendentes de ilícitos concurrenciales, es decir la falta de claridad y seguridad jurídica acerca de los remedios y procedimientos que gobiernan este tipo de acción, no podían ser eliminados por el tramite del *soft law*<sup>860</sup>, en cuanto habría sido muy difícil que el mero impulso de las directrices y recomendaciones de la Comisión Europea hubiese podido conducir los legisladores nacionales a realizar un cambio normativo.

Cuando se redactó el informe *Ashurst* las Instituciones comunitarias ya habían adoptado una serie de textos normativos con el fin de unificar<sup>861</sup> o armonizar<sup>862</sup> específicas áreas del Derecho civil y procesal civil de los Estados miembros, eliminando las divergencias nacionales que obstaculizaban la aplicación eficaz del Derecho comunitario. A la luz de estos antecedentes, la previsión del artículo 83, apartado 2, del TCE ofrecía al legislador comunitario una específica base jurídica para unificar o armonizar las reglas nacionales, sustanciales y procesales, con respecto a las *antitrust damages actions*. El Tratado, en efecto, a través de esta previsión (que ahora está contenida en el artículo 103 del TFUE) otorga a las Instituciones comunitarias la posibilidad de adoptar los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los ahora artículos 101 y 102 del TFUE. Al respecto, JUNGBLUTH (2001, *sub art.* 83, ap. 20), SCHRÖTER (2003, *sub art.* 83, ap. 30) y STURHAHN (2005, *sub art.* 83, ap. 9) han considerado que no debe atribuirse carácter de *numerus clausus* al catálogo de supuestos en los que el Consejo, a propuesta de la Comisión Europea y previa consulta al Parlamento Europeo, puede ejercer su poder legislativo. Por esto, la falta de previsión explícita en orden a la regulación de la acción indemnizatoria de naturaleza *antitrust* no constituye, bajo esta perspectiva, un límite a la adopción de reglamentos o directivas en este ámbito material.

---

<sup>860</sup> Informe Ashurst, *cit.*, pág. 2.

<sup>861</sup> Véase, por ejemplo, Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, DOCE L 285/1 de 17 de octubre de 1997.

<sup>862</sup> Véase, por ejemplo, Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, DOCE L 210/29 de 7 de agosto de 1985; Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, DOCE L 129/33 de 19 de mayo de 1990.

Las consideraciones anteriores han posteriormente encontrado un reconocimiento normativo, en virtud de la inclusión de los artículos 103 y 114 del TFUE en el preámbulo de la Directiva 2014/104/UE. El hecho de que el legislador comunitario haya escogido estas normas cuales bases jurídicas de la Directiva sobre acciones por daños *antitrust*, indica que la misma se configura como una medida destinada a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, conforme a lo previsto por el artículo 26 del TFUE.

Sin embargo, el informe *Ashurst*, tras haber detectado y analizado los principales obstáculos al ejercicio de las *antitrust damages actions*, no pudo avanzar propuestas concretas, en cuanto en la mayoría de los Estados objeto de análisis faltaba una regulación específica de estas acciones. Por esta razón el antedicho Informe se limitó exclusivamente a identificar soluciones hipotéticas, finalizadas a facilitar la aplicación privada de la normativa comunitaria de defensa de la competencia<sup>863</sup>. El informe *Ashurst*, en particular, puso de relieve que para incrementar el desarrollo del *private antitrust enforcement* y para fomentar el recurso al remedio indemnizatorio, cabría intervenir sobre algunos ámbitos clave de las regulaciones nacionales, tanto de carácter sustancial, como procesal. Se trataba de los siguientes ámbitos: *i*) el acceso a la jurisdicción<sup>864</sup>; *ii*) la reducción de los riesgos que el ejercicio de las *antitrust damages actions* conlleva para los demandantes<sup>865</sup>; *iii*) el establecimiento de un estándar de prueba más ajustado a las específicas características de los ilícitos concurrenciales<sup>866</sup>; *iv*) la reducción de las costas procesales<sup>867</sup>; *v*) la introducción de otros incentivos<sup>868</sup>; *vi*) un incremento de

---

<sup>863</sup> Informe Ashurst, *cit.*, pág. 118.

<sup>864</sup> Las principales limitaciones concernían a la legitimación de los demandantes, a la necesidad que se obtuviera, con anterioridad respecto del ejercicio de la acción por daños *antitrust*, una resolución firme por parte de las Autoridades de la competencia, la falta de incentivos para ejercer una *class action*, el reconocimiento de la legitimación activa también a los compradores indirectos y la extensión o suspensión del plazo para ejercer este tipo de acción resarcitoria. Informe Ashurst, *cit.*, págs. 118-120.

<sup>865</sup> Estos riesgos, en particular, se referían a la incertidumbre sobre el resultado de los juicios de reparación de los daños *antitrust*, conectada con la falta de seguridad jurídica y claridad sobre la identificación de la base jurídica, así como a la necesidad de que los demandantes proporcionaran en juicio la prueba de la culpa de las empresas infractoras. Informe Ashurst, *cit.*, págs. 120-123.

<sup>866</sup> En tema de estándar probatorio, en particular, uno de los puntos clave de la cuestión estribaba en las dificultades de obtener los documentos relevantes para lograr en juicio la prueba de la responsabilidad civil por la realización de ilícitos concurrenciales, en cuanto en la mayoría de los supuestos únicamente las empresas infractoras poseen estos documentos. Informe Ashurst, *cit.*, págs. 123-128.

<sup>867</sup> En particular, se consideró influyente a los fines del futuro desarrollo de las acciones por daños *antitrust* la eliminación de los costes de naturaleza financiera, así como la atenuación de los costes temporales relacionados con la larga duración media de los juicios resarcitorios. Informe Ashurst, *cit.*, págs. 128-129.

transparencia y publicidad<sup>869</sup>; *vii*) la instauración de una interacción más intensa entre las reglas nacionales y las reglas comunitarias<sup>870</sup>.

Reputamos oportuno, por último, señalar que una de las principales razones por la que el informe *Ashurst* abogó por el fomento del desarrollo de la aplicación privada de los artículos 81 y 82 del TCE, fue aquélla de considerar que mediante el *private antitrust enforcement* no sólo los perjudicados por los ilícitos concurrenciales habrían podido lograr la reparación del daño sufrido, sino que se habría también podido conseguir un mayor grado de disuasión respecto de la comisión de futuras prácticas anticompetitivas. Estos efectos, en última instancia, habrían conducido a una aplicación más eficaz de la normativa comunitaria de defensa de la competencia<sup>871</sup>.

La doctrina, sin embargo, había puesto de relieve que la creación de un régimen específico para regular la responsabilidad civil por infracción del Derecho comunitario de la competencia habría podido ser objeto de críticas tanto en punto de principio, como en el plano de la regulación sustancial y procesal existente. Al respecto EILMANSBERGER (2007, pág. 441) había destacado que el régimen general que los ordenamientos jurídicos nacionales dictan en materia de responsabilidad civil extracontractual resultaba adecuado bajo diferentes perfiles para satisfacer las pretensiones indemnizatorias de las víctimas de ilícitos concurrenciales<sup>872</sup> y, por lo tanto, habría podido continuar a ser aplicado también a los ilícitos *antitrust*.

La Comisión Europea, sin embargo, con la adopción de un Libro Verde sobre daños por incumplimiento del Derecho *antitrust* comunitario, ha considerado necesario, por distintas razones, abrir un debate sobre la implementación del *private antitrust enforcement*, enfocándose específicamente sobre la individuación de las medidas aptas para fomentar el ejercicio de las acciones de indemnización por

---

<sup>868</sup> Se trataba, en particular, de incentivos económicos relacionados con la cuantía de los daños indemnizables. Existen al respecto diferentes posibilidades, cuales la previsión de daños triples u otros tipos de daños punitivos, el reconocimiento de intereses pecuniarios incrementales durante un cierto periodo de tiempo, etc.. Informe Ashurst, *cit.*, págs. 129-130.

<sup>869</sup> Bajo este aspecto se consideró necesario incrementar, por un lado, la difusión de la información relativa al ámbito de aplicación y las finalidades de la normativa comunitaria de defensa de la competencia y, por el otro, el grado de transparencia sobre las acciones por daños ejercitadas y los resultados procesales logrados en los juicios indemnizatorios. Informe Ashurst, *cit.*, págs. 129-131.

<sup>870</sup> Informe Ashurst, *cit.*, pág. 131.

<sup>871</sup> Informe Ashurst, *cit.*, pág. 118.

<sup>872</sup> Por ejemplo, las reglas nacionales no incentivaban una excesiva incoación de juicios resarcitorios y ni siquiera creaban las condiciones para que los demás *players* del mercado no abusasen del derecho de acción con el fin de lograr ventajosos acuerdos transactivos.

daños y perjuicios ocasionados por la comisión de prácticas anticompetitivas en el mercado interior.

## **6. El Libro Verde sobre la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia**

La Comisión Europea, sobre la base de los resultados del informe *Ashurst*, en 2005 adoptó un Libro Verde<sup>873</sup> para estimular un debate sobre las medidas que deberían ser introducidas a nivel nacional, para que a cualquier persona, física o jurídica, resultara más fácil interponer ante los órganos jurisdiccionales nacionales una demanda de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho comunitario de la competencia. Los Libros Verdes, en efecto, resultan estructurados de manera que por cada específica cuestión la Comisión Europea formula una pregunta y proporciona al mismo tiempo distintas opciones, respecto de las cuales los sujetos interesados en el debate tienen la posibilidad de presentar sus observaciones.

La Comisión Europea, en particular, a través de los resultados de este debate miraba a encontrar las mejores soluciones para fomentar, en cada Estado miembro, el ejercicio de las *antitrust damages actions*. El Ejecutivo comunitario estaba convencido de que la atenuación de los obstáculos y divergencias existentes a nivel nacional, que se consideraban la causa principal del escaso recurso al remedio indemnizatorio, habría creado adecuados incentivos para que los sujetos perjudicados acudiesen con mayor frecuencia a esta herramienta de tutela judicial.

La introducción en el marco comunitario de un régimen jurídico específico para armonizar las reglas nacionales en materia de responsabilidad civil por ilícitos *antitrust*, necesitaba de una justificación sólida y compartida. Por esta razón no se estimó suficiente que la Comisión Europea, en su Libro Verde<sup>874</sup>, hubiese constatado que el *private antitrust enforcement* del Derecho comunitario de la competencia versaba en un estado de desarrollo extremadamente escaso, esencialmente debido a la persistencia en los 25 Estados miembros de la UE de

---

<sup>873</sup> En la página *web* oficial de la Unión Europea los Libros Verdes se definen del modo siguiente: “documentos publicados por la Comisión Europea cuyo objetivo es estimular una reflexión a nivel europeo sobre un tema concreto. Los Libros Verdes invitan a las partes interesadas (organismos y particulares) a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas que presentan, y pueden dar origen a desarrollos legislativos que se reflejan en Libros Blancos” ([www.europa.eu](http://www.europa.eu)).

<sup>874</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 4.

numerosos y relevantes obstáculos, de naturaleza sustancial y procesal, al ejercicio de las acciones indemnizatorias por daños *antitrust*.

Por esto en el Commission Staff Working Paper del Libro Verde se han enunciado otros tipos de justificaciones, consideradas más adecuadas al objetivo que el Ejecutivo comunitario trataba de perseguir. El primer argumento afectó a la necesidad de proporcionar fuertes incentivos a los perjudicados, en cuanto con la mera aplicación pública del Derecho de la competencia no podría llegarse a un control eficaz, completo y penetrante de las conductas y prácticas empresariales, pese al hecho de que las Autoridades de la competencia poseen recursos escasos y actúan fijando las prioridades de su línea de *enforcement*<sup>875</sup>. Un segundo argumento consistió en la constatación de que el desarrollo de las acciones resarcitorias por daños *antitrust* habrían contribuido a fortalecer la protección de la competencia, objetivo de crucial importancia para la consecución de las finalidades económicas de la Unión Europea, cuales el correcto funcionamiento del mercado interior<sup>876</sup>. Por último se tuvo también en cuenta el hecho de que los juicios resarcitorios por daños *antitrust* suelen resultar muy complejos y costosos, exigiendo a las partes y al juez actividades que presuponen elevados y específicos conocimientos jurídicos y económicos. Con respecto a este último perfil, cabe añadir que tanto las partes que reclaman la reparación de un perjuicio de naturaleza económica, que las partes demandadas, y también el mismo juez a la hora de dictar sentencia, necesitan: *i*) establecer los mercados afectados por el ilícito concurrencial; *ii*) medir los efectos negativos producidos por las prácticas y conductas anticompetitivas en los mercados afectados (por ejemplo, el efecto sobre el nivel de precios o los resultados de la producción); *iii*) cuantificar los daños sufridos. Esta última tarea, en algunos supuestos, puede resultar particularmente difícil y costosa, porque requiere la realización de complejos análisis econométricos para estimar el daño y, con respecto a la recopilación de las pruebas, el recurso a expertos o peritos<sup>877</sup>.

En el Libro Verde la Comisión Europea, basándose sobre los resultados del informe *Ashurst*, ha puesto de relieve que los principales obstáculos para que las acciones por daños *antitrust* pudieran prosperar, resultaban esencialmente conectados con los siguientes aspectos: *i*) dificultad de acceder a las pruebas, con específica referencia a las cuestiones de la distribución de la carga de la prueba y el nivel de prueba existente en cada Estado miembro; *ii*) papel del elemento psicológico en los juicios indemnizatorios de naturaleza *antitrust*; *iii*) falta de medidas, relacionadas con la reparación de los daños y perjuicios, que estimulasen mayormente el recurso al remedio indemnizatorio; *iv*) cuestiones

---

<sup>875</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, pág. 8, ap. 13. BAKER (2004, pág. 380).

<sup>876</sup> STJ de 1 de junio de 1999, [Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV](#), *cit.*, ap. 36. En el mismo sentido JAEGER (2007, pág. 358).

<sup>877</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, pág. 15, ap. 45.

relativas a la defensa de repercusión del sobrecoste<sup>878</sup> (*passing-on defence*) y la legitimación activa de los compradores indirectos; *v)* ausencia de formas de defensa de los intereses de los consumidores, pese a la falta de adecuadas herramientas jurídicas (*v.gr.* la *class action*); *vi)* existencia de un régimen jurídico de devolución de las costas judiciales capaz de desincentivar el ejercicio de las *antitrust damages actions*; *vii)* falta de coordinación entre *public* y *private antitrust enforcement*, sobre todo por lo que concierne a la compatibilidad de las reglas sustanciales y procesales en materia de acciones resarcitorias con respecto al funcionamiento y la eficacia de los programas de clemencia nacionales y comunitario; *viii)* cuestiones relacionadas con la determinación de la competencia judicial y la individuación de la ley aplicable.

Nos parece oportuno analizar singularmente las diferentes categorías de obstáculos presentadas en el Libro Verde<sup>879</sup>, así como las específicas soluciones planteadas por la Comisión Europea para facilitar el recurso al remedio indemnizatorio y proporcionar adecuados incentivos en favor de los sujetos perjudicados. Además, con respecto a cada grupo de medidas discutidas en el Libro Verde, haremos una específica referencia a las observaciones formuladas por los *stakeholders* españoles<sup>880</sup>.

---

<sup>878</sup> Por lo que concierne al análisis del tema de la *passing-on defence* en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia, emplearemos indistintamente los términos sobreprecio y sobrecoste para referirnos al *overcharge* que desciende del ilícito concurrencial. El legislador comunitario, en particular, ha empleado el término sobrecoste en el ámbito de la Directiva 2014/104/UE.

<sup>879</sup> Cabe poner de relieve que el Libro Verde encontró el favor del Parlamento Europeo (Resolución del Parlamento Europeo, sobre el Libro Verde: Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia 2006/2207(INI), Estrasburgo 25 de abril de 2007) y del Comité Económico y Social Europeo (430º Pleno del día 26 de octubre de 2006, Dictamen del Comité Económico Social y Europeo sobre el «Libro Verde — Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia» COM(2005) 672 final, DOUE C 324/1 de 30 de diciembre de 2006).

<sup>880</sup> Los *stakeholders* españoles que formularon observaciones al Libro Verde de la Comisión Europea fueron: *i)* el Despacho Mariano Aguayo Abogados S.A., [Alegaciones en relación con el Libro Verde de la Comisión Europea sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia](#), en adelante los “Comentarios Aguayo”; *ii)* la Asociación española para la defensa de la competencia, [Comentarios al Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia](#), en adelante los “Comentarios AEDC al Libro Verde”; *iii)* el Grupo competencia y daños del Despacho Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, [Comments on the Commission’s Green Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules](#), en adelante los “Comentarios Cuatrecasas”; *iv)* el Tribunal Català de Defensa de la Competencia, [Comentarios del Tribunal Català de Defensa de la Competència al Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la](#)



## 6.1. Acceso a las pruebas

El primer grupo de preguntas formuladas en el Libro Verde por la Comisión Europea concierne al acceso a las pruebas documentales en el curso de los juicios por reparación de los daños ocasionados por la realización de prácticas empresariales contrarias al Derecho comunitario de la competencia. Los juicios que se entablan tras el ejercicio de acciones indemnizatorias por daños *antitrust* se caracterizan por la circunstancia de que las reclamaciones de los demandantes, para poder prosperar ante los jueces nacionales, han de contar con la prueba de una pluralidad de hechos que no resulta fácil de conseguir en el curso del proceso, en cuanto es el demandado la parte procesal que suele poseer, en la mayoría de los supuestos, los documentos relevantes para demostrar la existencia de la infracción que constituye la fuente del perjuicio y aquéllos otros que resultan necesarios para calcular el daño *antitrust*.

Con respecto a la cuestión de las dificultades probatorias podemos dividir los ilícitos concurrenciales en dos categorías: *i*) los acuerdos, prácticas concertadas y decisiones de asociaciones de empresas restrictivos por el objeto (los carteles secretos que se consideran *hardcore infringements*); *ii*) los acuerdos, prácticas concertadas y decisiones de asociaciones de empresas restrictivos por el efecto (de tipo horizontal y vertical) y las conductas unilaterales que configuran un abuso de posición de dominio (*grey-area infringements*). Por lo que concierne a los *hardcore infringements*, las dificultades probatorias estriban en la demostración de los hechos relevantes acerca de la existencia de la práctica anticompetitiva. En estos supuestos la prueba de la infracción resulta muy compleja, principalmente por dos ordenes de razones: *i*) los *co-cartelists* tienen fuertes incentivos a no delatar a la Autoridad de la competencia la existencia de la infracción, en cuanto la participación en el cartel les permite actuar en el mercado sin haber de tener en cuenta la presión competitiva de las demás empresas que actúan en la industria; *ii*) los participantes en el cartel suelen llevar a cabo la práctica anticompetitiva mediante contactos, y no estipulando acuerdos por escrito, de tal forma que resulta muy difícil encontrar pruebas documentales que certifiquen la existencia de la práctica e indiquen el contenido específico de las recíprocas obligaciones. Por estas razones, en efecto, las Autoridades de la competencia, aún gozando de relevantes poderes de investigación, no siempre logran demostrar la existencia de este tipo de ilícito concurrencial, así que en muchos ordenamientos las mismas se han dotados de programas de clemencia para obtener, a través de la colaboración de las empresas *whistleblowers*, la declaración confesoria y el acceso a los documentos relevantes<sup>881</sup>.

---

[competencia](#), en adelante los “Comentarios TCDC”; *v*) la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, en adelante los “Comentarios UB”.

<sup>881</sup> RILEY (2005, pág. 377).

Los *grey-area infringements*, en cambio, no conllevan algún problema de prueba por lo que concierne a la existencia de la práctica o conducta anticompetitiva. Este asunto es válido también con respecto a las infracciones que producen un efecto de exclusión, porque la reacción de los competidores, que constituyen los sujetos directamente afectados por tales ilícitos, reaccionarán de inmediato para proteger sus intereses económicos y salvaguardar su permanencia o su cuota en el mercado. Los problemas de prueba que caracterizan esta categoría de ilícitos concurrenciales, por lo tanto, estriban en la dificultad de demostrar la ilicitud de las prácticas empresariales con arreglo a los artículos 101 y 102 del TFUE<sup>882</sup>. Las dificultades probatorias descienden, por un lado, del hecho de que las normas comunitarias de defensa de la competencia se caracterizan por contener estándares discrecionales de evaluación, sin establecer con exactitud los elementos esenciales de las prohibiciones legales y, por el otro, por el hecho de que dichos estándares han de ser aplicados a prácticas extremadamente *fact-intensive*. Por consiguiente, para lograr en juicio la prueba de la ilicitud de tales comportamientos empresariales, resulta necesario llevar a cabo complejos análisis de naturaleza no sólo jurídica, sino también económica.

Por lo que concierne a la importancia del análisis económico en la evaluación del carácter anticompetitivo de los *grey-area infringements*, cabe señalar lo siguiente. Con respecto a los acuerdos restrictivos por efecto, el papel del análisis económico ha sido siempre muy significativo, en cuanto las Autoridades de la competencia y los demandantes en juicios *stand-alone* tienen que comprobar que los acuerdos contestados generan efectos anticompetitivos por lo menos probables. Análogamente, las empresas involucradas en un expediente administrativo-sancionador y/o demandadas en juicio tienen la facultad de demostrar la licitud de los acuerdos y prácticas concertadas (*efficiency defence*)<sup>883</sup> que se consideran anticompetitivas y, por eso, fuente del perjuicio económico sufrido por los demandantes.

Con posterioridad, el rol del análisis económico ha crecido de importancia también con respecto a la evaluación de las conductas unilaterales que pueden constituir abusos de posición de dominio. En efecto, tras la adopción por parte de la Comisión Europea del Discussion Paper sobre la aplicación del artículo 82 del TCE a los abusos de exclusión<sup>884</sup>, el análisis *antitrust* comunitario se ha caracterizado por el recurso a un mayor *effect-based approach* y, por consiguiente, la evaluación económica de los efectos anticompetitivos de los abusos de exclusión

---

<sup>882</sup> BASEDOW (2006, pág. 97).

<sup>883</sup> Cfr. *supra sub* §.II.1.1.1.a).

<sup>884</sup> Cfr. Discussion Paper art. 82.

ha asumido un papel mucho más relevante en la aplicación del artículo 102 del TFUE<sup>885</sup>.

Para entender plenamente la importancia que el acceso a la prueba reviste respecto del ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la realización de prácticas empresariales que vulneran la prohibición del artículo 101, apartado 1, del TFUE, consideramos oportuno tomar en cuenta la casuística que se refiere a los asuntos desestimados en virtud del hecho de que el demandado no ha conseguido aportar en juicio pruebas suficientes a demostrar la existencia de la infracción. Al respecto la casuística estadounidense nos proporciona un buen ejemplo. Nasso, una empresa activa en el mercado de la subcontratación de servicios de construcción en el área de Nueva York, había demandado a su competidor horizontal (DIC), reclamando la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de la *joint venture* que DIC había constituido con un proveedor (Certified Industries)<sup>886</sup>. Nasso, en efecto, imputaba a la realización de esta operación societaria el aumento del precio de los *inputs* practicado por otro proveedor (Transit Mix), que no era verticalmente integrado, así como la subsiguiente disminución de su capacidad competitiva. Nasso, en particular, estimó haber sufrido un perjuicio económico a causa de los efectos de exclusión que descendían de la antedicha *joint venture*. El juez, aún considerando que los hechos alegados podían constituir indicios de la existencia de una *conspiracy*, desestimó la demanda de Nasso al considerar que no había alcanzado un suficiente estándar de prueba acerca de la existencia de la infracción.

Algunas de las Opciones que el Libro Verde planteaba tendían a facilitar la prueba de los *hardcore infringements*<sup>887</sup>. Se trataba, en particular, de la Opción 1 (*disclosure* después de que una parte ha expuesto detalladamente los hechos pertinentes y ha presentado las pruebas que se hallan razonablemente a su disposición), de la Opción 4 (previsión de sanciones por la destrucción de pruebas), de la Opción 9 (inversión o reducción de la carga de la prueba en los supuestos de información asimétrica entre las partes del juicio) y de la Opción 10 (presunción de prueba en el caso de negativa injustificada de presentar pruebas opuesta por la empresa demandada)<sup>888</sup>.

---

<sup>885</sup> DCE de 29 de marzo de 2006, COMP/E-1/38.113 – Prokent/Tomra (2008/C 219/12), DOUE C 219/11 de 28 de agosto de 2008; DCE de 13 de mayo de 2009, COMP/C-3/37.990 – Intel (2009/C 227/07), *cit.*

<sup>886</sup> *Julius Nasso Concrete Corp. v. DIC Concrete Corp.*, U.S. District Court for the Southern District of New York, 467 F. Supp. 1016 (S.D.N.Y. 1979).

<sup>887</sup> EILMANSBERGER (2007, pág. 452).

<sup>888</sup> Cabe poner de relieve que cuando la Comisión Europea ha adoptado el Libro Verde, en el Derecho procesal español ya se contemplaban normas similares a las previsiones de las Opciones 1, 9 y 10.

Por lo que concierne a la Opción 8, con arreglo a la cual la Comisión Europea había planteado la posibilidad de asignar carácter vinculante, para los jueces nacionales, a las decisiones adoptadas por las Autoridades de la competencia al éxito de procedimientos administrativo-sancionadores por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia, cabe destacar que algunas legislaciones nacionales, como por ejemplo la ley de competencia alemana<sup>889</sup>, ya contemplaban este tipo de regla<sup>890</sup>, al considerar que la misma fuese capaz de fomentar el ejercicio de las acciones indemnizatorias *follow-on* y, por ende, habría podido facilitar la prueba de la infracción en favor del demandante<sup>891</sup>, mucho más que la previsión de una mera inversión de la carga probatoria<sup>892</sup>.

Las Opciones 1 y 3, en cambio, al prever la introducción de reglas procesales que introdujesen la divulgación de los documentos relevantes (*discoverytype tools*), presentaban un carácter controvertido, en cuanto la negativa alteración del equilibrio de intereses entre las partes del juicio, no se resolvía necesariamente en un incremento sustancial de la posibilidad de que los demandantes consiguieran demostrar la existencia de la infracción *antitrust*. En efecto, cuando los perjudicados por una infracción *hardcore* del Derecho de la competencia ya poseen ciertas pruebas acerca de la existencia de una práctica anticompetitiva, es más probable que no emprendan un juicio indemnizatorio *stand-alone*, sino que se dirijan a las Autoridades de la competencia y esperen el éxito del procedimiento administrativo-sancionador antes de activar sus pretensiones resarcitorias<sup>893</sup>.

La introducción de reglas procesales para facilitar el acceso a la prueba de la infracción *antitrust* resulta muy deseable con respecto a los *grey-area infringements*. Antes de todo cabe poner de relieve que el fomento del recurso al remedio indemnizatorio en este ámbito es susceptible de complementar los resultados del *public enforcement* del Derecho de la competencia. Por ejemplo, si nos fijamos en los acuerdos y prácticas concertadas que producen restricciones verticales, el

---

<sup>889</sup> Art. 33, subsección 4ª.1, GWB, enmienda séptima. BORNKAMM (2006, *sub* art. 33 BWG aps. 119 y sigs.).

<sup>890</sup> Cabe además poner de relieve que EILMANBERGER (2007, pág. 452), si bien ha considerado de forma favorable la introducción del carácter vinculante de las decisiones sancionadoras de las Autoridades de la competencia, ha también afirmado que la vinculatividad de estas decisiones para los jueces nacionales habría tenido que supeditarse al cumplimiento de las siguientes dos condiciones: *i*) la decisión administrativa habría tenido que ser adoptada en el marco de un procedimiento que respetara los derechos fundamentales establecidos en el artículo 6 CEDH; *ii*) las partes del juicio civil y del procedimiento administrativo habrían tenido que ser las mismas.

<sup>891</sup> [Comments of the Federal Ministry of Economics and Technology and the Federal Cartel Office on the Green Paper of the EU Commission “Damages actions for breach of the EC antitrust rules”](#), pág. 3.

<sup>892</sup> CAMILLI *et al.* (2008, pág. 245).

<sup>893</sup> HOLMES (2004, pág. 30); JONES (2003, págs. 95 y sigs.).

incremento de las reclamaciones por daños y perjuicios sería deseable porque conllevaría también un beneficio desde el punto de vista de la aplicación pública del Derecho de la competencia. En muchos supuestos, es decir cuando la relación comercial entre empresas colocadas en diferentes eslabones de la cadena de suministro es todavía en curso, la sanción establecida en el artículo 101, apartado 2, del TFUE no resulta la medida de protección más adecuada para las empresas perjudicadas por una restricción vertical. En efecto, el ejercicio de la acción de nulidad, sobre todo cuando tiene por objeto específicas cláusulas contractuales, incidiendo negativamente sobre la relación comercial con la contraparte, terminaría por no constituir un objetivo deseable para el demandante. Es muy probable, en cambio, que el escenario sea del todo diferente en el caso de que se proporcionen adecuados incentivos en favor de los perjudicados, como por ejemplo la facilitación del acceso a la prueba de la infracción, porque un incremento de la probabilidad de obtener la reparación pecuniaria del daño tras el ejercicio de acciones indemnizatorias *stand-alone* conllevará también una mayor aplicación del Derecho *antitrust* comunitario.

La elección concreta de las reglas procesales que pueden facilitar el acceso a la prueba en los juicios resarcitorios por incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, sin embargo, ha de ser llevada a cabo teniendo en cuenta que el fomento del *antitrust enforcement* a través del incremento de su aplicación privada en el área de las infracciones grises, conlleva al mismo tiempo el riesgo de que los competidores entablen juicios indemnizatorios con el exclusivo propósito de perjudicar las empresas demandadas<sup>894</sup>. En los EE.UU., por ejemplo, este supuesto ocurrió en el asunto *Warehouse Wines & Spirits v. Safeway Inc*<sup>895</sup>, en que el demandante había fundamentado su pretensión resarcitoria en los obstáculos al acceso a los puntos de venta en el mercado minorista, supuestamente generados por la práctica de un competidor que acababa de entrar en el mercado. El juez, sin embargo, desestimó la demanda, en cuanto el hecho de que el competidor había entrado en el mercado con sus propios almacenes, no restringía el acceso a los *outlets*, sino todo lo contrario, porque había incrementado el nivel de competencia en el mercado de la venta de licores al por menor.

EILMANSBERGER (2007, pág. 456) había puesto de relieve que una de las soluciones para facilitar el acceso a la prueba en los juicios resarcitorios ocasionados por la realización de los *grey-area infringements*, consistiría en aclarar el

---

<sup>894</sup> Fue la doctrina estadounidense que empezó a ocuparse del problema del abuso de las herramientas procesales con respecto a la realización de prácticas empresariales de relevancia *antitrust*. BAUMOL y ORDOVER (1985, pág. 247); SNYDER y KAUPER (1991, pág. 551); MCAFEE y VAKKUR (2004, págs. 1-17); HODGES (2006, pág. 1395).

<sup>895</sup> *Warehouse Wines & Spirits v. Safeway Inc.* (N.D. Cal. 1981), en *The Georgetown Private Antitrust Litigation Project*, citado por SNYDER y KAUPER (1991, págs. 569-570).

significado del artículo 2 del Reglamento CE 1/2003<sup>896</sup>. En efecto, abogando por una interpretación literal de esta norma, los demandantes deberían también demostrar que las prácticas empresariales contestadas no cumplen los requisitos para beneficiar de la *efficiency defence* ex artículo 101, apartado 3, del TFUE. Sin embargo, consideramos que un tal estándar probatorio resultaría extremadamente gravoso, tratándose de supuestos cuyo carácter ilícito se fundamenta sobre los resultados de complejos análisis jurídicos y económicos. Por lo tanto, una vía para facilitar el ejercicio de las acciones de indemnización podría consistir en rebajar la carga de la prueba que recae sobre los demandantes, admitiendo que puedan demostrar de forma exclusivamente sumaria la inaplicabilidad del artículo 101, apartado 3, del TFUE.

### 6.1.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

Con respecto a los obstáculos concerniente al acceso a las pruebas en las opiniones contenidas en los Comentario AEDC al Libro Verde<sup>897</sup> y en los Comentarios Cuatrecasas<sup>898</sup> no se había considerado necesaria la introducción de normas especiales para regular este aspecto, estimándose que los mecanismos procesales entonces existentes en el ordenamiento jurídico español fuesen suficientes para garantizar a los demandantes el acceso a los documentos relevantes para conseguir en juicio la prueba de la infracción<sup>899</sup>.

---

<sup>896</sup> El artículo 2 Reglamento CE 1/2003 prevé que: “En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado”.

<sup>897</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 1. Los miembros de la AEDC, en particular, habían considerado que a nivel comunitario la introducción del modelo de la *discovery* estadounidense no habría resultado apropiado y que en el caso de que se hubiese abogado por una reforma de los sistemas procesales nacionales, la misma habría tenido que encaminarse hacia la potenciación de los procedimientos ya existentes.

<sup>898</sup> Comentarios Cuatrecasas, *cit.*, pág. 3.

<sup>899</sup> Cuando se formularon estas observaciones las normas procesales españolas tenidas en cuenta fueron los artículos 328 y siguientes de la [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil](#), BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000. El Despacho Cuatrecasas, sin embargo, había puesto de relieve que lo dispuesto por el artículo 328 LEC, que regula el deber de exhibición documental entre partes, sólo habría resultado eficaz en los supuestos en que los demandados hubiesen cooperado o cuando el contenido y la existencia de los documentos relevantes hubiesen sido demostrado por parte de terceros.

El Despacho Cuatrecasas y el Despacho Aguayo<sup>900</sup> habían expresado opiniones favorables con respecto a la previsión de una obligación de conservar las pruebas pertinentes antes de que empezara el juicio resarcitorio, considerando que este resultado habría podido lograrse mediante la aplicación de unas diligencias preliminares o a través de la realización de prácticas de aseguramiento de la prueba. El Despacho Cuatrecasas<sup>901</sup>, en particular, había puesto de relieve que tanto la LEC (artículos 293 y sigs.), como la [Ley de Competencia Desleal](#)<sup>902</sup> (artículo 36), contenían disposiciones normativas sobre la anticipación y el aseguramiento de la prueba.

Por lo que concierne a la pregunta sobre la necesidad de introducir un régimen especial sobre el acceso, en el ámbito de un juicio resarcitorio por daños *antitrust*, a los documentos que se hallan a disposición de una Autoridad de la competencia, tanto el Despacho Aguayo<sup>903</sup>, como el TCDC<sup>904</sup>, habían considerado más adecuada la Opción 6<sup>905</sup>, es decir aquélla que optaba por la previsión de una obligación, que afectase a todas las partes involucradas en un procedimiento administrativo ante una ANC, de entregar al demandante de un sucesivo juicio indemnizatorio todos los documentos que se habían anteriormente presentado ante la ANC, con excepción de los documentos formados en el marco de un programa de clemencia. En cambio, tanto el Despacho Cuatrecasas<sup>906</sup>, como la UB<sup>907</sup>, habían expresado una opinión favorable con respecto a ambas Opciones propuestas por la Comisión Europea.

Los miembros de la AEDC<sup>908</sup> habían abogado sólo por la Opción 7, bajo la cual se permitía a los tribunales nacionales el acceso a los documentos en poder de las Autoridades de la competencia. Estos *stakeholders*, en particular, habían puesto de relieve que el mayor problema que rodeaba la posibilidad de que se permitiera a los jueces nacionales, en el marco de un juicio resarcitorio *follow-on*, el acceso a los documentos en poder de la Comisión Europea y las ANC, estribaba en la naturaleza confidencial de tales documentos. La necesidad de introducir un régimen especial para regular estos supuestos, surgía del hecho de que no existían en el ordenamiento jurídico español garantías suficientes para proteger la confidencialidad de los documentos sensibles en el marco de juicios

---

<sup>900</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 3.

<sup>901</sup> Comentarios Cuatrecasas, *cit.*, pág. 3.

<sup>902</sup> [Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal](#), BOE núm. 10 de 11 de enero de 1991.

<sup>903</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 4.

<sup>904</sup> Comentarios TCDC, *cit.*, pág. 6.

<sup>905</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 6.

<sup>906</sup> Comentarios Cuatrecasas, *cit.*, pág. 3.

<sup>907</sup> Comentarios UB, *cit.*, págs. 3-4.

<sup>908</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 2.

indemnizatorios. En la opinión de los miembros de la AEDC, por lo tanto, una reforma de la legislación española aplicable habría sido necesaria tanto si se hubiese optado por el modelo que impone directamente a las Autoridades de la competencia de velar por la confidencialidad de los documentos que las mismas adquieren o las partes producen en el marco de un procedimiento administrativo-sancionador<sup>909</sup>, como si se hubiese abogado por un modelo que encarga directamente los órganos judiciales de velar por la confidencialidad de los documentos relevantes en los juicios resarcitorios entablados tras el ejercicio de una acción *follow-on* por daños *antitrust*<sup>910</sup>. Los miembros de la AECD, además, habían señalado que, con independencia del modelo escogido, podría optarse por permitir el acceso sólo con respecto a los documentos generados por las mismas Autoridades de la competencia, con exclusión de los documentos aportados por los particulares en el curso del procedimiento administrativo<sup>911</sup>.

Los miembros de la AECD, por último, habían formulado sus observaciones respecto de una específica pregunta que la Comisión Europea, en el ámbito de la Opción 7, había realizado, es decir aquella que afectaba a las situaciones en que los jueces nacionales habrían podido solicitar a las Autoridades de la competencia información que también habrían podido ser facilitadas por las partes del juicio resarcitorio. Los miembros de la AECD habían evidenciado que el proceso civil español se rige por el principio de justicia rogada y, por lo tanto, la actuación de oficio del juez se limita a circunstancias excepcionales (arts. 282 y 435, apartado 2, LEC)<sup>912</sup>. En consideración del hecho de que tales límites resultaban muy estrictos y obstaculizaban considerablemente la posibilidad de que los jueces nacionales pudieran requerir de oficio el acceso a la prueba ante la Comisión

---

<sup>909</sup> Bajo este escenario las Autoridades de la competencia denegarían por completo el acceso a los jueces nacionales en los supuestos en que prevalezcan razones de confidencialidad, como por ejemplo la protección de un secreto comercial vital por la empresa demandada.

<sup>910</sup> Bajo este otro escenario, en cambio, las Autoridades de la competencia habrían tenido que poner siempre a disposición de los jueces nacionales los documentos requeridos, en cuanto sólo los órganos jurisdiccionales, tras haber conocido el contenido de esta documentación, se hallaban en condiciones de denegar el acceso para preservar la confidencialidad de los documentos proporcionados por tales Autoridades.

<sup>911</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 3.

<sup>912</sup> El artículo 282 LEC preveía que: “[...] el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”. El artículo 435, apartado 2, LEC, por lo que concierne a las diligencias finales, establecía que: “Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos”.



Europea y las ANC, los miembros de la AEDC habían observado que resultaba necesario flexibilizar la normativa española sobre este aspecto<sup>913</sup>.

Por lo que concierne a la pregunta sobre la necesidad de reducir la carga de la prueba en favor de los demandantes que hubiesen pedido en juicio el resarcimiento de los daños sufridos en ocasión de un ilícito *antitrust*, el Despacho Aguayo<sup>914</sup> y el TCDC<sup>915</sup> habían abogado por la primera parte de la Opción 8 del Libro Verde, en la que se planteaba la posibilidad de hacer vinculantes, con respecto a los juicios indemnizatorios *follow-on*, las decisiones administrativas previas en las que se hubiese constatado la existencia de una infracción del Derecho de la competencia. En cambio, los miembros de la AEDC<sup>916</sup>, el Despacho Cuatrecasas<sup>917</sup> y la UB<sup>918</sup>, habían reputado más adecuada una reducción de la carga de la prueba en favor de los demandantes, con particular referencia a la opción de la inversión de la carga de la prueba. Sobre la base de estas observaciones había emergido que la existencia de una decisión administrativa previa tuviese que operar como una presunción relativa (*iuris tantum*) de la comisión de una infracción *antitrust*, con la consecuencia de que habría recaído sobre los demandados la carga de la prueba en contrario sobre la inexistencia de la infracción constatada en sede administrativa.

La UB no había considerado oportuno introducir una reducción de la carga de la prueba en casos de disparidad de la información entre las partes de un juicio resarcitorio *follow-on*, considerando que fuese suficiente proceder a la inversión de la carga de la prueba sobre la existencia del ilícito concurrencial<sup>919</sup>. Todos los *stakeholders* españoles<sup>920</sup>, por último, se habían pronunciado en favor de la introducción de una presunción relativa en los supuestos en que una de las partes hubiese opuesto de forma injustificada una negativa a producir las pruebas solicitadas.

---

<sup>913</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 4.

<sup>914</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 5.

<sup>915</sup> Comentarios TCDC, *cit.*, pág. 6.

<sup>916</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 4. Los miembros de la AEDC, además, habían subrayado que la introducción de una presunción *iuris tantum* habría tenido que quedar restringida a la mera existencia de la infracción, sin abarcar la existencia del daño *antitrust* y la cuantía del mismo.

<sup>917</sup> Comentarios Cuatrecasas, *cit.*, pág. 4.

<sup>918</sup> Comentarios UB, *cit.*, págs. 4-5.

<sup>919</sup> *Ibidem*.

<sup>920</sup> Los miembros de la AEDC al Libro Verde, además, habían subrayado que en el sistema procesal español ya existían mecanismos para garantizar que la carga de la prueba no obstaculizase las reclamaciones por daños y perjuicios en los supuestos contemplados por la Opción 10 del Libro Verde. Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 5.

## 6.2. Requisito de conducta culpable

La Comisión Europea en el ámbito del Libro Verde se había también interrogado sobre la necesidad de que el demandante proporcionara en juicio la prueba de la culpa de las empresas demandadas en los juicios resarcitorios por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia<sup>921</sup>. La cuestión de la relevancia del elemento psicológico arrancaba de la constatación de la existencia de tres posiciones divergentes en el ámbito de los sistemas nacionales de los Estados miembros. Los resultados del Informe *Ashurst*, en efecto, habían destacado que en algunos Países la prueba de la culpa no poseía alguna relevancia a efectos de la imputación de una práctica anticompetitiva, en otros dicho requisito se presumía, de forma absoluta o relativa, cada vez que se hubiese logrado demostrar la ilicitud de la práctica empresarial objeto de la reclamación indemnizatoria ante los órganos jurisdiccionales nacionales y en otros aún se preveía que se alcanzara la prueba de la culpa como requisito ulterior respecto de la demostración del carácter ilícito de la práctica empresarial enjuiciada<sup>922</sup>.

Por lo que concierne a la posición asumida por la Comisión Europea, la misma había considerado que en los ordenamientos jurídicos nacionales, como por ejemplo el ordenamiento español, el requisito de la culpa constituía un obstáculo al desarrollo del *private antitrust enforcement*, porque con arreglo al régimen de responsabilidad aplicable, los demandantes habrían tenido que demostrar en juicio la subsistencia de este requisito<sup>923</sup>. Si analizamos la jurisprudencia<sup>924</sup> y las referencias<sup>925</sup> citadas en el Commission Staff Working Paper del Libro Verde, podemos destacar que el objetivo principal que la Comisión Europea trató de conseguir, fue aquéllo de evitar que se introdujeran reglas que pudiesen limitar las oportunidades indemnizatorias de las víctimas de ilícitos concurrenciales.

Las Opciones propuestas en el Libro Verde preveían, en primer lugar, la completa eliminación de la necesidad de demostrar que las empresas demandadas

---

<sup>921</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 7.

<sup>922</sup> Informe Ashurst, *cit.*, pág. 106; Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 101, pág. 32.

<sup>923</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 102, pág. 32.

<sup>924</sup> Régimen de responsabilidad de los Estados miembros por infracción de las normas del Tratado (STJ de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur, Bundesrepublik Deutschland y The Queen, Secretary of State for Transport, ex parte Factortame et al.*, *cit.*, ap. 79); régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea (STJ de 10 de diciembre de 2002, [Comisión de las Comunidades Europeas contra Camar Srl y Tico Srl](#), C-312/00 P, RJ 2002/I/11355, ap. 54).

<sup>925</sup> Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, 85 /374/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, DOCE L 210/29 de 7 de agosto de 1985.

habían actuado de forma culpable, siendo suficiente que se proporcionara la prueba de la infracción. En segundo lugar, se había previsto la limitación de esta regla a las infracciones *hardcore* y por último su atenuación, allí donde se había afirmado que fuese suficiente que los demandados demostraran haber infringido la normativa *antitrust* a causa de un error excusable de hecho o de derecho.

WILS (2005, pág. 121) había puesto de manifiesto que la introducción de un régimen de responsabilidad objetiva pura, habría conllevado el riesgo de facilitar de forma excesiva el ejercicio de las acciones civiles en el área de los *grey-area infringements*, convirtiendo la aplicación privada del Derecho de la competencia en una no deseable herramienta de sobredisuasión. En efecto, la elevada probabilidad de que los jueces nacionales llevaran a cabo una evaluación equivocada de los efectos de las prácticas empresariales que recaen en el área *grey*, fomentaría el ejercicio de acciones resarcitorias infundadas, desplazando por completo sobre las empresas demandadas el riesgo de una incorrecta aplicación de la normativa *antitrust*. Ante este escenario la introducción de dicha regla procesal habría conllevado diferentes consecuencias negativas, entre las cuales cabe destacar el hecho de que se desincentivarían las empresas a realizar inversiones en I+D, con efectos perjudiciales para el mercado y el juego de la competencia, sobre todo en términos de eficiencia dinámica.

En cambio, EILMANSBERGER (2007, pág. 459) había señalado que, con independencia del régimen de responsabilidad civil que se hubiese introducido con respecto a los ilícitos concurrenciales, conforme a lo establecido en la Opción 13 del Libro Verde, habría tenido que atenuarse la carga de la prueba sobre la existencia del requisito de conducta culpable. La Comisión Europea, en efecto, había propuesto la solución de invertir la carga de la prueba con el propósito de gestionar de forma más proporcionada el conflicto de intereses entre demandantes y empresas demandadas. Al respecto puede considerarse que si se hubiese optado por un régimen de responsabilidad objetiva, la posición procesal de las empresas demandadas habría sido mucho más desamparada de la posición de la contraparte, con la consecuencia que para alcanzar un nivel suficiente de protección y equilibrar los intereses en juego habría resultado necesario introducir un factor de corrección, como por ejemplo la previsión de la posibilidad, en favor de los demandados, de demostrar en juicio que la realización de la práctica empresarial enjuiciada se había hecho de buena fe<sup>926</sup>.

---

<sup>926</sup> La Comisión Europea había señalado que la admisibilidad de este tipo de defensa generaría incertidumbre para los demandantes y sería difícil de aplicar en la práctica. Un remedio a este problema consistiría en requerir, a las empresas que oponen en juicio dicha excepción, la prueba de haber empleado un estándar elevado de cuidado a la hora de realizar la práctica empresarial de que se trate. Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 111, pág. 34.

### 6.2.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

Todos los *stakeholders* españoles habían coincidido en considerar que las infracciones de la normativa de defensa de la competencia constituían supuestos de responsabilidad civil extracontractual. En Derecho español, en particular, la responsabilidad aquiliana se halla regulada en el artículo 1902 del Código Civil, según el cual: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Antes de analizar las posiciones asumidas por los *stakeholders* españoles entorno a las propuestas contenidas en el Libro Verde, resulta oportuno realizar algunas breves premisas acerca del requisito de conducta culpable en Derecho español de daños y algunas entorno a las reglas procesales que afectan a la distribución de la carga probatoria sobre este requisito.

En primer lugar, por lo que concierne a la definición del concepto de culpa (o negligencia), que constituye uno de los requisitos de la responsabilidad aquiliana con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, cabe preliminarmente poner de relieve que en la doctrina española SALVADOR CODERCH y RAMOS GONZÁLEZ (2014, pág. 43) han observado que: “La causación de daños por culpa o negligencia, por descuidos más o menos grave, es decir, por no haber puesto en práctica, al desarrollar tal o cual actividad, las precauciones legal o razonablemente exigibles, es el supuesto básico de responsabilidad civil en nuestro sistema jurídico: todos, individuos y organizaciones, estamos sujetos a deberes de cuidado, de precaución, y si, cuando llevamos a cabo una actividad los infringimos, habremos de responder civilmente por los daños causados, es decir, tendremos que repararlos, normalmente, indemnizando al demandante. Así, la negligencia se puede definir como infracción de deberes de cuidado impuestos por las leyes, los reglamentos y la costumbre en el sentido de las buenas prácticas de cada sector del tráfico [...]”(subrayado añadido).

En segundo lugar, resulta oportuno observar que, en Derecho español, la regla general de distribución de la carga de la prueba sobre este requisito de la responsabilidad aquiliana prevé que sea la víctima del daño (demandante) la parte que tenga que proporcionar en juicio la prueba de la negligencia del autor de la infracción (demandado). Al respecto, cabe antes de todo destacar que la noción general de carga de la prueba incluye, desde un plano teórico, dos aspectos separados: *i*) la determinación del umbral de certidumbre, confianza o convicción que el juzgador requiere para considerar acreditada la circunstancia en que se fundamenta una determinada pretensión (en nuestro caso indemnizatoria); *ii*) la determinación de cuál de las partes procesales ha de aportar los medios probatorios que permitan que el juzgador logre este nivel de convicción, de tal

forma que si la parte sobre la cual recae la carga probatoria no consigue aportar elementos suficientes, la decisión judicial sobre la acreditación de la circunstancia de que se trata resultará negativa<sup>927</sup>.

GÓMEZ POMAR (2001, pág. 5) ha subrayado que el aspecto efectivamente relevante de la regla de distribución de la carga probatoria afecta a su incidencia sobre el comportamiento de las partes del litigio, en cuanto la misma, como las demás reglas jurídicas, constituye un mecanismo de regulación de la conducta humana. En efecto, se ha puesto de relieve que la imposición de la carga de la prueba tiene una incidencia directa sobre los incentivos de los sujetos afectados, tanto por lo que concierne a la conducta previa al proceso<sup>928</sup>, como por lo que afecta a su conducta procesal<sup>929</sup>. Por esto creemos que la introducción de una medida que conduzca a la “objetivación de la culpa extracontractual”, aparejando una inversión de la carga de la prueba, resultaría la solución que mejor se ataña a los procedimientos judiciales de carácter indemnizatorio ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia<sup>930</sup>. La disminución de los costes asociados con estos juicios, en efecto, favorecería la interposición de demandas resarcitorias y, por consiguiente, la posibilidad de que se alcance la plena compensación de los daños y perjuicios sufridos por los sujetos perjudicados por la realización de ilícitos concurrentes.

Pasando al análisis de las posturas de los *stakeholders* españoles, antes de todo observamos que algunos de ellos<sup>931</sup> habían puesto preliminarmente de relieve que en el sistema jurídico español existían regímenes especiales de responsabilidad extracontractual<sup>932</sup>, con el fin de otorgar una protección más adecuada respecto

---

<sup>927</sup> Destaca esta diferencia, GÓMEZ POMAR (2001, págs. 5-6), poniendo además de relieve que en el contexto jurídico europeo, y en particular en el sistema procesal civil español, no suele normalmente distinguirse entre estas dos vertientes de la carga de la prueba, mientras sí que las mismas se estudian de forma distinta en el ámbito jurídico norteamericano. En efecto, en los EE.UU. se distingue entre *burden of persuasion* y *burden of production* o *burden of proof stricto sensu*. POSNER (1999, pág. 1477); HAY y SPIER (1997, pág. 414); DAVIS (1994, pág. 346), citados por GÓMEZ POMAR (2001, pág. 5).

<sup>928</sup> KAPLOW (1994, pág. 358).

<sup>929</sup> GÓMEZ POMAR (2001, pág. 5) ha señalado que la regla de la carga de la prueba incide sobre los siguientes aspectos de la conducta procesal del sujeto afectado: *i*) mérito de la pretensión; *ii*) gastos en materia probatoria; *iii*) tipo de prueba empleada. Este autor ha hecho referencia a los modelos teóricos elaborados por la doctrina estadounidense, cuales por ejemplo aquéllos de RUBINFELD y SAPPINGTON (1987, pág. 308) y SANCHIRICO (1997, pág. 431).

<sup>930</sup> DE LA VEGA GARCÍA (2001, pág. 208); *contra* PEÑA LÓPEZ (2002, págs. 241-242).

<sup>931</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 6; Comentario UB, *cit.*, pág. 6.

<sup>932</sup> La UB había subrayado, por ejemplo, que “[...] en los casos de responsabilidad del fabricante por productos defectuosos la responsabilidad es cuasi objetiva”. Comentarios UB, *cit.*, pág. 6.

de los perjuicios sufridos en situaciones de riesgo ocasionadas por el proceso de producción industrial<sup>933</sup>.

Puesto que en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia no se exige la prueba de la culpa o negligencia para apreciar la violación de los artículos 101 y 102 del TFUE y, además, tomando en cuenta que, por un lado, se consideran anticompetitivos los acuerdos que tengan “por objeto” o “produzcan el efecto” de restringir la competencia entre los Estados miembros y, por el otro, que la noción prevalente de abuso de posición de dominio es aquella que considera este concepto de forma intrínsecamente objetiva, la solución de la cuestión concerniente a la relevancia del requisito de conducta culpable, en el ámbito de los juicios resarcitorios por daños *antitrust*, se convierte en una mera elección de política legislativa<sup>934</sup>.

En efecto, se había considerado que la presunción de conducta culpable en los supuestos en que se haya acreditado el carácter ilícito de la práctica empresarial enjuiciada, habría facilitado el acceso a la tutela jurisdiccional en favor de los sujetos perjudicados por un ilícito concurrencial, sobre todo en el ámbito de los juicios *follow-on* —que en Europa se consideran el *fulcrum* del *private antitrust enforcement*— en virtud del hecho de que en relación con los mismos ya existe una resolución administrativa que establece el carácter anticompetitivo de la práctica empresarial que constituye la fuente de los daños reclamados. Si ésta fuera la solución adoptada, se pondría a disposición de los perjudicados un mecanismo de compensación de los daños caracterizado por una más favorable distribución de las costas procesales, en cuanto los costes asociados a la alegación probatoria se desplazarían sobre las empresas demandadas.

---

<sup>933</sup> STS de 11 de abril de 2002, que se conforma con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, con arreglo a la cual: “La interpretación progresiva del artículo 1902 del Código Civil que lo ha adaptado a la realidad social, pasó de la necesidad de la prueba de la culpa, a la inversión de la carga de la prueba y a la creciente objetivación, aplicando la doctrina del riesgo (la persona que provoca un riesgo que le reporta un beneficio, debe asumir la responsabilidad si causa un daño: sentencias de 5 Dic. 1995, 8 Oct. 1996, 12 Jul. 1999, 21 Mar. 2000), yendo a soluciones cuasiobjetivas (se exige un ‘reproche culpabilístico’ aunque sea mínimo: sentencias de 11 May. 1996, 24 Abr. 1997, 30 Jun. 1998, 18 Mar. 1999) o llegando a la objetivación (al entender que si causa un daño, se causa con dolo o culpa, pues de no haberla, no habría causado el daño: sentencias de 23 Ene. 1996, 8 Oct. 1996, 21 Ene. 2000, 9 Oct. 2000)”.

<sup>934</sup> Al respecto cabe subrayar que SALVADOR CODERCH *et al.* (2005) habían evidenciado la existencia de una simetría en el juicio de responsabilidad tanto en sectores regidos por un estándar de responsabilidad objetiva como en aquéllos regidos por uno de culpa, de tal forma que la elección de uno u otro régimen de responsabilidad constituye una opción de política legislativa acerca de la delimitación del círculo de potenciales responsables.

El Despacho Aguayo<sup>935</sup> ha sido el único *stakeholder* español que había abogado *sic et simpliciter* por la Opción 11 del Libro Verde, estimando suficiente la prueba de la infracción a efectos del reconocimiento del derecho al resarcimiento del daño ante los jueces nacionales. La UB, en cambio, había mantenido una posición más matizada en cuanto, aún reconociendo la necesidad de “introducir un sistema similar al de la responsabilidad objetiva en que la prueba de la infracción de las normas del derecho de la competencia fuese suficiente para exigir la indemnización por los daños causados, con independencia de la gravedad de la infracción”, consideró oportuno introducir una presunción *iuris tantum* de responsabilidad, que las empresas demandadas habrían podido superar demostrando haber actuado con la diligencia exigible a un ordenado comerciante<sup>936</sup>. El TCDC, por su parte, había abogado por una solución parecida, con la única diferencia de que la prueba de la infracción habría podido ser superada, por parte de las empresas demandadas, sólo con respecto a las infracciones menos graves; lo que significaba introducir un régimen de responsabilidad de tipo objetivo en relación con las infracciones *hardcore*<sup>937</sup>.

Los miembros de la AEDC, en cambio, habían abogado por distintas razones<sup>938</sup> al mantenimiento del requisito de conducta culpable. En sus Comentarios, sin embargo, los miembros de la AEDC habían considerado favorablemente la introducción en el ordenamiento jurídico español de la solución planteada por la Opción 13 del Libro Verde, es decir aquella que reconocía a las empresas demandadas la posibilidad de demostrar que habían cometido un error excusable, de hecho o de derecho, en la evaluación de la licitud de su conducta (por ejemplo porque habían pedido informes legales o económicos, con anterioridad respecto de la puesta en práctica de estrategias comerciales, que de forma equivocada se habían pronunciado sobre el carácter no anticompetitivo de las prácticas empresariales llevada concretamente a cabo en el mercado)<sup>939</sup>.

### 6.3. Daños y perjuicios

La Comisión Europea había abordado también la cuestión de la identificación de los daños y perjuicios susceptibles de ser indemnizados y aquella de las

---

<sup>935</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 7.

<sup>936</sup> Comentarios UB, *cit.*, pág. 10.

<sup>937</sup> Comentarios TCDC, *cit.*, pág. 7.

<sup>938</sup> Los miembros de la AEDC, en particular, habían optado por el mantenimiento de este requisito tanto por razones de coherencia con el Derecho procesal civil español, como por razones de eficiencia procesal, cuales por ejemplo la necesidad de disuadir la presentación de acciones manifiestamente infundadas. Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 5.

<sup>939</sup> *Ibidem*.

modalidades para calcular el importe de la indemnización de tales perjuicios. En general, cabe observar que BULST (2008, pág. 84) ha puesto de relieve que la génesis de las reclamaciones indemnizatorias por daños *antitrust*, difiere de las demás reclamaciones por daños y perjuicios que traen su origen del hecho dañoso de otros, en cuanto los sujetos perjudicados descubren la existencia del ilícito antes de darse cuenta de haber sufrido un daño. Se trata de un aspecto que ha de tenerse en cuenta por lo que se refiere a la determinación de los daños indemnizables, pese a su incidencia sobre el alcance de las pretensiones indemnizatorias de las víctimas de los ilícitos concurrenciales, puesto que las mismas podrían no incluir todas las voces de daños resarcibles<sup>940</sup>.

En el Commission Staff Working Paper del Libro Verde antes de todo se había puesto de manifiesto que en muchos supuestos no habría sido suficiente reconocer a los daños una mera función compensatoria, en cuanto eso no habría proporcionado a los perjudicados adecuados incentivos para interponer demandas indemnizatorias<sup>941</sup>. Por esta razón a nivel de Estados miembros se suelen emplear diferentes conceptos de daños y se aplican, por consiguiente, diferentes técnicas para calcular el *quantum debeat* en sede judicial. En particular, la Comisión Europea había destacado la existencia de tres modelos de individuación de los daños indemnizables: *i*) compensatorio, articulado sobre el principio de la tutela por equivalente; *ii*) expropiatorio, fundado sobre el presupuesto que el perjuicio producido por la infracción corresponda no tanto a la pérdida económica efectivamente sufrida, sino más bien a los beneficios ilícitamente obtenidos por las empresas infractoras (*disgorgement*)<sup>942</sup>; *iii*) punitivo, basado sobre el principio que las empresas deben ser castigadas por el incumplimiento del Derecho de la competencia, por esto los daños deben determinarse con el propósito de evitar que las conductas ilícitas se repitan en el futuro<sup>943</sup>.

En particular, la Comisión Europea había señalado que el TJUE<sup>944</sup>, si bien en ocasión de un pronunciamiento que se refería a la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario, se había pronunciado de forma favorable a la imposición de daños

---

<sup>940</sup> Por ejemplo, en un supuesto de cártel, los competidores de las empresas infractoras podrían reclamar exclusivamente la reparación del *lucrum cessans* (que constituye una *deadweight loss* que descende de la restricción de la producción), mientras que los compradores finales sólo el *damnum emergens* (es decir el resarcimiento del sobreprecio que se le haya aplicado como consecuencia de la infracción *antitrust*).

<sup>941</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 112, pág. 35.

<sup>942</sup> Por ejemplo, en el sistema alemán el *Bundeskartellamt* puede ordenar a las empresas infractoras el pago de los beneficios ilícitamente obtenidos (art. 34 GBW).

<sup>943</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 113, pág. 36.

<sup>944</sup> STJ de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur*, Bundesrepublik Deutschland y The Queen, Secretary of State for Transport, *ex parte* Factortame *et al.*, *cit.*, ap. 90.



punitivos, poniendo como único límite el respeto de los principios de equivalencia y efectividad: “[...] en el marco de reclamaciones o acciones basadas en el Derecho comunitario, debe poder concederse una indemnización de daños y perjuicios particulares, como son los daños y perjuicios «disuasorios» previstos por el Derecho inglés, si el derecho a dicha indemnización puede ser reconocido en el marco de reclamaciones o acciones similares basadas en el Derecho interno”<sup>945</sup>. Sin embargo, el Ejecutivo comunitario había también reconocido que en muchos Estados miembros los daños punitivos se consideraban contrarios al orden público y, por lo tanto, la imposición de esta clase de daños habría podido acarrear problemas de cooperación judicial en materia civil<sup>946</sup>. La Comisión Europea había también puesto de relieve que no habría podido alcanzarse una plena indemnización de las víctimas de ilícitos concurrenciales sin establecer reglas adecuadas en materia de intereses legales sobre los daños *antitrust*, tanto por lo que concierne a su cuantía, como por lo que respecta a la determinación del *dies a quo* del devengo<sup>947</sup>.

Otra importante cuestión concierne a las técnicas de cuantificación de los daños *antitrust*. Al respecto se había destacado que la determinación del *quantum debeatur* no constituye una tarea simple de llevar a cabo en los juicios resarcitorios por daños *antitrust*. En efecto, en tales litigios existe un elevado grado de complejidad tanto en virtud del carácter económico de las prácticas empresariales que constituyen la fuente del daño, que a causa de la dificultad de reconstruir la situación en que se habría situado el demandante en ausencia de la infracción<sup>948</sup>. En efecto, muy a menudo el daño que descende de un ilícito concurrencial se calcula a través de la previa reconstrucción del escenario contrafáctico, tarea ésta que requiere que se determinen los parámetros de mercado que habrían existido

---

<sup>945</sup> En el ordenamiento jurídico de Inglaterra se recurre a la imposición de daños punitivos, por ejemplo, cuando el infractor consigue calcular de antemano que los beneficios ilícitamente obtenidos a través de su conducta ilícita sobrepasan los daños que debería indemnizar en el caso de que fuese descubierto (*Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129; *Broome v. Cassell* [1972] AC 1027; *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, [2001] UKHL 29). Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 118, pág. 36.

<sup>946</sup> Véase por ejemplo el artículo 11 del [Convenio sobre acuerdos de elección de foro de 30 de junio de 2005](#). SALVADOR CODERCH (2000, pág. 150), en cambio, ha destacado que no es cierto que en Europa continental el Derecho de daños está regido por un principio compensatorio, de reparación integral de daños y que éste se aplica efectivamente. Este autor, en particular, ha subrayado que de un análisis empírico realizado tomando en cuenta los casos de recursos sobre responsabilidad civil extracontractual que en 1997 habían sido resueltos por la Sala 1ª del Tribunal Supremo español, había emergido que el sistema solía conceder indemnizaciones muy por debajo de los costes sociales de los daños causados.

<sup>947</sup> STJ de 2 de agosto de 1993, *M. Helen Marshall contra Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, C-271/91, RJ 1993/I/4367, ap. 31.

<sup>948</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 125, pág. 37.

en ausencia de la práctica infractora (*escaerio but-for the infringement*) cuales por ejemplo los precios, las ganancias, los costes, la situación de mercado, etc..

Al respecto, la Comisión Europea había subrayado que en términos generales la reconstrucción de el escenario contrafáctico permite comparar la situación de hecho concretamente existente en el mercado tras la realización de la práctica anticompetitiva con una situación hipotética, proporcionando la base para calcular el daño. Este método, en particular, resulta susceptible de aplicación tanto en los supuestos en que el perjuicio se haya verificado so forma de *overcharge*<sup>949</sup> (*v.gr.* incremento del precio a causa de la realización de un cártel secreto o prácticas de precios excesivos por parte de una empresa dominante que haya abusado de su poder de mercado), como en los supuestos en los cuales el ilícito concurrencial haya producido una pérdida de ganancias netas (*v.gr.* prácticas predatorias realizadas por una empresa dominante).

La Comisión Europea había señalado que entre todos los métodos de cálculo de los daños y perjuicios *antitrust* los jueces nacionales solían abogar, en la mayoría de los supuestos, por el utilizo de técnicas simples (*before-and-after method, yardstick approach* y *cost based approach*)<sup>950</sup>. Un argumento de crucial importancia para determinar si vale la pena recurrir a métodos de cálculo más sofisticados, consiste en establecer si los mayores costes relacionados con el empleo de técnicas econométricas, cuales por ejemplo el *price prediction approach* y el *theoretic modelling approach* que se caracterizan por ser *time-consuming* y *data-intensive*, encuentran una justificación en la consecución de un mejor resultado en términos de identificación e indemnización concreta del perjuicio efectivamente sufrido por los demandantes.

Además, cabe poner de relieve que la Comisión Europea había también puesto de manifiesto que en los supuestos en los cuales resulta imposible o extremadamente difícil calcular el daño, como por ejemplo los litigios que originan de una acción colectiva ejercitada por las asociaciones de consumidores o por los compradores indirectos, el *sampling method* constituye una óptima técnica de cuantificación del perjuicio<sup>951</sup>. Al respecto se había también evidenciado que el Tribunal de Justicia había reconocido la utilidad de este método, que normalmente se emplea en las encuestas de mercado, porque arrancando de los datos disponibles conduce a un buen nivel de aproximación de los daños conectados a la realización de ilícitos concurrenciales<sup>952</sup>.

---

<sup>949</sup> Por una definición de *overcharge* véase *infra sub* §.IV.7.2.

<sup>950</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 130 pág. 38.

<sup>951</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 135 págs. 39-40.

<sup>952</sup> STJ de 7 de junio de 1966, *Société anonyme des laminoirs, hauts fourneaux, forges, fonderies et usines de la Providence et al.* contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, asuntos acumulados C-29, 31, 36, 39 a 47, 50 y 51/63, RJ 1966/199, ap. 139.

### 6.3.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

Cabe poner preliminarmente de relieve que en el sistema de Derecho civil español la indemnización por daños y perjuicios se rige por la regla general de la *restitutio in integrum*, según la cual el perjudicado debe ser totalmente indemnizado, es decir debe ser restituido a la situación anterior a la producción del hecho de que dió lugar al daño. Este resultado se logra reconociendo al perjudicado la indemnización tanto del daño emergente, como del lucro cesante. El Código Civil, en efecto, en su Libro IV, Título I, Capítulo II, a la hora de establecer el régimen aplicable a los efectos de las obligaciones, prevé en su artículo 1106 que: “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

Todos los *stakeholders* españoles habían abogado por una definición de daños y perjuicios ocasionados por ilícitos concurrentes que incluyera, en todo caso, el perjuicio sufrido por el demandante, tanto en concepto de daño emergente como de lucro cesante<sup>953</sup>. El Despacho Aguayo<sup>954</sup>, además, había propuesto que el demandante se dejara libre de escoger, a la hora de formular en juicio sus pretensiones resarcitorias, no sólo una definición de daños con función compensatoria, sino también una alternativa definición de daños con función recuperatoria, tendiente a la expropiación de los beneficios ilícitamente obtenidos por el sujeto infractor. El Despacho Cuatrecasas<sup>955</sup>, en cambio, había abogado por considerar la definición de daños con función reparatoria tan sólo como parámetro para medir el daño concretamente sufrido por los demandantes, y eso tanto por lo que concierne a los supuestos en que resulta muy difícil calcular el lucro cesante, como en presencia de infracciones *hardcore*. La UB, por último, había optado por un sistema que acumulara ambas definiciones de daños, afirmando que los daños con función reparatoria debían abarcar tanto los

---

<sup>953</sup> Los miembros de la AEDC, en particular, habían destacado que la más reciente jurisprudencia de la época había tenido en cuenta también el lucro cesante a la hora de determinar el *quantum* de la indemnización por daños *antitrust*. SJPI núm. 4 de Madrid de 7 de junio de 2005, Antena 3 de Televisión, S.A. contra Liga Nacional de Fútbol Profesional, 172/2006; SJPI núm. 5 de Madrid de 11 de noviembre de 2005, Conduit Europe, S.A. contra Telefónica de España, S.A.U., 36/2005.

<sup>954</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 8. El Despacho Aguayo, además, había subrayado que en el ordenamiento jurídico español ya existían ejemplos normativos de sistemas abiertos de fijación de las modalidades de determinación de daños y perjuicios, cuales por ejemplo el artículo 43 de la [Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas](#), BOE núm. 294 de 8 de diciembre de 2001.

<sup>955</sup> Comentarios Cuatrecasas, *cit.*, pág. 5.

beneficios efectivamente perdidos por el demandante, como las ganancias obtenidas de forma ilícita por medio de la infracción *antitrust*<sup>956</sup>.

Con respecto a la propuesta de introducir una indemnización punitiva, en la medida del doble de los perjuicios calculados en el ámbito del juicio indemnizatorio, exclusivamente el Despacho Aguayo se había demostrado favorable a la Opción 16 del Libro Verde<sup>957</sup>.

Por lo que concierne a la determinación del *dies a quo* para el cálculo de los intereses que deben reconocerse en favor de los perjudicados que hayan ganado el juicio indemnizatorio, los miembros de la AEDC habían propuesto que tales intereses contaran por lo menos desde el momento en que una Autoridad de la competencia, comunitaria o nacional, hubiese acreditado la existencia de una infracción o, en vía subsidiaria, desde el momento de la interposición de la demanda judicial<sup>958</sup>. El Despacho Aguayo, en cambio, había optado por la solución basada en la introducción de un régimen bajo el cual los intereses empezaran a calcularse desde el momento de la producción del daño<sup>959</sup>.

Cuanto a los métodos que habrían tenido que emplearse para calcular la cuantía de los daños *antitrust* todos los *stakeholders* españoles habían coincidido en que sería muy útil que la Comisión Europea adoptara unas específicas directrices en cuanto las mismas, incrementando la predictibilidad sobre el resultado del juicio indemnizatorio, habrían incrementado la tasa de ejercicio de las acciones indemnizatorias<sup>960</sup>. En cambio, el Despacho Aguayo<sup>961</sup> y el Despacho Cuatrecasas<sup>962</sup> habían abogado por la introducción de un sistema de cálculo que permitiera a los jueces nacionales aplicar tanto los modelos económicos más complejos, como los criterios de equidad (*ex aequo et bono*) en cuanto, sobre todo con referencia a la determinación del lucro cesante, dichos modelos no siempre conducían a cálculos precisos, limitándose en muchos supuestos a estimar el daño a la luz de una hipotética situación de mercado caracterizada por la ausencia de la práctica anticompetitiva (*but for approach*). Los miembros de la AEDC<sup>963</sup>, en cambio, habían señalado que si se hubiese optado por la previsión de un único

---

<sup>956</sup> Comentarios UB, *cit.*, pág. 12.

<sup>957</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 9.

<sup>958</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 6. Los miembros de la AEDC, además, habían subrayado que en Derecho español la posibilidad de incluir los intereses legales en el *petitum* de la demanda judicial ya se contemplaba en el artículo 575 de la LEC.

<sup>959</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, págs. 9-10.

<sup>960</sup> Véase por todos los Comentarios TCDC, *cit.*, pág. 7.

<sup>961</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 10.

<sup>962</sup> Comentarios Cuatrecasas, *cit.*, pág. 6.

<sup>963</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 7.

método de cálculo, no habría sido posible abarcar todos los supuestos de hecho que afectan a las reclamaciones indemnizatorias.

La UB<sup>964</sup> por último había abogado por la introducción de métodos de cálculo sencillos, en cuanto los complejos modelos económicos que se habían elaborado para calcular la cuantía de los *antitrust damages* habrían podido tener el efecto de disuadir el recurso al remedio indemnizatorio, debido al hecho de que la aplicación de los mismos habría conllevado un coste elevado y un incremento de la dificultad de demostrar en juicio la producción del daño<sup>965</sup>.

#### **6.4. Defensa de repercusión del sobre coste y legitimación del comprador indirecto**

En el Libro Verde la Comisión Europea había afrontado también la cuestión de la legitimación activa de los compradores indirectos y aquélla de la defensa de repercusión del sobre coste, que constituye una herramienta defensiva que las empresas demandadas pueden oponer en juicio ante las reclamaciones indemnizatorias de los demandantes.

En línea general, cabe poner de relieve que la solución positiva de estas cuestiones resulta deseable, en cuanto pondría los jueces nacionales en condiciones de establecer cuales agentes económicos han efectivamente sufrido un perjuicio económico como consecuencia de la realización de un ilícito concurrencial. En efecto el reconocimiento de la legitimación activa de los compradores indirectos y la posibilidad de que las empresas demandadas acudan a la defensa de repercusión del sobre coste, constituyen en principio herramientas adecuadas para otorgar a todos los sujetos perjudicados una general y plena compensación de los daños *antitrust* y, al mismo tiempo, resultan idóneas para evitar que se generen situaciones de enriquecimiento injusto<sup>966</sup>.

Antes de analizar las opciones propuestas por la Comisión Europea para proporcionar una solución normativa a las dos cuestiones antecitadas – cuestiones éstas a las que la jurisprudencia norteamericana había en cambio proporcionado una solución negativa<sup>967</sup>– consideramos oportuno subrayar que

---

<sup>964</sup> Comentarios UB, *cit.*, pág. 13.

<sup>965</sup> Cabe añadir, además, que el Despacho Cuatrecasas puso de relieve la utilidad de recurrir al sistema entonces previsto por el artículo 13 de la [Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia](#) (BOE núm. 170 de 18 de julio de 1989), que habilitaba a los órganos judiciales a requerir de la ANC española un informe sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones. Los miembros de la AEDC, en cambio, se demostraron dudosos acerca de la utilidad práctica de acudir a ese sistema.

<sup>966</sup> PARLAK (2010, pág. 33).

<sup>967</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.2.2.

las mismas se plantean cada vez que los efectos perjudiciales de los ilícitos concurrenciales no se producen de forma directa en la esfera jurídica de los consumidores finales<sup>968</sup>. Puesto que algunas prácticas anticompetitivas conducen a un incremento del precio de los productos afectados (*v.gr.* la fijación de precios subsiguiente a la implementación de un cártel secreto), cuando las mismas se realizan en el ámbito de cadenas de suministro articuladas entorno a múltiples eslabones, el sobrecoste del *input* que afecta de forma inmediata a los compradores directos, puede ser trasladado por estos últimos a los compradores indirectos (es decir a los agentes económicos situados en el mercado aguas abajo), si las circunstancias económicas –cuales por ejemplo la existencia de una demanda escasamente elástica<sup>969</sup>, un reducido grado de sustituibilidad del producto<sup>970</sup>, y la estructura del mercado, con especial referencia al grado de concentración existente<sup>971</sup>– lo permiten<sup>972</sup>.

En la literatura económica<sup>973</sup> se ha afirmado que la naturaleza de la competencia en el mercado de los compradores indirectos y la incidencia del sobrecoste sobre la posición de mercado de los sujetos afectados con respecto a la posición de sus competidores horizontales, constituyen los principales factores que han de tenerse en cuenta para establecer si cabe la posibilidad de que los compradores directos repercutan el sobrecoste sobre los agentes económicos activos en el mercado aguas abajo.

Por lo que concierne al factor de la naturaleza de la competencia en el mercado de los compradores indirectos, se ha puesto de relieve<sup>974</sup> que si el sobreprecio

---

<sup>968</sup> Se trata, en realidad, del supuesto que se verifica con más frecuencia, en cuanto los ilícitos concurrenciales suelen realizarse en el ámbito de cadenas de producción muy articuladas, y por eso muy a menudo las consecuencias perjudiciales que descienden de las mismas afectan directamente a los operadores económicos que actúan en los niveles intermedios.

<sup>969</sup> HARRIS y SULLIVAN (1980, pág. 276) y BASSO y ROSS (2010, págs. 895 y sigs.).

<sup>970</sup> COOTER (1981, pág. 1525).

<sup>971</sup> HARRIS y SULLIVAN (1980, pág. 289).

<sup>972</sup> CENGIZ (2007, pág. 6). Por su lado, HARRIS y SULLIVAN (1980, págs. 280 y sigs.) han puesto de relieve que para establecer si la repercusión de los costes excesivos es susceptible de producirse a breve o a largo plazo, es necesario tomar en cuenta la naturaleza de los costes alterados por la práctica anticompetitiva (costes fijos o costes variables), así como la política de precios adoptada por el sujeto que repercute el *overcharge* en el mercado aguas abajo.

<sup>973</sup> STENNEK y VERBOVEN (2001, págs. 1-94); DUBOW (2003, págs. 238-240). Véase también Commission Staff Working Paper del Libro Verde, cit., aps. 160-161, págs. 45-46; CLARK, HUGHES y WIRTH (2004, págs. 31-33).

<sup>974</sup> CLARK, HUGHES y WIRTH (2004, pág. 32). Al respecto se ha de tener en cuenta que las reflexiones de estos autores arrancan de los resultados de un análisis enfocado sobre

afecta a todos los compradores directos y el mercado aguas abajo es altamente competitivo, la traslación del sobrecoste tendrá una incidencia muy significativa sobre los compradores indirectos. Esto ocurre en virtud del hecho de que en mercados caracterizados por una fuerte estructura competitiva, el coste variable<sup>975</sup> del *input* tiene un gran peso sobre el precio del producto, en cuanto su incremento se repercute de forma directa sobre el precio practicado a los demás compradores situados en la misma cadena de suministro. En el caso de que el sobreprecio afecte a un comprador directo que actúa en régimen de monopolio, igualmente tendrá lugar una traslación del sobrecoste, porque el poder de mercado del monopolista le permite cargar un *mark-up* en su favor. En este escenario la efectiva incidencia de la traslación del sobrecoste dependerá del grado de elasticidad de la demanda de los compradores indirectos.

Por lo que concierne al factor del impacto de la posición de mercado del demandante respecto de la posición de sus competidores, cabe antes de todo subrayar que si los efectos de la práctica anticompetitiva afectan exclusivamente a los demandantes y no también a sus competidores<sup>976</sup>, resulta menos probable que tenga lugar una traslación del sobrecoste. En efecto, los demandantes no sólo tendrán que pagar a las empresas infractors un precio más alto para adquirir los *inputs* que las mismas producen, sino que su posición de mercado resultará más débil de la posición de sus competidores horizontales, en cuanto estos últimos tendrán una estructura de costes más eficiente por efecto de la realización del ilícito concurrencial<sup>977</sup>. Por lo tanto, bajo este escenario, los compradores directos no tendrán adecuados incentivos para repercutir el sobrecoste en el mercado aguas abajo, en cuanto la aplicación de un precio más alto conduciría los compradores indirectos hacia los productos de los competidores horizontales de los demandantes que, no siendo afectados por el sobreprecio, podrán aplicar un precio más bajo a sus productos.

---

los efectos de la traslación del sobrecoste en el marco de estrategias de ahorro de costes relativas a operaciones de concentración (STENNEK y VERBOVEN, 2001, págs. 47 y sigs).

<sup>975</sup> Los costes variables dependen de la cantidad de *output* producido y se refieren al coste de los *inputs* que varían según el nivel de producción alcanzado. KRUGMAN y WELLS (2009, pág. 309).

<sup>976</sup> Este supuesto, por ejemplo, se verifica cuando el productor del *input* es verticalmente integrado y abusa de su posición de dominio en el mercado aguas arriba para realizar una práctica de precios excesivos. Esta práctica termina perjudicando exclusivamente a los compradores directos, en cuanto el competidor horizontal de las empresas afectadas por el ilícito concurrencial, es decir la empresa verticalmente integrada con la empresa que abusa de su posición de dominio, compartiendo su propia estructura de costes con la empresa dominante, puede seguir practicando el mismo precio que antes. DUBOW (2003, pág. 239).

<sup>977</sup> CLARK, HUGHES y WIRTH (2004, pág. 32).

Por lo que concierne a los modelos econométricos que podrían emplearse para calcular el efectivo impacto de la traslación del sobrecoste, la Comisión Europea había destacado que los mismos resultan extremadamente complejos para ser concretamente aplicados en el ámbito de un juicio indemnizatorio. Si por ejemplo se toman en consideración las acciones indemnizatorias ejercitadas por los sujetos perjudicados por la realización de un cártel secreto, resultaría ya de por sí muy difícil calcular el sobreprecio total que desciende de este ilícito concurrencial. Si fuese también necesario calcular exactamente en que medida este sobreprecio se haya repercutido a lo largo de la cadena de suministro, con el propósito de individualizar el perjuicio efectivamente sufrido por todos los agentes económicos afectados, la complejidad del cálculo sería extremadamente elevada y, por consiguiente, el coste de la acción indemnizatoria resultaría de hecho insostenible<sup>978</sup>.

Con respecto al estado de la cuestión en el ámbito de la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios, la Comisión Europea había subrayado que si bien no existían pronunciamientos específicos en materia *antitrust* sobre el tema de la *passing-on defence*<sup>979</sup>, el TJUE ya había abordado esta cuestión en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea<sup>980</sup> y en aquello de las acciones de reembolso de impuestos y tributos ilícitamente recaudados a las empresas por parte de los Estados miembros de la UE<sup>981</sup>. Al respecto, se había destacado que no existía en el ámbito del Derecho comunitario un explícito reconocimiento de la defensa de repercusión del sobrecoste, reconociéndose más bien la posibilidad de oponer la defensa de enriquecimiento injusto. En particular, el demandado (el Estado miembro) había de proporcionar en juicio la prueba de los siguientes dos elementos: la prueba que el demandante había trasladado, parcialmente o por completo, el impuesto y la prueba que el

---

<sup>978</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, aps. 161 y 163, pág. 46.

<sup>979</sup> Fue con la sentencia *Courage* que implícitamente emergió este problema, en cuanto el TJUE había afirmado que: “el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios”. STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al.*, *cit.*, ap. 30.

<sup>980</sup> STJ de 4 de octubre de 1979, *Ireks-Arkady GmbH contra Comunidad Económica Europea*, C-238/78, RJ 1979/2955, ap. 14.

<sup>981</sup> Véase, entre otras, STJ de 9 de noviembre de 1983, *Amministrazione dello Stato contra SpA San Giorgio*, C-199/82, RJ 1983/3595, ap. 13; STJ de 25 de febrero de 1988, *Les Fils de Jules Bianco SA y J. Girard Fils SA contra Directeur général des douanes et droits indirects*, asuntos acumulados C- 331/85, C-376/85 y C-378/85, RJ 1988/1099, aps. 14-21; STJ de 14 de enero de 1997, *Comateb et al. contra Directeur général des douanes et droits indirects*, asuntos acumulados de C-192/95 a C-218/95, RJ 1997/I/165, ap. 21; STJ de 21 de septiembre de 2000, *Kapniki Michailidis AE contra Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA)*, asuntos acumulados C-441/98 y C-442/98, RJ 2000/I/7145, ap. 31.



demandante, por efecto de la recaudación, no había experimentado alguna reducción de las ventas u otro tipo de ingreso<sup>982</sup>.

Volviendo al plano de la responsabilidad extracontractual por la realización de ilícitos concurrenciales, sobre la base de la jurisprudencia anteriormente ilustrada podemos observar que la decisión acerca del reconocimiento o menos de la defensa de repercusión del sobrecoste tiene un gran impacto sobre el *private antitrust enforcement*, en cuanto las consecuencias que descenden de las dos opciones contrapuestas, admisión o rechazo de esta herramienta de tutela procesal, se repercuten directamente sobre la eficacia del sistema de aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia y sobre los objetivos generales de *policy* en materia de Derecho de la competencia.

En efecto, si se reconociera a las empresas demandadas la posibilidad de oponer la defensa de repercusión del sobrecoste, se evitaría la producción de un enriquecimiento injusto en favor de los compradores directos. Eso significa que los efectos positivos de esta elección consistirían en la neutralización de los riesgos de sobredisuación y responsabilidad múltiple en perjuicio de las empresas demandadas. Sin embargo, el reconocimiento de la *passing-on defence* genera también efectos no deseables. En particular, su aplicación incrementaría la probabilidad de que las empresas infractoras no respondan del incumplimiento de la normativa *antitrust* –por ejemplo en virtud del hecho de que el juicio haya sido entablado sólo por los compradores directos que hayan repercutido el sobrecoste en el mercado aguas abajo– y por consiguiente terminen gozando de un enriquecimiento injusto por no ser expropiadas de las ganancias que hayan ilícitamente obtenido. Esto, además, generaría un problema de disuasión, cuya magnitud resulta directamente relacionada con la existencia de una previsión normativa que permite a los compradores indirectos el ejercicio de una acción resarcitoria contra las empresas infractoras, así como la probabilidad de que tales agentes económicos actúen concretamente en este sentido.

Al respecto cabe subrayar que PARLAK (2010, pág. 40) había puesto de relieve que el riesgo de que las empresas infractoras experimenten un enriquecimiento

---

<sup>982</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 173, pág. 48. Al respecto el TJUE, en materia de acciones de reembolso de impuestos ilícitamente recaudados por parte de los Estados miembros, había expresamente afirmado que: “Un Estado miembro sólo puede oponerse a devolver un impuesto recaudado indebidamente desde la perspectiva del Derecho comunitario cuando las autoridades nacionales hayan demostrado que el tributo ha sido soportado en su totalidad por una persona distinta del sujeto pasivo y que su devolución a éste le produciría un enriquecimiento sin causa. De lo anterior resulta que, si sólo se ha repercutido una parte del tributo, las autoridades nacionales deben devolver el importe no repercutido”. STJ de 2 de octubre de 2003, [Weber's Wine World Handels-GmbH et al. contra Abgabenberufungskommission Wien](#), C-147/01, RJ 2003/I/11365, ap. 94.

injusto, resulta siempre más elevado y grave del riesgo de enriquecimiento injusto de los compradores directos, en cuanto estos últimos no consiguen siempre trasladar el sobre coste en el mercado aguas abajo. Esto ocurre, en particular, en virtud del hecho de que los incrementos de precio pueden llevar a una disminución del *output* (*business-loss effect*), mientras que las empresas infractoras, si oponen con éxito la *passing-on defence*, siempre consiguen quedarse con las ganancias ilícitamente obtenidas.

Análogamente, la falta de reconocimiento de la *passing-on defence* también produce ventajas y desventajas. En efecto, por lo que concierne a los aspectos positivos, si a las empresas demandadas no se les reconozca la posibilidad de oponer a los demandantes la defensa de repercusión del sobre coste, desde el punto de vista de las reglas procesales aplicables, se alcanzaría una simplificación del desarrollo procesal con consiguiente producción de un tangible beneficio en términos de eficiencia. Sin embargo, esta opción desencadenaría al mismo tiempo el riesgo de que las empresas demandadas tengan que responder ante una pluralidad de sujetos (*duplicative liability*), sin que todos y cadauno de ellos hubiesen efectivamente sufridos un perjuicio económico como consecuencia de la realización de una determinada práctica anticompetitiva. Por lo tanto, bajo este escenario se incrementaría la probabilidad de que los compradores directos beneficien de un enriquecimiento injusto en el caso de que sean capaces de trasladar el sobre coste sobre los compradores indirectos situados en el mercado aguas abajo.

La falta de reconocimiento de la defensa de repercusión del sobre coste produce además otro tipo de riesgo, consistente en la posibilidad de que los compradores directos cooperen con las empresas infractoras<sup>983</sup>. Cuando este riesgo se concretiza –por ejemplo, en el caso de que los compradores directos consigan trasladar todo el sobre coste sobre los compradores indirectos por efecto de la existencia de una demanda inelástica y a causa de ausencia de sustituibilidad del producto en cuestión– se generaría una situación de infraduasión, pese a la excesiva dificultad de detectar el ilícito concurrencial llevado a cabo por las empresas situadas en el mercado aguas arriba–. La opción de no reconocer la *passing-on defence* conduce a un escenario no deseable también desde una perspectiva de justicia correctiva, en cuanto sin la misma igualmente no se cumplirían las condiciones para garantizar la plena y general satisfacción de todos los sujetos perjudicados.

Análogas consideraciones pueden desarrollarse con respecto a la cuestión de la legitimación activa de los compradores indirectos. Antes de abordar brevemente a las dos opciones disponibles, evidenciando las correspondientes ventajas y desventajas, cabe relevar que cuando la Comisión Europea ha adoptado el Libro

---

<sup>983</sup> HARRINGTON (2004, págs. 517 y sigs.); SCHINKEL, TUINSTRA y RÜGGERBERG (2005, pág. 7).

Verde en materia de *antitrust damages actions*, el TJUE ya se había expresamente pronunciado sobre esta cuestión en ocasión de la decisión del asunto *Courage*, afirmando que: “La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia”<sup>984</sup>.

En primer lugar consideramos oportuno destacar que el reconocimiento de la legitimación pasiva de los compradores indirectos constituye un punto de crucial importancia desde una perspectiva de justicia correctiva. En efecto, otorgar acceso a la justicia a todos los agentes económicos que hayan sufrido un perjuicio, significa perseguir un objetivo de igualdad aritmética con respecto a la reparación del daño causado por la realización de un ilícito concurrencial. Otro aspecto positivo que conlleva esta opción reside en el hecho de que el incremento del *numerus* de legitimados activos resulta apto a producir un aumento del nivel general de disuasión. En cambio, si no se reconociera a los compradores indirectos la legitimación activa, se rebajaría la eficacia disuasoria de la acción de indemnización por daños y perjuicios, con la consiguiente creación de un escenario de infradisuasión. Sin embargo, PARLAK (2010, pág. 41) ha reputado que, desde una perspectiva disuasoria, esta solución resulta más eficiente en cuanto, otorgándose la posibilidad de ejercer la acción resarcitoria sólo a los sujetos mejor situados (los compradores directos), se alcanzaría un resultado más satisfactorio. Por último cabe poner de relieve que, desde una perspectiva compensatoria, la falta de reconocimiento de la legitimación activa en favor de los compradores indirectos impide que se alcance una general y plena satisfacción de todos los agentes económicos efectivamente perjudicados por el ilícito concurrencial.

Arrancando de las anteriores consideraciones podemos observar que la Comisión Europea había propuesto cuatro diferentes opciones, destacando algunos de los pros y contras antes ilustrados. Con la primera propuesta (Opción 21) se había evidenciado que el reconocimiento de la defensa de daños repercutidos y la concesión de la legitimación activa en favor de los compradores indirectos, habría podido conducir al injusto enriquecimiento de las empresas infractoras en

---

<sup>984</sup> STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd c Bernard Crehan y Bernard Crehan c Courage Ltd et al.*, *cit.*, ap. 26. En el mismo sentido se había pronunciado también el Abogado General MISCHO en sus conclusiones, en que evidenció: “Por supuesto, los justificables que pueden beneficiarse de dicha protección son, en primer lugar, los terceros, es decir los consumidores y los competidores perjudicados por una práctica colusoria prohibida” (Conclusiones presentadas el 22 de marzo de 2001, *Courage*, *cit.*, ap. 38). Véase también las conclusiones del Abogado General VAN GERVEN presentadas el 27 de octubre de 1993, *H. J. Banks & Co. Ltd contra British Coal Corporation*, C-128/92, aps. 43 y sigs.

el caso de que las mismas hubiesen opuesto con éxito la *passing-on defence* y los compradores indirectos no hubiesen conseguido demostrar que el daño se había repercutido a lo largo de toda la cadena de suministro, ni en qué medida. Por esta razón, el Ejecutivo comunitario había destacado que la introducción de esta solución habría tenido que ser acompañada por una distribución de la carga de la prueba que condujera a una situación de equilibrio entre la posibilidad de acceder a la indemnización del daño y la exigencia de no permitir que las empresas infractoras trajeran beneficio de las ganancias ilícitamente obtenidas.

Con la segunda propuesta (Opción 22) la Comisión Europea había planteado la posibilidad de excluir la *passing-on defence* y al mismo tiempo excluir que los compradores indirectos sean legitimados activos. Al respecto el Ejecutivo comunitario había destacado que la desventaja de esta opción consiste en impedir que todos los sujetos perjudicados puedan obtener la reparación de los *antitrust damages*. Diversamente, con la tercera propuesta (Opción 23), se había planteado la posibilidad de abogar por la exclusión de la defensa de repercusión del sobre coste permitiendo, al mismo tiempo, que tanto los compradores directos como indirectos fuesen legitimados a ejercer una *antitrust damages action*. También esta opción presentaba una desventaja, en cuanto las empresas demandadas habrían podido ser condenadas al pago de daños múltiples (*punitive damages*).

Con la cuarta y última propuesta (Opción 24), la Comisión Europea había planteado una solución más compleja, consistente en un procedimiento bifásico constituido, por un lado, por la exclusión de la defensa de daños repercutidos y el reconocimiento de la legitimación activa en favor de todos los sujetos afectados por el ilícito concurrencial y, por el otro, en la repartición del coste excesivo del juicio entre todas los sujetos perjudicados.

#### **6.4.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles**

Los miembros de la AEDC<sup>985</sup> y el Despacho Cuatrecasas<sup>986</sup> habían abogado por la Opción 21 del Libro Verde, que admitía la *passing-on defence* y consideraba que tanto los compradores directos como los compradores indirectos fuesen legitimados para reclamar de las empresas infractoras la indemnización de los daños *antitrust*. Los miembros de la AEDC, en particular, habían puesto de

---

<sup>985</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 8.

<sup>986</sup> Comentarios Cuatrecasas, *cit.*, pág. 6. Este Despacho, en particular, había considerado que ante la oposición de este tipo de defensa, el juicio habría tenido que suspenderse y habrían tenido que adoptarse herramientas de publicidad-noticia para permitir que los terceros perjudicados tomaran conocimiento del pleito. Se había puesto de manifiesto, sin embargo, que la introducción de dichos mecanismos habría podido ser implementada sólo llevando a cabo una modifica de las normas procesales españolas.

relieve que las dificultades<sup>987</sup> evidenciadas por la Comisión Europea con respecto a la opción relativa al reconocimiento de la defensa de traslación del sobrecoste en favor de las empresas infractoras, resultaban parcialmente mitigadas por la ausencia de una presunción de repercusión del sobrecoste<sup>988</sup> y por el hecho de que también en los supuestos en que los compradores directos hubiesen a su vez conseguido trasladar el sobreprecio, tales sujetos habrían igualmente sufrido un perjuicio *antitrust*, incurriendo en una disminución del volumen de ventas por haber tenido que practicar a sus clientes un precio más elevado<sup>989</sup>.

El Despacho Aguayo<sup>990</sup> y la UB<sup>991</sup>, en cambio, habían abogado por la Opción 23, que por un lado preveía la exclusión de la defensa de repercusión del sobrecoste y, por el otro, consideraba que tanto los compradores directos, como los compradores indirectos, estuviesen legitimados para interponer una demanda resarcitoria contra las empresas infractoras. Consideramos oportunos añadir que la exclusión de la defensa de repercusión del sobrecoste conllevaría algunos relevantes problemas, cuales: *i*) el riesgo de sobre-indemnización en perjuicio de las empresas demandadas, en cuanto admitir la legitimación de ambas categorías de perjudicados (compradores directos y compradores indirectos) sin reconocer la *passing-on defence*, se traduciría en la posibilidad de que las empresas infractoras sean condenadas al pago de daños y perjuicios múltiples<sup>992</sup>; *ii*) se reconocería en favor de los compradores directos un enriquecimiento indebido, porque tales

---

<sup>987</sup> Estas dificultades consistían en “el riesgo de que el comprador directo no consiguiera la indemnización puesto que el infractor podrá utilizar esta defensa y de que los compradores indirectos tampoco la consigan por no poder demostrar que el perjuicio se repercute en toda la cadena de suministro, ni en qué medida”. Libro Verde, *cit.*, pág. 9.

<sup>988</sup> Los miembros de la AEDC habían evidenciado expresamente que en Derecho español de daños no tiene lugar alguna inversión de la carga de la prueba, de tal forma que: “[...] conforme a las normas generales sobre reclamación de daños y perjuicios del Código Civil, es el demandado el que debe probar que el daño ha sido efectivamente trasladado por el comprador directo (demandante) al comprador indirecto o siguiente eslabón en la cadena”. Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 8. La misma Comisión Europea, en el ámbito del Libro Verde, había subrayado que con respecto a la Opción 21 hacía falta poner mucho cuidado en la elección del régimen probatorio.

<sup>989</sup> Al respecto, los miembros de la AEDC habían señalado que “[...] salvo en situaciones extremas de elasticidad nula, cada eslabón de la cadena podría cuantificar la ‘incidencia’ de la práctica anticompetitiva en su esfera jurídico-económica”. *Ibidem*.

<sup>990</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 12.

<sup>991</sup> Comentarios UB, *cit.*, pág. 15. La UB, sin embargo, había considerado que la solución de *first best* fuese aquélla planteada por la Opción 24 del Libro Verde, según la cual habría sido aconsejable introducir un procedimiento en dos fases caracterizado por la exclusión de la *passing-on defence* en la primera fase, con la posibilidad de que cualquier perjudicado pudiese accionar su derecho a la indemnización, y por la introducción, en la segunda fase, de un régimen de responsabilidad de tipo solidario entre todos los sujetos que hubiesen concurrido a causar el daño. Comentarios UB, *cit.*, pág. 16.

<sup>992</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 9; BULST (2006a, pág. 736).

agentes económicos ganando el pleito terminarían gozando de una indemnización por daños y perjuicios *antitrust* que en realidad no han sufrido por haber conseguido trasladar el sobrecoste en la esfera jurídico-económica de los agentes económicos situados en el siguiente eslabón de la cadena de suministro<sup>993</sup>.

## 6.5. Defensa de los intereses del consumidor y acciones colectivas

En el ámbito del Libro Verde la Comisión Europea se había también preocupado de la cuestión de la salvaguardia de los intereses económicos de los consumidores. En efecto, las prácticas anticompetitivas no suelen generar pérdidas económicas muy significativas para estos agentes económicos y por lo tanto sería necesario identificar e introducir medidas que les faciliten el ejercicio de las *antitrust damages actions*. Las costas judiciales relacionadas con los juicios civiles concernientes al resarcimiento del daño ocasionado por ilícitos concurrenciales, las complejidades que caracterizan las prácticas empresariales contrarias al Derecho de la competencia y las demás dificultades que descienden de la aplicación del régimen ordinario de responsabilidad extracontractual, podrían desincentivar la interposición de demandas judiciales resarcitorias por parte de los consumidores perjudicados, rebajando los niveles de compensación y disuasión conectados con el recurso al remedio indemnizatorio<sup>994</sup>.

Al respecto la Comisión Europea había evidenciado que ya se había puesto en marcha un proceso legislativo finalizado a otorgar una mayor protección jurídica en favor de los sujetos jurídicos legítimados a avanzar reclamaciones de exigua entidad (*small claims*). El Ejecutivo comunitario, en particular, había hecho referencia a la [Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía](#)<sup>995</sup>, que se había presentado con el propósito de acelerar y facilitar el acceso a la justicia predisponiendo un proceso de duración y coste razonable. En efecto, se había observado que las demandas de escasa cuantía, especialmente aquellas interpuestas por particulares contra empresas u otros particulares, implicaban la realización de inversiones de recursos económicos y temporales que a menudo se revelaban manifiestamente desproporcionados respecto de la cuantía de la demanda judicial. En particular, los gastos, plazos y molestias inherentes a los

---

<sup>993</sup> Al respecto ORTIZ BAQUERO (2011, págs. 242-243) y VAN DEN BERGH y KESKE (2007, pág. 485) han señalado que cualquier forma de legitimación del enriquecimiento indebido resultaría contraria al principio de indemnización plena y se pondría en contraste con la función compensatoria de las *antitrust damages actions*.

<sup>994</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 188, pág. 52.

<sup>995</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía COM(2005) 87 final, presentada por la Comisión Europea el 15 de marzo de 2005.

procesos judiciales no disminuyen proporcionalmente al importe de la demanda, y es por eso que en muchos Estados miembros de la UE, a la época en que la Comisión Europea había presentado su propuesta de Reglamento en esta materia, ya se contaba con procesos civiles simplificados en el caso de que los demandantes hubiesen interpuesto reclamaciones de valor no superior a 2.000 euros<sup>996</sup>.

La Comisión Europea había valorado favorablemente la introducción de específicas medidas para facilitar el ejercicio de las *antitrust damages actions* por parte de los consumidores<sup>997</sup>. En particular, se había destacado que este resultado habría podido conseguirse permitiendo que los consumidores ejercitaran acciones colectivas contra las empresas infractoras<sup>998</sup>. En efecto, dicha solución habría facilitado el ejercicio de las acciones indemnizatorias por parte de los consumidores, en cuanto al reunir en una única demanda resarcitoria todas las pretensiones indemnizatorias de los sujetos que pertenecen a una misma clase de perjudicados (como por ejemplo los consumidores finales del producto afectado por el ilícito concurrencial), se producen múltiples efectos positivos, cuales la disminución de las costas procesales, el ahorro de recursos temporales y la disponibilidad de mayores recursos económicos para la defensa técnica<sup>999</sup>.

Por lo que concierne a las acciones colectivas, la Comisión Europea había observado que tanto las acciones representativas como las acciones colectivas resultaban particularmente adecuadas para proteger los intereses económicos de los consumidores, en cuanto, además de los ahorros de recursos económicos y temporales, su ejercicio habría incrementado también la eficiencia procesal, consolidando un elevado número de pretensiones similares en una única demanda judicial.

Además, la Comisión Europea había evidenciado que permitir a los consumidores el ejercicio de acciones colectivas habría evitado el riesgo de que grupos de consumidores recurrieran a dañinas estrategias procesales (*tactical litigations*). En particular, dichas estrategias se caracterizan por la adopción de comportamientos oportunistas por parte de otros potenciales demandantes, consistentes en el hecho de que la toma de decisión acerca del ejercicio de una

---

<sup>996</sup> El Reglamento fue sucesivamente adoptado. [Reglamento \(CE\) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía](#), DOCE L 199/1 de 31 de julio de 2007.

<sup>997</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 191, pág. 52.

<sup>998</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 9; Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 192, pág. 53. Véase también las conclusiones del abogado general JACOBS en el asunto C-195/98 [Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst contra Republik Österreich](#), presentadas el 27 de enero de 2000, ap. 47.

<sup>999</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 9. En el mismo sentido se había expresado también el TCDC. Comentario TCDC, *cit.*, pág. 8.

acción judicial contra las empresas infractoras, se fundamente sobre el resultado procesal del juicio cronológicamente entablado por primero<sup>1000</sup>.

### 6.5.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

Todos los *stakeholders* españoles<sup>1001</sup> se habían expresado de forma favorable a la introducción de acciones colectivas. Todos ellos, además, habían añadido que en Derecho español ya existía la base jurídica para ejercer este tipo de acción<sup>1002</sup>. Los miembros de la AEDC, en particular, habían considerado necesario introducir un régimen específico para facilitar el ejercicio de acciones colectivas y, en línea general, habían expresado su favor para la Opción 25 que contemplaba la posibilidad de otorgar la legitimación activa a las asociaciones de consumidores. Los miembros de la AEDC, además, habían señalado también la necesidad de proceder a una armonización comunitaria de la regulación de este tipo de acciones colectivas, con la doble finalidad de establecer los requisitos legales de procedibilidad<sup>1003</sup> e introducir restricciones que permitan garantizar el mantenimiento del número de litigios a un nivel tolerable.

Los miembros de la AEDC, por último, habían considerado que la introducción de la acción de clase para reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia, fuese la mejor herramienta legal para solucionar el problema de los compradores indirectos cuando las empresas demandadas oponen en juicio la defensa de repercusión del sobre coste. En estos supuestos, en efecto, las asociaciones de consumidores

---

<sup>1000</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 193, pág. 53.

<sup>1001</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 9; Comentarios Aguayo, *cit.*, págs. 12-13; Comentarios Cuatrecasas, *cit.*, pág. 7; Comentarios TCDC, *cit.*, pág. 8 (se trata de la última cuestión sobre la cual se había pronunciado el TCDC); Comentarios UB, *cit.*, pág. 17.

<sup>1002</sup> El artículo 11, apartado 1, de la LEC establecía que: “Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios”. Véase también los arts. 6, 7, 15, 221 y 519 de la LEC.

<sup>1003</sup> En el sistema federal norteamericano, por ejemplo, la *Federal Rule no. 23 of Civil Procedure* adoptada por el Tribunal Supremo de EE.UU. fija los requisitos para que una reclamación judicial de un grupo de personas pueda instrumentarse mediante acciones colectivas. Tales requisitos son: *i) numerosity*; *ii) commonality* (*v.gr.* existencia de cuestiones fácticas o jurídicas comunes a los distintos miembros del grupo); *iii) typicality* (*v.gr.* la reclamación iniciada por el representante del grupo debe ser representativa de la reclamación que habría iniciado cada uno de los miembros de la clase en el caso de que ellos hubiesen ejercitado por sí mismos una acción judicial); *iv) adequacy of representation*.



pueden entablar acciones basadas en el enriquecimiento injusto del sujeto que ha infringido la normativa comunitaria de defensa de la competencia<sup>1004</sup>.

La UB, además, había abogado tanto por la Opción 25, como por la Opción 26 del Libro Verde. Esta última opción, en particular, tomaba en consideración la oportunidad de introducir una disposición especial para la regulación de las acciones colectivas de los grupos de compradores que hubiesen quedado fuera de la categoría de los consumidores finales.

## 6.6. Coste de las acciones indemnizatorias

En el Libro Verde se había afrontado también el problema de las costas judiciales, pese a su gran incidencia sobre las determinaciones procesales de los sujetos perjudicados por la realización de prácticas empresariales contrarias al Derecho comunitario de la competencia. En efecto, si bien en todo caso existan razones de oportunidad económica que influyen sobre la decisión de interponer una demanda resarcitoria, en los supuestos en que la fuente del perjuicio sea una práctica empresarial anticompetitiva, estas razones se enfrentan con la evaluación y estimación de los costes procesales relacionados con las complejidades que caracterizan esta tipología de ilícitos. Como ya hemos tenido forma de ilustrar con anterioridad<sup>1005</sup>, las infracciones del Derecho *antitrust* conllevan dos fundamentales problemas desde el punto de vista probatorio: *i*) una dificultad de proporcionar la prueba de la existencia de la práctica infractora en los supuestos de *hardcore infringements*; *ii*) una dificultad de lograr la prueba de la naturaleza anticompetitiva de los *grey-area infringements*.

Por ejemplo, con respecto a las prácticas empresariales que infringen el Derecho comunitario de la competencia por sus efectos, los demandantes podrían necesitar del informe de un experto para lograr la prueba de la responsabilidad extracontractual de las empresas demandadas y aquella del daño sufrido. Esto conlleva un incremento de las costas procesales y un considerable desperdicio de tiempo, sin otorgar a los demandantes alguna garantía en orden a la consecución del resarcimiento invocado en juicio, en cuanto los resultados de los informes periciales resultan susceptibles de ser refutados por los informes de los expertos de la contraparte o del juez<sup>1006</sup>.

---

<sup>1004</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 8.

<sup>1005</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.3.4.1.

<sup>1006</sup> FISHER (2006, pág. 392).

Al respecto el Informe *Ashurst*<sup>1007</sup>, la Comisión Europea<sup>1008</sup> y una parte de la doctrina<sup>1009</sup> habían puesto de relieve que el riesgo de incurrir en costas judiciales muy elevadas para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la realización de ilícitos concurrenciales constituía uno de los principales obstáculos al desarrollo del *private enforcement* del Derecho comunitario de la competencia. En particular, en el Libro Verde se había destacado que la previsión de reglas de devolución de las costas procesales que desincentivaran el ejercicio de las acciones resarcitorias, habría constituido un importante límite a la salvaguardia judicial de los derechos subjetivos de los perjudicados por un ilícito concurrencial, en abierto contraste con el derecho al acceso efectivo a la justicia, establecido con carácter general en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>1010</sup>.

Al respecto la Comisión Europea, con el propósito de otorgar una tutela jurisdiccional adecuada a los derechos subjetivos que descienden del Derecho comunitario, había recordado que los principios comunitarios de equivalencia y efectividad deben ser aplicados a los aspectos procesales de las reclamaciones de daños y perjuicios que afectan a ámbitos sustanciales en los cuales no existen reglas comunes a nivel supranacional<sup>1011</sup>. Entre estos aspectos recaen también las reglas nacionales relativas a la devolución de las costas procesales, como en algunas ocasiones ya habían tenido modo de subrayar los Tribunales comunitarios<sup>1012</sup>.

EILMANBERGER (2007, pág. 447) había evidenciado que, en línea general, existían dos formas de evitar el riesgo de que las víctimas de ilícitos concurrenciales soportaran costes muy elevados para reclamar el resarcimiento de los *antitrust damages*: *i*) prever y aplicar medidas que atenúen el efecto disuasorio conectado con un *high cost-risk*; *ii*) configurar y adoptar medidas que

---

<sup>1007</sup> Informe Ashurst, *cit.*, pág. 116. En particular, este informe había destacado que existían dos principales razones para considerar que las costas procesales pudieran desincentivar el ejercicio de las *antitrust damages actions*: *i*) el riesgo de tener que soportar desde el principio costes muy elevados (*v.gr. attorney's fee* y *witnesses' fee*); *ii*) el riesgo relacionado con el éxito negativo del juicio civil, asociado a la aplicación de la *loser pays rule*.

<sup>1008</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 10; Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 202, pág. 57.

<sup>1009</sup> RILEY y PEYSNER (2006, págs. 749-750); EILMANBERGER (2007, pág. 445).

<sup>1010</sup> [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales](#), adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entrado en vigor en 1953 (modificado por los Protocolos núms. 11 y 14, completado por el Protocolo adicional y los Protocolos núms. 4, 6, 7, 12 y 13), en adelante "CEDH".

<sup>1011</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, aps. 209-210, pág. 60.

<sup>1012</sup> STJ de 6 de diciembre de 2001, [Clean Car Autoservice GmbH contra Stadt Wien y Republik Österreich](#), C-472/99, RJ 2001/I/9687, aps. 28-29.

reduzcan el riesgo de incurrir en costes muy elevados a lo largo del proceso, disminuyendo las costas procesales que esta clase de juicios genera o, en cambio, recortando el riesgo relacionado con la incertidumbre sobre el resultado del litigio.

En primer lugar, para atenuar el efecto disuasorio que descende de la subsistencia de un riesgo de costes muy elevados, pueden adoptarse medidas que desplacen el riesgo financiero asociado a la incoación de un juicio resarcitorio en la esfera jurídica de otros sujetos. La misma Comisión Europea, en el ámbito del Commission Staff Working Paper del Libro Verde, y a la luz de la experiencia estadounidense<sup>1013</sup>, había subrayado que los *contingency fee agreements* (o *pactum de quota litis*)<sup>1014</sup> constituían uno de los mecanismos mejores para incentivar el desarrollo de las *antitrust damages actions*<sup>1015</sup>. Otra forma de desplazar el riesgo de incurrir en costas judiciales muy elevadas consiste en admitir que los terceros, con independencia de su forma jurídica (*v.gr. joint stock company*), puedan adquirir de los sujetos perjudicados el derecho de acción para reclamar la indemnización judicial de los daños sufridos por el *dante causa*. De este modo, a través de una operación comercial se trasladaría en favor de sujetos originariamente ajenos a la infracción, el riesgo de incurrir en costes muy elevados en el curso del proceso. Estos sujetos, que resultan por su naturaleza menos adversos al riesgo respecto de los perjudicados que han enajenado sus derechos de acción, pueden alcanzar la creación de una cartera de reclamaciones similares e invertir en su favor la relación entre riesgo de costes elevados y reconocimiento judicial de la indemnización (*risk/reward ratio*)<sup>1016</sup>.

En segundo lugar, el antedicho efecto disuasorio podría ser atenuado introduciendo un multiplicador del daño para alterar en favor de los demandantes la balanza riesgo/indemnización. Anteriormente se ha señalado que en el sistema de *antitrust enforcement* norteamericano existe desde el principio

---

<sup>1013</sup> RILEY y PEYSNER (2006, pág. 753) habían considerado excesivas las críticas formuladas contra la práctica de los *contingency fee agreements*, que se estipulan con una cierta frecuencia en el ámbito de la *litigation* estadounidense. Dichas críticas se fundamentaban, por un lado, sobre las elevadas ganancias sacadas por los defensores técnicos de los demandantes en caso de éxito favorable del juicio, sobre todo cuando se habían interpuesto demandas colectivas y, por el otro, sobre el uso no apropiado de mecanismos alternativos al pago en efectivo.

<sup>1014</sup> Además, cabe añadir que cuando se adoptó el Libro Verde en muchos Estados miembros (Chipre, Dinamarca, Alemania, Irlanda, Italia, Malta y Portugal) la estipulación de dichos acuerdos no estaba permitida. Informe Ashurst, *cit.*, pág. 93.

<sup>1015</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 218, pág. 62. La Comisión Europea, en efecto, no introdujo esta opción en el Libro Verde, a sabiendas de que no habría obtenido el consentimiento de los Estados que prohíben la estipulación de acuerdos de *quota litis*.

<sup>1016</sup> STADLER y MOM (2006, págs. 202 y sigs.).

la previsión de daños triples<sup>1017</sup> y que si bien la misma conlleva ciertos beneficios, en virtud del hecho de que su carácter punitivo resulta idóneo para concurrir a desincentivar la realización de prácticas anticompetitivas<sup>1018</sup>, además de garantizar un resarcimiento más que satisfactorio para los sujetos perjudicados que consigan ganar el juicio, su aplicación práctica ha producido importantes distorsiones, influyendo negativamente sobre la aplicación general del Derecho *antitrust* en los EE.UU.:

Al respecto la Comisión Europea, en su Libro Verde, había propuesto una solución intermedia entre la introducción generalizada de un multiplicador de daños y la total ausencia del mismo, optando por la previsión de daños dobles exclusivamente en los asuntos concernientes a los carteles horizontales (Opción 16). Por lo que concierne, en cambio, a la específica cuestión de la distribución de las costas procesales, la Comisión Europea había formulado la siguiente propuesta: “Establecer la norma de que los demandantes cuya demanda no prospere tendrán que pagar las costas únicamente si actuaron de forma manifiestamente irracional al interponer la demanda.” (Opción 27). En el Commission Staff Working Paper del Libro Verde se había destacado que la introducción de esta regla habría podido neutralizar los aspectos negativos del principio general del vencimiento, que constituye la regla de devolución de las costas judiciales más aplicada en los Estados miembros de la UE.

En términos generales, el principio “quien pierde paga” constituye una *two-way fee-shifting rule*, en cuanto no excluye ninguna parte procesal del ámbito de los sujetos a los que puede imponerse el pago de las costas procesales. Por esto, tanto a los demandantes, como a los demandados resulta posible devolver las costas generadas en ocasión del proceso, a través del recurso al criterio de atribución del vencimiento en el juicio de que se trate<sup>1019</sup>. La Comisión Europea

---

<sup>1017</sup> Cfr. *supra* sub §.IV.2.

<sup>1018</sup> RODGER (2003, pág. 104); JONES (1999, págs. 229 y sigs.).

<sup>1019</sup> Existen otros dos grandes paradigmas a los que pueden reconducirse las reglas de devolución de las costas procesales: *i) one-way fee-shifting rule*; *ii) each party bears own costs rule*. En particular, la *one-way fee-shifting rule* se caracteriza por el hecho de que sólo una parte y con independencia del éxito del juicio, tendrá que soportar las costas judiciales. Esto genera grandes incentivos para la parte que beneficia de la exención del pago de las costas procesales (normalmente el demandante), produciendo al mismo tiempo no sólo una penalización de la otra parte procesal (en términos de costas procesales), sino también un problema de sobre-exposición a demandas explorativas o infundadas y el riesgo asociado con la transacción del litigio. La *each party bears own costs rule*, en cambio, se caracteriza por la simétrica repartición de las costas procesales entre las partes, en consideración de las costas causadas por cada una de ellas. El problema que genera este criterio de imputación de las costas procesales reside en el hecho de que los demandantes podrían no tener adecuados incentivos para interponer demandas resarcitorias en los supuestos en que hayan sufrido un perjuicio a causa de la realización de un ilícito concurrencial, pese al hecho de que sus escasos recursos, limitando sus posibilidades en

había observado que el recurso a este mecanismo de devolución resultaba susceptible de desincentivar el ejercicio de las acciones resarcitorias al concurrir de las siguientes condiciones: *i*) los demandantes hayan reclamado una cuantía de daños tan exigua que los costes relacionados con el juicio resultarían desproporcionados<sup>1020</sup>; *ii*) exista una fuerte incertidumbre sobre el resultado del juicio que no permitiría conocer de antemano la efectiva probabilidad de recuperar los costes soportados<sup>1021</sup>.

El Ejecutivo comunitario, por lo tanto, no sólo había propuesto la introducción de un factor de corrección de la *loser pays rule* –en el sentido de que para incentivar el ejercicio de las *antitrust damages actions* cabría atenuar el riesgo de que los demandantes incurrieran en costes muy elevados– sino que también había evidenciado la necesidad de otorgar a los jueces nacionales el poder de establecer –al comienzo del juicio, de forma discrecional, teniendo en cuenta las especificidades de los supuestos concretos y siempre que la demanda no sea manifiestamente irracional– que los demandantes cuyas demandas fueran desestimadas no tuvieran que pagar las costas procesales generadas a lo largo del proceso<sup>1022</sup>.

### 6.6.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

Los miembros de la AEDC<sup>1023</sup> habían considerado que no fuese necesario introducir normas especiales para eliminar o reducir el riesgo de que los demandantes incurran en costes muy elevados. Para fundamentar su posición los miembros de la AEDC habían observado que entre los intereses en juego desde esta perspectiva, lo que debía resultar prevalente fuera la necesidad de no generar riesgos adicionales, cuales por ejemplo el riesgo de propiciar un ejercicio excesivo, o incluso fraudulento, de de las acciones resarcitorias con respecto a la interposición de las *antitrust damages actions*.

Al respecto el Despacho Aguayo<sup>1024</sup> había mantenido una postura diferente, considerando que el principio general del vencimiento (*loser-pays rule*) que el

---

el curso del proceso, podrían no permitirles alcanzar la prueba de la existencia del ilícito, del daño o la cuantificación del mismo.

<sup>1020</sup> La Comisión Europea se refería sobre todo a la situación existente en los Estados miembros que determinan los honorarios de los abogados en función del valor económico del juicio. Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 216, pág. 61.

<sup>1021</sup> Al respecto se apunta otra vez a la complejidad de los juicios resarcitorios por daños *antitrust*. Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 217, pág. 61.

<sup>1022</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 10.

<sup>1023</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 9.

<sup>1024</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, págs. 13-14.

artículo 394, apartado 1, de la LEC<sup>1025</sup> dicta en materia de imposición de las costas procesales, constituía un obstáculo significativo al desarrollo del *private antitrust enforcement* en Europa. Este *stakeholder*, en efecto, había puesto de manifiesto que el ejercicio de las acciones indemnizatorias ocasionadas por la realización de ilícitos concurrenciales puede acarrear costes muy altos para los sujetos perjudicados, tanto en consideración de la dimensión económica de los posibles demandantes (*v.gr.* consumidores finales, pequeños distribuidores, etc.), como respecto de las dificultades probatorias relacionadas con la demostración de la existencia de una práctica anticompetitiva (*v.gr.* los *hardcore infringements*) o del carácter anticompetitivo de una práctica empresarial, como por ejemplo sucede en los supuestos de abusos de posición dominante que producen la exclusión o marginalización de los competidores igualmente eficientes (*v.gr.* las prácticas de *loyalty discounts and rebates*)<sup>1026</sup>.

Por último, si bien el Despacho Cuatrecasas<sup>1027</sup> no había considerado que el riesgo de incurrir en costas judiciales muy elevadas constituyera un obstáculo al ejercicio de las *antitrust damages actions*, este *stakeholder* había igualmente señalado que la introducción de una modificación del régimen nacional en materia de distribución de las costas procesales en los supuestos de estimación parcial de la demanda, habría podido fomentar la interposición de reclamaciones judiciales en el ámbito *antitrust*.

## 6.7. Coordinación de la aplicación pública y privada

La Comisión Europea había planteado también la cuestión de la coordinación entre *private* y *public antitrust enforcement* enfocándose sobre dos problemas específicos, ambos relacionados con el recurso al remedio indemnizatorio: *i*) establecer el papel de las decisiones de las Autoridades de la competencia; *ii*) regular las (recíprocas) implicaciones entre los programas de clemencia y las indemnizaciones por daños y perjuicios<sup>1028</sup>.

---

<sup>1025</sup> El artículo 394, apartado 1, de la LEC, prevé que: “En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”.

<sup>1026</sup> Por ejemplo, en los supuestos en que el demandado haya llevado a cabo un abuso de posición dominante es muy probable que se necesiten informes periciales muy costosos para demostrar en juicio la subsistencia de los elementos de la responsabilidad aquiliana. En un sentido análogo se habían pronunciado también los miembros de la AEDC. Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 10.

<sup>1027</sup> Comentarios Cuatrecasas, *cit.*, pág. 7.

<sup>1028</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 10.

En el Libro Verde se había destacado que la manera de resolver estas dos cuestiones habría tenido un impacto muy significativo respecto de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia, debido al hecho de que algunas soluciones, aún valorables de forma positiva desde la perspectiva del *private antitrust enforcement*, habrían podido tener un efecto negativo desde el punto de vista de la aplicación pública de esta normativa. En efecto, se había destacado que la adopción de algunas medidas, si bien con el propósito de fomentar el desarrollo del *private antitrust enforcement*, habría podido incidir de forma negativa sobre la eficacia de la intervención pública. En particular, las mayores preocupaciones afectaban a la incidencia de tales medidas sobre las herramientas de lucha a los carteles secretos, que constituye la prioridad de la intervención pública en el ámbito *antitrust*, pese al hecho de que tales prácticas empresariales se consideran los ilícitos concurrenciales que mayormente afectan a la competencia y los intereses de los consumidores<sup>1029</sup>.

Los problemas principales conciernen a las implicaciones de las medidas que facilitan el acceso de los demandantes de un juicio *follow-on* a los documentos formados en el ámbito de un programa de clemencia<sup>1030</sup>. Si se reconociera a tales demandantes la posibilidad de acceder al expediente de clemencia, se les daría una ventaja procesal excesiva, que podría considerarse desproporcionada y perjudicial respecto de la posición de las empresas demandadas. En particular, en dichos supuestos resultaría muy fácil para los demandantes alcanzar en juicio la prueba de la responsabilidad civil de las empresas infractoras, pudiéndose aprovechar de la declaración confesoria y los demás documentos proporcionados por los *leniency applicants* que, participando a un programa de clemencia nacional o comunitario, hayan accedido al beneficio de la inmunidad o a la reducción de la

---

<sup>1029</sup> [Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel \(2002/C 45/03\)](#), en adelante “Leniency Notice de 2002”, *DOCE* C 45/3, de 19 de febrero de 2002, ap. 1, pág. 3.

<sup>1030</sup> Consideramos oportuno recordar de forma muy sintética que los programas de clemencia constituyen una herramienta de *public enforcement* que las Autoridades de la competencia pueden emplear con el objetivo de facilitar la detección de los carteles secretos. Por lo general, estos programas crean incentivos, en términos de no aplicación o reducción de la sanción administrativa, en favor de aquellos participantes a un cártel que colaboren con las Autoridades de la competencia, facilitando el descubrimiento de la existencia de la infracción o la prueba de la misma, en el caso de que ya se haya iniciado un procedimiento administrativo. Esta herramienta de *enforcement* se fundamenta sobre los postulados de la teoría de los juegos, induciendo un dilema del prisionero entre las empresas que participan a un cártel, lo que lleva a las mismas a saber que la opción mejor es ser el primero en delatar a la Autoridad de la competencia la existencia de la infracción del Derecho *antitrust*, en cuanto eso conlleva la posibilidad de acceder al mayor beneficio o al único beneficio en el caso de que el programa de clemencia de que se trate se haya estructurado de manera que sólo el primer *leniency applicant* goce de la inmunidad. En la literatura económica véase, *ex multis*, MOTTA y POLO (2003, págs. 347 y sigs.); LESLIE (2004, págs. 517 y sigs.).

multa. Al respecto cabe observar que cuando se adoptó el Libro Verde las condiciones que el Derecho comunitario de la competencia preveía para acceder a los beneficios de la dispensa del pago de las multas o a la reducción de su importe en los supuestos de participación a carteles secretos, no contemplaban la protección de los *leniency applicants* de las eventuales futuras reclamaciones resarcitorias que los perjudicados hubiesen podido avanzar tras la finalización del procedimiento administrativo.

En el Commission Staff Working Paper del Libro Verde, además, se había observado que si bien la exposición de los *leniency applicants* a las pretensiones resarcitorias de las víctimas del cartel secreto habría producido un efecto negativo sobre la eficacia de los programas de clemencia, sin embargo esta herramienta de *enforcement* seguía resultando muy ventajosa para los *co-cartelists* porque la participación a tales programas les habría permitido, por lo menos, evitar la imposición de una multa sancionadora<sup>1031</sup>.

### 6.7.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

Por lo que concierne a la relación entre *private* y *public antitrust enforcement* los miembros de la AEDC habían destacado que en el ámbito del Derecho español de defensa de la competencia existía una anomalía procesal en cuanto el artículo 13, apartado 2, de la LDC de 1989<sup>1032</sup> establecía la prejudicialidad administrativa de las decisiones del TDC respecto del ejercicio de una acción indemnizatoria.

Al respecto ocurre señalar que con arreglo a la inicial interpretación jurisprudencial<sup>1033</sup> y doctrinal<sup>1034</sup> de este artículo, los sujetos perjudicados por la realización de una práctica anticompetitiva sólo habrían podido interponer una demanda resarcitoria una vez firme la decisión adoptada por la Autoridad de la

---

<sup>1031</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 231, pág. 65.

<sup>1032</sup> Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia (vigente hasta el 1 de septiembre de 2007), BOE núm. 170 de 18 de julio de 1989. En particular, el artículo 13, apartado 2, de la LDC de 1989 establecía que: “La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles”.

<sup>1033</sup> STS, 1ª, de 30 de diciembre de 1993, asunto *Campsá* (concerniente al artículo 6 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, BOE núm. 175 de 23 de julio de 1963, que constituía el antecedente del artículo 13, apartado 2, de la LCD de 1989); STS de 4 de noviembre de 1999, asunto *United Pictures*; STS de 30 de noviembre de 1999, asunto *Nissan*.

<sup>1034</sup> BELLAMY, CHILE y PICAÑOL, 1992, págs. 605-606; CASES PALLARÈS (1995, págs. 297 y sigs.).



competencia en vía administrativa o, en su caso, tras la positiva revisión de la misma en la jurisdicción contencioso-administrativa. En la práctica, sin embargo, se distinguía entre los supuestos en que la evaluación del carácter anticompetitivo de una conducta o práctica empresarial habría tenido que establecerse exclusivamente sobre la base de las normas nacionales de defensa de la competencia y los supuestos en que la evaluación de anticompetitividad habría tenido que fundamentarse también sobre el Derecho *antitrust* comunitario. En este segundo caso, en particular, los jueces nacionales poseían competencia jurisdiccional para conocer de las acciones de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia, con independencia de la adopción, por parte de la Comisión Europea, de una resolución administrativa que constataste la anticompetitividad de la misma conducta o práctica empresarial<sup>1035</sup>. Para superar esta disparidad de trato, la doctrina había propuesto una interpretación más flexible del artículo 13, apartado 2, de la LDC de 1989, afirmando que esta disposición normativa otorgaba a los sujetos perjudicados la posibilidad de ejercer directamente, ante los jueces nacionales, una acción indemnizatoria, interponiendo a la vez una demanda declarativa de la ilicitud de la práctica o conducta empresarial que se asumía como fuente del daño *antitrust*<sup>1036</sup>.

La jurisprudencia española sucesiva, con especial referencia a la decisión del Tribunal Supremo sobre el asunto *DISA*<sup>1037</sup>, superó la doctrina jurisprudencial anteriormente sentada (asunto *CAMPSA*), confirmando que los jueces nacionales poseían la competencia jurisdiccional para conocer de las cuestiones relacionadas con los efectos civiles de los ilícitos concurrenciales y que, a la hora de aplicar las normas nacionales de defensa de la competencia, tenían la obligación de respetar el principio de la interpretación conforme al Derecho comunitario<sup>1038</sup>. Los miembros de la AEDC, al respecto, habían añadido que la

---

<sup>1035</sup> Bajo esta praxis, además, los jueces nacionales no se vieron obligados a suspender el juicio resarcitorio en el caso de que fuese pendiente ante la Comisión Europea un expediente administrativo-sancionador sobre la misma conducta o práctica empresarial. SANCHO GARGALLO (2009, pág. 6).

<sup>1036</sup> ALONSO GARCÍA (1990, págs. 473-474); ALFARO ÁGUILA-REAL (1991, pág. 705); FERNÁNDEZ LÓPEZ (1997, pág. 231); PEÑA LÓPEZ (2002, págs. 96-113); FERRÁNDIZ GABRIEL (2002, pág. 46).

<sup>1037</sup> STS de 2 de junio de 2000, asunto *DISA*. En este pronunciamiento el TS confirmó que: “[...] (L)a Comisión no dispone de competencia exclusiva para aplicar el apartado 1 del art. 85 y el art. 86. A este respecto, comparte con los órganos jurisdiccionales nacionales su competencia para aplicar estos preceptos [...]”. Véanse también STS de 2 de marzo de 2001, asunto *Mercedes Benz*; STS de 15 de marzo de 2001, asunto *Petronor*.

<sup>1038</sup> Tras la entrada en vigor del Reglamento CE 1/2003, las situaciones de conflicto entre las actuaciones de las Autoridades de la competencia, nacionales o comunitarias, y los jueces nacionales con respecto a la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, se gestionan a través de los mecanismos de cooperación previstos en los artículos de 11 a 16.

cuestión de la prejudicialidad administrativa no sólo tenía que considerarse resuelta por vía jurisprudencial, sino que el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia (a través del cual se estaba discutiendo la reforma normativa de la LDC de 1989), ya no preveía este requisito de procedibilidad. Efectivamente, la sucesiva LDC de 2007, no previó algún régimen de prejudicialidad para el ejercicio de las *antitrust damages actions*. La posición asumida por los miembros de la AEDC, por lo que se refiere al papel de las decisiones administrativas previas en los juicios resarcitorios *follow-on*, habían reputado que fuese necesario reducir la carga de la prueba en favor de los sujetos perjudicados por los ilícitos concurrenciales (es decir los demandantes), introduciendo una presunción *iuris tantum* acerca de la existencia de una infracción *antitrust*.

En el Libro Verde, con respecto a la cuestión de la coordinación entre programas de clemencia y acciones de indemnización por daños y perjuicios, se había evidenciado que tanto la aplicación pública como aquella privada de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, perseguían el común objetivo de “disuadir más eficazmente (las empresas infractoras) de participar en carteles”<sup>1039</sup>. La UB<sup>1040</sup> no había coincidido con la afirmación de la Comisión Europea, estimando que si bien el objetivo principal de los programas de clemencia consistía en la lucha a los carteles secretos, en cambio el objetivo de las acciones indemnizatorias consistía en la compensación de los perjuicios causados por la realización de todo tipo de ilícito concurrencial.

El Despacho Aguayo había señalado que las diferentes finalidades que caracterizan estas dos herramientas producen un conflicto de intereses<sup>1041</sup>. En efecto, si se quiere garantizar el éxito de los programas de clemencia, que constituyen la más poderosa herramienta a disposición de las Autoridades de la competencia para descubrir y sancionar los carteles secretos, es necesario proteger la confidencialidad de la solicitud de clemencia, así como aquella de los documentos entregados como parte de la misma, denegando a los perjudicados que hayan entablado un juicio resarcitorio el derecho de acceso a los mismos. El Despacho Aguayo<sup>1042</sup> había considerado que la Opción 28 del Libro Verde –que excluía el derecho de acceso a la solicitud de clemencia y a los demás documentos aportados por los *leniency applicants*– fuese la mejor manera de solucionar esta cuestión, en cuanto si bien no facilitaba la prueba de la infracción, ni siquiera perjudicaba el derecho a la plena indemnización del daño en sede judicial.

---

<sup>1039</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 10.

<sup>1040</sup> Comentarios UB, *cit.*, pág. 18.

<sup>1041</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 15.

<sup>1042</sup> *Ibidem*.

La UB, en cambio, aún reconociendo que los programas de clemencia incrementan las posibilidades de detectar los carteles secretos y que esto también conlleva un beneficio para los sujetos perjudicados, poniéndolos en condiciones de interponer con más facilidad una demanda de indemnización de los daños *antitrust* sufridos, había considerado que “quien debería tener acceso al procedimiento de clemencia tramitado y al expediente o resolución sancionadores completo sería el órgano jurisdiccional competente para resolver sobre la acción de indemnización”<sup>1043</sup>. La UB, en sus comentarios, había estimado que el sujeto que solicita el acceso (es decir el demandante en el juicio resarcitorio), no ha de tener acceso completo a los documentos formados en un programa de clemencia. El acceso, por lo tanto, debería reconocerse sólo con respecto a los documentos no confidenciales, con exclusión de aquéllos que contienen secretos comerciales, así como a los documentos que garantizan el derecho fundamental a no autoinculparse<sup>1044</sup>.

Por lo que concierne a las Opciones 29 y 30 del Libro Verde, las mismas reconocían el derecho de acceso a los documentos formados en un programa de clemencia, supeditándolo a la concesión de un beneficio por el *leniency applicant*, en términos de: *a*) descuento condicional; *b*) supresión de la responsabilidad solidaria. Mientras la UB<sup>1045</sup> había abogado por una posición contraria a dichas soluciones, los miembros de la AEDC<sup>1046</sup> habían considerado de forma favorable tanto la supresión de la responsabilidad solidaria en favor de los solicitantes de clemencia, como la prohibición de acceso de los demandantes a los *corporate statements* formados en el ámbito de un *leniency programme*.

## 6.8. Competencia judicial

En el Libro Verde la Comisión Europea había afirmado que las reglas *plaintiff-friendly* establecidas en el Reglamento CE 44/2001<sup>1047</sup> —es decir las reglas que se aplican para individuar el órgano jurisdiccional competente en materia civil y

---

<sup>1043</sup> Comentarios UB, *cit.*, págs. 20-21.

<sup>1044</sup> *Ibidem*. La UB, además, había subrayado que la previsión de un régimen especial que limitase, en el marco de un juicio indemnizatorio, el acceso a los documentos formados en el ámbito de un programa de clemencia ante una Autoridad de la competencia, habría tenido que coordinarse con la determinación de qué constituye prueba de la infracción *antitrust*.

<sup>1045</sup> Comentarios UB, *cit.*, pág. 21.

<sup>1046</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 12.

<sup>1047</sup> Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Brussels I), DOCE L-12/1 de 16 de enero de 2001. BECKER y KAMMIN (2011, pág. 504).

mercantil en los Estados miembros de la UE<sup>1048</sup>– constituyen disposiciones normativas aplicables también con respecto a la determinación de la competencia judicial en los supuestos de interposición de una demanda indemnizatoria contra las empresas, domiciliadas en los Estados miembros de la UE, que hayan incumplido la normativa comunitaria de defensa de la competencia<sup>1049</sup>.

La regla general que el antedicho Reglamento establece en materia de competencia se basa sobre el principio fundamental de que la jurisdicción competente es aquella del Estado miembro donde el demandado ha establecido su domicilio<sup>1050</sup>, con independencia de su nacionalidad (artículo 2, apartado 1). La *ratio legis* de esta previsión normativa se fundamenta sobre la necesidad de satisfacer exigencias de transparencia y previsibilidad, como emerge del Considerando 11° del Reglamento en cuestión, en que se afirma que: “Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las reglas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción”.

La previsión de reglas transparentes y previsibles en materia de competencia judicial, sirve para evitar posibles conflictos de jurisdicción entre órganos jurisdiccionales colocados en diferentes Estados miembros de la UE. Al respecto, las reglas establecidas en el Reglamento CE 44/2001, y en primer lugar la regla general del domicilio del demandado, resultan de gran utilidad en nuestro ámbito de análisis a la luz de las características de las prácticas y conductas anticompetitivas. En efecto, las prácticas y conductas empresariales se consideran contrarias a los artículos 101 y 102 del TFUE cuando afectan al comercio entre los Estados miembros, así que cabe la posibilidad de que, tras la realización de un ilícito concurrencial, los sujetos perjudicados realicen estrategias de *forum shopping* y, por consiguiente, surjan conflictos de jurisdicción.

Además de la antecitada regla general, el Reglamento CE 44/2001 ofrece a los demandantes otras opciones para determinar el órgano jurisdiccional competente. En particular, los perjudicados pueden escoger entre las siguientes

---

<sup>1048</sup> El artículo 1, apartado 3, del Reglamento CE 44/2001 establece que con la expresión Estado miembro se entiende cualquier Estado miembro excepto Dinamarca, al que por lo tanto no se le aplican sus disposiciones normativas.

<sup>1049</sup> KRAUSKOPF y BABEY (2012, pág. 150).

<sup>1050</sup> El artículo 60 del Reglamento CE 44/2001 establece que “se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; c) su centro de actividad principal”.

alternativas: *i*) en el caso de que las infracciones del Derecho de la competencia revistan naturaleza contractual<sup>1051</sup> puede aplicarse el artículo 5, apartado 1, núm. 1, lit. *a*), incluido en la Sección II relativa a las competencias especiales, que establece que: “Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: [...] 1. en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda”<sup>1052</sup>; *ii*) el artículo 5, apartado 1, núm. 3, prevé que: “Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: [...] 3. En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”; *iii*) en el caso de que existan varios demandados, las empresas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser conjuntamente demandadas ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellas. En realidad, esta última posibilidad sólo cabe si las demandas median entre sí una vinculación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas conjuntamente, para así evitar resoluciones judiciales inconciliables (supuesto este que podría darse si tales demandas se hubieren tramitado por separado)<sup>1053</sup>.

La Comisión Europea había evidenciado que la concreta elección del juez nacional competente resultaba de hecho mucho más restringida, en cuanto también con respecto a estos tipos de reclamaciones encontraría aplicación la jurisprudencia que el TJUE había dictado en ocasión el asunto *Shevill*<sup>1054</sup>. En particular, en el ámbito de este asunto el TJUE se había pronunciado sobre una demanda prejudicial interpuesta por la *House of Lords* en un supuesto de *press torts*, concerniente a la interpretación del artículo 5, número 3, del [Convenio de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil](#)<sup>1055</sup>, que establece que: “Las personas domiciliadas en el territorio de un Estado contratante podrán ser demandadas, en otro Estado contratante: [...] 3. en materia delictual o cuasidelictual, ante el juez del lugar en que se haya producido el dano”.

---

<sup>1051</sup> KRAUSKOPF y TKACIKOVA (2011, pág. 36).

<sup>1052</sup> El artículo 5, apartado 1, núm. 1, lit. *b*), fija, salvo pacto en contrario, los criterios para individuar el lugar en que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda.

<sup>1053</sup> Artículo 6, ap. 1, Reglamento CE 44/2001.

<sup>1054</sup> STJ de 7 de marzo de 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA.*, C-68/93, RJ 1995/I/415, ap. 20.

<sup>1055</sup> Publicado en el *DOCE* L-299/32 de 31 de diciembre de 1972. Se trataba de un tratado multilateral hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 y entrado en vigor el 1º de febrero de 1973, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 62. Dicho Convenio ha sido sustituido por el Reglamento CE 44/2001, en los términos previstos por el artículo 68 de este mismo Reglamento.

Considerando que esta doctrina jurisprudencial se aplicaba también en otros ámbitos de responsabilidad extracontractual, incluidas las acciones indemnizatorias por incumplimiento del Derecho comunitario de defensa de la competencia<sup>1056</sup>, podía afirmarse que la expresión “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”, contenida en el artículo 5, apartado 3, del Reglamento CE 44/2001, debía (y debe) ser interpretada en el sentido de que las víctimas de ilícitos concurrenciales pueden entablar una acción resarcitoria: *i*) ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar donde las empresas infractoras tienen su domicilio; en este caso dichos tribunales resultarán competentes para indemnizar todo el daño producido por el ilícito concurrencial; *ii*) ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en que la infracción haya producido sus efectos y las víctimas hayan sufrido un perjuicio económico; en este último caso el órgano jurisdiccional escogido tendrá competencia únicamente para conocer del daño que se hubiere producido en su Estado miembro<sup>1057</sup>.

### 6.8.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

El Despacho Aguayo<sup>1058</sup>, los miembros de la AEDC<sup>1059</sup> y la UB<sup>1060</sup> habían considerado de plena aplicación el Reglamento CE 44/2001. La UB, en particular, había subrayado que la aplicación de dicho Reglamento, con respecto a la determinación del órgano jurisdiccional nacional competente para conocer un asunto *antitrust*, ya había sido establecida por la Comisión Europea en el contexto de la [Comunicación 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 CE](#)<sup>1061</sup>.

## 6.9. Legislación aplicable

La Comisión Europea, junto a la cuestión de la competencia jurisdiccional, había también afrontado el problema de la determinación de la legislación aplicable ante los órganos jurisdiccionales nacionales. La ausencia de una normativa

---

<sup>1056</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 239, pág. 67.

<sup>1057</sup> EILMANSBERGER (2007, págs. 443-444).

<sup>1058</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 15.

<sup>1059</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 13.

<sup>1060</sup> Comentarios UB, *cit.*, págs. 22-23.

<sup>1061</sup> [Comunicación de la Comisión \(2004/C 101/04\), 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 CE](#), en adelante “Comunicación sobre la cooperación Comisión-jueces nacionales”, DOCE C 101/54, de 27 de abril de 2004.

comunitaria en materia de responsabilidad extracontractual ocasionada por la realización de ilícitos concurrenciales, conjuntamente al carácter transfronterizo de estas infracciones (por ejemplo la constitución de un cártel por parte de empresas domiciliadas en diferentes Estados miembros de la UE y cuya puesta en marcha haya afectado al comercio intracomunitario<sup>1062</sup>), constituyen dos factores que pueden generar problemas de conflicto de ley y *forum shopping*. Tales factores pueden menoscabar los intereses económicos de los sujetos perjudicados por la realización de ilícitos concurrenciales, normalmente pequeñas y medianas empresas y consumidores finales, en cuanto los mismos (a diferencia de las empresas infractoras) suelen poseer una menor disponibilidad financiera y, por lo tanto, tendrían menos posibilidades de desplazarse en otro Estado miembro de la UE para ejercer una acción de indemnización por daños y perjuicios.

Cuando la Comisión Europea trató esta cuestión en el ámbito del Libro Verde todavía no se había adoptado el [Reglamento \(CE\) n° 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales](#)<sup>1063</sup>. Sin embargo, la misma Comisión Europea ya había presentado una primera Propuesta de Reglamento<sup>1064</sup> sobre esta materia y, sucesivamente, una Propuesta modificada de Reglamento<sup>1065</sup>. A esta Propuesta, en particular, el Ejecutivo comunitario hizo referencia en el ámbito del Libro Verde para formular sus opciones, puesto que los daños y perjuicios ocasionados por la realización de ilícitos concurrenciales se habían considerado pertenecientes al área de la responsabilidad extracontractual.

En el momento histórico en que la Comisión Europea había formulado la antecitada primera Propuesta de Reglamento, la materia de las normas de conflicto de leyes estaba regulada en el artículo 61, apartado 1, lit. c), del TCE,

---

<sup>1062</sup> La Comisión Europea había puesto específicamente de relieve que en las acciones resarcitorias *follow-on* por infracción del artículo 101, apartado 1, del TFUE, resultaba de fundamental importancia evitar el riesgo de que las legislaciones sustanciales de los diferentes Estados miembros de la UE terminasen siendo cumulativamente aplicables. Dicho escenario no sería deseable por diferentes razones, pero sobre todo por el hecho de que complicaría de forma excesiva el desarrollo judicial del litigio, convirtiéndose en un obstáculo al ejercicio de las *antitrust damages actions*. Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 241, pág. 68.

<sup>1063</sup> Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, en adelante “Roma II”, *DOUE* L 199/40 de 31 de julio de 2007.

<sup>1064</sup> [Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales](#), COM(2003) 427 final, presentada por la Comisión Europea el 22 de julio de 2003.

<sup>1065</sup> [Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales](#), COM(2006) 83 final, presentada por la Comisión Europea con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE el 21 de febrero de 2006.

cuya aplicación preveía la predisposición de medidas en el ámbito de la cooperación judicial, necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior. Esta Propuesta de Reglamento representaba la específica medida normativa requerida por el TCE, en cuanto se estimaba que la armonización de las normas de conflicto de leyes contribuiría a garantizar la igualdad de trato entre los agentes económicos y los ciudadanos envueltos en un litigio transfronterizo de alcance comunitario.

En particular, la primera Propuesta de Reglamento “Roma II”, en la parte relativa al fundamento jurídico de la intervención normativa que se refería al conflicto de leyes en materia civil y mercantil, había puesto expresamente de manifiesto que: “Dada la existencia de más de 15 sistemas diferentes de normas de conflicto, a dos empresas europeas situadas en dos Estados miembros distintos, A y de B, que planteen ante sus tribunales respectivos un mismo litigio que las enfrente a una misma empresa nacional del Estado C, no les serán aplicadas la mismas normas de conflicto, lo que tiene el peligro de provocar una distorsión de la competencia. Tal distorsión podría por otro lado de incitar a los operadores a buscar la jurisdicción más ventajosa o *forum shopping*”<sup>1066</sup>.

La primera opción planteada *ratione materiae* por el Libro Verde se había ceñido a lo establecido por la regla general de la Propuesta modificada de Reglamento “Roma II” (artículo 5). A través de dicha opción, en particular, el Ejecutivo comunitario había abogado por la introducción de una regla que individuaba el lugar donde se produjo el daño, como punto de referencia para establecer cual fuere el derecho objetivo aplicable en los juicios indemnizatorios por daños y perjuicios de naturaleza *antitrust*<sup>1067</sup>. Al respecto, la Comisión Europea había evidenciado que la aplicación de esta regla general en los supuestos de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia habría podido conllevar dudas interpretativas.

Antes de todo, el territorio en que la práctica anticompetitiva había producido sus efectos perjudiciales sobre la competencia, habría podido ser considerado el lugar donde se produjo el daño. Sin embargo, en algunos supuestos dicha regla habría podido determinar como derecho objetivo aplicable al litigio, la legislación del lugar donde se produjo la pérdida financiera y no aquella del lugar donde la práctica anticompetitiva había producido sus efectos perjudiciales para la competencia <sup>1068</sup>. Esta regla general, además, presentaba un importante inconveniente en aquellos supuestos en que el daño se hubiese producido en diferentes Estados miembros de la UE (por ejemplo en el caso de que se hubiese

---

<sup>1066</sup> Primera Propuesta de Reglamento “Roma II”, *cit.*, pág. 7.

<sup>1067</sup> Libro Verde, *cit.*, Opción 31, pág. 11.

<sup>1068</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 245, pág. 69.



realizado un cártel pan-comunitario), en cuanto la legislación de cada uno de tales Estados habría resultado de hecho aplicable.

La Comisión Europea, para evitar que se verificasen estos problemas<sup>1069</sup>, había propuesto otras dos opciones en que se abogaba por la introducción de una regla específica para las indemnizaciones de carácter *antitrust*. Esta específica norma, que se había contemplado en la Opción 32 del Libro Verde, identificaba la legislación aplicable con el derecho objetivo del Estado miembro de la UE en que el ilícito concurrencial había afectado negativamente al mercado (*lex loci delicti commissi*)<sup>1070</sup>. Bajo la Opción 33 del Libro Verde, en cambio, se había identificado la legislación aplicable con la ley del foro (*lex fori*)<sup>1071</sup>.

Por último cabe añadir que la Comisión Europea había propuesto una solución para resolver un importante problema aplicativo relacionado con la introducción de la regla general del artículo 5 de la Propuesta modificada de Reglamento “Roma II”, también en el caso de que se hubiese abogado por la introducción de una norma específica. En particular, la Comisión Europea había propuesto que en los supuestos en que una práctica anticompetitiva hubiera afectado al territorio de más de un Estado miembro de la UE, y el órgano jurisdiccional tuviese competencia para pronunciarse sobre la totalidad del daño ocurrido a los demandantes, en aplicación de las reglas del Reglamento Bruselas I habría podido preverse que fuesen los mismos demandantes a escoger la legislación aplicable al litigio<sup>1072</sup>.

---

<sup>1069</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 247, pág. 70.

<sup>1070</sup> La concreta determinación de la legislación aplicable al litigio habría de fundamentarse sobre el desarrollo de un *effects-based test*, que tenga exclusivamente en cuenta los efectos que la práctica empresarial produjo sobre el juego de la competencia, sin considerar los efectos complementarios consistentes en las meras pérdidas financieras para las víctimas afectadas. Sin embargo, dicha regla no resuelve los problemas de conflictos de ley, ni sirve para remover los obstáculos al ejercicio de las acciones indemnizatorias en todos aquellos supuestos en que los ilícitos concurrenciales afecten a la competencia de diferentes Estados miembros. En efecto, bajo este escenario, a la reclamación resarcitoria terminaría podrían resultar aplicables múltiples derechos objetivos si la pérdida económica del demandante esté conectada al menoscabo de la competencia en el territorio de diferentes Estados.

<sup>1071</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 11. La opción de la ley del foro presenta el inconveniente de incentivar las estrategias de *forum shopping*. En efecto, si es cierto que el intento de armonización subyacente a las propuestas del Libro Verde miraba, de cara al futuro, a eliminar los mayores obstáculos al desarrollo del *private enforcement* del Derecho comunitario de la competencia, sin embargo los temas tratados no planteaban una solución para todas las diferencias sustanciales y procesales existentes en las diferentes jurisdicciones nacionales de los Estados miembros de la UE. Por lo tanto quedaba claro que también tras una intervención normativa comunitaria habría permanecido una cierta desalineación normativa entre las legislaciones estatales.

<sup>1072</sup> Cfr. Opción 34 del Libro Verde. Libro Verde, *cit.*, págs. 10-11.

### 6.9.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

Los miembros de la AEDC<sup>1073</sup> y el Despacho Cuatrecasas<sup>1074</sup> habían abogado por la solución contemplada en la Opción 33 del Libro Verde, en cuanto a la determinación de la legislación aplicable con arreglo a la *lex fori* habría determinado una menor complicación procesal y facilitado la ejecución de la sentencia en los demás ordenamientos jurídicos. En cambio la UB<sup>1075</sup> había propuesto la introducción cumulativa de las soluciones planteadas por las Opciones 33 y 34 del Libro Verde, con la consecuencia de que habría atribuido a los demandantes la facultad de escoger el derecho objetivo aplicable al litigio. Dicha solución, a su vez, habría conllevado la posibilidad de escoger entre varias alternativas: *i*) una única legislación aplicable a todos los perjuicios; *ii*) la legislación aplicable a cada perjuicio por separado; *iii*) la legislación del foro.

### 6.10. Requisito de causalidad

Por lo que respecta al nexo de causalidad, la Comisión Europea había puesto de relieve que este elemento reviste una importancia fundamental también por lo que concierne al ámbito de las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Derecho *antitrust*. En efecto, los jueces nacionales pueden reconocer el resarcimiento en favor de los demandantes sólo en el caso de que los mismos hayan conseguido lograr en juicio, juntos con los demás elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual, la prueba de la existencia de una relación causa-efecto entre la práctica anticompetitiva y el daño ocurrido<sup>1076</sup>.

Consideramos también oportuno subrayar dos aspectos generales relacionados con el tema de la causalidad. En línea de principio, este requisito constituye un elemento común a todo tipo de régimen normativo europeo en materia de responsabilidad extracontractual<sup>1077</sup>, con la consecuencia de que a la hora de analizar sus implicaciones prácticas resultará útil tomar en cuenta la existente elaboración doctrinal *ratione materiae*. Además, ampliando la visual más allá del mero aspecto de la responsabilidad aquiliana, y considerando el ámbito del análisis *antitrust*, podemos destacar que el nexo etiológico ha tenido una gran

---

<sup>1073</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 13.

<sup>1074</sup> Comentarios Cuatrecasas, *cit.*, pág. 8.

<sup>1075</sup> Comentarios UB, *cit.*, págs. 24-25.

<sup>1076</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 273, pág. 77.

<sup>1077</sup> VON BAR (2000, págs. 433 y sigs.); DURANT (2010, págs. 47 y sigs.).

incidencia sobre el desarrollo sustancial de la normativa comunitaria de defensa de la competencia<sup>1078</sup>.

La Comisión Europea, en el ámbito del Libro Verde, se había interrogado sobre la necesidad de aclarar el requisito jurídico de causalidad para facilitar la reparación de los *antitrust damages*, sin formular al respecto alguna propuesta. En cambio, en el Commission Staff Working Paper del Libro Verde se habían puesto de relieve tres aspectos problemáticos de este elemento estructural de la responsabilidad aquiliana por infracción del Derecho de la competencia. Antes de todo, se había evidenciado que en los juicios resarcitorios entablados por las víctimas de un ilícito concurrencial la prueba del nexo etiológico, que ya de por sí y en términos generales resulta una cuestión que la doctrina todavía no ha del todo solucionado<sup>1079</sup>, puede resultar aún más compleja en cuanto las prácticas empresariales de naturaleza anticompetitiva suelen involucrar un gran número de hechos y, a la vez, imponen la evaluación de muchos datos de carácter económico.

En términos generales, en los Estados miembros de la UE existen diferentes aproximaciones jurídicas<sup>1080</sup> tanto por lo que concierne al concepto de causalidad, como por lo que afecta a los criterios adoptados para imputar a un sujeto la responsabilidad por los daños ocurridos (y reclamados en juicio)<sup>1081</sup>. En efecto, si analizamos el desarrollo científico del problema causal en los Países de *Common Law* y en algunos Países de *Civil Law*, como por ejemplo Alemania, es posible distinguir dos aspectos de la cuestión: *i*) el elemento de la causalidad *tout court*, que hace referencia a un problema de hecho relativo a la existencia o menos de una relación causa-efecto entre una conducta y el daño producido (causalidad de hecho, *Cause in Fact* o *kausal Zusammenhang*); *ii*) la cuestión de la imputación objetiva, que concierne a la individuación de los criterios que deben ser empleados para establecer cuando un sujeto tiene que responder por las consecuencias perjudiciales de su conducta (imputación objetiva, *Proximate Causation* u *objektive Zurechnung*)<sup>1082</sup>.

---

<sup>1078</sup> LIANOS (2015, pág. 5) considera el desarrollo del método contrafactual como una consecuencia directa de la importancia asumida por el nexo de causalidad en el ámbito del análisis *antitrust*. Con respecto a la importancia de este método sobre el *effect-based approach* en materia de aplicación pública del Derecho de la competencia véase GERADIN y GIRGENSON (2011, págs. 1-24).

<sup>1079</sup> MALONE (1956, págs. 60-99); PROSSER *et al.* (1984, pág. 263); FLEMING (1998, pág. 218).

<sup>1080</sup> Informe Ashurst, *cit.*, págs. 74-76.

<sup>1081</sup> LIANOS (2015, pág. 22).

<sup>1082</sup> Mientras la causalidad de hecho plantea una cuestión fáctica, el aspecto de la imputación objetiva pertenece al ámbito de las cuestiones de política legislativa. HART y HONORÉ (1959, pág. 104).

El origen de las diferentes aproximaciones jurídicas entorno al concepto de causalidad es el resultado de distintas posturas teóricas. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, tanto la jurisprudencia como la doctrina civilista han pretendido adoptar el concepto de causalidad de hecho como criterio de imputación de responsabilidad, si bien la mera relación causa-efecto constituya un criterio de imputación de los daños excesivamente extenso<sup>1083</sup>. Por eso en algunos supuestos (*v.gr. freakish accidents*)<sup>1084</sup> la jurisprudencia civil española ha tratado de solucionar la cuestión de la determinación del nexo causal a través de la teoría de la causalidad adecuada (*Foresight Test* o *Adäquanztheorie*)<sup>1085</sup>, que considera causas de un hecho dañoso sólo aquellas que resultan adecuadas para producirlo y que, en última instancia, se traduce en una restricción del círculo de responsables. Sin embargo dicha teoría, que se caracteriza por el recurso a criterios normativos, no pertenece al ámbito de la causalidad de hecho, sino más bien actúa en el plano de la imputación objetiva del evento de daño.

Cabe además subrayar que la teoría generalizadora<sup>1086</sup> de la equivalencia de las condiciones<sup>1087</sup> constituye la teoría más empleada para aplicar el concepto de causalidad de hecho. La misma ha sido a su vez declinada en la fórmula de la *conditio sine qua non* (*but-for test*), que establece que “hay causalidad cuando el daño no hubiera ocurrido de no haberse realizado la conducta, por acción u omisión, del demandado”<sup>1088</sup> y en la vertiente de la condición ajustada a las leyes de la

---

<sup>1083</sup> Al respecto SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE (2006, pág. 1) han señalado que: “[...] la causalidad, entendida como causalidad de hecho (*cause in fact*), es sólo uno de los muchos criterios que usan las leyes para imputar responsabilidad por daños a alguien”.

<sup>1084</sup> STS de 1 de abril de 1997, Ángel M. contra Jaime R. y “La Caixa”, Ar 2724; STS de 12 de mayo de 2004, Claudia contra Lázaro, Ar 2736, sentencias citadas por SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE (2006, págs. 10-11).

<sup>1085</sup> VON KRIES (1886); RÜMELIN (1900); TRAEGER (1904).

<sup>1086</sup> Las teorías de la causalidad de hecho se suelen distinguir entre teorías generalizadoras, que entienden que la causa del daño consista en la suma de todas las condiciones necesarias para que el mismo se produzca en la realidad, y teorías individualizadoras que en cambio entienden que la causa de un hecho dañoso resida en una sola y única condición. DE CUEVILLAS MATOZZI (2000, pág. 85).

<sup>1087</sup> MILL (1859b); VON BURI (1873).

<sup>1088</sup> SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE (2006, pág. 2). En particular el *but-for test* considera causa del hecho dañoso tanto las condiciones que contribuyeron a su producción, como aquellas otras que hayan resultado factores sustanciales para la ocurrencia del perjuicio. Al respecto, WRIGHT (1988, pág. 1021) ha puesto de relieve que: “[...] a condition is a cause of some result if and only if, but for the occurrence of the condition, the result would not have occurred, considering the circumstances that existed on the particular occasion. [...] the condition being tested, Q, is hypothetically eliminated and the world is run forward from that point, leaving all the other actual conditions the same insofar as possible, to see if the result, R, still would have occurred”.

experiencia científica<sup>1089</sup>. En algunos ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el ordenamiento alemán y aquello inglés, la teoría de la equivalencia de las condiciones se considera la única forma correcta para determinar la existencia del nexo causal, en cuanto se restringe su ámbito de aplicación sólo a este plano, y ha de recurrirse a otras teorías para establecer los criterios de imputación de la responsabilidad. En cambio, allí donde no suele distinguirse el plano de la relación causal del plano de la imputación de responsabilidad, dicha teoría ha sido objeto de críticas, porque no sólo engendra problemas de prueba<sup>1090</sup>, *regressus ad infinitum*<sup>1091</sup> y *under-inclusiveness*<sup>1092</sup>, sino que ni siquiera resulta siempre adecuada para cumplir la función que se le asigna, como por ejemplo sucede en los supuestos de causalidad múltiple (*Duplicative Causation Cases*)<sup>1093</sup> y causalidad indeterminada<sup>1094</sup>. Al respecto, cabe subrayar que en el ámbito del sistema de *Common Law* estadounidense, se ha tratado de superar estos problemas mediante el recurso al *substantial factor test*<sup>1095</sup>: sin embargo este intento ha fracasado, constituyendo un correctivo del *but-for test* sólo en los supuestos de causalidad concurrente.

En el ámbito de algunos sistemas de *Common Law*, como el inglés y el galés<sup>1096</sup>, y en algunos sistemas de *Civil Law*, como por ejemplo el alemán<sup>1097</sup>, se han desarrollado ulteriores posturas teóricas entorno al concepto de causalidad,

---

<sup>1089</sup> ENGISCH (1931).

<sup>1090</sup> ABRAHAM (2002, pág. 101).

<sup>1091</sup> FLEMING y PERRY (1951, págs. 761 y sigs.); BRENNAN (1988, págs. 469 y sigs.); FLEMING (1998, pág. 218).

<sup>1092</sup> LIANOS (2015, pág. 13). Para evitar el riesgo de que la equivalencia de las condiciones conduzca a la imposibilidad de imputar el daño, se han elaborado varios correctivos, cuales por ejemplo el NESS test (Necessary Element of a Sufficient Set [of conditions]). WRIGHT (1985, págs. 1788-1802).

<sup>1093</sup> DÍEZ y MOULINES (1997, pág. 146); FUMERTON y KREES (2001, pág. 98). Este problema surge cuando dos series causales de origen independiente concurren simultáneamente a la producción del hecho dañoso, pero cada una de ellas habría de por sí resultado suficiente para producir un hecho dañoso sustancialmente idéntico al hecho realmente producido.

<sup>1094</sup> La teoría de la causalidad indeterminada presenta declinaciones diferentes según se abogue por la aplicación de la regla de la preponderancia de la probabilidad positiva (BEN-SHAHAR, 2000, pág. 654), por la regla de la responsabilidad proporcional (SHAVELL, 1998, pág. 212) o por una regla de responsabilidad por incertidumbre (PORAT y STEIN, 1997, pág. ). Véase también MCLACHLIN (1998, pág. 19).

<sup>1095</sup> Con arreglo a este *test* se considera que una determinada conducta es causa del hecho dañoso, cuando representa un elemento material y un factor sustancial con respecto a la producción del daño que ha concretamente ocurrido. SMITH (1911, págs. 103 y sigs.); PROSSER y KEETON (1984, pág. 267).

<sup>1096</sup> LIANOS (2015, págs. 23-30).

<sup>1097</sup> *Ibidem*, págs. 30-35.

elaborando criterios normativos de imputación objetiva de la responsabilidad. Entre estos criterios podemos destacar los siguientes<sup>1098</sup>: *i*) causalidad adecuada; *ii*) riesgo permitido o riesgos generales de la vida (*general life risks* o *Erlaubte Risiken*); *iii*) prohibición de regreso y posición de garante (*remoteness* o *Regressverbot und Garantenstellung*); *iv*) principio de confianza (*bilateral care* o *Vertrauensgrundsatz*); *v*) ámbito de protección de la norma (*breach of statutory duties* o *Schutzbereich der Norm*); *vi*) provocación (*provocation* o *Herausforderung*); *vii*) consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo (*victim's consent, assumption of risk* o *Einverständnis, Tatbestandausschließenden Einwilligung und Handeln auf eigene Gefahr*).

En cambio en España, sólo al comienzo de la última década del siglo XX la doctrina ha empezado a realizar un análisis por separado de las cuestiones de la causalidad de hecho y causalidad normativa en el ámbito del Derecho civil. PANTALEÓN PRIETO (1990, págs. 1561-1562)<sup>1099</sup> ha afirmando que: “El problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso –lo que los anglosajones llaman *causation in fact*– no debe ser en modo alguno confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser ‘puesto a cargo’ de aquella conducta como ‘obra’ de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no objetivamente imputable a la conducta del demandado [...]”. La jurisprudencia civil española sólo en raras ocasiones ha distinguido expresamente los conceptos de causalidad de hecho e imputación objetiva y únicamente desde un plano pragmático<sup>1100</sup>, en cuanto

---

<sup>1098</sup> SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE (2006, págs. 7-18).

<sup>1099</sup> PANTALEÓN PRIETO (1993, págs. 1971 y sigs).

<sup>1100</sup> Por lo general, además de los antecitados pronunciamientos en que se ha aplicado el criterio de la causalidad adecuada, el Tribunal Supremo español ha también acudido a la doctrina del riesgo permitido (*v.gr.* STS de 29 de octubre de 1998, Herminia P. contra Ayuntamiento de Suances, Ar 8421; STS de 8 de abril de 2003, Pilar F.F. contra Ayuntamiento de Gijón, Ar 3683), a la doctrina de la posición de garante (STS de 17 de marzo de 2004, “Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA” contra “Compañía de Hidrocarburos, SA”, Ar 1926), a la doctrina de la prohibición de regreso (STS de 16 de diciembre de 1997, Ana María S. contra Administración General del Estado, Ar 8786), a la doctrina del principio de confianza (STS de 5 de septiembre de 2001, Magdalena contra José, José Antonio, Moisés, Pedro Antonio, ASEMAS, MUSSAT y La Equitativa, SA, Ar 8340), a la doctrina del ámbito de protección de la norma (STS de 22 de abril de 2002, Antonio contra Inés, Diego, Pilar y General Ibérica de Protección e Instalaciones Industriales, SA, Ar 3312), a la doctrina de la provocación (STS de 26 de septiembre de 2005, MF y acusación particular contra Víctor M. y Rafael, La Ley 6369) y a la doctrina del consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo (STS de 2 de abril de 2004, Esteban contra Fuerzas Eléctricas de Cataluña, SA, Ar 2051). Estas referencias

desde el punto de vista dogmático suele seguir afrontando la cuestión de la imputación de responsabilidad en el marco de la causalidad de hecho, entendiendo que éste constituya el criterio general de imputación.

Volviendo al análisis del Libro Verde, cabe al respecto destacar que la Comisión Europea había considerado que la existencia, a nivel de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, de diferentes conceptos de causalidad y de distintos criterios de imputación de responsabilidad no conduce, en los supuestos de daños ocasionados por la realización de prácticas anticompetitivas, a resultados divergentes, en cuanto la aplicación de tales distintos criterios sólo se debe a razones de cultura jurídica<sup>1101</sup>. Sin embargo, el Ejecutivo comunitario quiso poner de relieve que, a pesar de cual fuese el concepto de causalidad concretamente aplicado, bajo ninguna circunstancia debería impedirse que los perjudicados ejercitasen una acción indemnizatoria, porque de lo contrario se habría limitado el efecto directo de los artículos 101 y 102 del TFUE, con consiguiente vulneración de la doctrina jurisprudencial que el TJUE había sentado en ocasión de la decisión del asunto *Courage*<sup>1102</sup>.

### 6.10.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

Por lo que concierne a la cuestión relativa a la necesidad de aclarar el requisito jurídico de causalidad, el Despacho Aguayo<sup>1103</sup> había antes de todo afirmado que con respecto a los ilícitos concurrentes las verdaderas dificultades afectaban al aspecto probatorio de la cuestión. Por lo tanto, puesto que las infracciones *antitrust* no presentan una marcada índole causalista, más bien que operar sobre el concepto de causalidad cabría establecer un régimen probatorio que permitiera a los demandantes, por un lado, superar los obstáculos procesales relativos a la existencia del ilícito (este problema se pone sobre todo en relación con los *hardcore infringements*) y, por el otro, alcanzar efectivamente la prueba del carácter

---

jurisprudenciales se citan en el trabajo de SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE (2006, págs. 14 y sigs.).

<sup>1101</sup> Por esta razón la Comisión Europea no había considerado necesario proceder a la armonización de este aspecto para facilitar el ejercicio de las acciones resarcitorias por daños *antitrust*. Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 275, pág. 77.

<sup>1102</sup> Por último se había destacado que los jueces nacionales competentes para conocer las *antitrust damages actions*, en ausencia de una normativa comunitaria, deben aplicar el régimen existente a nivel nacional y, por lo tanto, han de respetar los principios comunitarios de equivalencia y efectividad. Estos principios, en particular, revisten una gran relevancia también con respecto a la individuación de los criterios de imputación y, más en general, a la forma de aplicar el requisito de la causalidad, teniendo que respetar y conformarse a los mismos. Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 276, pág. 77.

<sup>1103</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, págs. 18-19.

anticompetitivo de las prácticas y conductas empresariales que se asumen como fuente del perjuicio ocurrido (esta cuestión concierne principalmente los *grey-area infringements*).

Ni siquiera la UB y los miembros de la AEDC habían considerado necesario aclarar el significado jurídico del concepto de causalidad a efectos de la responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia, estimando que fuese suficiente acudir a la doctrinal jurisprudencial nacional que, en términos generales, se había formado entorno a este aspecto<sup>1104</sup>.

### 6.11. Las demás cuestiones planteadas en el Libro Verde

Las últimas dos cuestiones afrontadas en el Libro Verde habían afectado a la necesidad de que los jueces nacionales, en el marco de un juicio resarcitorio, nombraran a un experto para evaluar los aspectos técnicos y de orden económico que suelen caracterizar las prácticas anticompetitivas y al régimen normativo relativo a los plazos de prescripción de las *antitrust damages actions*.

Por lo que concierne a la primera cuestión, la Comisión Europea había destacado la importancia que pueden revestir los peritajes, debido a la complejidad de los juicios resarcitorios ocasionados por el incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia, sobre todo por lo que se refiere a la prueba de la infracción *antitrust* y a la cuantificación de los daños. En materia de Derecho de la competencia, en efecto, la *expertise* de los órganos jurisdiccionales varía en base a las decisiones realizadas por el legislador nacional. En particular, si la competencia judicial para esta clase de pretensiones indemnizatorias se atribuye a los Tribunales superiores o a los jueces especializados en materia mercantil, los jueces nacionales ante los cuales deben ejercitarse las *antitrust damages actions* poseerán una competencia de nivel elevado y el papel de los expertos no será tan importante. Viceversa, en el caso de que el legislador nacional haya optado por la aplicación de las normas procesales generales en materia de competencia judicial, la competencia se atribuirá a los jueces nacionales de primera instancia que no suelen tener una competencia específica en materia de Derecho de la competencia y, por lo tanto, los peritajes tendrán un gran valor en términos de eficacia y eficiencia de las decisiones judiciales<sup>1105</sup>.

---

<sup>1104</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 14; Comentarios UB, *cit.*, pág. 9.

<sup>1105</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 255, pág. 73. En todo caso, los jueces nacionales pueden contar con el soporte de la Comisión Europea y del TJUE. Por lo que concierne a este primer aspecto cabe poner de relieve que el artículo 15, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003 establece que: “En el marco de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que ésta les



Si es cierto que en todos los Estados miembros de la UE cabe la posibilidad de nombrar expertos en el marco de un juicio civil de carácter resarcitorio, dicha posibilidad plantea diferentes problemas, entre los cuales cabe destacar el incremento del coste del litigio en virtud del coste del peritaje, la determinación de los requisitos que un sujeto ha de poseer para ser escogido como experto, la individuación de los aspectos entorno a los cuales el perito puede pronunciarse y el valor del peritaje<sup>1106</sup>. La Comisión Europea no se había ocupado de estos aspectos y, en la óptica de simplificar los juicios indemnizatorios en materia *antitrust*, lograr un mayor nivel de eficiencia judicial y disminuir el coste del litigio, se había limitado a destacar que una buena solución para gestionar tales cuestiones estribaría en la introducción de una regla procesal que conduzca las partes procesales a lograr un acuerdo sobre el hecho de que sea sólo el juez nacional el sujeto que pueda nombrar el perito<sup>1107</sup>. En efecto, esta solución permitiría ahorrar costas procesales, en virtud de la reducción del número de peritos, facilitando al mismo tiempo el desarrollo del proceso mediante la neutralización del riesgo de que los peritos de las partes realicen múltiples alegaciones de carácter contradictorio<sup>1108</sup>.

Por lo que concierne a la cuestión de los plazos de prescripción, la Comisión Europea había evidenciado que en los Estados miembros de la UE existían significativas diferencias tanto en orden a la individuación del *dies a quo*<sup>1109</sup>, como con respecto a la duración de los plazos de prescripción, oscilantes en un *range*

---

remita la información que obre en su poder o les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias”. Además, con arreglo a las disposiciones de este mismo artículo, tanto las ANC como la Comisión Europea pueden presentar, por iniciativa propia, observaciones escritas a los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros (las ANC sólo a los Tribunales de su Estado miembro) sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE y, con la venia del correspondiente juez nacional, pueden también presentar observaciones en forma oral.

<sup>1106</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 257, pág. 73.

<sup>1107</sup> Libro Verde, *cit.*, Opción 35, pág. 12.

<sup>1108</sup> En el ámbito del Commission Staff Working Paper del Libro Verde, el Ejecutivo comunitario había evidenciado que el nivel de conocimiento de los jueces nacionales en materia *antitrust* estaba destinado a incrementarse, en cuanto ya a partir del año 2002 se habían implementado programas de formación cofinanciados por la DG Comp.

<sup>1109</sup> En algunos Estados miembros de la UE se había optado por un criterio objetivo, con arreglo al cual el *dies a quo* coincidía con el día en que ocurrió el daño, en otros Estados miembros de la UE, en cambio, se había optado por la aplicación de un criterio subjetivo que individuaba el *dies a quo* con el momento en que el sujeto perjudicado hubiese tenido o habría podido tener conocimiento del daño y en otros Estados miembros se había escogido un criterio mixto. Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 265, pág. 75.

comprendido entre 1 y 30 años<sup>1110</sup>. La Comisión Europea se había ocupado del tema de la prescripción extintiva, en cuanto el transcurso del tiempo es un hecho con transcendencia jurídica<sup>1111</sup> que incide directamente sobre el derecho de acción (en nuestro caso de los perjudicados por un ilícito concurrencial), de tal forma que la falta de ejercicio en el plazo de tiempo normativamente establecido determina la desaparición de este derecho<sup>1112</sup>. En efecto, la prescripción extintiva impide que la inacción respecto del ejercicio de un propio derecho, permita el acceso a una protección jurídica indefinida.

Si es cierto que se han desarrollado muchas posturas teóricas entorno al fundamento jurídico de la prescripción extintiva<sup>1113</sup>, estimamos preferible abogar por aquella que considera que este tipo de prescripción cumpla la finalidad de garantizar la seguridad en el tráfico jurídico y satisfacer exigencias básicas de orden social. Sin embargo, sobre todo en los supuestos de responsabilidad extracontractual, cabe poner de relieve que la antedicha finalidad contrasta con las expectativas indemnizatorias de los perjudicados, que en muchos casos se contraponen a posiciones jurídicas que en principio no deberían ser protegidas por el ordenamiento (*v.gr.* la protección patrimonial de las empresas que han cometido un ilícito concurrencial).

Con particular referencia a las opciones planteadas en el Libro Verde, la Comisión Europea había tenido en consideración los regímenes adoptados en Alemania y España. Por lo que respecta al régimen alemán, se había evidenciado que tras la enmienda del GWB se había previsto la suspensión del plazo de prescripción a partir de la fecha en que un expediente administrativo-sancionador hubiese sido incoado por la Comisión Europea o las ANC. En el

---

<sup>1110</sup> El TJUE había expresamente reconocido que fuese legítimo preveer un plazo de prescripción de duración anual. STJ de 10 de julio de 1997, [Rosalba Palmisani contra Istituto nazionale della previdenza sociale \(INPS\)](#), C-261/95, RJ 1997/I/4025, ap. 29.

<sup>1111</sup> OERTMANN (1933, pág. 221).

<sup>1112</sup> Por lo que concierne a la regulación de este aspecto en el ámbito del ordenamiento jurídico español, cabe en particular señalar que en el Código Civil se recogen las siguientes disposiciones: *i)* artículo 1930, apartado 2, que afirma: “[Por la prescripción] También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean”; *ii)* artículo 1932, apartado 1, que establece: “Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluidas las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley”.

<sup>1113</sup> En la doctrina se suele distinguir entre teorías objetivas y subjetivas. Entre las teorías subjetivas cabe destacar las siguientes: *i)* doctrina de la imputabilidad contra el titular, basada sobre la inercia o inacción del titular del derecho extinto; *ii)* doctrina de la presunción de abandono del titular; *iii)* doctrina de la protección del derecho del obligado. En cambio, por lo que se refiere a las teorías objetivas, cabe destacar que algunas se fundamentan exclusivamente sobre el influjo del tiempo, otras sobre la protección de las situaciones creadas y otras aún se centran sobre la facilitación probatoria que desciende de la prescripción extintiva.

ordenamiento español, en cambio, se había destacado que el plazo de prescripción fuese de 1 año, mientras el *dies a quo* correspondía al momento en que los perjudicados tuviesen conocimiento del hecho dañoso o, con especial referencia a las *antitrust damages actions*, con la fecha en que la Autoridad de la competencia se hubiese pronunciado de forma definitiva sobre la infracción<sup>1114</sup>.

En el ámbito del Libro Verde, sin embargo, la Comisión Europea no se había ocupado de la duración del plazo de prescripción, ni de la determinación de una regla general para la fijación del correspondiente *dies a quo*, enfocando su atención sobre la cuestión de la suspensión del plazo de prescripción en el caso de que se hubiese incoado un procedimiento administrativo-sancionador ante una Autoridad de la competencia. Al respecto se había propuesto una solución alternativa, es decir una solución que en la primera parte se ceñía a la regla existente bajo el régimen alemán y en la segunda tomaba en consideración la regulación española. Lo que se había propuesto, en particular, fue que el plazo de prescripción habría podido empezar a contarse solamente después de que un juez de última instancia se hubiese pronunciado de forma definitiva sobre la existencia de una infracción de la normativa *antitrust*<sup>1115</sup>.

#### **6.11.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles**

Por lo que afecta a la cuestión relativa a la necesidad de que los jueces nacionales nombren a un experto, el Despacho Aguayo había concordado con la solución planteada por la Comisión Europea, en cuanto el consiguiente ahorro de costes habría facilitado el ejercicio de las acciones resarcitorias por daños de naturaleza *antitrust*. Sin embargo se consideró necesario seguir otorgando a las partes el derecho de designar un perito judicial externo al experto nombrado por el juez nacional, porque de no ser así se habría mermado su derecho a una tutela judicial efectiva<sup>1116</sup>. También los miembros de la AEDC y el Despacho Cuatrecasas habían coincidido con la opción propuesta por el Ejecutivo comunitario añadiendo que para que los peritos aportaran una contribución significativa en el juicio resarcitorio por infracción del Derecho de la competencia, resultaba necesario que los mismos fuesen escogidos entre personas de renombrada experiencia, incluyendo en esta categoría también a los funcionarios de las Autoridades de la competencia<sup>1117</sup>.

---

<sup>1114</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, ap. 267, pág. 75.

<sup>1115</sup> Libro Verde, *cit.*, Opción 36, pág. 12; Commission Staff Working Paper del Libro Verde, *cit.*, aps. 271-272, págs. 76-77.

<sup>1116</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 17.

<sup>1117</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, págs. 13-14; Comentarios UB, *cit.*, pág. 8.

En orden a la cuestión de la prescripción extintiva del derecho de acción de las víctimas de ilícitos concurrentiales, el Despacho Aguayo<sup>1118</sup> había evidenciado que el sacrificio del interés al acceso a la justicia en función del interés a la salvaguardia de la seguridad en el tráfico jurídico no podía ser de carácter absoluto. Por lo tanto, en la opinión de este *stakeholder* resultaba acertado prever la posibilidad de que el plazo de prescripción normativamente establecido por el ejercicio de una *antitrust damages action* se suspendiera en el caso de que se hubiese incoado un procedimiento administrativo-sancionador ante una Autoridad de la competencia y que el mismo se reanudase sólo después de que la misma Autoridad haya adoptado una resolución firme sobre el asunto enjuiciado. El Despacho Cuatrecasas<sup>1119</sup> y los miembros de la AEDC también habían abogado por la misma solución, con este último *stakeholder* que había subrayado la necesidad de suspender el plazo de prescripción a partir del momento de la interposición de la demanda judicial<sup>1120</sup>. Además, el Despacho Cuatrecasas había considerado que en España el plazo de prescripción para el ejercicio de acciones de indemnización en los supuestos de responsabilidad extracontractual fuese extremadamente breve (1 año), poniéndose por eso como un significativo obstáculo para el desarrollo del *private antitrust enforcement*<sup>1121</sup>.

## **7. El Libro Blanco relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia**

La Comisión Europea, después de casi dos años y medio desde la adopción del Libro Verde sobre las acciones por daños ocasionados por la realización de ilícitos *antitrust*, adoptó también un Libro Blanco<sup>1122</sup> sobre esta misma materia. Tras los resultados obtenidos con el Libro Verde<sup>1123</sup>, resultaba aún más patente

---

<sup>1118</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, págs. 17-18.

<sup>1119</sup> Comentarios UB, *cit.*, pág. 8.

<sup>1120</sup> Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 14.

<sup>1121</sup> Comentarios UB, *cit.*, págs. 8-9.

<sup>1122</sup> Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, en adelante el “Libro Blanco”, COM(2008) 165 final, Bruselas 2 de abril de 2008, no publicado en el Diario Oficial. En la página *web* oficial de la Unión Europea los Libros Blancos se definen como “[Los] documentos que contienen propuestas de acción comunitaria en un campo específico. A veces constituyen una continuación de los Libros Verdes, cuyo objetivo es iniciar un proceso de consultas a escala europea. Cuando un Libro Blanco es acogido favorablemente por el Consejo, puede dar lugar, llegado el caso, a un programa de acción de la Unión en ese ámbito en cuestión” ([www.europa.eu](http://www.europa.eu)).

<sup>1123</sup> El Libro Verde había incrementado el nivel de conocimiento acerca de la existencia de un derecho subjetivo a la indemnización de los daños y perjuicios causados por la realización de un ilícito concurrential y entorno a la subsistencia de obstáculos a su

que el *private enforcement* del Derecho comunitario de la competencia<sup>1124</sup> no fuese muy eficaz. El Ejecutivo comunitario había promovido la realización de un estudio de impacto (*Impact Study*)<sup>1125</sup> propedéutico a la elaboración de una evaluación pronóstica de impacto esperado (*Impact Assessment*)<sup>1126</sup> de las propuestas normativas de carácter exploratorio contenidas en el Libro Blanco<sup>1127</sup>. El *Impact Assessment* tenía que aclarar, por un lado, si una intervención normativa comunitaria sobre los regímenes nacionales aplicables a las acciones resarcitorias por daños de naturaleza *antitrust* habría podido producir un impacto neto positivo sobre el bienestar social y, por el otro, en el caso de que se hubiese dado una respuesta positiva a esta primera cuestión, cuales habrían tenido que ser las concretas modalidades de intervención legislativa en este ámbito para alcanzar los resultados esperados.

El *Impact Study*, en particular, puso de relieve que posteriormente a la elaboración del Informe Ashurst, se había asistido a un leve incremento del *private antitrust enforcement*, en cuanto en el periodo mayo 2004 – agosto 2007 se entablaron 96 juicios civiles relacionados con la realización de ilícitos concurrenciales<sup>1128</sup>. En particular, se observó que la distribución de los litigios fuese excesivamente

---

ejercicio. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión anexo al Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, Bruselas, 2 de abril de 2008, COM(2008) 165 final –no publicado en el Diario Oficial– en adelante “Commission Staff Working Paper del Libro Blanco”.

<sup>1124</sup> En Europa hasta el 2004 se habían entablado sólo 60 litigios por infracción del Derecho de la competencia, tanto comunitario como nacional. Informe Ashurst, *cit.*, pág. 1.

<sup>1125</sup> Se trataba del estudio de impacto encomendado por la Comisión Europea a las siguientes entidades: Centre for European Policy Studies (CEPS), Erasmus University Rotterdam (EUR) y la Università Luiss Guido Carli (LUISS). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, final report, Bruselas, Roma y Rotterdam 21 de diciembre de 2007, en adelante “Impact Study”.

<sup>1126</sup> *Commission staff working document accompanying document to the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules - Impact assessment*, Bruselas 2 de abril de 2008, COM(2008) 165 final –no publicado en el Diario Oficial– en adelante “Impact Assessment”. El *Impact Assessment* se ha realizado teniendo en cuenta un estudio de impacto encomendado por la Comisión Europea a las siguientes entidades: Centre for European Policy Studies (CEPS), Erasmus University Rotterdam (EUR) y la Università Luiss Guido Carli (LUISS). *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, final report, Bruselas, Roma y Rotterdam 21 de diciembre de 2007, en adelante “Impact Study”.

<sup>1127</sup> Desde el 2003, en la *better regulation agenda* de la Unión Europea se ha establecido que fuese obligatorio realizar un análisis *ex ante* del impacto esperado de las propuestas de *policy*, aún si las mismas se hubiesen realizado a un estadio todavía no vinculante, como en los supuestos de adopción de un Libro Blanco. RENDA (2006, págs. 1 y sigs.).

<sup>1128</sup> *Impact Study*, *cit.*, págs. 39-42.

irregular, en cuanto: *i)* sólo en 10 de los 27 Estados miembros de la UE tales juicios habían finalizado con la adopción de una decisión de carácter indemnizatorio fundamentada sobre el Derecho comunitario de la competencia; *ii)* el mayor número de juicios había tenido lugar en el año 2005, con prevalencia de los litigios surgidos en el marco de acuerdos de distribución; *iii)* en muchos supuestos las acciones resarcitorias se habían ejercitado en el ámbito de un contencioso más amplio (por ejemplo entre proveedor y distribuidor); *iv)* las acciones resarcitorias relativas a los carteles secretos representaban una cuota muy reducida del total (13/96), y sólo 6 juicios habían terminado con un éxito favorable para los demandantes<sup>1129</sup>.

El estado de desarrollo del *private antitrust enforcement* tras la adopción del Libro Verde no resultaba todavía satisfactorio de las exigencias subyacentes al principio comunitario de efectividad<sup>1130</sup>. Esta situación resultaba susceptible de perjudicar la realización de los objetivos de *policy* de la Unión Europea, en cuanto los obstáculos al ejercicio de las acciones indemnizatorias en los supuestos de realización de ilícitos concurrenciales –sobre todo por lo que concierne a los *hardcore infringements*<sup>1131</sup>– seguían impidiendo la aplicación directa de la normativa *antitrust* comunitaria con una negativa incidencia sobre el correcto funcionamiento del mercado interior.

Por esto la Comisión Europea, con la adopción del Libro Blanco<sup>1132</sup>, se propuso el objetivo de analizar y formular “propuestas de distintas políticas y medidas concretas con las que se garantizaría, más que en la actualidad, que todas las

---

<sup>1129</sup> *Ibidem*.

<sup>1130</sup> CAMILLI *et al.* (2008, pág. 231).

<sup>1131</sup> Por ejemplo, si consideramos la aportación que el *private antitrust enforcement* ha proporcionado en el sistema estadounidense con respecto a la lucha a los carteles secretos, podemos observar que gracias al ejercicio de las acciones indemnizatorias en relación al cártel de las vitaminas, se lograron descubrir ulteriores siete vitaminas involucradas en la práctica anticompetitiva (American Antitrust Institute – 2006). Además, en el *Impact Study* se había puesto de relieve que la aplicación privada del Derecho de la competencia habría podido jugar un papel muy relevante también respecto del incremento del efecto disuasorio del sistema general de *enforcement* de la normativa *antitrust*. En particular, del análisis de 15 diferentes estudios y posiciones doctrinales se había destacado que la probabilidad de detección de un cártel no superaba el 20% y, en particular, dicho porcentaje resultaba inferior en los sistemas en que la aplicación privada del Derecho de la competencia se encontraba en un estado de escaso desarrollo. *Impact Study, cit.*, tabla núm. 2, pág. 73; CONNOR (2007, págs. 59 y sigs.).

<sup>1132</sup> Cabe además subrayar que el Parlamento Europeo, por su parte, había acogido con satisfacción el Libro Verde, congratulándose con el TJUE por haber reconocido el derecho al ejercicio de las *antitrust damages actions* por parte de las víctimas de tales infracciones, pidiendo al mismo tiempo a la Comisión Europea que elaborase también un Libro Blanco sobre esta materia. Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde 2006/2207(INI), *cit.*, ap. 28.

víctimas de infracciones de la normativa comunitaria en materia de competencia tuvieran acceso a mecanismos efectivos de recurso para poder resarcirse completamente de los daños y perjuicios sufridos<sup>1133</sup>. En particular, el Libro Blanco perseguía el objetivo principal de la plena compensación de todos los perjudicados por la realización de prácticas anticompetitivas (*corrective justice*)<sup>1134</sup>: la introducción de mecanismos más efectivos de compensación del daño habría desplazado los costes de las infracciones *antitrust* sobre las empresas infractoras, rebajando así la incidencia final de tales ilícitos sobre los individuos negativamente afectados (*v.gr.* los consumidores finales) y las demás empresas que actúan de forma legítima en el mercado (*v.gr.* competidores horizontales)<sup>1135</sup>.

En el Libro Blanco, al mismo tiempo, se reconoció que la remoción de los obstáculos al ejercicio de las acciones de indemnización por daños *antitrust* habría conducido a la intrínseca producción de efectos beneficiosos en términos de disuasión de futuras infracciones y, por consiguiente, a un mayor cumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia por parte de las empresas activas en el mercado interior<sup>1136</sup>. Sin embargo, la función disuasoria de tales acciones ha de leerse exclusivamente en el marco de la relación de complementariedad entre *public* y *private antitrust enforcement*<sup>1137</sup> y al respecto han de tenerse en cuenta los siguientes perfiles: *i*) en Europa la aplicación pública del Derecho de la competencia desarrolla de forma preeminente una función disuasoria, mientras la aplicación privada desempeña principalmente un papel compensatorio; *ii*) las propuestas contenidas en el Libro Blanco, concernientes a la remoción de los obstáculos normativos al ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios, han sido formuladas por parte de la Comisión Europea teniendo en cuenta la cultura y tradiciones jurídicas europeas; *iii*) la Comisión Europea, en su labor de mejora del régimen jurídico aplicable a los supuestos de responsabilidad civil por incumplimiento de la normativa

---

<sup>1133</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 3.

<sup>1134</sup> *Ibidem*. La evaluación de impacto esperado también puso de relieve que en ausencia de medidas adecuadas no sería posible reconocer la indemnización de la mayoría de los daños causados por las infracciones *antitrust*. En particular se subrayó que en el caso de que no se introdujera alguna medida para facilitar el ejercicio de las acciones resarcitorias, los perjudicados no habrían mejorado su posibilidad de obtener el resarcimiento del perjuicio sufrido a causa de la realización de una práctica restrictiva de la competencia. Impact Assessment, *cit.*, aps. 37, 130, 131 y tabla núm. 14. Véase también Impact Study, *cit.*, Parte II, Secciones 1.6.1, 2.2.1., 3.2.1. y 4.2.1.; Parte III, Sección 2.1.

<sup>1135</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 14, pág. 10.

<sup>1136</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 3; Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 15, pág. 10.

<sup>1137</sup> KORTMANN y SWAAK (2009, pág. 341). Estos autores han subrayado que una parte de la doctrina (en particular, CANE, 1993, págs. 361-369) considera que la función disuasoria constituya el objetivo principal de las indemnizaciones reconocidas bajo un régimen de responsabilidad extracontractual.

comunitaria de defensa de la competencia, ha tenido en cuenta el hecho de que las Autoridades de la competencia habrían tenido que seguir aplicando de forma efectiva los artículos 101 y 102 del TFUE<sup>1138</sup>.

En particular, por lo que concierne al perfil *sub ii*), el Ejecutivo comunitario no abogó *ratione materiae* por la introducción de un régimen jurídico moldeado sobre el modelo norteamericano, si bien éste fue uno de los modelos tenido en cuenta por el *Impact Assessment*<sup>1139</sup>. En efecto, en el contexto jurídico europeo existía un largo consentimiento acerca del carácter complementario de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia respecto de aquella pública, de tal forma que el fortalecimiento de las acciones indemnizatorias por daños *antitrust* no habría en todo caso podido conducir a la completa sustitución del *enforcement* de las Autoridades de la competencia. Por esto, en el ámbito del Libro Blanco, la Comisión Europea propuso la introducción de medidas equilibradas que, si bien fuesen en abstracto susceptibles de jugar un cierto papel en el plano de la disuasión de futuras prácticas anticompetitivas, no habrían concretamente perjudicado la aplicación de las herramientas de *public antitrust enforcement*.

Antes de analizar con mayor detalle las propuestas formuladas en el Libro Blanco, también sobre la base de las posiciones expresadas en los Comentarios de los *stakeholders* españoles<sup>1140</sup>, cabe subrayar que respecto de las distintas

---

<sup>1138</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 3; Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 21, pág. 11.

<sup>1139</sup> Por lo que concierne al análisis *ex ante* sobre el impacto esperado que la Comisión Europea ha de llevar a cabo cada vez que formula propuestas de *policy* en las materias de su competencia, cabe evidenciar que la misma consiste en una evaluación comparativa, en términos de costes y beneficios (también con respecto a las cargas administrativas), de las distintas opciones disponibles, incluida aquélla que corresponde a la situación actual (*status quo* u opción zero), siendo finalizada a ilustrar detalladamente por cuales razones se ha escogido una determinada solución frente a las otras disponibles. Con respecto a nuestro análisis, la Comisión Europea llevó a cabo la evaluación del impacto esperado de las diferentes soluciones de *policy* planteadas, teniendo en cuenta también el modelo norteamericano que, como ilustrado anteriormente (cfr. *supra sub* §.IV.2), se caracterizaba esencialmente por la presencia de daños punitivos (*treble damages*), la asimetría en la distribución de las costas procesales en favor de los demandantes (*one-way fee-shifting*), una *class action* caracterizada por un mecanismo de *opt-out*, la preclusión de la *passing-on defence* y la falta de reconocimiento de la *indirect purchaser standing*.

<sup>1140</sup> Los *stakeholders* españoles que formularon observaciones al Libro Blanco de la Comisión Europea fueron: *i*) la Asociación Española de Defensa de la Competencia, “Comentarios de la Asociación Española de Defensa de la Competencia al Libro Blanco de daños de la Comisión Europea”, en adelante los “Comentarios AEDC al Libro Blanco”; *ii*) la Comisión Nacional de la Competencia, “El Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, en adelante los “Comentarios de la CNC”; *iii*) la Confederación Española de empresarios de estaciones de servicio, representada por el Estudio Jurídico Ejaso,



opciones contenidas en el Libro Verde, la Comisión Europea no estimó necesario proporcionar una solución *ad hoc* acerca de la cuestión de la ley aplicable, al considerar que la misma ya había encontrado una respuesta eficaz con la entrada en vigor del Reglamento CE 864/2007<sup>1141</sup>.

## 7.1. Legitimación activa de los compradores indirectos

El Libro Blanco resolvió la cuestión de la capacidad legal para entablar una demanda resarcitoria en los supuestos de infracción del Derecho comunitario de

---

S.L., “Comentarios al Libro Blanco relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, en adelante los “Comentarios CEEES”; *ii*) la Universitat Autònoma de Barcelona, “Comments to the White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules”, en adelante los “Comentarios UAB”; *iii*) el Despacho Uría Menéndez, “Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules – Comment’s on the Commission’s White Paper”, en adelante los “Comentarios Uría *et al.*”.

<sup>1141</sup> Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), DOUE L 199/40 de 31 de julio de 2007. En particular, este Reglamento establece, en su artículo 6, apartado 3, lits. *a*) y *b*), específicas soluciones para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que se deriven de una restricción de la competencia. El artículo 6, apartado 3, lit. *a*), prevé que: “La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado”; mientras el artículo 6, apartado 3, lit. *b*) establece que: “Cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado puede optar por basar su demanda en la legislación del foro, siempre que el mercado de dicho Estado miembro figure entre los que se ven afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda; cuando el demandante, de acuerdo con las normas aplicables en materia de competencia judicial, presente una demanda contra más de un demandado ante ese tribunal, podrá optar por basar su demanda en la legislación del foro únicamente si la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del Estado miembro de ese tribunal”. Estas disposiciones normativas, junto con las reglas en materia de atribución de la competencia jurisdiccional establecidas en el Reglamento CE 44/2001, introducen una solución que tiende a satisfacer las exigencias de economía procesal, permitiendo a los demandantes la posibilidad de incoar el juicio ante un único tribunal nacional y, al mismo tiempo, obtener la aplicación de una única legislación nacional –y eso también en los supuestos en que muchos demandantes resulten involucrados en el proceso y el daño haya ocurrido en distintos Estados miembros de la UE–. Por último cabe añadir que estas reglas limitan la práctica de *forum shopping* en cuanto no pueden derogarse mediante acuerdo entre las partes (artículo 6, apartado 4). Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 8-9, pág. 9.

la competencia cínéndose a la jurisprudencia del TJUE (asuntos *Courage* y *Manfredi*<sup>1142</sup>), reconociendo a toda persona que hubiese sufrido un daño de naturaleza *antitrust* la legitimación activa para reclamar ante los jueces nacionales la indemnización del mismo<sup>1143</sup>. La Comisión Europea no quiso delimitar el ámbito de los sujetos legitimados para entablar esta clase de acciones judiciales en cuanto, en virtud de los criterios fijados por la jurisprudencia comunitaria, reputó que el TJUE resultaba mejor situado para determinar los supuestos de exclusión de la legitimación activa en este ámbito<sup>1144</sup>. Al respecto cabe señalar que el TJUE, por un lado, había establecido que poseen legitimación activa todos aquellos sujetos que hayan sufrido una pérdida económica a causa de la infracción de la normativa *antitrust* comunitaria y, por el otro, había afirmado que la relación de causalidad entre una práctica anticompetitiva y el evento dañoso haya de ser determinada con arreglo a la ley aplicable en el juicio de que se trate, respetando los principios de equivalencia y efectividad. Por eso, en primer lugar, se afirmó que pertenece a los jueces nacionales establecer si el demandante posee la capacidad legal para entablar una demanda resarcitoria y, en segundo lugar, se destacó que en el caso de que sobre esta cuestión se hubiese interpuesto una demanda prejudicial, el TJUE habría tenido que pronunciarse sobre la conformidad al Derecho comunitario del concepto de causalidad aplicado para justificar la exclusión o la existencia de la legitimación activa en el ámbito del específico juicio resarcitorio que pende ante el juez remitente.

Sin embargo, la elección de la Comisión Europea, consistente en dejar a la concreta aplicación del concepto de causalidad por parte de los jueces nacionales la tarea de calibrar subjetivamente las consecuencias civiles de los ilícitos concurrenciales, resultaba susceptible de conducir a un escenario de fuerte incertidumbre<sup>1145</sup>, porque no proporcionaba un criterio cierto y definitivo para determinar en todo caso si las víctimas de tales infracciones poseían o menos la calidad de legitimado activo. En efecto, aplicando el criterio de la proximidad de la posición del sujeto perjudicado respecto de la práctica empresarial anticompetitiva sólo resultaba posible redactar una *sliding scale* de las categorías de perjudicados, elaborada partiendo de las posiciones más próximas al ilícito y que termina con aquellas más remotas<sup>1146</sup>. Esta situación, en definitiva, habría sido

---

<sup>1142</sup> Cfr. *supra* sub §.IV.3.1 y §.IV.3.2.

<sup>1143</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 4.

<sup>1144</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 37, pág. 15.

<sup>1145</sup> BULST (2008, págs. 82-83).

<sup>1146</sup> Sin presunción de exhaustividad, esta escalera incluye: los compradores directos; los competidores horizontales excluidos; los proveedores de los proveedores que realizan el ilícito concurrencial (*direct sellers*); los compradores indirectos; los compradores de los competidores de las empresas que han llevado a cabo la práctica anticompetitiva (*umbrella plaintiff*), proveedores de empresas que comercializan productos conectados con aquéllos objeto de la práctica anticompetitiva (podrían sufrir un daño en términos de reducción de la cantidad de producto comercializado), etc. CAMILLI *et al.* (2008, págs. 256-257)

susceptible de perjudicar el ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios *antitrust*, siendo abstractamente idónea para generar *rei indicatae* contrastantes en los diferentes Estados miembros de la UE.

JONES (1999, págs. 185-191), antes de la adopción del Libro Verde y del Libro Blanco, había destacado que la determinación de los sujetos legitimados para invocar la aplicación privada de las normas comunitarias de defensa de la competencia, habría tenido que alcanzarse a través del recurso al mismo criterio empleado para individuar los sujetos facultados para formular, ante la Comisión Europea, denuncias sobre la existencia de una infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE: este criterio, en particular, consiste en la acreditación de la titularidad de un interés legítimo<sup>1147</sup>. Este autor había también señalado que el recurso al *legitimate interest test* no habría completamente solucionado el problema de la legitimación activa, porque se caracterizaba por la co-existencia de aspectos positivos y negativos. Por lo que concierne a los aspectos negativos, cabe señalar que en la jurisprudencia comunitaria<sup>1148</sup> existían antecedentes en que las denuncias de los particulares afectados por una práctica anticompetitiva habían sido rechazadas por la Comisión Europea que, estimando que los intereses económicos de estos sujetos habrían tenido que ser protegidos por los jueces nacionales, no se había expresamente pronunciado acerca de la existencia de un *Community interest*<sup>1149</sup>. Esta situación resultaba en abstracto susceptible de generar un vacío de tutela, puesto que el juez nacional habría podido considerar inadmisibile la demanda resarcitoria posteriormente interpuesta por tales sujetos, reputando que los mismos carecieran de legitimación<sup>1150</sup>. En cambio, por lo que afecta a los aspectos positivos del *legitimate interest test*, el recurso a dicho criterio

---

<sup>1147</sup> Al respecto cabe señalar que el artículo 7, apartado 2, del Reglamento CE 1/2003 establece que: “Estarán facultadas para formular denuncias a efectos del apartado 1 las personas físicas o jurídicas que acrediten un interés legítimo y los Estados miembros”.

<sup>1148</sup> STG de 18 de septiembre de 1992, Automec S.r.l. contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*.

<sup>1149</sup> Es esta la denominación asumida por el interés legítimo para formular denuncia en materia *antitrust* ante la Comisión Europea después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

<sup>1150</sup> Esta situación en cambio resultaría menos probable en el caso de que la Comisión Europea se pronunciara explícitamente sobre la existencia de un interés legítimo para formular denuncias inherentes a la realización de supuestos ilícitos concurrenciales, en cuanto a efectos de la existencia de este interés se tiene en cuenta la capacidad de los solicitantes para ejercer acciones indemnizatorias ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Al respecto véase también la [Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE \(2004/C 101/05\)](#), DOUE C 101/65 de 27 de abril de 2004, punto 17, que establece que: “El hecho de que un denunciante pueda asegurar la protección de sus derechos mediante una acción ante un juez nacional constituye un elemento importante que la Comisión podría tener en cuenta en su apreciación del interés comunitario de investigar una denuncia”.

excluye del ámbito de los sujetos legitimados para interponer una demanda resarcitoria en los supuestos en que se haya llevado a cabo en el mercado una práctica anticompetitiva, aquellos sujetos que no resulten titulares de intereses de naturaleza económica directamente afectados por el ilícito concurrencial de que se trate o que no posean un interés *market-based*<sup>1151</sup>.

Consideramos que, a pesar de la existencia de aspectos negativos, este criterio constituya el mejor *proxy*, entre los estándares existentes a nivel de Derecho comunitario<sup>1152</sup>, para construir un *test* que solucione el problema de la legitimación activa en ausencia de una determinación explícita de la Comisión Europea. En efecto, la ausencia de criterios ciertos y generalmente aplicables no constituye una solución viable a largo plazo, porque impide que la aplicación directa de las normas comunitarias *antitrust* se realice de forma efectiva. Dejar esta tarea a los jueces nacionales resultaría insatisfactorio, pudiendo conducir al desarrollo de diferentes soluciones nacionales en el ámbito de los varios Estados miembros de la UE. Esto afectaría negativamente no sólo al ejercicio, sino también al contenido del derecho de acción que surge de la eficacia directa de las normas que el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea fija en materia de defensa de la competencia<sup>1153</sup>.

### 7.1.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

La AEDC<sup>1154</sup> había considerado que la extensión de la legitimación activa a los compradores indirectos fuese la directa consecuencia del objetivo de compensación plena y equitativa que el Ejecutivo comunitario se había planteado conseguir mediante la adopción del Libro Blanco. Sin embargo, este *stakeholder* había subrayado que dicha propuesta acarrearía ciertos problemas, para cuya

---

<sup>1151</sup> Por ejemplo, carecen de legitimación activa las organizaciones y autoridades públicas que actúan *pro bono publico* y los sujetos que actúan sobre la base de intereses de naturaleza política o personal.

<sup>1152</sup> Otro tipo de estándar podría ser individuado, por ejemplo, en los criterios establecido por el artículo 263, apartado 4, del TFUE en materia de recursos de anulación. En particular, puede interponer este tipo de recurso: “Toda persona física o jurídica [...] contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución”. Sin embargo, este criterio, como se desprende de la jurisprudencia comunitaria (STJ de 15 de julio de 1963, *Plaumann & Co. contra Comisión de la Comunidad Económica Europea*, C-25/62, RJ 1963/199, págs. 412 y sigs.), resulta excesivamente restrictivo y puede introducir un nuevo obstáculo al ejercicio de las acciones resarcitorias ocasionadas por el incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. CRAIG y DE BÚRCA (2008, págs. 511-515).

<sup>1153</sup> MILUTINOVIĆ (2010, pág. 231).

<sup>1154</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 8.

solución habría resultado necesario introducir medidas correctoras con respecto al sistema de cálculo de los daños padecidos por las víctimas de los ilícitos concurrenciales y a los medios de prueba susceptibles de ser utilizados en el ámbito de los juicios indemnizatorios<sup>1155</sup>.

También la CNC<sup>1156</sup> había coincidido con la solución planteada por la Comisión Europea acerca de la extensión de la legitimación activa a “toda persona” (incluidos los compradores indirectos) que hubiese sufrido un daño a causa del incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia.

## 7.2. Repercusión del sobrecoste

En el Libro Balco la Comisión Europea había vuelto a afrontar el problema de la repercusión de los costes excesivos ocasionados por la realización de una práctica anticompetitiva<sup>1157</sup>. En las cadenas de suministro multi-niveles cabe la posibilidad de que los sujetos directamente afectados por un ilícito concursal (los compradores directos) descarguen el sobrecoste en el mercado aguas abajo, con perjuicio de los agentes económicos que actúan en el mismo (*v.gr.*

---

<sup>1155</sup> *Ibidem*. En particular, la AEDC había tratado conjuntamente los problemas de la legitimación activa de los compradores indirectos y aquello de la defensa de repercusión del sobrecoste y, por lo tanto, las medidas correctoras a que alude este *stakeholder* se refieren a la cuestión de la *passing-on defence*, que nosotros en cambio trataremos por separado. Cfr. *infra sub* §.IV.7.2.

<sup>1156</sup> Comentarios CNC, *cit.*, pág. 2. Se observa que los Comentarios de los demás *stakeholders* españoles no se habían pronunciado sobre esta propuesta, probablemente a causa del hecho de que el reconocimiento de la legitimación activa a todos los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito *antitrust* había entrado a formar parte del *acquis communautaire* merced a la labor del TJUE. Cabe poner de relieve que después de la entrada en vigor de la [Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia](#) (BOE núm. 134 de 5 de junio de 2013), la CNC se ha transformado en Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). La CNMC, integrando también otras entidades tales la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y el Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria, se considera un macro-regulador.

<sup>1157</sup> La relevancia de la defensa de repercusión de los costes excesivos se observa en especial medida por lo que concierne a los ilícitos concurrenciales cuyo efecto consiste en un incremento del precio respecto del precio que se habría practicado en el mercado en ausencia de la infracción (*overcharge*), cuales por ejemplo los carteles secretos, los abusos de explotación y algunas restricciones verticales (*resale price maintenance*); mientras que su relevancia resulta mucho más limitada con respecto a las infracciones que se resuelven en la exclusión de los competidores que operan en el mercado de referencia. BLAIR *et al.* (2005, págs. 257 y sigs.); CAMILLI *et al.* (2008, pág. 267).

operadores intermedios o consumidores finales)<sup>1158</sup>. La Comisión Europea había precisado que el sobrecoste que se repercute en las cadenas de suministro multi-niveles en presencia de determinadas variables<sup>1159</sup>, corresponde al *damnum emergens* (*actual loss*), es decir al sobreprecio (*overcharge*) que se tiene que pagar por adquirir los bienes y servicios objeto de la práctica anticompetitiva y que de no haberse llevado a cabo el ilícito *antitrust* no habría tenido que desembolsarse<sup>1160</sup>. Por lo tanto, el daño que puede ser trasladado no abarca también el *lucrum cessans* (*loss of profit*), como por ejemplo la reducción de la cantidad vendida por efecto del incremento del precio a un nivel supracompetitivo, en cuanto éste constituye un perjuicio que descende directamente de la realización del ilícito *antitrust*<sup>1161</sup>. Además, cabe subrayar que la repercusión del sobrecoste puede ser total o parcial, en correspondencia de la capacidad de los intermediarios de trasladar el sobreprecio sobre los agentes económicos situados en los niveles más bajos de la cadena de suministro.

La Comisión Europea era consciente de que la admisibilidad de la *passing-on defence* y la *passing-on offence* habría acarreado inseguridad jurídica, incrementando el nivel de complejidad de los juicios resarcitorios por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia y, además, habría generado el riesgo de enriquecimiento injusto, tanto por parte de los compradores directos como de las empresas infractoras. Esta situación, en definitiva, habría expuesto las empresas demandadas a la imposición de daños múltiples. Sin embargo, con el propósito de lograr el objetivo de la plena compensación de los sujetos perjudicados por un ilícito concurrencial<sup>1162</sup> el Ejecutivo comunitario había igualmente reconocido, por un lado, la posibilidad de que las empresas demandadas acudieran a la defensa de repercusión del sobrecoste y, por el otro, la posibilidad de que los compradores indirectos interpusieran demandas resarcitorias directamente contra las empresas infractoras, sobre el presupuesto de que los compradores directos suelen trasladar el sobrecoste generado por la infracción *antitrust*.

En particular, con respecto a este tema, la Comisión Europea había planteado las siguientes dos propuestas: *i*) “los demandados deberían tener derecho a invocar la defensa «passing-on» contra una demanda de compensación del coste

---

<sup>1158</sup> El tema, como hemos tenido forma de ilustrar, ya se había tratado en el ámbito del Libro Verde y al respecto la Comisión Europea había planteado cuatro distintas opciones de *policy*. *Vid. supra sub §.IV.6.4*.

<sup>1159</sup> *Ibidem*.

<sup>1160</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 201, pág. 62.

<sup>1161</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 202, pág. 62.

<sup>1162</sup> En el ámbito del Libro Blanco, la Comisión Europea por sujetos perjudicados había entendido todos los particulares con respecto a los cuales existiera un nexo de causalidad entre la práctica anticompetitiva y el evento dañoso, conformemente a la doctrina jurisprudencial del TJUE (sentencias *Courage* y *Manfredi*, *cits.*).

excesivo. El nivel de la prueba para esta defensa no debería ser inferior al nivel impuesto al demandante para acreditar el daño”<sup>1163</sup>; *ii*) “los compradores indirectos deberían poder basarse en la presunción refutable de que se les repercutió en su totalidad el coste excesivo ilegal”<sup>1164</sup>.

Por lo que concierne al primer aspecto de la cuestión, es decir a la admisibilidad de la defensa de repercusión del sobrecoste en favor de las empresas infractoras, en su calidad de demandadas en los juicios resarcitorios, cabe antes de todo poner de relieve que la Comisión Europea había abandonado las dos opciones del Libro Verde que excluían este tipo de defensa<sup>1165</sup>. En particular, la propuesta concerniente a la admisibilidad de la *passing-on defence* se había formulado en cuanto el principal objetivo perseguido con el Libro Blanco consistía en la plena compensación de los sujetos perjudicados y no en la disuasión de las prácticas anticompetitivas con independencia de la posibilidad de que hubiese podido acordarse un exceso de compensación a las víctimas de tales ilícitos. En efecto, si no se hubiese reconocido a las empresas demandadas la posibilidad de oponer este tipo de defensa, los demandantes que hubiesen conseguido trasladar, total o parcialmente el sobreprecio, y cuya acción resarcitoria hubiese prosperado en juicio, habrían obtenido un enriquecimiento injusto. Además, las empresas demandadas, ante la interposición de varias demandas indemnizatorias por parte de diferentes categorías de perjudicados, habrían terminado por ser destinatarias

---

<sup>1163</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 9.

<sup>1164</sup> *Ibidem*.

<sup>1165</sup> Se trataba de las Opciones 22 y 23. Libro Verde, *cit.*, pág. 9. Al respecto, cabe recordar que entre todos los *stakeholders* españoles que comentaron el Libro Verde, sólo el Despacho Aguayo y la UB se habían demostrado favorables a la solución contemplada en la Opción 23 —si bien la UB la había reputada sólo como solución de *second best*— consistente en la exclusión de la defensa de repercusión del sobrecoste, pero en el reconocimiento de la legitimación activa en favor de los compradores directos e indirectos. Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 12; Comentarios UB, *cit.*, pág. 15. Además, por el potencial influjo que ejercitaron sobre la propuesta formulada sobre esta cuestión en el ámbito del Libro Blanco, resulta oportuno evidenciar que también varios *stakeholders* de otros Estados miembros de la UE se habían expresado de forma negativa con respecto a la exclusión de la defensa de repercusión de los costes excesivos, destacando que dicha opción habría conducido a situaciones de sobre-compensación en favor de los demandantes, en cuanto tanto los compradores directos que no habían sufrido algún perjuicio, como los compradores indirectos en cuya esfera jurídico-económica se había trasladado sólo parte del sobrecoste generado por la infracción *antitrust*, podían acceder a la plena compensación del *overcharge* producido. Secrétariat Général des Affaires Européennes, République Française, [Réponse des autorités françaises au questionnaire de la Commission Européenne](#), págs. 11-12; Netherlands’ Ministry of Economic Affairs, [Nederlandse reactie op het Groenboek inzake schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels](#), pág. 10; Norwegian Royal Ministry of Government Administration and Reform, [Comments to the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules](#), pág. 5.

de múltiples responsabilidades y ser sujetas a la imposición de daños punitivos<sup>1166</sup>.

Por lo que concierne a la cuestión del estándar probatorio, la Comisión Europea había abogado por la imposición de la carga de la prueba de la traslación del sobreprecio por parte del comprador directo, así como de la entidad de esta traslación, sobre las empresas demandadas, es decir sobre la parte procesal que puede invocar en juicio la *passing-on defence*. Dicha solución se caracteriza por imponer a las empresas demandadas el mismo estándar probatorio requerido a los demandantes para demostrar la existencia del perjuicio sufrido por la realización de un ilícito concurrencial<sup>1167</sup>. Al respecto KORTMANN y SWAAK (2009, pág.345) habían destacado que habría sido inicuo imponer sobre los demandantes también la carga probatoria de tales elementos, debido al hecho de que los mismos ya deben demostrar haber sufrido un daño *antitrust* (que en muchos supuestos suele ocurrir so forma un *overcharge*).

Además, la Comisión Europea había propuesto que fuera reconocida en favor de los compradores indirectos una presunción *iuris tantum* de repercusión total de sobrecoste. La *ratio* de la propuesta residía en la circunstancia de que, en la opinión del Ejecutivo comunitario, habría resultado extremadamente difícil para esta clase de perjudicados proporcionar en juicio la prueba de la repercusión del *overcharge* a lo largo de la cadena de suministro, con la consecuencia de que aunque hubiesen concretamente sufrido un perjuicio indemnizable, habrían con mucha probabilidad incurrido en la desestimación judicial de sus demandas resarcitorias.

Si bien esta consideración, en términos absolutos, podía ya de por sí considerarse una válida justificación para afirmar que la introducción de esta presunción relativa habría concurrido a la consecución del objetivo de la plena compensación de todos los sujetos perjudicados por la realización de ilícitos concurrenciales, sin embargo la Comisión Europea había considerado oportuno alegar una justificación ulterior para sustentar su propuesta. En efecto, se había tomado en consideración el hecho de que la parte procesal sobre la cual hubiese recaído la carga de la prueba de la traslación del sobreprecio, habría terminado por enfrentarse con una consecuencia particularmente adversa en el caso de que no hubiese conseguido demostrar el traspaso del sobrecoste. Al respecto pueden plantearse dos posibles escenarios, según que sean las empresas demandadas o los compradores indirectos los sujetos sobre los cuales se haya impuesto la carga de la prueba de la traslación del sobrecoste y que, en concreto, no hayan conseguido satisfacer en juicio este *onus* probatorio. En particular, en el caso de que la carga de la prueba hubiese recaído sobre la empresa demandada y la

---

<sup>1166</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 208-212, págs. 63-64.

<sup>1167</sup> *Ibidem*, aps. 213-214, págs. 64-65.



misma no hubiese conseguido satisfacerla, se habría generado una situación de enriquecimiento injusto para aquellos demandantes que no habían sufrido ningún perjuicio de la práctica anticompetitiva y, al mismo tiempo, una situación de sobrecompensación para aquellos otros demandantes que hubiesen conseguido trasladar el sobrecoste sobre sus clientes: bajo este escenario, por lo tanto, las empresas demandadas terminarían enfrentándose a múltiples responsabilidades quedando de hecho sujetas a la imposición de daños punitivos. Viceversa en el caso de que fueran los compradores indirectos, en su calidad de demandantes, la parte procesal sobre la cual hubiese recaído la carga de la prueba de la traslación del sobrecoste y los mismos no hubiesen conseguido satisfacerla, se habría producido una situación de enriquecimiento injusto por lo que concierne a la posición de las empresas infractoras y, al mismo tiempo, una situación de infracompensación (para los mismos demandantes) del perjuicio *antitrust* cuya indemnización había sido reclamada en juicio<sup>1168</sup>.

Ante estos escenarios alternativos, la Comisión Europea había estimado que fuera más probable que las empresas demandadas gozaran de un enriquecimiento injusto y no que incurrieran en daños múltiples. En efecto, en el Commission Staff Working Paper del Libro Blanco se había evidenciado que para que las empresas demandadas se hubiesen enfrentado con múltiples responsabilidades habrían tenido que satisfacerse de forma cumulativa tres condiciones<sup>1169</sup>. En primer lugar, es necesario que los perjudicados, compradores directos e indirectos, interpongan contra las empresas infractoras una serie de *antitrust damages actions* con que se invoque la indemnización de la misma porción de sobreprecio trasladado a lo largo de la cadena de suministro. En segundo lugar, las empresas demandadas no deben haber conseguido oponer en juicio la defensa de repercusión del sobrecoste contra los demandantes que hayan efectivamente trasladado el sobrecoste en el mercado aguas abajo. En tercer lugar, no debe haber tenido lugar la compensación de las indemnizaciones reclamadas por las diferentes categorías de sujetos perjudicados en juicios conjuntos, paralelos o consecutivos<sup>1170</sup>.

Cabe además añadir que la introducción de una presunción relativa de repercusión completa del sobrecoste en favor de los compradores indirectos implicaba imponer sobre las empresas demandadas la carga de demostrar que el sobrecoste no se hubiese repercutido en la esfera jurídico-económica de los demandantes o se hubiese repercutido sólo parcialmente (especificando en este caso en qué medida hubiese tenido efectivamente lugar la traslación del

---

<sup>1168</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 217, pág. 66.

<sup>1169</sup> *Ibidem*, ap. 218, pág. 66.

<sup>1170</sup> *Ibidem*. Con respecto a las demandas consuntas, la Comisión Europea había querido hacer referencia a los supuestos en que los perjudicados hubiesen interpuesto una acción colectiva o hubiesen acumulado sus pretensiones resarcitorias en una única demanda (*representative action*).

sobreprecio). La implementación de esta medida habría también conllevado una mejora de la carga probatoria de los compradores indirectos, en su calidad de demandantes, puesto que los mismos habrían tenido sólo que demostrar la realización de una infracción del Derecho comunitario de la competencia por parte del demandado, la producción de un *overcharge* como consecuencia de la comisión del ilícito concurrencial y el hecho de que hubiesen padecido un perjuicio económico so forma de daño emergente<sup>1171</sup>.

Por lo que concierne a la posibilidad de introducir esta presunción *iuris tantum*, KORTMANN y SWAAK (2009, pág. 345) habían señalado que fuera muy probable que la Comisión Europea hubiese tomado en consideración el modelo propuesto por el OFT en sus comentarios al Libro Verde, con la única diferencia de que en el modelo del *enforcer* británico dicha presunción habría se aplicaba exclusivamente con respecto a la posición de los consumidores finales<sup>1172</sup>, mientras que en la propuesta de la Comisión Europea se aplicaba con respecto a todos los compradores indirectos, con independencia de su posición en el ámbito de la cadena de suministro afectada por el ilícito concurrencial<sup>1173</sup>.

En realidad, la posibilidad de que se introdujese dicha presunción habría resultado muy problemática. En efecto, como hemos anteriormente destacado, cada vez que las empresas demandadas no hubiesen logrado refutarla habría sido muy elevada la probabilidad de que se generasen situaciones de sobrecompensación en favor de los demandantes y, por consiguiente, las empresas infractoras tuviesen que enfrentarse con múltiples responsabilidades. Dichas situaciones se habrían puesto en patente contraste con el objetivo principal perseguido por el Libro Blanco, consistente en la plena indemnización de los daños y perjuicios ocurridos por la realización de prácticas

---

<sup>1171</sup> La Comisión Europea había también señalado que en el caso de que los productos originariamente afectados por el sobreprecio se hubiesen incorporado, a lo largo de la cadena de suministro, en los bienes y servicios efectivamente adquiridos por los compradores indirectos, estos últimos habrían tenido que demostrar en qué medida los bienes y servicios concretamente adquiridos incorporaran el sobreprecio inicial. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 220, pág. 67.

<sup>1172</sup> El modelo presentado por el OFT resultaba finalizado a la satisfacción de exigencias disuasorias, más bien que compensatorias. En particular el OFT, desde la óptica de las funciones encomendadas a las Autoridades de la competencia, había afirmado que: “[...] Although any suggestion that a defendant should be required to pay 'compensation' greater than the amount of the (presumed) gain to him may be met with opposition in certain quarters, the OFT is of the view that some multiple liability (or at least the risk of multiple liability) is not objectionable in policy terms – the risk of having to pay damages more than once would increase the deterrent effect of the EC competition rules and reduce the incidence of infringements”. Comentarios OFT, *cit.*, pág. 18.

<sup>1173</sup> Office of Fair Trading, “Response to the European Commission’s Green Paper, Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, en adelante los “Comentarios OFT”, págs. 17-18.

anticompetitivas. Ante la interposición de múltiples demandas resarcitorias sobre la misma porción del sobreprecio –supuesto éste que puede ocurrir si los compradores directos y los compradores indirectos interponen, conjunta o paralelamente, varias reclamaciones indemnizatoria ante los jueces nacionales con respecto al mismo tipo de ilícito concurrencial– no existían, a nivel nacional, medidas que permitieran a los órganos jurisdiccionales indemnizar los *antitrust damages* teniendo conjuntamente en cuenta las reclamaciones de todos los demandantes. Por ejemplo, si nos fijamos en el caso de que las demandas resarcitorias se hayan interpuesto paralelamente, los jueces nacionales no estarían obligados a suspender los juicios resarcitorios. Asimismo, ante el ejercicio de acciones consecutivas, si los jueces nacionales ya se hayan pronunciado sobre algunas de las demandas resarcitorias previamente interpuestas, los resultados de tales juicios no habrían podido ser tenido en cuenta en los juicios sucesivos cada vez que las partes procesales resultaran diferentes<sup>1174</sup>. Por último, cabe señalar que la introducción de esta presunción habría desplazado el *onus probandi* sobre la parte procesal que no está mejor situada para demostrar la existencia y la entidad de la traslación del sobrecoste a lo largo de la cadena de suministro, siendo los sujetos que sufren el perjuicio *antitrust* aquéllos que poseen los elementos necesarios para proporcionar este tipo de prueba<sup>1175</sup>.

### 7.2.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

La AEDC había puesto de relieve que en los juicios resarcitorios por incumplimiento del Derecho de la competencia entablados ante los jueces españoles ya se había reconocido la posibilidad de que las empresas demandadas opusieran en juicio la defensa de repercusión del sobrecoste<sup>1176</sup>. En efecto, los jueces españoles solían calcular la indemnización de los *antitrust damages* sobre la base del perjuicio realmente sufrido por los demandantes, tal y como resultaba de las alegaciones probatorias realizadas durante el juicio resarcitorio. Al respecto se había observado que si los demandados hubiesen conseguido demostrar que la contraparte procesal no hubiese concretamente sufrido un daño emergente –por ejemplo porque habrían conseguido repercutir, total o parcialmente, el

---

<sup>1174</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 221-225, págs. 67-69. SCHINKEL y RÜGGERBERG (2006, págs. 395 y sigs.) habían puesto de relieve que para neutralizar el riesgo de sobrecompensación habría podido introducirse un mecanismo que encomendara a las ANC la tarea de llevar a cabo, en el ámbito de sus resoluciones administrativas, una estimación del perjuicio ocurrido a cada una de las categorías de sujetos perjudicados por el ilícito concurrencial enjuiciado.

<sup>1175</sup> KORTMANN y SWAAK (2009, pág. 346).

<sup>1176</sup> La AEDC había aclarado que hasta el momento de formular los comentarios al Libro Blanco no se tenía constancia de que las empresas demandadas en juicios resarcitorios por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia, hubiesen alegado la *passing-on defence*. Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 5.

sobrecoste generado por el ilícito concurrencial sobre los agentes económicos que actuaban en el mercado aguas abajo— los órganos jurisdiccionales nacionales no habrían podido acordarles ninguna indemnización<sup>1177</sup>.

Además, la AEDC había subrayado que la propuesta concerniente a la introducción de una presunción *iuris tantum* de traslación total del sobreprecio en favor de los compradores indirectos se habría puesto en contraste con el principio general *onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*. Esto implicaba que, para que dicha presunción hubiese podido introducirse en el sistema jurídico español, habría resultado necesario modificar las reglas procesales internas<sup>1178</sup>. Al respecto la AEDC, no obstante hubiese coincidido con la Comisión Europea sobre el hecho de que los compradores directos estén mejor situados para soportar la carga de demostrar la existencia de un nexo causal entre la práctica anticompetitiva y el evento dañoso, había considerado innecesario introducir un tratamiento diferenciado de la defensa de repercusión del sobrecoste por lo que afecta a la posición de los compradores indirectos, en cuanto la estimación de los daños sufridos por esta clase de perjudicados habría podido lograrse empleando las metodologías de cálculo de los perjuicios sufridos por los compradores directos<sup>1179</sup>.

A soporte de su posición contraria a la introducción de esta presunción relativa, la AEDC había evidenciado que dicha medida fuese incorrecta desde la perspectiva de la teoría económica. En efecto, ante la realización de prácticas anticompetitivas que conllevan un aumento de los costes de los *inputs* para los compradores directos, se observa que tanto en el caso de que esto afecte a un mercado competitivo, como en el caso de que incida sobre un mercado de tipo monopolístico, sólo una parte del incremento de coste se traduce en un incremento del nivel de precios, en cuanto el incremento del coste de los factores productivos determina un desplazamiento del equilibrio de mercado, con consiguiente reducción del *output* (siempre que la demanda no sea inelástica). Por esto, la AEDC había destacado que fuese necesario considerar todos los posibles efectos de la repercusión del sobrecoste y que, dicha exigencia, habría podido ser gestionada de forma adecuada en el ámbito de las directrices sobre el cálculo de los daños *antitrust* que la Comisión Europea se había comprometido a adoptar — como se desprende de las propuestas contenidas en el Libro Blanco— individuando métodos *ad hoc* para estimar la magnitud de la traslación del

---

<sup>1177</sup> *Ibidem*.

<sup>1178</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 7. En el mismo sentido se había pronunciado también el Despacho Uría Menéndez. Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 34.

<sup>1179</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 14. Por ejemplo, en la estimación judicial de los daños que los *co-cartelists* hayan efectivamente causados a sus clientes directos, habría que tenerse necesariamente en consideración si y en qué medida el sobrecoste se ha repercutido sobre los compradores indirectos.

sobreprecio a lo largo de la cadena de suministro afectada por la realización de un ilícito concurrencial<sup>1180</sup>.

La CNC, tras haber evidenciado que el Derecho español no regulaba de forma específica la posición de los compradores indirectos, había expresado su opinión contraria a las medidas propuestas por el Ejecutivo comunitario, tanto con respecto a la posibilidad de admitir la oposición de la defensa de repercusión del sobreprecio en los juicios resarcitorios –pese al hecho de que la misma habría incrementado de forma considerable la cuantificación de los daños y perjuicios reclamados por las víctimas de las infracciones *antitrust*– como por lo que se refiere a la introducción de una presunción relativa de traslación total del sobreprecio en favor de los compradores indirectos, en cuanto dicha clase de perjudicados no habría podido disponer de información suficiente para determinar si un incremento del nivel de precios fuese o menos consecuencia de la realización del ilícito concurrencial enjuiciado<sup>1181</sup>.

En cambio la CEEES había estimado que la defensa de repercusión del sobreprecio habría podido admitirse sólo si su oposición no hubiese impedido que los perjudicados accedieran, en todo caso, a la indemnización de una cuantía mínima<sup>1182</sup>. En la opinión de este *stakeholder*, además, la introducción de una presunción *iuris tantum* de traslación integral del sobreprecio en favor de los compradores indirectos habría tenido que extenderse también a los distribuidores, pese al hecho de que también los perjudicados inherentes a esta categoría habrían podido encontrar las mismas dificultades probatorias de los compradores indirectos<sup>1183</sup>.

Por último, el Despacho Uría Menéndez había considerado de forma favorable la admisibilidad de la *passing-on defence*, mientras había expresado una opinión desfavorable respecto de la introducción de una presunción relativa de traslación completa del sobreprecio en favor de los compradores indirectos. En efecto, en la opinión de este *stakeholder*, la previsión de dicha presunción habría resultado susceptible de generar situaciones de sobrecompensación –como tales contrarias al objetivo principal del Libro Blanco– pese a las dificultades probatorias que

---

<sup>1180</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 15.

<sup>1181</sup> Comentarios CNC, *cit.*, pág. 9.

<sup>1182</sup> Comentarios CEEES, *cit.*, pág. 10. En particular, según la propuesta formulada por el Estudio Jurídico Ejaso en nombre y representación de CEEES, esta cuantía mínima habría de corresponder al beneficio anual declarado por la empresa infractora durante el tiempo en el que hubiese persistido la infracción *antitrust*, dividido por las unidades anuales vendidas por la misma en ese mismo lapso temporal. Determinado por esta vía el beneficio obtenido por unidad, este valor habría tenido a su vez que ser multiplicado por el número de unidades que el sujeto perjudicado hubiese adquirido en constancia de la infracción *antitrust*. Comentarios CEEES, *cit.*, págs. 3-4.

<sup>1183</sup> Comentarios CEEES, *cit.*, pág. 10.

rodean la determinación de la exacta traslación del sobreprecio a lo largo de la cadena de suministro afectada por el ilícito concurrencial. Por eso, el Despacho Uría Menéndez había abogado por la implementación de una solución alternativa, consistente en el fortalecimiento de la posición procesal de las empresas demandadas que hubiesen opuesto en juicio la *passing-on defence*. En particular, este *stakeholder* había propuesto que se proporcionaran, en favor de las empresas infractoras, herramientas probatorias para permitirles tener más fácilmente acceso a la información sobre la existencia y entidad de la traslación del sobreprecio, información ésta que suele normalmente ser poseída por las víctimas de ilícitos concurrenciales<sup>1184</sup>.

### 7.3. Acceso a las pruebas

La Comisión Europea había también formulado, en el Libro Blanco, algunas propuestas inherentes a la regulación del acceso a las pruebas relevantes sobre los elementos estructurales de la responsabilidad aquiliana por incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia. El Ejecutivo comunitario había destacado que los ilícitos concurrenciales son *fact-intensive* y que, a causa de la existencia de fuertes asimetrías de información entre los autores de las infracciones *antitrust* y las víctimas de tales ilícitos, muy a menudo los demandantes encuentran considerables dificultades a la hora de demostrar en juicio la existencia del ilícito o la naturaleza anticompetitiva de las prácticas empresariales que se asumen como fuentes de los daños y perjuicios *antitrust* reclamados ante los jueces nacionales<sup>1185</sup>.

Estas asimetrías de información dependen esencialmente del hecho de que resulta muy frecuente que las empresas infractoras sean los únicos sujetos que poseen la información relevante sobre los elementos estructurales de la responsabilidad aquiliana que surge de la vulneración de los artículos 101 u 102 TFUE (*v.gr.* nexo de causalidad y evento dañoso). En particular, la dificultad de demostrar la existencia de los *hardcore infringements*<sup>1186</sup> reside en el hecho de que los documentos relevantes suelen encontrarse bajo el control exclusivo de las empresas infractoras<sup>1187</sup>, y lo mismo vale con respecto a los obstáculos que

---

<sup>1184</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 33.

<sup>1185</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 5; Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 65-66, pág. 23.

<sup>1186</sup> La prueba de la existencia de esta tipología de infracciones *antitrust* resulta más compleja en los casos en que se haya entablado una acción *stand-alone*, que en aquéllos en que se haya interpuesto una demanda *follow-on*, en cuanto en este último supuesto ya existe una resolución administrativa de la Autoridad de la competencia que respalda la reclamación del demandante. Cfr. *supra sub* §. **IV.6.1**.

<sup>1187</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 88, pág. 28. Ocurre poner de relieve que con respecto a datos específicos, como por ejemplo la información sobre

inciden sobre la prueba del carácter ilícito de los *grey-area infringements*<sup>1188</sup>. Por lo general, tales asimetrías de información ni siquiera se atenúan en el caso de que se haya interpuesto una acción *follow-on*, pese al hecho de que la adopción de una resolución sancionadora por parte de las Autoridades de la competencia resultaría sólo susceptible de facilitar la prueba de la existencia del ilícito, no produciendo algún beneficio probatorio respecto de la demostración del nexo de causalidad y la cuantificación del daño *antitrust*<sup>1189</sup>.

Cabe recordar que la Comisión Europea, en el ámbito del Libro Verde, ya había ilustrado dos macro líneas de intervención con el propósito de solucionar los problemas probatorios que las víctimas de un ilícito concurrencial suelen encontrar en el ámbito de los juicios resarcitorios: por un lado se había propuesto el fortalecimiento de las facultades probatorias de las partes y, por el otro, se había planteado la posibilidad de abogar por la reducción de la carga probatoria de los demandantes<sup>1190</sup>. En el Libro Blanco, en cambio, se había abandonado casi por completo la propuesta de implementar estas líneas de intervención y, al mismo tiempo, se había dejado caer la propuesta de introducir un mecanismo automático de *disclosure* general que, como tal, habría recaído sobre cualquier tipo de información relevante (Opción 3 del Libro Verde). Al respecto, CAMILLI *et al.* (2008, pág. 241) habían señalado que la decisión de

---

la efectiva magnitud de la traslación de los costes excesivos, cabe la posibilidad de que sean los terceros los sujetos que posean este tipo de información relevante. BULST (2008, pág. 90).

<sup>1188</sup> Bajo el perfil probatorio, cabe recordar que los *grey-area infringements* se caracterizan por el hecho de que el principal obstáculo al que se enfrentan los demandantes reside en la demostración del carácter ilícito de la práctica empresarial que se asume como fuente del perjuicio económico sufrido, en cuanto para determinar este carácter resulta necesario llevar a cabo un complejo análisis sobre una pluralidad de datos económicos, cuales por ejemplo las estrategias comerciales, la política de precios, la estructura de costes y la posición de mercado de las empresas demandadas. Cfr. *supra sub* §.IV.6.1.

<sup>1189</sup> La Comisión Europea, por ejemplo, había evidenciado que los demandantes, para establecer la cuantía del daño, habrían tenido que comparar la situación existente tras la realización de la práctica anticompetitiva, con la situación que habría tenido lugar en ausencia de la infracción (*but-for test*). Puesto que habría resultado a menudo extremadamente difícil establecer el nivel de los precios en ausencia de la práctica anticompetitiva, los demandantes habrían tenido que acceder a la información de las empresas infractoras, como por ejemplo los documentos internos sobre la distribución del sobreprecio entre los *co-cartelists*, los documentos que indican desde cuando las empresas habían empezado a alterar el precio o los demás parámetros concurrenciales, etc.. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 89, págs. 28-29.

<sup>1190</sup> Al respecto, BULST (2008, pág. 91) había puesto de relieve que la inversión de la carga probatoria es una solución que genera costes elevados, en cuanto su introducción en los sistemas jurídicos nacionales suele necesitar la modificación de los regímenes normativos existentes. Véase también Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 91-92, págs. 29-30.

abandonar esta solución fue tomada por la Comisión Europea en virtud del hecho de que la introducción de automatismos probatorios habría conllevado la imposibilidad de distinguir los supuestos de *disclosure* abusiva de aquéllos en que la divulgación probatoria hubiese conllevado un beneficio real para la parte solicitante.

Lo que en cambio había propuesto la Comisión Europea fue el mantenimiento en toda la UE de un nivel mínimo de divulgación probatoria *inter partes*, a través de la introducción del siguiente mecanismo: *i)* los jueces nacionales habrían tenido, bajo determinadas condiciones, que estar facultados para ordenar a las partes procesales, o a los terceros, que revelasen categorías precisas de pruebas pertinentes; *ii)* “para evitar la destrucción de pruebas pertinentes o la negativa a cumplir una orden de divulgación, los tribunales deben estar facultados para imponer sanciones disuasorias, incluida la opción de sacar conclusiones adversas en los procedimientos civiles por daños y perjuicios”<sup>1191</sup>.

Por lo tanto, puede destacarse que la Comisión Europea había optado por la introducción de reglas efectivas de divulgación probatoria en el ámbito de los juicios indemnizatorios por daños *antitrust*, al considerar que las mismas, pese a su idoneidad para reducir de forma significativa la carga de la prueba en favor del solicitante, fuesen más apropiadas para corregir las asimetrías de información entre las contrapuestas partes procesales<sup>1192</sup>. En particular, la parte solicitante habría sacado un directo beneficio de la *disclosure*, otorgándosele la posibilidad de acceder a la información relevante para fundamentar su reclamación indemnizatoria o su oposición defensiva<sup>1193</sup>. Con respecto a esta elección de política legislativa, CAMILLI *et al.* (2008, pág. 241) habían puesto de relieve que el Ejecutivo comunitario quiso llevar a cabo una aproximación incremental que, por un lado, tuviese en cuenta el *acquis communautaire* y, por el otro, introdujera algunos elementos de novedad.

Por lo que concierne al primer aspecto de la propuesta, en efecto, la Comisión Europea había considerado que los principios de equivalencia y efectividad, como interpretados por la jurisprudencia comunitaria, habrían tenido que ser aplicado también en materia de acceso a las pruebas<sup>1194</sup>.

---

<sup>1191</sup> Libro Blanco, *cit.*, págs. 4-5. Cabe subrayar que la Comisión Europea no previó que en estos supuestos el juez tuviera el deber de disponer medidas cautelares.

<sup>1192</sup> La Comisión Europea aclaró que el mecanismo de divulgación probatoria propuesto en el Libro Blanco habría tenido que encontrar aplicación también en los supuestos en que fuera la empresa demandada la parte procesal que hubiese solicitado la *disclosure*. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 97, pág. 31.

<sup>1193</sup> STÜRNER (2007, págs. 163 y 184).

<sup>1194</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 76, pág. 25.



En primer lugar, se había destacado que la concreta aplicación del principio de equivalencia en materia probatoria habría conllevado que los Estados miembros de la UE hubiesen tenido que aplicar, en los juicios resarcitorios por daños *antitrust*, todas las reglas y mecanismos internos sobre la facilitación del acceso a las pruebas, en la medida en que los mismos fuesen susceptibles de ser aplicados a análogos juicios resarcitorios ocasionados por la violación de las normas internas de defensa de la competencia (*v.gr.* medidas de acceso a las pruebas de que sólo dispone el demandado, o los terceros, a causa de la existencia de una asimetría de información). En efecto, todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE preveían este tipo de reglas, si bien con algunas diferencias entre los sistemas de *common law* y aquéllos de *civil law*. Estos últimos sistemas se caracterizaban por la presencia de mecanismos de facilitación probatoria que permitían a los demandantes tener acceso a los documentos relevantes que se encuentran bajo el control exclusivo de los demandados (o de los terceros), cuales por ejemplo la facultad del juez para ordenar la exhibición de los documentos individuados a través de la aportación probatoria realizada por las partes procesales (*fact pleading*)<sup>1195</sup>.

En segundo lugar, el respeto del principio de efectividad habría impuesto a los Estados miembros de la UE el deber de permitir que, en el ámbito de los juicios resarcitorios por incumplimiento del Derecho de la competencia, los sujetos perjudicados hubiesen podido invocar la aplicación de las reglas y principios de Derecho interno previstos para facilitar la prueba de los elementos de la responsabilidad aquiliana, en cuanto sólo por esa vía habría sido posible alcanzar la plena compensación de los perjuicios *antitrust*<sup>1196</sup>.

---

<sup>1195</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 80-81, págs. 25-26. El sistema de *fact pleading* constituye una característica de los ordenamientos de *civil law* y consiste en el hecho de que la divulgación probatoria *inter partes* sólo puede ser ordenada si resulta que la parte solicitante haya aportado hechos detallados y medios de prueba específicos con respecto a la reclamación contenida en la demanda judicial –y lo mismo vale también en el caso de que sea la parte demandada la que solicita la *disclosure* de la información relevante poseída por la contraparte, en la medida en que dicha información resulte necesaria para fundamentar un cierto tipo de defensa opuesta en juicio, como por ejemplo la *passing-on defence*–. Por lo que concierne a la descripción del mecanismo de *fact pleading*, consideramos oportuno mencionar las dos siguientes definiciones doctrinales: *i*) “[...] *fact pleading*, i.e. the requirement that detailed facts are asserted and clearly specified means of evidence are proffered during the pleading phase of the proceedings and evidence taking by and before the judge” (BULST, 2008, pág. 91); *ii*) “[...] the system of ‘*fact pleading*’, which means that parties must set out in reasonable detail the relevant facts of their case and describe the specific evidence to be offered in support of their allegations” (KOMNINOS, 2008, pág. 88).

<sup>1196</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 82, pág. 26. Al respecto, la Comisión Europea había hecho expresamente referencia al asunto *Laboratoires Boiron*, en que el TJUE estableció que: “[...] con el objeto de garantizar el cumplimiento del principio de efectividad, el juez nacional, si constata que el hecho de hacer que recaiga

Además, la Comisión Europea había aclarado que su modelo de referencia para la formulación de la propuesta en materia de acceso a las pruebas, se hallara contenido en la Directiva 2004/48/CE<sup>1197</sup>. Dicha Directiva, en particular, prevé en favor de la parte que haya presentado pruebas razonablemente disponibles y suficientes para respaldar sus alegaciones, un mecanismo de *disclosure* de los elementos probatorios que se encuentran en la disponibilidad exclusiva de la contraparte procesal (orden judicial que dispone la práctica de las diligencias de prueba necesarias): se trata de un mecanismo plenamente conforme al principio comunitario de efectividad<sup>1198</sup>. En efecto, este mecanismo resultaba en línea con la tradición jurídica de la mayoría de los Estados miembros de la UE y, al mismo tiempo, era adecuado para evitar los abusos y excesos generados por los mecanismos de *disclosure inter partes* aplicados en otros sistemas jurídicos<sup>1199</sup>.

Por lo que concierne a los elementos de novedad de la propuesta del Libro Blanco, cabe poner de relieve que dos resultan los aspectos que distinguen este

---

sobre un laboratorio farmacéutico como Boiron la carga de la prueba de la existencia de un exceso de compensación en beneficio de los mayoristas distribuidores y por ende del carácter ayuda de Estado del gravamen sobre las ventas directas, puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil la aportación de tal prueba, debido en particular a que ésta versa sobre datos de los que dicho laboratorio no puede disponer, está obligado a hacer uso de todos los medios procesales puestos a su disposición por el Derecho nacional, entre los que figura el de ordenar la práctica de las diligencias de prueba necesarias, incluida la aportación por una de las partes o por un tercero de un escrito o documento”. STJ de 7 de septiembre de 2006, [Laboratoires Boiron SA contra Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales \(Urssaf\) de Lyon](#), que se subroga en los derechos y obligaciones de [Agence centrale des organismes de sécurité sociale \(ACOSS\)](#), C-526/04, RJ 2006/I/7529, ap. 55.

<sup>1197</sup> Directiva 2004/48/CE del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, *DOUE* L 195/16 de 2 de junio de 2004. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 95, pág. 30.

<sup>1198</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 84-85, pág. 27. En particular, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva establece que: “Los Estados miembros garantizarán que, a petición de la parte que haya presentado pruebas razonablemente disponibles y suficientes para respaldar sus alegaciones y haya especificado, al fundamentar tales alegaciones, qué otras pruebas se encuentran bajo control de la parte contraria, las autoridades judiciales competentes puedan ordenar que la parte contraria entregue dichas pruebas, sin perjuicio de que se garantice la protección de los datos confidenciales. A efectos del presente apartado, los Estados miembros podrán disponer que las autoridades judiciales competentes consideren que una muestra razonable de un número considerable de ejemplares de una obra o cualquier otro objeto protegido constituye una prueba razonable”.

<sup>1199</sup> La Comisión Europea había tratado de evitar que las partes pudieran abusar del mecanismo de *disclosure* a través de la realización de prácticas tales la *discovery blackmail* y las *fishing expeditions*. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 93, pág. 30.

mecanismo del sistema de *disclosure* previsto en los ordenamientos de *common law* (con especial referencia al mecanismo estadounidense)<sup>1200</sup>: *i*) el juez nacional ha de llevar a cabo un control de naturaleza preventiva sobre la instancia formulada por la parte procesal interesada a la divulgación probatoria *inter partes*<sup>1201</sup>, con la consecuencia de que la obligación de la contraparte, consistente en permitir el acceso a las pruebas que se encuentran únicamente bajo su control, no surge con la mera presentación de la instancia; *ii*) la parte que solicita la *disclosure* no sólo tiene que haber detalladamente aportado los hechos que fundamentan la reclamación sobre la cual incide la instancia de divulgación, sino que tiene que haber también proporcionado los medios de prueba que estén razonablemente a su alcance.

Concentrándonos ahora sobre el análisis de las condiciones que el solicitante tiene que cumplir para que los jueces nacionales puedan ordenar la exhibición de las pruebas solicitadas, cabe antes de todo destacar que la Comisión Europea había planteado la necesidad de satisfacer los siguientes cuatro requisitos: *i*) el solicitante habría tenido que presentar todos los hechos y medios de prueba que fuesen razonablemente a su alcance, siempre que de los mismos pudieran sacarse argumentos plausibles para sospechar que el mismo hubiese sufrido un perjuicio *antitrust* (*fact pleading*); *ii*) el solicitante habría tenido que demostrar, a satisfacción del juez procedente, que no existieran otras vías razonables para presentar las pruebas solicitadas; *iii*) el solicitante habría tenido que especificar, con un suficiente grado de precisión, las categorías precisas de pruebas que la contraparte o los terceros hubiesen tenido que exhibir; *iv*) el solicitante habría tenido que demostrar al órgano jurisdiccional competente que la medida de divulgación solicitada fuese pertinente, necesaria y proporcionada al caso (se trataba, en realidad, de la Opción 2 del Libro Verde).

Por lo que concierne al primer requisito, la Comisión Europea había destacado que fuera necesario alcanzar un nivel mínimo de *fact pleading* para conseguir los siguientes objetivos: *i*) obstaculizar la realización de estrategias abusivas, proporcionando al juez los elementos para evaluar la admisibilidad de la instancia; *ii*) permitir la evaluación de la relevancia y proporcionalidad de la instancia de divulgación probatoria; *iii*) proveer la información necesaria para determinar alcance y contenido de la orden judicial de exhibición<sup>1202</sup>.

---

<sup>1200</sup> *Vid. supra sub* §.IV.2.5.

<sup>1201</sup> En el sistema planteado por la Comisión Europea, que por lo visto se caracterizaba por el necesario control preventivo del órgano jurisdiccional nacional, la parte procesal que quisiera obtener una orden judicial de entrega de las pruebas que se encontrasen bajo el control exclusivo de la contraparte, no habría podido formular una instancia extrajudicial, sino que habría tenido que hacerlo exclusivamente en el marco de un juicio resarcitorio ya entablado.

<sup>1202</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 101, págs. 31-32.

Por lo que afecta al segundo requisito, la derogación del régimen procesal general de los Estados miembros de la UE en materia de diligencias probatorias, habría podido justificarse sólo en los supuestos en que hubiese existido un riesgo concreto de que la estimación/desestimación de la acción del demandante –o de la oposición del demandado– se basara exclusivamente sobre el hecho de que la información relevante para fundamentar la correspondiente reclamación procesal se encontrase bajo el exclusivo control de la contraparte procesal<sup>1203</sup>.

El tercer requisito constituye el elemento de mayor novedad del mecanismo de *disclosure inter partes* contemplado en el Libro Blanco. En línea general, el grado de eficacia de los mecanismos de *disclosure* probatoria, con respecto a la reducción de las asimetrías de información existentes entre las partes procesales, depende del alcance y amplitud de la instancia de divulgación. Si eso es cierto, sin embargo cabe evidenciar que una excesiva genericidad y extensión de la solicitud habría resultado susceptible de generar costes muy elevados para la parte destinataria de la obligación de *disclosure*. Por lo tanto, para evitar el riesgo de realización de conductas abusivas (por ejemplo, *fishing expeditions* y *discovery blackmail*)<sup>1204</sup> y para no frustrar la posición y los intereses de la parte que formula la instancia de divulgación, imponiéndole un estándar extremadamente estricto por lo que afecta a la especificación del contenido de la solicitud, la Comisión Europea había abogado por un mecanismo que pudiese ser considerado el resultado de un compromiso entre la *disclosure* de matriz anglosajón<sup>1205</sup> y el principio dispositivo, en materia de acceso a las pruebas, de los sistemas procesales de los ordenamientos jurídicos de *civil law*.

El mecanismo contemplado en el Libro Blanco, en efecto, no requería al solicitante la exacta indicación de los documentos que pudiesen contener la información relevante para fundamentar su reclamación, sino que se refería exclusivamente a las categorías precisas de pruebas que habrían tenido que divulgarse<sup>1206</sup>. Si bien este criterio resultaba flexible y susceptible de ser objeto de

---

<sup>1203</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 103, pág. 32.

<sup>1204</sup> Impact Study, *cit.*, pág. 365.

<sup>1205</sup> KOMNINOS (2008, pág. 89) había puesto de manifiesto que la propuesta de la Comisión Europea contemplaba también aspectos propios del mecanismo de *notice pleading*, con la diferencia de que en el sistema del *private antitrust enforcement*, el contenido de la misma resultaba previamente sometido al control del órgano jurisdiccional competente.

<sup>1206</sup> Al respecto, la Comisión Europea había afirmado que la parte obligada a divulgar la información objeto de la orden de exhibición no hubiese podido objetar el carácter desfavorable de la misma para no realizar la *disclosure*, tratándose de una eventualidad que cabe en el ámbito del funcionamiento fisiológico de este mecanismo procesal. A nivel de Derecho interno, por lo tanto, no puede aplicarse el principio *nemo tenetur edere contra se* – con la única limitación del uso abusivo del mecanismo de divulgación probatoria *inter partes*– que obra en los supuestos en que se hayan llevado a cabo prácticas de *fishing*

interpretaciones restrictivas por parte de la jurisprudencia<sup>1207</sup>, el hecho de que la Comisión Europea hubiese abogado por esta solución, convertía el mecanismo de *disclosure* propuesto en una herramienta procesal idónea para asegurar el ejercicio efectivo de las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la realización de ilícitos concurrenciales. En particular, la referencia al elemento de las categorías precisas de documentos habría resultado susceptible de reducir las asimetrías de información existentes entre las partes procesales y, al mismo tiempo, habría permitido a los jueces nacionales circunscribir el contenido de la orden judicial, evitando la producción de una incidencia desproporcionada sobre los intereses económicos de las empresas demandadas<sup>1208</sup>.

El último requisito contemplado en la propuesta del Libro Blanco se refería a la conformación general de la medida de divulgación probatoria solicitada ante los jueces nacionales. Al respecto puede ponerse de relieve que la solicitud de divulgación, para superar el control preventivo del juez y llevar a la efectiva adopción de una orden judicial de exhibición, habría tenido que ser pertinente, necesaria y proporcionada al caso<sup>1209</sup>. Por lo que concierne al primero de estos aspectos, consistente en la pertinencia de los documentos que las empresas demandadas deben divulgar si resultan destinatarias de una orden judicial de exhibición de pruebas, el mecanismo que la Comisión Europea había elaborado requería que los jueces nacionales tuviesen que evaluar si la información solicitada fuese apropiada y pertinente para justificar la viabilidad de la acción indemnizatoria o, viceversa, la admisibilidad de la oposición posteriormente formulada por las empresas demandadas. En cambio, el carácter necesario de esta medida probatoria implicaba que, tras la realización de una evaluación *ex ante*, dicha herramienta resultase la opción menos gravosa entre todas las medidas igualmente pertinentes y al mismo tiempo disponibles para alcanzar una correcta definición del juicio resarcitorio. Por último, a la hora de llevar a cabo el juicio de proporcionalidad, los jueces nacionales habrían tenido que averiguar si la información concretamente solicitada hubiese excedido o menos el valor de la reclamación originaria, tomando en consideración, a este propósito, también la gravedad de la infracción *antitrust* relevante para el juicio resarcitorio<sup>1210</sup>.

---

*expeditions* y *discovery blackmail*. Este riesgo, en línea de principio, debería ser neutralizado en virtud del hecho que la parte solicitante debe indicar las categorías precisas de pruebas que se han de divulgar. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 120, pág. 37.

<sup>1207</sup> El alcance aplicativo de este concepto depende del criterio escogido para determinar las categorías de documentos objeto de la solicitud de exhibición, cuales por ejemplo el contenido del acto, el lugar de custodia de los documentos, el autor de los documentos, el periodo de redacción de los documentos, etc. CAMILLI *et al.* (2008, pág. 243).

<sup>1208</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 105, pág. 33.

<sup>1209</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 107, pág. 33.

<sup>1210</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 109, pág. 34.

Al respecto, la Comisión Europea había aclarado que la aplicación del mecanismo de *disclosure inter partes* no habría tenido que conllevar desventajas y costes desproporcionados para la parte destinataria de la orden de exhibición, en cuanto de no ser así la medida de divulgación concretamente solicitada habría terminado por exceder su objetivo, consistente en la remoción de los obstáculos (la existencia de asimetrías de información) que impiden el pleno acceso de las víctimas de ilícitos concurrenciales a la indemnización de los daños *antitrust* sufridos<sup>1211</sup>.

El Ejecutivo comunitario, para garantizar la eficacia de este mecanismo, en el Libro Blanco había contemplado también la imposición de sanciones en los supuestos de destrucción de las pruebas pertinentes o en el caso de que la empresa solicitada se hubiese negado a cumplir la orden judicial de *disclosure*<sup>1212</sup>. Dichas sanciones, que pueden considerarse *lex specialis*<sup>1213</sup>, y que ya se habían contemplado bajo la Opción 4 del Libro Verde<sup>1214</sup>, habrían tenido que ser efectivas produciendo un efecto disuasorio para las empresas destinatarias. Al respecto, los órganos jurisdiccionales nacionales habrían tenido que disponer de un amplio *range* de medidas sancionadoras, incluida la posibilidad de inferir conclusiones adversas para las empresas destinatarias de una orden de divulgación, es decir la realización de las antedichas actitudes habría tenido que perjudicar su posición procesal<sup>1215</sup>.

Además cabe considerar el aspecto relacionado con la protección de la información confidencial contenida en los documentos que se hallan en la esfera jurídica de disponibilidad de la parte destinataria de la orden judicial de exhibición. Se trata de un tema muy complejo en cuanto, si es cierto que la

---

<sup>1211</sup> Y lo mismo vale con respecto a las solicitudes de medidas de divulgación probatoria presentadas por las empresas demandadas. En estos supuestos cabe la posibilidad de que se haya opuesto la defensa de repercusión del sobrecoste y, para comprobar algunos elementos de la misma, como por ejemplo la magnitud de la traslación del sobreprecio, los demandados necesiten que la contraparte procesal divulgue algunos documentos relevantes que se encuentran bajo su control exclusivo.

<sup>1212</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 132, pág. 39.

<sup>1213</sup> BULST (2008, pág. 91).

<sup>1214</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 6.

<sup>1215</sup> La Comisión Europea había destacado que los Estados miembros de la UE habrían podido estar también interesados a la previsión de medidas provisionales, *ante causam* o *lite pendente* y *audita e inaudita altera parte*, finalizadas a preservar la integridad de las pruebas pertinentes que las partes hubiesen presentado para respaldar sus alegaciones –entre dichas medidas, por ejemplo, cabe incluir la descripción detallada, con o sin toma de muestras–. El modelo normativo que la Comisión Europea había tomado como elaborar esta propuesta resulta siempre la Directiva 2004/48/CE (artículo 7). Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 133, pág. 40.

protección de la información confidencial resulta necesaria para no alterar las condiciones de competencia en el mercado, ya de por sí afectado por la realización de una infracción *antitrust*<sup>1216</sup>, asimismo la divulgación de esta tipología de información resulta necesaria para garantizar la plena compensación de los daños sufridos por las víctimas de un ilícito concurrencial<sup>1217</sup>.

Al respecto, cabe antes de todo subrayar que el Derecho comunitario contempla expresamente la posibilidad de que la información confidencial sea divulgada más allá de la esfera de conocimiento de las partes que disponen de las mismas. En particular, dicha eventualidad suele ocurrir cuando este tipo de información es necesaria para demostrar la realización de una práctica anticompetitiva objeto de un procedimiento administrativo-sancionador ante la Comisión Europea<sup>1218</sup>.

---

<sup>1216</sup> La información confidencial consistente, por ejemplo, en un secreto comercial, industrial o en el *business plan* de la empresa infractora, si entrase indiscriminadamente en conocimiento de un competidor horizontal, podría perjudicar la posición de mercado de la empresa obligada a divulgarla, afectando negativamente su capacidad competitiva. En efecto, los competidores de la empresa que realiza la *disclosure* pueden aprovecharse de la información confidencial divulgada en el marco de un juicio indemnizatorio de distintas maneras. En particular, tras la obtención de esta información, los demás *players* podrían estar en condiciones de copiar las estrategias comerciales, mejorar su estructura de costes, no tener que realizar inversiones en I+D, reducir el *gap* de *know-how* con el *incumbent* atenuando el riesgo de empresa que consigue a la realización de específicas estrategias de *marketing* (v.gr. *first-mover advantage*), etc.

<sup>1217</sup> En efecto, la información confidencial puede contener datos relativos a la existencia del ilícito *antitrust* o ser fundamentales para calcular con exactitud la cuantía del daño ocurrido en el mercado de referencia. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 112, pág. 35. La jurisprudencia comunitaria ha afirmado, con respecto a un asunto de propiedad intelectual, que la protección de la confidencialidad de la información y la protección de la esfera jurídica de los sujetos perjudicados por la realización de una actividad ilícita constituyen dos principios fundamentales del ordenamiento comunitario y, por lo tanto, los Estados miembros de la UE, incluidas las Autoridades administrativas, tienen el deber de garantizar un justo equilibrio entre ellos a la hora de aplicar las disposiciones normativas de Derecho interno. STJ de 29 de enero de 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) contra Telefónica de España SAU*, C-275/06, RJ 2008/I/271, ap. 70.

<sup>1218</sup> Artículo 27, apartado 2, del Reglamento CE 1/2003, que establece: “Los derechos de la defensa de las partes estarán garantizados plenamente en el curso del procedimiento. Tendrán derecho a acceder al expediente de la Comisión, sin perjuicio del interés legítimo de las empresas en la protección de sus secretos comerciales. No se podrá acceder a información de carácter confidencial ni a los documentos internos de la Comisión o de las autoridades de competencia de los Estados miembros. En particular, el derecho de acceso al expediente no se extiende a los intercambios de correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros o entre estas últimas, incluidos los documentos elaborados en virtud de los artículos 11 y 14. Lo dispuesto en este párrafo no impedirá que la Comisión utilice o difunda la información necesaria para demostrar una infracción” (subrayado añadido). Véase también el artículo

Cabe además poner de relieve que la importancia que la divulgación de la información confidencial puede alcanzar en un juicio resarcitorio, a efectos de la consecución de la plena compensación de los daños sufridos por las víctimas de infracciones *antitrust*, había llevado la Comisión Europea a afirmar que la tutela acordada al titular de los documentos confidenciales no pudiese ser desproporcionada, ni pudiese obstaculizar de forma absoluta el ejercicio de las *antitrust damages actions*.

En efecto, la Comisión Europea había señalado que a la hora de realizar el *test* de proporcionalidad, los jueces nacionales habrían tenido que comparar la naturaleza y el valor de la específica reclamación de daños y perjuicios con el grado de relevancia asumidos por los documentos confidenciales respecto de la fundamentación de una pretensión resarcitoria. Asimismo, los órganos jurisdiccionales nacionales habrían tenido que tomar en consideración las consecuencias de la divulgación de esta clase de información para sus sujetos titulares, puesto que el alcance de la *disclosure* propuesta por la Comisión Europea en el Libro Blanco había quedado, en principio<sup>1219</sup>, exclusivamente circunscrito a la esfera de conocimiento de la parte solicitante<sup>1220</sup>.

Por último cabe analizar los efectos que la divulgación probatoria *inter partes* produce sobre los documentos que gozan de un privilegio legal<sup>1221</sup>. Al respecto

---

15, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, DOUE L 123/18 de 27 de abril de 2004.

<sup>1219</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 116, pág. 36. La Comisión Europea había considerado admisible la posibilidad de restringir el alcance de la divulgación de la información confidencial. Sin embargo, había afirmado que no resultara necesario imponer, a nivel de Derecho interno, limitaciones absolutas en función de la protección del carácter confidencial de la información objeto de la orden de exhibición, siendo también fundamental salvaguardar el derecho a la plena compensación de los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial. Por eso, entre las soluciones planteadas para gestionar este aspecto de la cuestión, se habían indicado las siguientes medidas: *i*) la celebración de audiencias no abiertas al público; *ii*) la limitación del acceso al expediente procesal; *iii*) la prohibición de utilizar la información confidencial fuera del ámbito objetivo del juicio resarcitorio en el que los jueces nacionales hubiesen ordenado la divulgación *inter partes* de los correspondientes documentos. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 117, pág. 36.

<sup>1220</sup> Por lo que afecta, en cambio, a la posición asumida por la Comisión Europea en el Libro Blanco con respecto a la relación entre la divulgación probatoria *inter partes* y el acceso a la solicitud y a los demás documentos formados en ocasión de la participación de los *co-cartelists* a un programa de clemencia de una Autoridad de la competencia véase *infra sub* §.IV.7.9.

<sup>1221</sup> A efectos de nuestro análisis resulta oportuno destacar que las comunicaciones entre el abogado y su cliente caben en el ámbito de la definición de privilegio legal (*attorney-client*



BULST (2008, pág. 91), al comentar la propuesta de la Comisión Europea, había señalado que este mecanismo procesal no habría tenido que abarcar la *disclosure* de los documentos protegidos por el *legal privilege* que, por lo tanto, habrían quedado fuera de su ámbito de aplicación. La protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre un cliente y abogado representa una cuestión muy discutida en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia<sup>1222</sup> y aún hoy en día no existe una norma que regule de forma expresa esta situación<sup>1223</sup>.

Sin embargo, puesto que la jurisprudencia comunitaria ha considerado que el privilegio legal acordado a esta clase de comunicaciones constituye no sólo un principio general del Derecho de la Unión<sup>1224</sup>, sino también un corolario del principio de defensa, en la medida en que se pone a salvaguardia de su ejercicio efectivo <sup>1225</sup>. Cada vez que recurren los requisitos previstos por la jurisprudencia<sup>1226</sup>, a las empresas destinatarias de una obligación de divulgación

---

*privilege* o *legal privilege*). GIPPINI-FOURNIER (2005, pág. 970); ALLENDESALAZAR CORCHO (2009, pág. 84).

<sup>1222</sup> STEWART y VAUGHAN (1975, págs. 1111 y sigs.); EDWARD (1978, pág. 1208).

<sup>1223</sup> SUDEROW (2011, pág. 317).

<sup>1224</sup> STJ de 18 mayo 1982, [AM & S Europe Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-155/79, RJ 1982/I/417, ap. 2; STJ de 14 septiembre 2010, [Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd contra Comisión Europea](#), C-550/07 P, RJ 2010/I/8301.

<sup>1225</sup> STEDH 16 de diciembre de 1992, [Niemietz contra Alemania](#), asunto núm. 13710/88, serie A251B, ap. 37; STJ de 26 de junio de 2007, [Ordre des barreaux francophones et germanophone et al. contra Conseil des ministres](#), C-305/05, RJ 2007/I/5305, aps. 17-37.

<sup>1226</sup> El TJUE ha establecido que la concesión del beneficio del privilegio legal está supeditada a dos requisitos acumulativos, en cuanto debe tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los derechos de la defensa del cliente y de abogados independientes, es decir no vinculados a su cliente mediante una relación laboral (STJ de 18 mayo 1982, [AM & S Europe Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), *cit.*, ap. 21; STJ de 14 septiembre 2010, [Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd contra Comisión Europea](#), *cit.*, ap. 41). Además, por lo que concierne al requisito de la independencia de los abogados, el TJUE precisó que: “la exigencia relativa a la situación y calidad de Abogado independiente que debe reunir el asesor legal del que emane la correspondencia protegible procede de la concepción de la función del Abogado como un colaborador de la Justicia que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita. La contrapartida de esta protección es la disciplina profesional, impuesta y controlada en interés general por las instituciones habilitadas al efecto. Tal concepción responde a las tradiciones jurídicas comunes a los Estados miembros y se encuentra igualmente en el ordenamiento jurídico comunitario, como se desprende del artículo 17 del Estatuto del Tribunal de Justicia CEE y CEEA, así como del artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia CECA” (STJ de 18 mayo 1982, [AM & S Europe Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), *cit.*, ap. 24). En el ámbito del ordenamiento jurídico español, véase RTDC de 22 julio 2002, [Pepsi-Cola contra Coca-Cola](#), Expte. R 508/02, FJ 6.

probatoria *inter partes*, debería reconocerse la posibilidad de oponer la existencia del privilegio legal y, por ende, salvaguardar la confidencialidad de la información contenida en las comunicaciones intercurridas con sus abogados.

### 7.3.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

En línea general, la AEDC<sup>1227</sup>, la CNC<sup>1228</sup> y el Despacho Uría Menéndez<sup>1229</sup> habían destacado que la legislación procesal civil española ya proporcionara una serie de herramientas adecuadas para satisfacer las exigencias de *disclosure inter partes* subyacentes a la propuesta formulada por la Comisión Europea en el Libro Blanco.

En particular, el artículo 328, apartado 1, de la LEC establece un deber de exhibición documental *inter partes*, afirmando que: “Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba”. Este artículo fue enmendado por el artículo 1, apartado 8, de la Ley 19/2006<sup>1230</sup> que introdujo, por el cauce del nuevo apartado 3, el mecanismo de *disclosure inter partes* establecido en la Directiva 2004/48/CE, es decir el modelo al que se había inspirado la Comisión Europea para formular su propuesta en orden a la remoción de los obstáculos existentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE por lo que concierne al acceso a las pruebas relevantes para fundamentar una reclamación indemnizatoria en el ámbito de un juicio ocasionado por el incumplimiento del Derecho *antitrust*.

Sin embargo, la AEDC había afirmado que no resultara del todo claro si este mecanismo procesal fuese susceptible de ser aplicado más allá del ámbito objetivo expresamente establecido por el artículo 328, apartado 3, de la LEC (juicios en materia de propiedad intelectual o industrial), en cuanto, por un lado, las leyes que limitan los derechos de las personas no pueden aplicarse a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en ellas y, por el otro, entre la infracción de la normativa de defensa de la propiedad intelectual y el incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia no subsiste identidad de razón para que pueda tener lugar la aplicación analógica del artículo 328, apartado 3, de la LEC a los supuestos de naturaleza *antitrust*<sup>1231</sup>.

---

<sup>1227</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 9.

<sup>1228</sup> Comentarios CNC, *cit.*, pág. 5.

<sup>1229</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 19.

<sup>1230</sup> Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, BOE núm. 134 de 6 de junio de 2006.

<sup>1231</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 9.

Además, el sucesivo artículo 329, apartado 1, de la LEC atribuye eficacia sancionadora a la negativa a exhibir las pruebas documentales solicitadas por una de las partes procesales, estableciendo que: “En caso de negativa injustificada a la exhibición del artículo anterior, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado”<sup>1232</sup>. En particular, podemos constatar que esta disposición normativa se acerca a uno de los elementos que caracterizaban el mecanismo de *disclosure* propuesto por la Comisión Europea, es decir la previsión de sanciones disuasorias en los supuestos de oposición de una negativa a cumplir la orden judicial de divulgación probatoria –la normativa española, en cambio, no hace referencia alguna a las consecuencias jurídicas aplicables en los supuestos de destrucción de las pruebas pertinentes–.

Para completar el cuadro normativo español existente *ratione materiae* cuando la Comisión Europea adoptó el Libro Blanco, tenemos que destacar que la AEDC había señalado la presencia del artículo 256 de la LEC, que se refiere a las diligencias preliminares y a su solicitud con carácter previo al inicio de la acción judicial. Por su parte, la CNC había recordado que el artículo 217 de la LEC, no sólo fija la regla general<sup>1233</sup> en orden a la distribución de la carga de la prueba en los juicios civiles, sino que en su apartado 7 se establece que: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”. Por último, tanto la CNC, como el Despacho Uría Menéndez, habían señalado que el artículo 15-*bis* de la LEC, que regula la intervención de las Autoridades de la competencia en los juicios resarcitorios ocasionados por el incumplimiento de la normativa de defensa de competencia, prevé que la aportación de información no alcanza a los datos o documentos obtenidos en ocasión de las declaraciones de los solicitantes de clemencia.

---

<sup>1232</sup> Además, el artículo 329, apartado 2, de la LEC, otorga al juez una posibilidad alternativa a la atribución de valor probatorio a la copia simple o a la versión que del contenido del documento hubiese dado, estableciendo que: “[el tribunal] podrá formular requerimiento, mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas”.

<sup>1233</sup> Además, la CNC había subrayado que si fuese cierto que, en vía general, correspondiera al demandante la carga de probar la certeza de los hechos que respaldan la alegación de la infracción de la contraparte procesal, existen sin embargo reglas específicas que modifican o invierten la carga de la prueba, como por ejemplo en los juicios en materia de competencia desleal, en que se especifica que corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas. Comentarios CNC, *cit.*, pág. 5.

Volviendo a la propuesta formulada por la Comisión Europea, la AEDC<sup>1234</sup> había considerado que los artículos 256, 297 y 328 de la LEC no habrían resultado suficientes para encauzar las medidas planteadas por el Ejecutivo comunitario, en cuanto las medidas de aseguramiento de las pruebas previstas por el artículo 256 de la LEC resultaban excesivamente limitadas, y los artículos 297 y 328 de la LEC no se referían a órdenes de divulgación de pruebas, sino a la mera solicitud de pruebas entre las partes procesales. La CEEES, en cambio, había enfocado su atención exclusivamente sobre el aspecto sancionatorio del mecanismo de *disclosure*, proponiendo a su vez, por un lado, que la cuantía indemnizatoria habría tenido que incrementarse en un 30% en el caso de que las empresas infractoras no hubiesen querido colaborar o hubiesen destruido las pruebas pertinentes, y por el otro que la cuantía indemnizatoria habría tenido que ser incrementada hasta un 50% cuando la infracción llevada a cabo hubiese sido declarada especialmente grave<sup>1235</sup>.

Por último, el Despacho Uría Menéndez había destacado que en los supuestos en que fuesen los competidores los sujetos que hubiesen solicitado la *disclosure*, habría existido el riesgo de que los mismos hubiesen podido acceder a la información relevante con carácter confidencial desde el punto de vista industrial –de por sí susceptible de alterar de cara al futuro el juego de la competencia en el mercado afectado por la práctica anticompetitiva– de tal forma que habría sido necesario establecer parámetros más estrictos para que esta clase de sujetos perjudicados hubiese podido obtener, *lite pendente*, la concesión de una orden judicial de exhibición<sup>1236</sup>.

#### 7.4. Efecto vinculante de las resoluciones de las ANC

En el Libro Blanco la Comisión Europea había vuelto a ocuparse de la eficacia de las resoluciones sancionadoras adoptadas por las Autoridades de la competencia en los juicios resarcitorios ocasionados por el incumplimiento del Derecho comunitario de defensa de la competencia. Dicho aspecto, sin embargo, ya había sido tratado en el Libro Verde<sup>1237</sup> y al respecto se habían planteado dos posibles soluciones: *i*) abogar por la inversión de la carga probatoria en favor del demandante; *ii*) proporcionar un efecto vinculante a las resoluciones de las ANC.

Si bien CAMILLI *et al.* (2008, págs. 244-245) hubiesen considerado que ambas vías de intervención contempladas en el Libro Verde fuesen susceptibles de conseguir

---

<sup>1234</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 10.

<sup>1235</sup> Comentarios CEEES, *cit.*, pág. 2.

<sup>1236</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 17.

<sup>1237</sup> Libro Verde, *cit.*, Opción 8 pág. 7. *Vid. supra sub §.IV.6.1.*

la remoción de los obstáculos al ejercicio de las acciones resarcitorias por parte de las víctimas de un ilícito *antitrust*, *sub specie* de facilitación generalizada del recurso a la tutela judicial y reducción de los costes legales en los supuestos de acciones *follow-on*, la Comisión Europea había terminado por optar por la solución más favorable, consistente en otorgar eficacia vinculante a las resoluciones de las ANC en el ámbito de los juicios resarcitorios celebrados ante los jueces nacionales. En particular, el Ejecutivo comunitario había destacado que las principales razones que subyacían a la formulación de dicha propuesta residían, por un lado, en el hecho de que asignar carácter vinculante a las decisiones administrativas de las ANC habría asegurado una aplicación más coherente de los artículos 101 y 102 del TFUE por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, incrementando la seguridad jurídica en el ordenamiento comunitario y, por el otro, en la circunstancia de que la introducción de dicha regla habría concurrido a aumentar la eficacia y eficiencia procesal de las *antitrust damages actions*.<sup>1238</sup>

En concreto, con la propuesta formulada en el Libro Blanco se había abogado por la introducción de la siguiente norma: “los órganos jurisdiccionales nacionales que tengan que pronunciarse sobre demandas de reparación de daños y perjuicios por prácticas de conformidad con el artículo 81 u 82 en los que una ANC ya haya emitido una resolución firme en la REC en la que se acredite la existencia de una infracción de dichos artículos, o sobre las que una instancia de revisión haya dictado una sentencia firme que ratifique la resolución de la ANC o la suya propia en cuanto a la existencia de una infracción, no pueden adoptar decisiones que contradigan una resolución o una sentencia de este tipo”<sup>1239</sup> (subrayado añadido).

Antes de todo cabe destacar que la Comisión Europea había formulado esta propuesta teniendo en cuenta el *acquis communautaire* y la regla del artículo 16, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003<sup>1240</sup>. Dicha previsión normativa, en particular, prevé que los órganos jurisdiccionales nacionales, a la hora de

---

<sup>1238</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 6. Además, la Comisión Europea había considerado que la mera inversión de la carga probatoria en favor del demandante no habría conducido a una remoción igualmente eficiente de los obstáculos al ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la realización de ilícitos concurrenciales. En efecto, las empresas demandadas habrían podido reiterar sus argumentaciones defensivas, si bien las mismas hubiesen sido desestimadas ante los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de la impugnación de la decisión administrativa, con la consecuencia de que se habría generado, de forma innecesaria, incertidumbre sobre el éxito del juicio *follow-on*, un incremento de las costas procesales y un retraso en la definición del pleito. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 147, pág. 44.

<sup>1239</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 7.

<sup>1240</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 135, pág. 41.

pronunciarse sobre una demanda de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 u 102 del TFUE, no pueden adoptar resoluciones incompatibles con las decisiones ya adoptadas por la Comisión Europea y, en el caso de que el procedimiento ante el Ejecutivo comunitario no haya todavía finalizado, tienen que evitar la adopción de decisiones susceptibles de entrar en conflicto con aquéllas de la Comisión Europea, apreciando si procede suspender el juicio resarcitorio. La función desempeñada por esta regla, en un sistema de competencias paralelas entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la UE, habría consistido en evitar que se adoptaran decisiones contradictorias y así garantizar el respeto de los principios de seguridad jurídica<sup>1241</sup> y aplicación uniforme de las normas comunitarias de defensa de la competencia (*level-playing field* del *antitrust enforcement*)<sup>1242</sup>.

Como acabamos de señalar, la regla contenida en el artículo 16, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003 puede considerarse como una forma de positivización de la jurisprudencia comunitaria. La doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, en efecto, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. En un primer momento los jueces comunitarios se habían limitado a invitar los órganos jurisdiccionales nacionales a no adoptar decisiones incompatibles con aquéllas adoptadas por la Comisión Europea en asuntos de naturaleza *antitrust*, con el propósito de garantizar el respeto del principio de seguridad jurídica. Con posterioridad, en cambio, se había llegado a considerar que el Derecho comunitario imponía a los jueces nacionales, *ratione materiae*, un específico deber de evitar la adopción de decisiones incompatibles (*fully-fledged duty*).

El reconocimiento de este deber implicaba, por un lado, la existencia de un sistema de supeditación de los órganos jurisdiccionales nacionales al Ejecutivo comunitario y, por el otro, que su respeto no sólo resultaba finalizado a la salvaguardia del principio de seguridad jurídica, sino que se resolvía en la afirmación de la supremacía<sup>1243</sup> de la Comisión Europea en la ejecución y orientación de la política comunitaria en materia de defensa de la competencia<sup>1244</sup>. El TJUE, con un sucesivo pronunciamiento, fortaleció su

---

<sup>1241</sup> BASEDOW (1996, pág. 582).

<sup>1242</sup> Considerando 22° del Reglamento CE 1/2003. Sin embargo, cabe añadir que el artículo 16, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003 expresamente afirma que el respeto del principio de aplicación uniforme de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, con particular referencia al hecho de que los jueces nacionales no deben adoptar decisiones incompatibles con las resoluciones de la Comisión Europea, se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 267 del TFUE.

<sup>1243</sup> MEIJ y NYSENS (2002, págs. 70-72).

<sup>1244</sup> STJ de 28 de febrero de 1991, Stergios Delimitis contra Henninger Bräu AG., *cit.*, ap. 44.

posición con respeto a la existencia de este específico deber, afirmando que el mismo fuese expresión del principio de cooperación leal entre los Estados miembros de la UE y las instituciones comunitarias<sup>1245</sup>.

Al respecto, cabe observar que MOTTARD *et al.* (2001, pág. 810), SIRAGUSA y GUERRI (2004, págs. 352-353) y RODGER y MACCULLOCH (2001, pág. 51) habían criticado la afirmación del principio de la supremacía de la Comisión Europea, en su calidad y función de Autoridad administrativa, sobre los órganos jurisdiccionales nacionales y que, por eso, la sentencia *Masterfoods* se ponía en contraste con el proceso de descentralización en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia. Sin embargo, SCHAUB (2002, pág. 13) y PAULIS y GAUER (2003, pág. 69) habían señalado que el TJUE no hubiera establecido que los jueces nacionales hubiesen tenido que quedar en todo caso vinculados a las resoluciones administrativas adoptadas por la Comisión Europea. En la opinión de tales autores, en efecto, la terminología empleada por el TJUE, más bien que pronunciarse explícitamente sobre el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea, establecía que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE no pudiesen adoptar decisiones incompatibles con las resoluciones adoptadas por el Ejecutivo comunitario. Por esta razón, se había destacado que el TJUE, con la sentencia *Masterfoods*, hubiese afirmado en vía general su supremacía sobre los jueces nacionales, fundamentando esta conclusión en las reglas del Tratado ( artículo 267 del TFUE<sup>1246</sup>) que le asignaban en vía exclusiva la función de velar por la interpretación uniforme del Derecho comunitario<sup>1247</sup>.

---

<sup>1245</sup> STJ de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods Ltd contra HB Ice Cream Ltd.*, *cit.*, ap. 26, en que se afirmó que: “[...] La necesidad de evitar que se dicten resoluciones incompatibles es uno de los elementos que justifican la obligación de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y las Instituciones de la Comunidad, concebida, en particular, para garantizar el respeto del principio de seguridad jurídica”. CASTILLO DE LA TORRE (2001, págs. 29 y sigs.); MALFERRARI (2001, págs. 608-610); BORNKAMM (2003, pág. 73); DURNER (2004, págs. 555 y sigs.).

<sup>1246</sup> RACLET (2002, pág. 130); CHITI (2004, pág. 576); KOMNINOS (2007, pág. 1399) habían considerado el artículo 267 del TFUE, y anteriormente el artículo 234 del TCE, como una forma de *lex specialis* del principio de cooperación leal establecido por el artículo 4 del TUE, y anteriormente por el artículo 10 del TCE. Cfr. también Abogado General LENZ, conclusiones presentadas el 8 de noviembre de 1990, [Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG contra Hauptzollamt Itzehoe y Zuckerfabrik Soest GmbH contra Hauptzollamt Paderborn](#), asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, RJ 1991/I/415, ap. 84.

<sup>1247</sup> KOMNINOS (2007, pág. 1393). En este sentido se había expresado, en un contexto extrajudicial, uno de los jueces del TJUE, afirmando que: “Community law is interpreted and applied by the Court of Justice. It does not follow from this principle that the Commission is infallible. Whether or not an administrative decision of the Commission must be followed as embodying superior law depends not on the fact that the

A la luz de las anteriores premisas, cuando el Ejecutivo comunitario adoptó el Libro Blanco, el artículo 16, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003 había de interpretarse en el sentido de que sobre los jueces nacionales recaía un deber negativo, que les obligaba a abstenerse de la adopción de decisiones incompatibles con aquéllas de la Comisión Europea, sin perjuicio de la facultad de interponer una demanda prejudicial ante el TJUE o adoptar una decisión diferente en el caso de que, *medio tempore*, se hubiesen modificado los hechos objeto de la evaluación del Ejecutivo comunitario, con la única exclusión de las resoluciones administrativas de naturaleza constitutiva que, en cambio, habrían recaído bajo su competencia exclusiva (por ejemplo la remoción de una exención por categoría)<sup>1248</sup>.

Esta interpretación de la regla del artículo 16, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003 había llevado SCHURMANS (2004, págs. 102-103)<sup>1249</sup> a excluir que las decisiones de las ANC pudiesen producir efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales, también las mismas fuesen adoptadas por Autoridades pertenecientes a la Red Europea de Competencia (“REC”). En particular, se había destacado que dichas ANC no habrían podido considerarse órganos comunitarios a efectos de la aplicación del artículo 10 del TCE, no siendo esta previsión normativa aplicable en el caso de que el conflicto interesase órganos no situados en el mismo nivel institucional de la estructura de la Unión Europea<sup>1250</sup>. Sin embargo, antes de la propuesta formulada por la Comisión Europea en el Libro Blanco, en algunos Estados miembros de la UE se había normativamente previsto que las decisiones de las ANC tuviesen que ser vinculantes en los juicios resarcitorios ante los jueces nacionales. En particular, en Alemania se había establecido la vinculatividad para los órganos jurisdiccionales nacionales de las decisiones de todas las ANC de la REC<sup>1251</sup>, mientras que en el Reino Unido la vinculatividad de las decisiones asumidas por

---

Commission has adopted it, so much as upon the fact that it has been upheld as valid by the Court of Justice”, COOKE (2001, pág. 19).

<sup>1248</sup> KOMNINOS (2007, pág. 1395).

<sup>1249</sup> En este sentido se había pronunciado también el Abogado General LÉGER en sus conclusiones presentadas el 8 de abril de 2003, [Gerhard Köbler contra Republik Österreich](#), C-224/01, RJ 2003/I/10239, ap. 66, en que afirmó: “[...] se califica de buen grado al juez nacional, según una expresión corrientemente utilizada, de «juez comunitario de Derecho común». Esta expresión no debe entenderse de modo literal, sino de modo simbólico. En efecto, cuando el juez nacional conoce de un asunto de Derecho comunitario, lo hace en su calidad de órgano de un Estado miembro, y no como órgano comunitario, en virtud de una operación de desdoblamiento funcional”.

<sup>1250</sup> Las ANC pertenecientes a la REC se consideran Autoridades nacionales desde el punto de vista orgánico y órganos comunitarios sólo con respecto a la función desempeñada. KOMNINOS (2007, pág. 1396).

<sup>1251</sup> Artículo 33, apartado 4, GWB.



el OFT se había exclusivamente ceñido a la evaluación de los hechos y a la calificación jurídica del asunto realizadas por la ANC británica en el marco del desarrollo de su actividad de *public antitrust enforcement*<sup>1252</sup>.

Siempre en vía preliminar respecto del análisis puntual de la propuesta contenida en el Libro Blanco, nos parece oportuno tratar brevemente las cuestiones relativas a los límites y alcance del efecto vinculante de las decisiones de la Comisión Europea para los órganos jurisdiccionales nacionales, en cuanto dichas cuestiones se ponen también con respecto a la vinculatividad de las decisiones de las ANC.

En primer lugar, por lo que concierne a los límites, cabe poner de relieve que el Reglamento CE 1/2003 no contiene una definición de conflicto o riesgo de conflicto entre una decisión de la Comisión Europea mediante la cual se aplican los artículos 101 y 102 del TFUE a un determinado litigio y una decisión de un órgano jurisdiccional nacional sobre el mismo asunto. Al respecto el Abogado General COSMOS, en sus conclusiones sobre el asunto *Masterfoods*, había destacado que: “Para determinar que existe una contradicción de este tipo, no basta con que exista una conexión entre el problema jurídico planteado ante los órganos jurisdiccionales nacionales y el que examina la Comisión. Tampoco basta con que se trate de un problema jurídico similar si no existe una identidad absoluta por lo que respecta a los elementos de hecho y de Derecho del litigio examinado por la Comisión y el litigio de que conocen los órganos jurisdiccionales nacionales. [...] Este riesgo sólo existe cuando la fuerza de cosa juzgada que tiene o tendrá la decisión del órgano jurisdiccional nacional entra en contradicción con los fundamentos de Derecho o la parte dispositiva de la Decisión de la Comisión. En consecuencia, en cada caso deben examinarse los límites de la cosa juzgada mediante la decisión del órgano jurisdiccional nacional y el contenido de la Decisión de la Comisión”<sup>1253</sup> (subrayado añadido).

CAMILLI *et al.* (2008, pág. 246) habían puesto de relieve que en la parte dispositiva de las decisiones de la Comisión Europea cabe también incluir, con el fin de determinar su carácter vinculante ante los jueces nacionales, las evaluaciones concernientes al ejercicio de los poderes sancionatorios, como por ejemplo aquéllas relativas a la gravedad de la infracción *antitrust*. Además, se había destacado que la evaluación de los efectos de una práctica anticompetitiva

---

<sup>1252</sup> Sección 58A de la Competition Act.

<sup>1253</sup> Abogado General COSMOS, conclusiones presentadas el 16 de mayo de 2000, *Masterfoods Ltd contra HB Ice Cream Ltd*, *cit.*, ap. 16. En este sentido véase también la Comunicación de la Comisión (2004/C 101/04), *cit.*, ap. 8, en que se ha afirmado que: “[...] Además, la aplicación de los artículos 81 y 82 CE por la Comisión en un asunto concreto vincula a los órganos jurisdiccionales nacionales cuando aplican las normas comunitarias de competencia en el mismo caso ya sea simultánea o posteriormente a la Comisión”. KLEES (2005, págs. 300-301).

habría tenido fuerza vinculante si la Comisión Europea hubiese tenido que tomarlos en cuenta para pronunciarse sobre el carácter ilícito de la práctica empresarial enjuiciada<sup>1254</sup> y siempre que los demandantes hubiesen puesto tales efectos a fundamento de sus demandas resarcitorias<sup>1255</sup>.

Por lo que concierne a las tipologías de decisiones de la Comisión Europea que podrían resultar vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales, cabe destacar que bajo la vigencia del Reglamento CEE 17/1962 el Ejecutivo comunitario gozaba del monopolio en la adopción de las declaraciones negativas (*negative clearance*)<sup>1256</sup> y en la aplicación del artículo 85, apartado 3, del TCE (*individual exemptions*). Por lo que respecta a las declaraciones negativas, el hecho de que bajo el régimen del antedicho Reglamento el Ejecutivo comunitario las adoptase tras haber llevado a cabo una evaluación del fondo del asunto, convertía las mismas en resoluciones vinculantes para los jueces nacionales<sup>1257</sup>. Sin embargo, con posterioridad, la jurisprudencia comunitaria de primera instancia afirmó expresamente que las declaraciones negativas no vinculaban a los órganos jurisdiccionales nacionales, si bien los mismos pudiesen apreciarlas en su examen como uno de los elementos de hecho del asunto enjuiciado<sup>1258</sup>. En particular, el TGUE<sup>1259</sup> llegó a esta conclusión en virtud del principio de efecto

---

<sup>1254</sup> Por ejemplo, ante la realización de un abuso de posición dominante con efectos de exclusión, la evaluación de los efectos tendrá carácter vinculante sólo si el demandante haya puesto a fundamento de su acción los mismos efectos objeto de análisis por parte de la Comisión Europea. CAMILLI *et al.* (2008, pág. 247).

<sup>1255</sup> La evaluación administrativa de los efectos del ilícito *antitrust* asume eficacia vinculante ante los jueces nacionales sólo si los mismos inciden sobre las relaciones jurídicas deducidas en juicio. Así, por ejemplo, no tendrán esta eficacia los efectos que la práctica anticompetitiva haya generado en mercados distintos de aquéllos en que actúan los demandantes. CAMILLI *et al.* (2008, pág. 247).

<sup>1256</sup> En particular, el artículo 2 del Reglamento CEE 17/1962 establecía que: “La Comisión podrá certificar a petición de empresas y asociaciones de empresas interesadas, que no ha lugar, por su parte, en función de los elementos de que tiene conocimiento, a intervenir en relación con un acuerdo, decisión o práctica en virtud de las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado”.

<sup>1257</sup> RITTER y BRAUN (2005, pág. 1051).

<sup>1258</sup> ATG de 17 de octubre de 2005, [First Data Corp., FDR Ltd e First Data Merchant Services Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-28/02, RJ 2005/II/4119, ap. 50.

<sup>1259</sup> Sobre este aspecto no existe una posición uniforme a nivel doctrinal, en cuanto CAMILLI *et al.* (2008, pág. 247) coinciden con la postura del TGUE, mientras que KOMNINOS (2008, pág. 1394) y MILUTINOVIĆ (2010, págs. 260-261) resultan al respecto muy críticos, en cuanto por un lado afirman que esta impostación contrasta con lo dispuesto en el artículo 4 del TUE y, por el otro, también observan que el TJUE, con la sentencia *Masterfoods*, no ha realizado alguna distinción entre las diferentes tipologías de decisiones, concernientes a la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, a la hora de afirmar el principio de derecho acerca de la resolución de los conflictos, reales o

directo de las normas comunitarias de defensa de la competencia, que obligaba a los jueces nacionales —que en teoría pueden disponer de información adicional sobre las particularidades del caso, respecto de la información a la que haya tenido acceso la Comisión Europea— a enjuiciar el asunto en función de los elementos que obran en su conocimiento y, al éxito de esta evaluación, a establecer si cabe aplicar o menos los artículos 101 y 102 del TFUE<sup>1260</sup>.

En segundo lugar, por lo que concierne al alcance del efecto vinculante de las decisiones del Ejecutivo comunitario en materia *antitrust*, cabe destacar que tales decisiones no producen una eficacia asimilable a la eficacia de *res iudicata* propia de los pronunciamientos de carácter jurisdiccional<sup>1261</sup>. En efecto, en línea general, las *rei iudicatae* pueden formarse sólo con respecto a decisiones judiciales que involucran una misma demanda judicial y exclusivamente en el caso de que ésta

---

potenciales, entre resoluciones administrativas adoptadas por la Comisión Europea y decisiones judiciales de los Tribunales nacionales.

<sup>1260</sup> Véase también la STJ de 10 de julio de 1980, [Anne Marty SA contra Estée Lauder SA](#), C-37/79, RJ 1980/I/2481, ap. 13. Cabe ulteriormente poner de relieve que el Reglamento CE 1/2003, en su artículo 10, ha otorgado a la Comisión Europea también el poder de declarar la inaplicabilidad de los artículos 101 y 102 del TFUE, en los supuestos en que no se reúnan las condiciones establecidas en los correspondientes apartados primeros o, viceversa, cuando sí se reúnan las condiciones previstas por el apartado tercero del artículo 101 (*individual exemptions*). Al respecto, el Considerando 14° del Reglamento prevé que la Comisión Europea puede proceder a la adopción de esta tipología de decisiones ante casos excepcionales en que el interés público comunitario lo requiera. La existencia de dicha previsión normativa no incide sobre la determinación del ámbito objetivo de las decisiones administrativas vinculantes para los jueces nacionales, en cuanto su alcance ha sido aclarado por parte de la misma Comisión Europea, que ha afirmado que: “[...] such an ex ante means of ensuring consistency has largely been overtaken by the extensive efforts of the European Competition Network in promoting the coherent application of [EU] law”. [Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council — Report on the Functioning of Regulation 1/2003](#), COM (2009) 206 final, Bruselas 29 de abril de 2009, ap. 114, pág. 36. Además, el Abogado General MAZÁK, en sus conclusiones presentadas el 7 de diciembre de 2010, [Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów contra Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA.](#), C-375/09, RJ 2011/I/3055, ap. 46, afirmó que: “Hay que señalar que las características especiales atribuidas al artículo 10 por el Reglamento n° 1/2003 también resultan del hecho de que, contrariamente al artículo 5, el artículo 10 no está concebido para fundamentar la conclusión de un procedimiento en un asunto determinado. Antes bien, mediante dicho precepto se pretende apoderar a la Comisión para abordar cuestiones nuevas en el Derecho de competencia de la UE ajenas, en principio, a cualquier investigación concreta”.

<sup>1261</sup> En general KOMNINOS (2007, pág. 1397); CAMILLI *et al.* (2008, pág. 247). En particular, por lo que concierne a los sistemas de *civil law* KOMNINOS (2008a, pág. 119) y por lo que afecta a los sistemas de *common law* NAZZINI (2004, págs. 112-113).

se refiera a los mismos hechos e interese a las mismas partes procesales, siendo necesario que el ejercicio del poder jurisdiccional pueda considerarse agotado.

Si bien las decisiones administrativas no resultan de por sí susceptibles de producir la misma eficacia de una *res iudicata*, en algunas ocasiones la Comisión Europea<sup>1262</sup> y una parte de la doctrina (por ejemplo FALLON, 2002, pág. 329) se habían expresado en dichos términos. Sin embargo, lo que las resoluciones administrativas adoptadas por el Ejecutivo comunitario resultan susceptibles de producir consiste, por un lado, en una presunción de legalidad y, por el otro, en la consecución de un cierto grado de irreversibilidad (*Finality* o *Bestandskraft*), en el caso de que las vías jurisdiccionales disponibles para los destinatarios de las mismas se hayan agotado. Al respecto, KOMNINOS (2007, pág. 1398) ha evidenciado que el concepto de *res iudicata*, propio del ámbito procesal, resultaría inadecuado para ser de aplicación en los supuestos de conflictos entre la decisión sancionadora de la Comisión Europea y el éxito de los juicios resarcitorios ocasionados por el incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia porque, requiriendo una identidad objetiva y subjetiva en los dos planes administrativo y jurisdiccional, habría resultado extremadamente estricto. Por lo general, en los juicios indemnizatorios por daños *antitrust*, es muy probable que los demandantes no hayan tomado parte al procedimiento administrativo-sancionador celebrado ante la Comisión Europea y, por lo tanto, en la casi totalidad de los supuestos concretos faltaría el requisito de la identidad subjetiva entre los participantes al procedimiento administrativo y las partes del juicio resarcitorio.

Por esta razón, para establecer si una decisión administrativa adoptada por la Comisión Europea posee carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales, sólo ha de considerarse si cabe identidad de hechos y no también identidad de sujetos afectados por la misma. Al respecto, cabe señalar una decisión de la Cour d'Appel de Bruselas<sup>1263</sup>, en el ámbito de la cual el juez belga ha considerado vinculante una decisión de la Comisión Europea<sup>1264</sup> si bien la misma no hubiese afectado directamente al demandado, sino sólo al Colegio profesional al cual este sujeto pertenecía (*v.gr.* “Ordre des Architectes belges”). Sin embargo, la doctrina ha señalado que la adopción de una aproximación más

---

<sup>1262</sup> DCE de 30 de abril de 2004, COMP/D2/32.448 y 32450 *Compagnie Maritime Belge SA* (2005/480/CE), ap. 11, DOUE L 171/28 de 2 de julio de 2005.

<sup>1263</sup> Sentencia de la Cour d'Appel de Bruxelles de 28 de septiembre de 2004, Eddy Lodiso v. La SPRLU Monde. Hacen referencia al pronunciamiento del juez belga KOMNINOS (2007, pág. 1398) y CAMILLI *et al.* (2008, pág. 247).

<sup>1264</sup> DCE de 24 de junio de 2004, COMP/38.549 – PO/Barème d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges, exclusivamente publicada en el sitio *Internet* de la DG Comp.

estricta resultaría mayormente en línea con la decisión del TJUE en el asunto *Masterfoods*<sup>1265</sup>.

Arrancando de estas premisas cabe ahora analizar la propuesta contenida en el Libro Blanco. En particular, si el Ejecutivo comunitario hubiese introducido la medida que habría otorgado carácter vinculante a las decisiones de las ANC, este efecto habría encontrado el mismo alcance<sup>1266</sup> y los mismos límites<sup>1267</sup> que descenden de la interpretación de la previsión normativa establecida en el artículo 16, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003. Cabe precisar que la Comisión Europea había expresamente previsto que el efecto vinculante de las decisiones de las ANC para los jueces nacionales sólo habría afectado a las resoluciones firmes con las cuales se hubiese acreditado la existencia de una infracción de los artículos 81 y 82 del TCE. Por consiguiente cuando las ANC hubiesen decidido que no procediera aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE (aún en el caso de que los mismos hubiesen podido aplicarse paralelamente a la normativa interna de defensa de la competencia) y cuando, conformemente al principio de autonomía procedimental, las ANC hubiesen decidido aplicar únicamente las normas de Derecho interno en materia *antitrust*, declarando que una determinada práctica empresarial no fuese anticompetitiva, tales decisiones

---

<sup>1265</sup> RODGER (2004, págs. 108-109); NAZZINI (2006, págs. 129 y sigs.); KOMNINOS (2007, pág. 1400)

<sup>1266</sup> La Comisión Europea había expresamente previsto que para que una decisión de una ANC produjera efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales, no habría hecho falta que concurrieran todas las condiciones previstas para la formación de la *res iudicata*. En particular, sólo habría resultado necesario que el juez nacional, ante el cual hubiese sido interpuesta una demanda indemnizatoria, se hubiese pronunciado sobre los mismos hechos objeto de la resolución administrativa y contra las mismas empresas que habían sido partes del procedimiento ante la ANC. Lo que no se requirió, fue la identidad de todos los sujetos, en cuanto en el plano jurisdiccional recorría muy a menudo que los demandantes, es decir los sujetos perjudicados por la realización de ilícitos *antitrust*, no tomaran parte al procedimiento administrativo ante la ANC. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 154, pág. 46.

<sup>1267</sup> Por lo que concierne a la tipología de decisiones de las ANC que resultan susceptibles de producir un efecto vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales, la Comisión Europea había excluido las declaraciones negativas y, en general, todas las decisiones, o las partes de las mismas, que no hubiesen acreditado la existencia de una infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 152-153, págs. 45-46. Al respecto cabe añadir que el TJUE había expresamente afirmado que: “[...] el artículo 5 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una autoridad nacional de competencia pueda adoptar una decisión por la que se declare que no se ha vulnerado el artículo 102 del TFUE cuando, con objeto de aplicarlo, examina si concurren las condiciones de aplicación de dicho artículo y, a raíz de ese examen, concluye que no se ha producido una práctica abusiva”. STJ de 3 de mayo de 2011, [Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów contra Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA](#), C-375/09, RJ 2011/I/3055, ap. 30.

no habrían recaído bajo el ámbito de aplicación de la medida propuesta por la Comisión Europea en el Libro Blanco. Esta conclusión se debe al hecho de que la propuesta del Libro Blanco sólo hacía referencia a las decisiones mediante las cuales se hubiese constatado la infracción del Derecho de la competencia y, además, a la circunstancia de que el artículo 5 del Reglamento CE 1/2003 no incluye las *negative clearance* en su ámbito de aplicación<sup>1268</sup>. A ese último respecto cabe añadir que el catálogo contenido en esta previsión normativa posee carácter exhaustivo, de tal forma que las ANC no pueden adoptar ninguna decisión que no esté contemplada, como por ejemplo las decisiones de inaplicabilidad que sólo corresponden a la Comisión Europea<sup>1269</sup>.

Además, del tenor literal de la propuesta descendía que el efecto vinculante sólo habría podido producirse en relación con las decisiones definitivas de las ANC. En particular, una decisión asume este carácter cuando se hayan agotado las vías jurisdiccionales y el tribunal competente para conocer de la impugnación haya confirmado la resolución administrativa de que se trate o cuando las empresas sancionadas hayan dejado transcurrir el plazo establecido por ley sin interponer algún recurso judicial contra la resolución administrativa<sup>1270</sup>. Con respecto a esta característica de la propuesta, la Comisión Europea había señalado que el hecho

---

<sup>1268</sup> En particular el Abogado General MAZÁK, en sus conclusiones presentadas el 7 de diciembre de 2010, [Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów contra Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA.](#), *cit.*, aps. 21, 24 y 25, afirmó que: “[...] cuando, después de tramitar un procedimiento en el que se aplican paralelamente normas de la UE y de Derecho nacional sobre la competencia, la ANC concluye que la práctica de la empresa investigada no infringe la prohibición de abuso de posición dominante, dicha ANC debe, por regla general, mediante la aplicación del principio de autonomía procedimental, emitir la decisión que corresponda de conformidad con el Derecho nacional [*v.gr.* declarar que una práctica determinada no restringe la competencia]. Sin embargo, hay que poner de relieve que es posible imponer límites al principio de autonomía procedimental, no solo por la necesidad de que se cumplan los objetivos del Reglamento n° 1/2003, es decir, la aplicación uniforme de los artículos 101 y 102 del TFUE en todos los Estados miembros (véase el considerando 1 de la exposición de motivos del Reglamento n° 1/2003). En mi opinión, el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 es una limitación de este tipo, en la que se especifican los tipos de decisión que pueden adoptar las ANC [con respecto al alcance del artículo 5 del Reglamento CE 1/2003, el Abogado General Mazák había anteriormente recordado que dicha previsión normativa establece que las ANC son competentes para aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE en asuntos concretos y, a tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, «podrán adoptar» las decisiones siguientes: i) orden de cesación de la infracción; ii) adopción de medidas cautelares; iii) aceptación de compromisos; y iv) imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional. El precepto concluye estableciendo que, cuando la información de que dispongan no acredite que se reúnen las condiciones para una prohibición, las ANC podrán decidir asimismo que no procede su intervención]”.

<sup>1269</sup> FAULL y NIKPAY (2007, pág. 113); HIRSCH *et al.* (2008, pág. 1579).

<sup>1270</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 155, pág. 46.

de que los efectos vinculantes se hubiesen producido sólo ante la presencia de una decisión definitiva, no habría alterado los incentivos a impugnar las resoluciones de las ANC. En principio, el alcance de tales resoluciones no se extiende a todos sus aspectos y, por eso, el alcance probatorio de las mismas se agota en la demostración de la existencia del ilícito concurrencial, sin abarcar también los elementos relativos al nexo de causalidad y a la cuantificación del daño sufrido por las víctimas de tales infracciones<sup>1271</sup>. En el caso de que todavía resultase pendiente un juicio de impugnación contra una decisión de una ANC, o si aún no hubiese expirado el plazo para interponer este tipo de recurso, los jueces nacionales ante los cuales se haya interpuesto una demanda resarcitoria, habrían tenido la facultad de suspender el juicio rindemnizatorio hasta cuando no se hubiese definido el juicio contencioso-administrativo<sup>1272</sup>.

Por último, la Comisión Europea había tomado posición sobre el alcance territorial de los efectos vinculantes de las decisiones de las ANC. En particular, se había destacado que si la vinculatividad de estas decisiones se hubiese limitado exclusivamente a las demandas resarcitorias interpuestas ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la UE al que también pertenecía la ANC procedente, se habría generado un efecto disuasorio para los sujetos perjudicados con consiguiente pérdida de incentivos a interponer una reclamación indemnizatoria por daños *antitrust*<sup>1273</sup>. En efecto, una fuerte limitación del alcance territorial habría acarreado consecuencias negativas en cuanto, en el caso de que los sujetos perjudicados hubiesen interpuesto una demanda indemnizatoria ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE diferente del Estado al que pertenece la ANC que haya adoptado la resolución sancionatoria, el juez nacional habría tenido que volver a pronunciarse sobre la existencia de la infracción *antitrust*. Esta situación, en última instancia, habría conllevado una duplicación de costes y un desperdicio de recursos temporales, en patente contraste con el hecho de que las Autoridades de la competencia estén mejor

---

<sup>1271</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 156, págs. 46-47. Sin embargo, CAMILLI *et al.* (2008, pág. 249) habían considerado que la introducción de la regla propuesta por la Comisión Europea sí que habría alterado los incentivos de las empresas destinatarias de una decisión sancionadora acerca de la interposición de un recurso jurisdiccional para impugnar la misma. En efecto, si es cierto que bajo este escenario se incrementaría el volumen de pleitos en el ámbito de la esfera del contencioso administrativo, esta consecuencia podría estimarse coherente con el objetivo de facilitar el ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios por parte de los sujetos perjudicados por un ilícito *antitrust*, por el hecho de que desplazaría una parte de las costas procesales sobre las ANC.

<sup>1272</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 157, pág. 47. CAMILLI *et al.* (2008, pág. 248) habían saludado de forma favorable este aspecto, en cuanto la introducción de una obligación de suspender el juicio resarcitorio habría agudizado el problema del respeto del principio de independencia del poder judicial.

<sup>1273</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 159, pág. 47.

situadas para decidir esta clase de asuntos, pese a su proximidad con los hechos evaluados y a su elevada y específica competencia técnica en la materia<sup>1274</sup>. Para evitar estos problemas, en realidad, la Comisión Europea había afirmado que el alcance territorial de los efectos vinculantes de las decisiones de las ANC, se habría tenido que extender a todas las decisiones de las Autoridades de la competencia pertenecientes a la REC, con independencia del Estado miembro de la UE ante cuyos órganos jurisdiccionales los sujetos perjudicados hubiesen concretamente entablado el juicio resarcitorio<sup>1275</sup>.

El Ejecutivo comunitario había también afirmado que los Estados miembros de la UE poseyeran la facultad de prever, de forma analógica<sup>1276</sup>, la aplicación del artículo 34, apartado 1, del Reglamento CE 44/2001, que establece que los tribunales nacionales pueden no reconocer las decisiones adoptadas en otro Estado miembro si eso fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido. En particular, por lo que concierne al ámbito objeto de nuestro análisis, este caso podría abarcar los supuestos en que el órgano jurisdiccional ante el cual se haya interpuesto una demanda resarcitoria *follow-on*, estime que en el marco del procedimiento administrativo realizado por la ANC, perteneciente a otro Estado miembro de la UE, que ha adoptado la decisión sancionatoria, haya sido vulnerado el derecho de defensa de las empresas demandadas, protegido por el artículo 6 de la CEDH<sup>1277</sup>.

Por último cabe evidenciar que BULST (2008, pág. 93) había puesto de relieve que habría sido necesario interrogarse si, en el caso de que hubiese tenido lugar una modificación estructural de las empresas afectadas, la responsabilidad administrativa por el ilícito *antitrust* del sujeto jurídico que sucede a la empresa originaria se extendiera también a la responsabilidad civil que descende de la práctica anticompetitiva. Este autor había proporcionado una respuesta *lato sensu* afirmativa a dicha cuestión, destacando que la jurisprudencia comunitaria había afirmado que: “[...] cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta

---

<sup>1274</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 160, pág. 47. La misma situación se generaría también en el caso de que el ilícito *antitrust* produjo sus efectos perjudiciales en diferentes Estados miembros de la UE y los perjudicados decidieron acumular sus demandas resarcitorias ante el órgano jurisdiccional de uno sólo de estos Estados, con arreglo a lo dispuesto a la regla de economía procesal establecida por el artículo 6, apartado 1, del Reglamento CE 44/2001.

<sup>1275</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 162, pág. 48.

<sup>1276</sup> BULST (2008, pág. 93) aboga por la aplicación directa del artículo 34, apartado 1, del Reglamento CE 44/2001. Al respecto véase también STJ de 28 de marzo de 2000, [Dieter Krombach contra André Bamberski](#), C-7/98, RJ 2000/I/1935 y STEDH de 20 de julio de 2001, Pellegrini, asunto núm. 30882/96, RJ 2001/VIII.

<sup>1277</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 162, pág. 48.



de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad sí, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades”<sup>1278</sup>. Las mismas consideraciones habrían podido extenderse también a los supuestos de responsabilidad *antitrust* intragrupo<sup>1279</sup>.

#### 7.4.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

La AEDC<sup>1280</sup>, la CNC<sup>1281</sup> y el Despacho Uría Menéndez<sup>1282</sup> —únicos *stakeholders* españoles que comentaron la propuesta de la Comisión Europea concerniente a la eficacia vinculante de las decisiones de las ANC para los órganos jurisdiccionales nacionales— habían destacado que en el ordenamiento jurídico español no existía alguna regla que otorgase este tipo de eficacia a las resoluciones administrativas, aún en el caso de que las mismas se hubiesen convertidos en decisiones firmes. Por lo tanto, la introducción de esta regla a nivel de Derecho comunitario, habría implicado la necesidad de llevar a cabo una reforma legislativa a nivel de Derecho interno español.

En efecto, cuando la Comisión Europea adoptó el Libro Blanco, en el sistema jurídico español se preveía exclusivamente un supuesto de suspensión facultativa para el juez nacional ante el cual se hubiese interpuesto una acción de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia. Al respecto, cabe recordar que el artículo 434, apartado 3, de la LEC establecía que: “se podrá suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del

---

<sup>1278</sup> STJ de 28 de marzo de 1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA y Rheinzink GmbH* contra Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados C-29/83 y C-30/83, RJ 1984/I/1679, ap. 9; STJ de 11 de diciembre de 2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contra Ente tabacchi italiani - ETI SpA et al.* y *Philip Morris Products SA et al. contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato et al.*, C-280/06, RJ 2007/I/10893, ap. 42.

<sup>1279</sup> En particular, el TJUE ha afirmado que su case law en materia de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas de defensa de la competencia se aplica también a las decisiones sancionadoras adoptadas por las ANC (STJ de 11 de diciembre de 2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contra Ente tabacchi italiani - ETI SpA et al.* y *Philip Morris Products SA et al. contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato et al.*, *cit.*). Sobre este aspecto véase también STJ de 2 de octubre de 2003, *Siderúrgica Aristrain Madrid SL contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-196/99 P, RJ 2003/I/11005. A nivel doctrinal, por ejemplo, véanse POHLMANN (1999, págs. 354-355) y BULST (2006b, págs. 229-233).

<sup>1280</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, págs. 10-11.

<sup>1281</sup> Comentarios CNC, *cit.*, pág. 6.

<sup>1282</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 24.

TCE o de los artículos 1 y 2 de la LDC cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la CNC o los órganos competentes de las CCAA y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal. Contra el auto de suspensión del proceso sólo se dará recurso de reposición<sup>1283</sup> (subrayado añadido).

En particular, la AEDC había formulado algunas reflexiones sobre el alcance de la eficacia vinculante de las decisiones de las ANC, afirmando que la misma habría tenido que circunscribirse exclusivamente al carácter antijurídico de la práctica empresarial objeto de evaluación en sede administrativa, sin extenderse a la valoración de los hechos correspondientes<sup>1284</sup>. LA AEDC había afirmado que en el juicio resarcitorio celebrado ante los jueces nacionales, se habría tenido que reconocer la posibilidad de que las partes introdujeran nuevos hechos y los órganos jurisdiccionales extendieran su regla de juicio sobre los mismos<sup>1285</sup> por lo que respecta a los demás elementos de la responsabilidad aquiliana de las empresas demandadas, en cuanto la introducción de la regla propuesta por la Comisión Europea habría impedido en todo caso una duplicación del análisis factual del carácter anticompetitivo de la práctica empresarial enjuiciada.

La AEDC entendiendo que, en línea general, una duplicación del análisis factual por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales no habría determinado un significativo incremento de las costas procesales en perjuicio de las partes demandantes, ni una excesiva extensión de la duración temporal de los pleitos, había estimado que la regla contenida en el Libro Blanco fuese innecesaria y desproporcionada con respecto a la consecución de la seguridad jurídica en este ámbito<sup>1286</sup>. En definitiva este *stakeholders* había reputado que en el caso de que la medida propuesta hubiese sido efectivamente positivizada, el legislador comunitario habría tenido que llevar también a cabo una armonización respecto de las vías de recurso contra las decisiones de las ANC en los diferentes Estados Miembros, para neutralizar el riesgo de que los sujetos afectados por un ilícito concurrencial pudiesen recurrir de forma excesiva a la práctica de *forum shopping*<sup>1287</sup>.

---

<sup>1283</sup> Tanto la CNC, como el Despacho Uría Menéndez habían subrayado este aspecto de Derecho procesal. Comentarios CNC, *cit.*, pág. 6; Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 24.

<sup>1284</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 10.

<sup>1285</sup> *Ibidem*, pág. 11.

<sup>1286</sup> *Ibidem*.

<sup>1287</sup> *Ibidem*. En particular, la AEDC había considerado que la existencia de asimetrías entre los diferentes Estados miembros de la UE por lo que concierne a este aspecto, habría generado fuertes incentivos en favor de los demandantes para llevándoles a

En cambio, el Despacho Uría Menéndez había mantenido una postura muy crítica acerca de la propuesta formulada en el Libro Blanco, sobre todo por lo que se refería al alcance territorial de la misma, afirmando que la facilitación del ejercicio de las acciones indemnizatorias por parte de los sujetos perjudicados habría podido ser lograda de forma más exhaustiva a través del fortalecimiento de los mecanismos de la REC<sup>1288</sup>. En particular, este *stakeholder* había destacado que hasta cuando no se hubiese logrado un mayor nivel de coherencia y transparencia en la aplicación de las reglas de defensa de la competencia en el ámbito de la REC, las resoluciones administrativas adoptadas por las Autoridades de la competencia sólo habrían tenido que asumir una eficacia probatoria presuntiva y no vinculante en los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros de la UE<sup>1289</sup>.

## 7.5. Requisito de conducta culpable

El Ejecutivo comunitario, como hemos anteriormente ilustrado<sup>1290</sup>, arrancando de la constatación de la existencia de diferentes regímenes nacionales<sup>1291</sup>, en el Libro Verde había propuesto tres diferentes aproximaciones acerca de la cuestión de la relevancia del requisito de conducta culpable en la introducción de un régimen específico de responsabilidad civil extracontractual en los supuestos de incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia<sup>1292</sup>.

---

acudir los órganos jurisdiccionales de los Países en que fuese más fácil y rápido agotar las vías de recurso.

<sup>1288</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 21.

<sup>1289</sup> *Ibidem*, pág. 22.

<sup>1290</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.6.2.

<sup>1291</sup> En particular, el Informe Ashurst había evidenciado que en el ámbito de los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE existían tres diferentes aproximaciones respecto de la relevancia del requisito de conducta culpable. Tales posturas pueden resumirse del modo siguiente: *i*) necesidad de demostrar la culpabilidad del autor para lograr la prueba de la ilicitud de la conducta, como por ejemplo se prevé en España e Italia (ROPO, 2014, pág. 622); *ii*) irrelevancia del elemento psicológico, debido al hecho de que se haya abogado por un régimen de responsabilidad objetiva, como por ejemplo ocurre en el Reino Unido (JONES y SUFRIN, 2004, págs. 1218-1219), los demás Países europeos de *common law* y la Francia (GALAND-CARVAL, 2005, págs. 92-93); *iii*) la conducta culpable constituye uno de los requisitos de la responsabilidad extracontractual, pero se establece la inversión de la correspondiente carga probatoria, despazándola sobre las empresas demandadas, como por ejemplo ocurre en Alemania (MAGNUS y SEHER, 2005, págs. 101 y sigs.) y Austria. Informe Ashurst, *cit.*, pág. 50.

<sup>1292</sup> Se trataba de las siguientes opciones: *i*) responsabilidad objetiva (Opción 11); *ii*) responsabilidad objetiva sólo con respecto a los *hardcore infringements* (Opción 12); *iii*) exoneración de responsabilidad en caso de error excusable de hecho o de derecho (Opción 13).

En el Libro Blanco la Comisión Europea había declarado que no tenía intención de prever a nivel comunitario un concepto armonizado de culpabilidad, ni un régimen de responsabilidad objetiva por lo que concierne a los efectos civiles del incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia<sup>1293</sup>. El Ejecutivo comunitario, por lo tanto, basándose sobre la mayoría de los *feedbacks*<sup>1294</sup> que los *stakeholders* habían formulado respecto de las Opciones del Libro Verde<sup>1295</sup>, había abogado por la introducción de una limitación en la aplicación del requisito de conducta culpable previsto por el Derecho nacional de los Estados miembros de la UE.

La Comisión Europea, en primer lugar, había sugerido el mantenimiento del régimen de responsabilidad objetiva –tanto en su versión pura, como en su versión caracterizada por la existencia de una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad de los infractores– para aquéllos Estados miembros cuyo Derecho interno preveía este tipo de regulación en los supuestos de responsabilidad extracontractual, justificando esta postura sobre la exigencia de respetar los principios comunitarios de equivalencia y efectividad<sup>1296</sup>.

En segundo lugar, con respecto a los Estados miembros cuyo Derecho interno preveía un régimen de responsabilidad aquiliana caracterizado por el principio de culpabilidad del autor de la infracción, se había propuesto la introducción de un estándar máximo de culpabilidad con el fin de garantizar un mayor nivel de seguridad jurídica en el ejercicio del derecho a la indemnización de los *antitrust damages*, así como el respeto del principio del efecto útil de los artículos 101 y 102 del TFUE, en su calidad de previsiones normativas comunitarias directamente aplicables<sup>1297</sup>. Al respecto, se había individuado como estándar máximo una presunción *iuris tantum* de culpabilidad de las empresas infractoras, ante la cual sólo se admitía la posibilidad de exoneración de responsabilidad en favor de las empresas que hubiesen logrado demostrar que la infracción fuese el resultado de un error excusable genuinamente<sup>1298</sup>. Además, la Comisión Europea había establecido de forma expresa que “un error sería excusable si una persona

---

<sup>1293</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 174, pág. 52.

<sup>1294</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 167, pág. 50.

<sup>1295</sup> Por lo que respecta a los *stakeholders* españoles es oportuno recordar que el Despacho Aguayo había abogado por la introducción de un régimen de responsabilidad objetiva en sentido estricto, mientras que la UB y el TCDC habían adoptado una postura más matizada, si bien igualmente caracterizada por un *favor* acerca de la introducción de aspectos de *strict liability*. Comentarios Aguayo, *cit.*, pág. 7; Comentarios UB, *cit.*, pág. 10; Comentarios TCDC, *cit.*, pág. 7.

<sup>1296</sup> *Ibidem*, ap. 173, pág. 52.

<sup>1297</sup> *Ibidem*, ap. 174, pág. 52.

<sup>1298</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 7.

razonable que prestara un alto grado de atención no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia”<sup>1299</sup>.

Para justificar su postura la Comisión Europea había hecho referencia al *acquis communautaire* en materia de responsabilidad civil ocasionada por el incumplimiento de las normas comunitarias directamente aplicables<sup>1300</sup>. En particular, se había destacado que la jurisprudencia comunitaria trataba la cuestión de la relevancia del requisito de conducta culpable sólo con referencia al ámbito de la responsabilidad de los Estados miembros por infracción de las previsiones normativas de Derecho comunitario directamente aplicables, afirmándose que el Derecho interno podía exigir la prueba de este requisito sólo en la medida en que eso no hubiese comprimido el derecho de los sujetos perjudicados a obtener la indemnización del perjuicio sufrido, en cuanto el derecho a la indemnización encuentra su fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario<sup>1301</sup>.

La jurisprudencia comunitaria también se había pronunciado, como hemos anteriormente destacado<sup>1302</sup>, sobre la responsabilidad civil ocasionada por la realización de prácticas anticompetitivas, sin hacer alguna referencia al requisito de conducta culpable, ni al nivel de gravedad de la infracción *antitrust*<sup>1303</sup>. Al respecto se había puesto de relieve que las empresas no tienen algún margen de discrecionalidad acerca de la decisión de conformar o menos sus conductas a las normas comunitarias de defensa de la competencia –mediando, por lo que concierne a este aspecto, un paralelismo con la responsabilidad de los Estados miembros en el caso de que no residuase para los mismos algún poder

---

<sup>1299</sup> *Ibidem*.

<sup>1300</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 168, pág. 51.

<sup>1301</sup> STJ de 5 de marzo 1996, *Brasserie du pêcheur, Bundesrepublik Deutschland y The Queen, Secretary of State for Transport, ex parte Factortame et al.*, *cit.*, ap. 79, en que se afirmó: “la obligación de reparar los daños causados a los particulares no puede supeditarse a un requisito, basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario. En efecto, imponer un requisito suplementario de tal naturaleza equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización que tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario”.

<sup>1302</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.3.1 y §.IV.3.2.

<sup>1303</sup> STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al.*, *cit.*, ap. 29; STJ de 13 de julio de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA.*, *cit.*, aps. 61 y 63 (en que sólo se hace expresa referencia al nexo de causalidad entre el daño y la práctica anticompetitiva).

discrecional acerca de la realización de la conducta conforme a Derecho<sup>1304</sup>— en cuanto estas previsiones imponen obligaciones precisas que surten efecto directo y cuya consecuencia es la atribución de derechos a los particulares. Por esto, en el momento en que se hubiese producido una infracción de tales normas, los sujetos perjudicados habrían podido interponer un recurso de indemnización sin que pudieran invocarse contra los mismos justificaciones basadas en el Derecho nacional, como por ejemplo la necesidad de acreditar en juicio la culpabilidad de las empresas demandadas, en cuanto el fundamento de la pretensión resarcitoria trae directamente origen del Derecho comunitario<sup>1305</sup>.

Por lo que concierne a los principios de equivalencia y efectividad —que por lo visto se pusieron a fundamento de la postura adoptada por la Comisión Europea con respecto al rol de la culpabilidad en los ordenamientos nacionales que preveían un régimen de responsabilidad aquiliana de tipo objetivo— la Comisión Europea se había apoyado a la doctrina jurisprudencial mencionada por el TJUE en su decisión sobre el asunto *Manfredi*<sup>1306</sup>.

Por último, la Comisión Europea había considerado que para no desvirtuar el estándar máximo de culpabilidad, resultaba necesario aplicar de forma restrictiva el criterio de exoneración de responsabilidad caracterizado por el error excusable. En particular, se había destacado que ante las infracciones más graves del Derecho de la competencia, cuales por ejemplo los acuerdos y prácticas restrictivas por objeto<sup>1307</sup>, en ningún caso habría tenido que reconocerse la

---

<sup>1304</sup> STJ de 25 de mayo de 1978, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG et al. contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-83/76, C-94-76, C-4/77, C15/77 y C-40/77, RJ 1978/I/1209, ap. 4; STJ de 27 de enero de 2000, *J.M. Mulder, W.H. Brinkhoff, J.M.M. Muskens, T. Twijnstra y Otto Heinemann contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, RJ 2000/I/203, ap. 12.

<sup>1305</sup> Conclusiones del Abogado General VAN GERVEN, presentadas el 27 de octubre de 1993, *H. J. Banks & Co. Ltd contra British Coal Corporation*, *cit.*, ap. 53. Véase también VAN GERVEN (2003, pág. 91); ID (2006, pág. 56); BULST (2006b, págs. 265-269).

<sup>1306</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 171-172, págs. 51-52. Véase también la STJ de 13 de julio de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA.*, *cit.*, ap. 62.

<sup>1307</sup> Al respecto, por lo que concierne a los juicios *stand-alone* en los Estados miembros en que rige un régimen de responsabilidad aquiliana de tipo culposo, debemos poner de relieve que no siempre resultaría fácil aplicar el estándar máximo de culpabilidad sugerido por la Comisión Europea en los supuestos de infracción por objeto. En efecto, muy a menudo los *co-cartelists* sostienen que lo que podría *prima facie* considerarse como una práctica de fijación de precios, en realidad habría también podido constituir un supuesto de paralelismo de precios inducido por la interdependencia oligopolística y que, por lo tanto, sólo tuvo lugar una forma no sancionable de colusión tácita. Sobre este tema véase la STJ de 31 de marzo de 1993, *A. Ahlström Osaakehtiö et al. contra Comisión de las*

existencia de este tipo de error<sup>1308</sup>. Además, se había añadido que un error excusable habría podido admitirse en presencia de situaciones nuevas o complejas, pero no en el caso de que las empresas infractoras hubiesen confiado en informes legales o profesionales equivocados para determinar las estrategias empresariales efectivamente llevadas a cabo en el mercado<sup>1309</sup>.

### 7.5.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

En línea general, el Despacho Uría Menéndez había considerado de forma favorable la propuesta de la Comisión Europea, subrayando que la introducción de un estándar máximo de culpabilidad, en los términos establecidos por el Libro Blanco, constituía una novedad absoluta en el escenario normativo comunitario. Este *stakeholder*, sin embargo, había también evidenciado que el error excusable genuinamente –que representaba el único criterio de exoneración de responsabilidad al que las empresas infractoras habrían podido acudir en el caso de que se hubiese introducido el nuevo régimen planteado por el Ejecutivo comunitario– no parecía *prima facie* muy simple de aplicar<sup>1310</sup>.

Por este motivo, el Despacho Uría Menéndez había afirmado que la dificultad de determinación del alcance operativo del error excusable, junto con la existencia en los Estados miembros de diferentes regímenes normativos en materia de responsabilidad civil extracontractual, habría terminado por incidir negativamente sobre la consecución de elevados estándares de seguridad y certeza jurídica con respecto al ejercicio de acciones indemnizatorias por parte de los sujetos perjudicados por el incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia<sup>1311</sup>. Por ende, este *stakeholder* había destacado que la mejor solución que habría podido alcanzar la Comisión Europea habría consistido en acercar mayormente los sistemas jurídicos de los Estados miembros por lo que respecta a la prueba del requisito de conducta culpable en materia de responsabilidad aquiliana ocasionada por la realización de ilícito concurrencial<sup>1312</sup>.

---

Comunidades Europeas, asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, RJ 1993/I/1307. MOTTA (2004, págs. 137-166).

<sup>1308</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 178, pág. 53.

<sup>1309</sup> *Ibidem*, ap. 179, pág. 53.

<sup>1310</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 25. Para solucionar este problema aplicativo, la Comisión Europea había sido solicitada a proporcionar algunos ejemplos concretos, concernientes supuestos en que las empresas infractoras habrían podido justificar la realización de una práctica contraria al Derecho de la competencia sobre la base de que la misma fuese el mero resultado de un error excusable genuinamente.

<sup>1311</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 26.

<sup>1312</sup> *Ibidem*.

Por lo que concierne a las específicas consecuencias normativas que la introducción de dicha propuesta habría conllevado en el sistema jurídico español, el Despacho Uría Menéndez había destacado que hacía falta llevar a cabo una reforma legislativa que afectase al régimen general de responsabilidad civil extracontractual<sup>1313</sup>, caracterizado por asumir el elemento de la conducta culpable del autor de la infracción como uno de los elementos estructurales de la responsabilidad aquiliana.

Por último, el Despacho Uría Menéndez había subrayado que ante un supuesto de infracción del Derecho comunitario de la competencia, la evaluación de la subsistencia del requisito de conducta culpable habría siempre tenido que evaluarse con respecto a las prácticas comerciales directamente imputables a las empresas infractoras y que, bajo ningún concepto, las mismas hubiesen tenido que ser objetivamente responsables de las conductas realizadas por sus dependientes<sup>1314</sup> –como, por ejemplo, se admite en el ordenamiento jurídico alemán en virtud de lo establecido por la Sección 831 del BGB–.

La CNC, en cambio, sólo se había limitado a destacar que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español admitía la exoneración de responsabilidad en los supuestos en que el ilícito se hubiese realizado en constancia de un error excusable<sup>1315</sup>. En particular, se había puesto de relieve que un error de este tipo habría podido configurarse si el autor del ilícito hubiese logrado demostrar que había actuado de buena fe y creyendo que su conducta fuese plenamente conforme a las normas de defensa de la competencia<sup>1316</sup>.

## 7.6. Daños y perjuicios

La propuesta que la Comisión Europea había formulado en el Libro Blanco con respecto a la regulación de los daños *antitrust* indemnizables, se ceñía exclusivamente al aspecto relativo a las modalidades de cálculo de tales perjuicios. En efecto, la Comisión Europea había afirmado que para facilitar el cálculo de esta clase de daños habría elaborado “una orientación pragmática y no vinculante” para proporcionar a los jueces nacionales, que no resultaban muy acostumbrados a gestionar litigios ocasionados por el incumplimiento de la

---

<sup>1313</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 27.

<sup>1314</sup> Al respecto se había añadido que si las empresas hubiesen adoptado adecuadas medidas precaucionales para gestionar el riesgo de que sus dependientes pudieran realizar conductas de naturaleza anticompetitiva, como por ejemplo los programas de *compliance*, si uno de tales dependientes hubiese llevado efectivamente realizado un ilícito concurrencial, eso no habría sido suficiente para imputar a las empresas empleadoras la responsabilidad civil a título de culpa. Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 26.

<sup>1315</sup> STS de 3 de marzo de 1994; STS de 29 de marzo de 1994.

<sup>1316</sup> Comentarios CNC, *cit.*, pág. 7.



normativa comunitaria de defensa de la competencia, “métodos aproximativos de cálculo o normas simplificadas para el cálculo de la pérdida”<sup>1317</sup>.

Sin embargo, además de la concreta propuesta que acabamos de ilustrar, la Comisión Europea había también aclarado una serie de conceptos relacionados con los daños indemnizables en el ámbito de los juicios resarcitorios ocasionados por la realización de ilícitos *antitrust*, arrancando de la doctrina jurisprudencial sentada por el TJUE. Por lo que afecta a este aspecto, el Ejecutivo comunitario había tomado en consideración el problema de la determinación de los daños resarcibles y aquéllo de su cuantificación.

En particular, por lo que concierne a la determinación del alcance de los daños indemnizables, cabe antes de todo poner de relieve que la Comisión Europea – que en el Libro Blanco había expresamente afirmado que la finalidad principal del *private antitrust enforcement* consistía en la plena compensación de los sujetos perjudicados<sup>1318</sup>– había vuelto a poner de relieve que, en ausencia de un marco normativo comunitario, la plena indemnización de los perjudicados habría podido lograrse sólo en el respeto de los principios de equivalencia y efectividad. En el mismo sentido se había pronunciado también el TJUE, como ya hemos destacado en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo<sup>1319</sup>. El TJUE, en efecto, con específica referencia a la determinación de los daños y perjuicios *antitrust*, había afirmado que: “en virtud del principio de efectividad y del derecho de toda persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses”<sup>1320</sup>. Por lo tanto, el TJUE se había ceñido al criterio de la pérdida sufrida por los sujetos perjudicados (*loss-based damages*)<sup>1321</sup> para determinar los daños indemnizables en los supuestos de incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia, con eso abarcando tanto la transferencia de recursos desde el perjudicado al infractor (*damnum emergens* o *income transfer*)<sup>1322</sup>, como las pérdidas relacionadas con

---

<sup>1317</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 8.

<sup>1318</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 3.

<sup>1319</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.3, §.IV.3.1 y §.IV.3.2.

<sup>1320</sup> STJ de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA., *cit.*, ap. 95.

<sup>1321</sup> La doctrina suele contraponer la categoría de los daños basados sobre la pérdida de las víctimas de un ilícito a la categoría de daños basada sobre los beneficios obtenidos por el infractor (*gain-based damages*). Véanse, por ejemplo, WEINRIB (2000, pág. 16); EDELMAN (2002, págs. 1-4); BENSON (2004, pág. 318).

<sup>1322</sup> El *damnum emergens*, a efectos de la indemnización de los daños ocasionados por una práctica anticompetitiva, puede considerarse como la remoción de una utilidad con

la restricción de la producción (*lucrum cessans* o *deadweight loss*)<sup>1323</sup>. La Comisión Europea, por lo que concierne al pago de intereses, tras haber hecho referencia a la doctrina jurisprudencial del TJUE<sup>1324</sup>, había establecido que tales intereses habrían tenido que calcularse a partir del día en que ocurrió el daño y hasta el pago efectivo de la pérdida económica sufrida por el demandante<sup>1325</sup>.

En consideración del hecho de que esta tipología de daños pertenece a la más amplia categoría de los daños conectados con la infracción de las normas comunitarias de rango primario, la indemnización de los mismos sólo habría podido tener lugar si hubiesen concurrido las condiciones establecidas por la jurisprudencia comunitaria para los supuestos de responsabilidad extracontractual<sup>1326</sup>; por esta razón las reclamaciones resarcitorias habrían tenido que referirse a daños: *i*) ciertos; *ii*) demostrados; *iii*) cuantificables<sup>1327</sup>.

En primer lugar, el requisito de la certeza del daño se refiere al hecho de que el perjuicio cuya indemnización se reclama en juicio no puede ser meramente posible, sino tiene que ser actual, es decir ya ocurrido en el momento de la interposición de la demanda resarcitoria o posible de ocurrir en el futuro con una probabilidad rayana a la certeza<sup>1328</sup>. Al respecto cabe añadir que la Comisión

---

respecto a bienes que ya se encuentran en el patrimonio del sujeto perjudicado o que éste tenía el derecho de adquirir a un precio concurrencial.

<sup>1323</sup> El *lucrum cessans*, a efectos de la indemnización de los daños *antitrust*, puede considerarse como una utilidad que el sujeto perjudicado habría tenido la posibilidad de obtener en el caso de que las empresas demandadas no hubiesen llevado a cabo un ilícito concurrencial. Por lo que concierne a los carteles secretos, MILUTINOVIĆ (2010, pág. 134) y O'CONNOR (2007, pág. 21) han afirmado que la *deadweight loss* ascendería a un valor comprendido entre el 10 y el 20% del sobreprecio o a un valor más alto, entorno al 50%, bajo ciertas específicas circunstancias (demanda lineal, coste por unidad constante y elasticidad unitaria).

<sup>1324</sup> STJ de 2 de agosto de 1993, M. Helen Marshall contra Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, *cit.*, aps. 31-32.

<sup>1325</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 187, págs. 56-57.

<sup>1326</sup> TOTH (1997, pág. 180).

<sup>1327</sup> Con respecto a la responsabilidad extracontractual por infracción de los artículos 101 u 102 del TFUE, el requisito de la especialidad del daño no resulta susceptible de aplicación, puesto que bajo ninguna circunstancia las prácticas anticompetitivas pueden considerarse actividades normales de mercado.

<sup>1328</sup> STJ de 2 de junio de 1976, Kurt Kampffmeyer Mühlenvereinigung KG *et al.* contra Comisión y Consejo de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados de C-56/74 a C-60/74, RJ1976/I/711, ap. 6, en que se afirmó: “[...] Tribunal de Justicia con objeto de que declare la responsabilidad de la Comunidad por daños inminentes y previsibles con suficiente certeza, ni siquiera en el caso de que el perjuicio no pueda cuantificarse aún con precisión [...] esta apreciación se ve confirmada por las normas vigentes en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la mayoría de los cuales, si no todos, admiten las acciones de responsabilidad fundadas en un daño futuro, pero que va a producirse con

Europea no había reiterado en el Libro Blanco la Opción 20 del Libro Verde que, con el propósito de simplificar el litigio, planteaba la posibilidad de dividir el procedimiento entre la responsabilidad del infractor y la cuantía de los daños y perjuicios<sup>1329</sup>. Esto no obstante, dicha posibilidad seguía constituyendo una buena solución para garantizar, por un lado, que los demandantes interpusieran reclamaciones de daños ciertos y, por el otro, que los órganos jurisdiccionales nacionales adoptasen sus decisiones de forma más rápida<sup>1330</sup>. En segundo lugar, los demandantes han de demostrar la existencia de los daños *antitrust* que hayan sufrido y, como apéndice de este requisito, tratar de cuantificarlos, en cuanto podría considerarse inadmisibles una demanda caracterizada por el hecho de que los interponentes se hubiesen limitado a referirse a una cuantía indemnizatoria mínima o hubiesen tratado de obtener una suma meramente especulativa.

Otro aspecto de esta propuesta que merece ser destacado afecta al hecho de que la Comisión Europea había decidido no implementar la Opción 16 del Libro Verde, que planteaba la introducción de daños y perjuicios dobles en carteles horizontales. Sin embargo, el Ejecutivo comunitario había afirmado que la previsión de daños de naturaleza punitiva no habría dado lugar a un contraste con el orden público comunitario. En efecto, cabe poner de relieve que el legislador comunitario no había expresamente incluido esta categoría de daños en la cláusula de orden público establecida en el artículo 26 del Reglamento CE 864/2007<sup>1331</sup> – a diferencia de lo que se había originariamente planteado – dejando sólo una referencia en el Considerando 32º de este Reglamento<sup>1332</sup>.

---

suficiente certeza”. MILUTINOVIĆ (2010, pág. 121), que cita TOTH (1997, págs. 180-181), y CRAIG y DE BÚRCA (2008, págs. 594-595).

<sup>1329</sup> Analizando la jurisprudencia comunitaria es posible encontrar ejemplos de juicios desarrollados en más fases. Véase STJ de 28 de abril de 1988, *J. Mulder contra Ministro de Agricultura y Pesca*, C-120/86, RJ 1988/I/2321 (juicio sobre la petición de demanda prejudicial); STJ de 19 de mayo de 1992, *J. M. Mulder et al. y Otto Heinemann contra Consejo de las Comunidades Europeas y Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, RJ 1992/I/3061 (pronunciamiento interlocutorio sobre la subsistencia de la responsabilidad extracontractual y el derecho a la indemnización del daño); STJ de 27 de enero de 2000, *J.M. Mulder, W.H. Brinkhoff, J.M.M. Muskens, T. Twijnstra y Otto Heinemann contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.* (se trata de una decisión que se pronuncia sobre la cuantificación de los daños).

<sup>1330</sup> MILUTINOVIĆ (2010, pág. 122).

<sup>1331</sup> El artículo 26 del Reglamento CE 864/2007 establece que: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

<sup>1332</sup> El Considerando 32º del Reglamento CE 864/2007 afirma que: “[...] la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro”.

Al respecto la Comisión Europea, ciñéndose a la postura mantenida por el TJUE en el asunto *Manfredi*<sup>1333</sup>, había afirmado que los Estados miembros de la UE, en obsequio a los principios de equivalencia y efectividad, habrían podido reconocer el resarcimiento de los daños *antitrust* en medida superior al perjuicio efectivamente sufrido por las víctimas de ilícitos concurrenciales, siempre y cuando el Derecho interno hubiese previsto la misma posibilidad con respecto a las reclamaciones fundamentadas sobre la infracción de la equivalente normativa nacional<sup>1334</sup>.

CAMILLI *et al.* (2008, pág. 263) habían criticado esta elección, en cuanto si bien la misma salvaguardaba la función esencialmente compensatoria de las acciones de indemnización por daños y perjuicios como forma de aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia y, desde un plano teórico, evitaba un

---

<sup>1333</sup> STJ de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA., *cit.*, ap. 93.

<sup>1334</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 190, pág. 57. Al respecto consideramos muy relevante el análisis de SALVADOR CODERCH (2000, pág. 149) entorno al papel de los *punitive damages* en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Este autor, en particular, ha destacado que: “[...] no es fácil establecer una equivalencia entre «reglas de responsabilidad» y «derecho de la responsabilidad civil» (ni probablemente, reducir la funcionalidad de los *Punitive damages* a la simple prevención eficiente de accidentes): de existir, la equivalencia en cuestión alcanza únicamente al ámbito de los comportamientos fortuitos por los que se debe responder, así como al de los simplemente negligentes. Pero el derecho a no sufrir un daño causado con dolo o con grave negligencia no está tutelado sólo con una regla de responsabilidad, sino, claramente, con otra de propiedad. A la pretensión estrictamente indemnizatoria se suman las posibilidades de pedir una indemnización extracompenzatoria (*Punitive damages* o, por lo menos, *multiple damages*) o de ejercer una acción negatoria o cuasinegatoria (en el derecho español de la responsabilidad civil es tradicional que, en los casos en que los daños puedan volver a causarse, la demanda de la víctima comprenda, además de la pretensión indemnizatoria, otra pretensión de abstención por la que se pide al tribunal que ordene al demandado abstenerse de causar en el futuro daños similares), o bien y claramente, una pretensión penal [...]”. La aportación del Profesor SALVADOR CODERCH resulta de gran relevancia para evaluar las implicaciones de la opción de política legislativa escogida por la Comisión Europea, en cuanto pone de manifiesto que es únicamente el derecho a no sufrir un daño causado con dolo o con grave negligencia que está protegido con una regla de propiedad. La responsabilidad extracontractual que surge de la infracción de la normativa de defensa de la competencia se rige por un sistema de presunción de culpa, de tal forma que los daños punitivos parecen no encontrar alguna cabida en el sistema de aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia. Esta conclusión, además, resulta muy útil también a la hora de analizar la posición asumida por la jurisprudencia comunitaria con respecto a los supuestos en que la realización de ilícitos concurrenciales conlleve la producción de un efecto paraguas (más bien conocido como *umbrella pricing*). Cfr. *infra sub* §.V.2.2.1.

enriquecimiento injusto de las víctimas de las infracciones *antitrust*, sin embargo dicha solución no habría encajado muy bien con la finalidad principal del Libro Blanco, constituida por la plena compensación de los sujetos perjudicados. En particular, estos autores habían destacado que en los supuestos en que un litigio hubiese finalizado con la estipulación de un acuerdo transactivo, los sujetos perjudicados habrían accedido a una indemnización inferior al daño efectivamente padecido, mientras que en el caso de que la reclamación originaria hubiese alcanzado un importe más elevado del perjuicio ocasionado, no obstante la estipulación de dicha clase de acuerdos, las víctimas habrían podido obtener una indemnización más cercana a la pérdida económica concretamente sufrida. Por consiguiente, abogando por la implementación de la Opción 16 del Libro Verde la Comisión Europea no sólo habría salvaguardado la función esencialmente compensatoria de las *antitrust damages actions* sino que, al mismo tiempo, habría puesto a disposición de los sujetos perjudicados una herramienta de tutela más eficaz<sup>1335</sup>.

Sobre la base de las argumentaciones ofrecidas por estos autores, puede afirmarse que la implementación de la Opción 16 del Libro Verde habría conllevado notables beneficios, en cuanto desde el punto de vista del *antitrust enforcement* los carteles horizontales se caracterizan por una reducida probabilidad de descubrimiento. La previsión de daños dobles habría permitido salvaguardar la naturaleza compensatoria de las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la realización de ilícitos concurrenciales, pese a la introducción de un multiplicador de daños: mediante este multiplicador, en particular, se habrían podido tomar en consideración las consecuencias económicas de los *settlement* sobre el patrimonio de las víctimas de las infracciones *antitrust*<sup>1336</sup>.

La Comisión Europea, a la hora de afrontar la cuestión de la determinación de los daños resarcibles, había abordado también al tema del enriquecimiento injusto, subrayando que el Derecho comunitario no contemplaba algún principio de carácter general que prohibiera a un sujeto perjudicado por la realización de una práctica anticompetitiva, la posibilidad de obtener una reparación económica que le permita alcanzar una posición mejor a aquélla que habría asumido en ausencia de la infracción<sup>1337</sup>. Por eso, en el ámbito del Commission Staff Working Paper del Libro Blanco se había reconocido la posibilidad de que los Estados miembros de la UE previeran reglas sustanciales y procesales –cuales por ejemplo la posibilidad de que los jueces nacionales calcularan la cuantía de

---

<sup>1335</sup> CAMILLI *et al.* (2008, pág. 264).

<sup>1336</sup> Piénsese, por ejemplo, al hecho de que en la opinión de CAMILLI *et al.* (2008, pág. 265) –que al respecto citan los trabajos de LANDE (1993, págs. 134-136) y LOVELL (1982, págs. 263-268)– en los EE.UU. el verdadero multiplicador de daños no equivaldría al triple de su valor, sino a un valor comprendido entre 1,25 y 1,66.

<sup>1337</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 192, pág. 58.

los daños *ex aequo et bono* o a través de métodos de estimación simplificados—susceptibles de otorgar a los sujetos perjudicados el acceso a una reparación del perjuicio sufrido superior a la plena compensación del daño *antitrust*<sup>1338</sup>.

Volviendo a la propuesta formulada por la Comisión Europea entorno a la cuestión de la cuantificación de los *antitrust damages*, ya hemos tenido forma de destacar que contrariamente a la posición asumida con respecto a otros elementos de este tipo de responsabilidad aquiliana, el Ejecutivo comunitario no había expresado la intención de introducir normas vinculantes para los jueces nacionales. La Comisión Europea, en efecto, había abogado por el uso de herramientas legislativas de *soft enforcement*, dejando un más amplio margen de maniobra y discrecionalidad en favor de los competentes órganos jurisdiccionales nacionales<sup>1339</sup>.

Antes de analizar algunas de las más significativas posturas doctrinales elaboradas sobre la posición asumida por la Comisión Europea, estimamos que sea necesario poner de relieve que en el Commission Staff Working Paper del Libro Blanco se había admitido la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales, a la hora de proceder a la cuantificación de los daños *antitrust*, consideraran como índice de estos perjuicios el beneficio ilícitamente obtenido por las empresas infractoras<sup>1340</sup>. Si bien la Comisión Europea no hubiese abogado por la introducción de una previsión normativa *ad hoc* sobre el *disgorgement*, el hecho de que se había generalmente previsto la posibilidad de acudir a este parámetro, habilitaba los jueces nacionales a recurrir a un modelo simplificado para el cálculo de los *antitrust damages*, tanto en los supuestos en que su cuantificación hubiese resultado particularmente difícil (por ejemplo a causa del elevado número de demandantes) como en el caso de que se hubiese considerado oportuno desestimar una acción indemnizatoria de mero disturbio ejercitada por los competidores ineficientes<sup>1341</sup>.

CAMILI *et al.* (2008, pág. 261), BULST (2008, pág. 85) y GAVIL (2009, págs. 167 y sigs.) habían destacado que, *prima facie*, esta propuesta del Ejecutivo comunitario presentaba aspectos positivos y negativos. En primer lugar, estos autores habían observado que la adopción de orientaciones para la cuantificación del perjuicio *antitrust* sufrido por las víctimas de tales ilícitos, habría sido de gran utilidad en la determinación de los índices simplificados para el cálculo de los daños en todos aquellos supuestos en que la aplicación de modelos más sofisticados habría resultado extremadamente costosa con respecto a la entidad del perjuicio ocasionado por la práctica restrictiva de la competencia. En particular, se ha

---

<sup>1338</sup> *Ibidem*, ap. 194, pág. 59.

<sup>1339</sup> *Ibidem*, ap. 197, pág. 60.

<sup>1340</sup> *Ibidem*, ap. 194, pág. 59.

<sup>1341</sup> CAMILLI *et al.* (2008, pág. 262).

evidenciado que el empleo de modelos simplificados de estimación del perjuicio habría resultado beneficioso en las hipótesis de litigios verticales (consumidores perjudicados contra empresas infractoras), y mucho menos en los supuestos de litigios horizontales (entre competidores) pese al elevado riesgo de sobredisuasión que esta aproximación habría acarreado<sup>1342</sup>. En segundo lugar, por lo que concierne a los aspectos negativos, la positivización en orientaciones no vinculantes de modelos simplificados de estimación de los perjuicios causados por infracciones de carácter *antitrust*, habría podido causar una pasiva adecuación de los jueces nacionales a los modelos propuestos, con consiguiente consolidación de una presunción de hecho, como tal muy difícil de revertir en juicio, susceptible de conducir a éxitos procesales inicuos<sup>1343</sup>.

KORTMANN y SWAAK (2009, pág. 346), en cambio, habían criticado el hecho de que la Comisión Europea hubiese planteado la posibilidad de emplear, como índice simplificado para la cuantificación de los *antitrust damages*, el sobreprecio medio que suele producirse ante la realización de prácticas de fijación de precios<sup>1344</sup>. Se trataba de una propuesta inspirada al modelo desarrollado por el OFT, que había expresamente hecho referencia a un valor del 10%<sup>1345</sup>. La crítica llevada a cabo por tales autores se fundamentaba sobre la siguiente consideración: en el caso de que la Comisión Europea hubiese introducido este valor presuntivo, habría resultado extremadamente fácil interponer con éxito una demanda indemnizatoria, aún en el caso de que las reclamaciones de los demandantes hubiesen carecido de una válida *causa petendi*. En efecto, si los sujetos negativamente afectados por la realización de una práctica restrictiva de la competencia no hubiesen querido invertir recursos para averiguar hasta que punto sus reclamaciones de daños y perjuicios resultasen viables, en todo caso habrían podido confiar sobre la presunción de sobreprecio medio, de tal forma que el sobreprecio del 10% se habría convertido en la menor cuantía indemnizable en supuestos de reclamaciones indemnizatorias de matriz *antitrust*<sup>1346</sup>.

Por lo tanto, arrancando de las anteriores consideraciones, los antedichos autores habían destacado que si la solución planteada por el Ejecutivo comunitario pudiese ser ventajosa desde una perspectiva de *public antitrust enforcement* —en cuanto la misma habría introducido en el sistema de aplicación de las normas comunitarias de defensa de la competencia un elemento de disuasión ulterior— desde la óptica de la aplicación privada no resultaba deseable puesto que, más bien que conducir a una plena compensación de los sujetos perjudicados, habría

---

<sup>1342</sup> *Ibidem*.

<sup>1343</sup> *Ibidem*.

<sup>1344</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 200, pág. 60.

<sup>1345</sup> Comentarios OFT, *cit.*, pág. 17.

<sup>1346</sup> KORTMANN y SWAAK (2009, pág. 346).

facilitado la recurrencia de situaciones de sobrecompensación y enriquecimiento injusto, fomentando una cultura del litigio contraria a los objetivos que la Comisión Europea estaba tratando de perseguir. En efecto, el *enforcer* comunitario, en su tarea de potenciación del *private antitrust enforcement*, no quería incurrir en los mismos problemas que habían tradicionalmente afectado a la aplicación privada del Derecho *antitrust* en el sistema jurídico norteamericano<sup>1347</sup>.

### 7.6.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

La AEDC había formulado comentarios favorables respecto de las propuestas avanzadas por la Comisión Europea, no obstante hubiese al mismo tiempo destacando que fuese necesario tener mayormente en cuenta la relación de complementariedad existente entre la aplicación pública y aquella privada del Derecho comunitario de la competencia. Este *stakeholder*, en efecto, había puesto de relieve que para evitar que las infracciones *antitrust* generasen un coste desproporcionado, hacía falta predisponer un sistema de reducción del importe de las multas sancionadoras en función de la cuantía indemnizatoria judicialmente impuestas sobre las empresas infractoras<sup>1348</sup>. En el mismo sentido se había pronunciado también el Despacho Uría Menéndez<sup>1349</sup>.

Además la AEDC, en orden a la planteada posibilidad de recurrir a métodos simplificados de cálculo del *quantum* indemnizable, había señalado la importancia de no generalizar su empleo: por esto se había propuesto que la aplicación de tales métodos fuese restringida sólo a los supuestos en que la falta de datos relevantes no habría permitido acudir a herramientas de cuantificación más técnicas y rigurosas<sup>1350</sup>. Este *stakeholder*, en virtud del *favor* expresado para las metodologías más científicas de cálculo, había también puesto de relieve que los jueces nacionales habrían tenido que otorgar a las partes procesales la posibilidad de designar expertos independientes. Además, se había destacado la importancia que, en el plano normativo, se fijasen reglas para determinar con exactitud los requisitos mínimos de calidad para la redacción de los informes periciales<sup>1351</sup>.

---

<sup>1347</sup> KORTMANN y SWAAK (2009, pág. 347). En realidad, como se ha destacado a lo largo de este párrafo, la Comisión Europea había reconocido la posibilidad de que, en el respeto de los principios de equivalencia y efectividad, los órganos jurisdiccionales nacionales compensaran las víctimas de ilícitos concurrenciales yendo más allá de la plena indemnización, aún en el caso de que eso diera lugar a situaciones de enriquecimiento injusto.

<sup>1348</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 12.

<sup>1349</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 30.

<sup>1350</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, págs. 13-14.

<sup>1351</sup> *Ibidem*.



Al respecto, podemos observar que la posición de la CNC parece alejarse de la necesidad de recurrir en línea general al soporte de los expertos independientes. Este *stakeholder*, en efecto, había subrayado que el recurso generalizado a expertos independientes, aun si el asunto y la cuantificación del daño demandado no resultasen muy complejos, habría terminado por producir un impacto disuasorio sobre los potenciales demandantes. Bajo este escenario, las víctimas de ilícitos concurrenciales, a la hora de decidir si emprender o menos un litigio resarcitorio, habrían tenido que tomar siempre en consideración los costes periciales<sup>1352</sup>.

También la CEEES había puesto de relieve que imponiendo en todo caso un cálculo preciso del daño sufrido, en muchos supuestos habría resultado excesivamente difícil o prácticamente imposible establecer la cuantía indemnizable. Por lo tanto, este *stakeholder* había formulado una específica y articulada propuesta que miraba a introducir un sistema de cálculo generalmente aplicable, con el fin de determinar en todo caso por lo menos una cuantía indemnizatoria mínima<sup>1353</sup>. En particular, la CEEES había propuesto que esta cuantía mínima fuese calculada conforme a “métodos aproximativos de cálculo o normas simplificadas para el cálculo de la pérdida”, en línea con lo que la Comisión Europea había establecido, de forma general, en el caso de que no fuera posible cuantificar el perjuicio con arreglo a sistemas más precisos y rigurosos de cálculo –por ejemplo, porque faltaban los datos relevantes o el coste de la cuantificación resultaba excesivo respecto del daño efectivamente sufrido (*vid. supra*)–.

La propuesta de la CEEES se caracterizaba por la exacta individuación de los criterios para el cálculo de la cuantía mínima, aplicables tanto a las restricciones verticales como a las prácticas anticompetitivas de carácter horizontal. Por lo que concierne a las reclamaciones indemnizatorias ocasionadas por la existencia de restricciones verticales, este *stakeholder* había distinguido la posición de los consumidores finales de aquélla de los distribuidores vinculados a la empresa infractora con una exclusiva de suministro<sup>1354</sup> sólo con respecto a la cuantificación del daño real, proponiendo en cambio un mismo método de cálculo por lo que afectaba a la determinación de la cuantía indemnizatoria mínima. En particular, para las dos categorías de sujetos perjudicados que acabamos de indicar, en el caso de que no fuera posible cuantificar el daño con exactitud, la CEEES había propuesto que la cuantía mínima indemnizable hubiese tenido que calcularse del siguiente modo: antes de todo habría tenido que establecerse cuál fuese el beneficio anual declarado por la empresa infractora

---

<sup>1352</sup> Comentarios CNC, *cit.*, pág. 8.

<sup>1353</sup> Comentarios CEEES, *cit.*, pág. 2.

<sup>1354</sup> La referencia a la categoría de los distribuidores vinculados a la empresa infractora con una exclusiva de suministro con respecto a los potenciales perjudicados por un ilícito concurrencial, se debe al hecho de que la CEEES representaba los intereses de los empresarios, propietarios y gestores de Estaciones de Servicio.

durante el periodo de persistencia de la infracción y dividir este dato por las unidades anuales que el infractor hubiese vendido en este lapso temporal; sucesivamente multiplicar el beneficio obtenido por unidad por el número de unidades que el sujeto perjudicado hubiese adquirido durante la persistencia de la práctica anticompetitiva<sup>1355</sup>. Además, la CEEES había abogado por la introducción de un mecanismo de control con el fin de evitar que las empresas infractoras desarrollasen con éxito prácticas contables artificiosas para “aminorar su beneficio o incluso mostrar pérdidas, en el periodo en el que ha tenido lugar la infracción”<sup>1356</sup>. Por último, por lo que afectaba a la propuesta formulada con respecto a las reclamaciones indemnizatorias ocasionadas por la realización de ilícitos *antitrust* de carácter horizontal, la CEEES había recurrido a los mismos términos y criterios ya empleados para la determinación de la cuantía mínima en los supuestos de restricciones verticales<sup>1357</sup>.

Por lo que se refiere a la propuesta de la CEEES tenemos que observar que la misma incurre en la mismas críticas que KORTMANN y SWAAK (2009, pág. 346) habían formulado en relación con la propuesta de la Comisión Europea<sup>1358</sup>, en la parte en que planteaba la posibilidad de introducir un estándar mínimo para indemnizar los daños y perjuicios en aquéllos supuestos en que no fuera posible calcularlos de manera precisa y rigurosa. En particular tales autores, como ya hemos tenido forma de señalar con anterioridad<sup>1359</sup>, habían destacado que la introducción de un índice presuntivo (*v.gr.* el sobreprecio medio que suele producirse como resultado de una práctica anticompetitiva de fijación de precios) habría facilitado la interposición de demandas indemnizatorias por parte de sujetos intencionados a emprender un litigio de forma oportunista, como por ejemplo los competidores menos eficientes que hubiesen concretamente sufrido un perjuicio inferior a la cuantía indemnizatoria mínima normativamente establecida.

La UAB, por su parte, había formulado algunas consideraciones acerca de la oportunidad y viabilidad jurídica de la originaria propuesta del Libro Verde, a través de la cual se había planteado la posibilidad de imponer daños dobles en los supuestos de realización de carteles horizontales<sup>1360</sup>. En particular, este *stakeholder*

---

<sup>1355</sup> Comentarios CEEES, *cit.*, págs. 3, 4 y 6. Este *stakeholder* había considerado que en el caso de que la empresa infractora pertenecía a un grupo, habría sido oportuno tomar en consideración el beneficio anual mayor de cualquiera de ellas, o bien la suma de los beneficios anuales de la filial y la matriz, alternativamente según lo que fuera más conveniente para los sujetos perjudicados.

<sup>1356</sup> Comentarios CEEES, *cit.*, pág. 7.

<sup>1357</sup> *Ibidem*, pág. 8.

<sup>1358</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 200, pág. 60.

<sup>1359</sup> *Vid. supra sub §.IV.7.6.*

<sup>1360</sup> Comentarios UAB, *cit.*, pág. 5.

había tomado en consideración dos distintas perspectivas. Por un lado, desde un punto de vista pragmático, se había subrayado que el abandono de la Opción 16 del Libro Verde resultaba acertada, en cuanto en el contexto europeo sólo las normativas nacionales de Irlanda y Reino Unido contemplaban una previsión de daños punitivos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual descendente de la comisión de un ilícito *antitrust*<sup>1361</sup>. Por el otro lado, desde la óptica de la actividad de *enforcement*, se había evidenciado que cabría la posibilidad de incrementar el nivel de compensación más allá del límite de la plena reparación del perjuicio sufrido por las víctimas de ilícitos concurrenciales, así que la indemnización reconocida por los jueces nacionales jugara un papel más significativo en el plano de la disuasión de futuras prácticas anticompetitivas<sup>1362</sup>.

La UAB había fundamentado su postura sobre las siguientes argumentaciones. En primer lugar, con la sentencia *Manfredi* el TJUE había expresamente afirmado que los daños punitivos no resultaban de por sí contrarios al orden público comunitario. En segundo lugar, GOTANDA (2007, págs. 57 y sigs.) había puesto de relieve que en algunos Estados miembros de la UE se habían llevado a cabo reformas normativas que dejaban un margen más amplio para la introducción de previsiones de daños punitivos. En tercer y último lugar, el Tribunal Supremo español, con una decisión de 2001, había reconocido eficacia a un pronunciamiento de un tribunal estadounidense que había a su vez acordado una indemnización por daños y perjuicios de carácter punitivo. Por lo que afecta a este último perfil, si es cierto que el Tribunal Supremo español había afirmado, en un distinto pronunciamiento, que la legislación nacional no permitía la imposición de daños punitivos, este mismo Tribunal había también aclarado que no resultaba contrario al orden público acordar un reconocimiento jurisdiccional a la decisión de un juez extranjero con que se habían impuesto daños punitivos a las empresas demandadas, siempre y cuando eso no hubiese conducido al reconocimiento de una cuantía resarcitoria desproporcionada<sup>1363</sup>.

El Despacho Uría Menéndez había señalado que hacía falta poner un cuidado especial a la hora de redactar las directrices no vinculantes para el cálculo de los *antitrust damages*, en cuanto existía el riesgo de que una excesiva simplificación de la metodología de cuantificación habría podido conducir a resultados aversos, tanto desde el punto de vista del respeto del objetivo de la plena compensación

---

<sup>1361</sup> Al respecto cabe recordar, ciñéndonos a las consideraciones llevadas a cabo por la Comisión Europea en el ámbito del Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, que el Derecho comunitario no contempla alguna prohibición general con respecto a la introducción de daños punitivos en los ordenamientos nacionales. Viceversa, dicha posibilidad se reconoce aunque esté supeditada a la satisfacción de determinadas condiciones, cuales por ejemplo el respeto de los principios comunitarios de equivalencia y efectividad.

<sup>1362</sup> Comentarios UAB, *cit.*, pág. 6.

<sup>1363</sup> Comentarios UAB, *cit.*, pág. 6.

de los sujetos perjudicados (que habría podido verse afectado por el reconocimiento de una sobrecompensación en favor de los demandantes), como desde la perspectiva de la interposición de demandas resarcitorias de carácter meramente oportunista<sup>1364</sup>.

## 7.7. Plazos de prescripción

La Comisión Europea había formulado también unas específicas propuestas entorno a la regulación del plazo de prescripción de las *antitrust damages actions*. Al respecto se había destacado que la necesidad de aclarar los aspectos de la individuación del *dies a quo* y la duración del plazo de prescripción, surgía del hecho de que la prescripción del derecho a la indemnización del daño presenta una gran incidencia en términos de seguridad jurídica, con la consecuencia que una falta de claridad en orden a tales elementos habría podido convertir la prescripción en un importante obstáculo para el ejercicio de las acciones resarcitorias ocasionadas por el incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia<sup>1365</sup>.

Análogas consideraciones se hallaban en el *Impact Study*, en el ámbito del cual se había observado que una aplicación efectiva del Derecho comunitario de la competencia en las relaciones *inter privatos* habría podido lograrse sólo a través de una eficiente regulación de los efectos del transcurso del tiempo sobre el derecho de acción de los sujetos perjudicados por la realización de infracciones *antitrust*. Con el fin de aclarar el alcance de esta afirmación se había destacado que, por ejemplo, la previsión de un plazo de prescripción demasiado breve habría de hecho obstaculizado la interposición de demandas resarcitorias, siendo muy probable que en muchos supuestos la preclusión temporal interviniera antes de la reclamación judicial o *lite pendente (time-barred)*<sup>1366</sup>. Además, si el escenario descrito en este ejemplo hubiese efectivamente ocurrido, los incentivos de los sujetos perjudicados habrían sido significativamente afectados: por esto, desde una perspectiva *ex ante*, no habría resultado eficiente propugnar este tipo de solución, siendo la misma susceptible de conducir a resultados de infradisuasión y sobrecompensación, en contraste con los objetivos principales del Libro Blanco.

En nuestro análisis de las opciones planteadas en el Libro Verde ya hemos tenido forma de destacar, sobre la base de los resultados del Informe Ashurst y de las consideraciones realizadas por la misma Comisión Europea<sup>1367</sup>, que en los

---

<sup>1364</sup> Comentario Uría *et al.*, *cit.*, pág. 30.

<sup>1365</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 9; Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 226, pág. 70.

<sup>1366</sup> Impact Study, *cit.*, pág. 533.

<sup>1367</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.6.11.

ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la UE existían diferencias muy marcadas entorno a las previsiones concernientes a la duración del plazo de prescripción –comparando los regímenes nacionales podía observarse la existencia de un *range* oscilante entre 1 año (*v.gr.* España) y 30 años (*v.gr.* Alemania, Austria y Luxemburgo)<sup>1368</sup>—. A nivel nacional, además, existían importantes diferencias con respecto a la individuación del *dies a quo*, en cuanto algunos Estados miembros de la UE habían abogado hacia el recurso a criterios objetivos, otros a criterios subjetivos y otros aún a ambas tipologías de criterios (*v.gr.* Bélgica, Alemania, Austria, etc.)<sup>1369</sup>.

Antes de todo cabe evidenciar que en el Libro Blanco la Comisión Europea había manifestado de forma expresa la voluntad de no introducir una regla armonizada sobre el plazo de prescripción. El Ejecutivo comunitario, ciñéndose nuevamente a la doctrina jurisprudencial del TJUE<sup>1370</sup>, había previsto que los Estados miembros de la UE, en ausencia de una específica normativa comunitaria tuvieran que observar, también por lo que concierne a la regulación del plazo de prescripción del derecho a la indemnización de los *antitrust damages*, los principios de equivalencia y efectividad. Por último cabe poner de relieve que tuvieron específica relevancia para la conformación jurídica de las propuestas formuladas por la Comisión Europea sobre este aspecto, las dificultades prácticas que solían encontrarse para determinar el *dies a quo* en los supuestos de infracción continua y repetida, así como en aquéllos en que los sujetos perjudicados no podían razonablemente ser conscientes de la existencia del ilícito concurrencial<sup>1371</sup>.

Sobre la base de estas premisas la Comisión Europea había propuesto que el *dies a quo* del plazo de prescripción de las *antitrust damages actions* no empezara a contar: *i*) antes del día del cese de la infracción (si la infracción fuese continua o repetida); *ii*) antes del día en que pueda razonablemente esperarse que los sujetos perjudicados hayan adquirido conocimiento de la existencia del ilícito *antitrust* y del daño causado, en todos los demás supuestos en que la infracción no fuese continua o repetida<sup>1372</sup>.

---

<sup>1368</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 236, pág. 72.

<sup>1369</sup> Impact Study, *cit.*, pág. 533.

<sup>1370</sup> STJ de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA., *cit.*, aps. 78 y sigs..

<sup>1371</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 9; Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 233, pág. 71. Sobre este punto véase también STJ de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA., *cit.*, ap. 79.

<sup>1372</sup> Libro Blanco, *cit.*, págs. 9-10; Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 234-235, págs. 71-72.

KORTMANN y SWAAK (2009, pág. 348) habían reputado que la introducción de una norma que establecía que el plazo de prescripción para las infracciones continuas o repetidas no empezase a contar antes del cese de las mismas, habría significado introducir una diferenciación irrazonable entre la protección de las víctimas de prácticas anticompetitivas y la tutela otorgada a las víctimas de otras tipologías de ilícitos. Estos autores, en particular, habían tomado en cuenta la regulación del Código Civil de los Países Bajos, que fija en 20 años el plazo de prescripción de las acciones de indemnización por daños y perjuicios. Al respecto, se había destacado que la introducción de una norma parecida habría conllevado una diferenciación injustificada entre las reclamaciones indemnizatorias que originan de un ilícito continuo o repetido de carácter *antitrust*—que podrían teóricamente gozar de un plazo de prescripción más largo—y las demás reclamaciones resarcitorias que, en cambio, habrían continuado a ser sujetas al (más breve) plazo de prescripción general.

Por lo que concierne, en cambio, a la posibilidad de prever que el plazo de prescripción no empezara a contar antes de que pudiera razonablemente esperarse que los sujetos perjudicados hubiesen adquirido conocimiento sobre la existencia del ilícito *antitrust* y del daño causado, los antedichos autores habían observado que la Comisión Europea, no distinguiendo entre plazos de prescripción fundamentados sobre criterios subjetivos y aquéllos basados sobre criterios objetivos, con la introducción de dicha regla habría de hecho decretado la automática conversión de los plazos de prescripción que los sistemas jurídicos nacionales establecen respecto del ejercicio de las *antitrust damages actions*, en plazos de prescripción de tipo subjetivo<sup>1373</sup>.

La segunda propuesta formulada por la Comisión Europea concernía a la duración del plazo de prescripción. En particular, el objetivo que se había tratado de perseguir con esta propuesta afectaba al incremento de las posibilidades que los sujetos perjudicados obtuvieran la indemnización en el ámbito de los juicios *follow-on*. En efecto, en el caso de que una Autoridad de la competencia hubiese ya abierto un procedimiento contra unas determinadas empresas contestando a las mismas la supuesta realización de una práctica restrictiva de la competencia cabía el riesgo de que, a causa de la duración del expediente administrativo, el derecho de acción de los sujetos perjudicados expirara antes de su ejercicio o *lite pendente*<sup>1374</sup>. La Comisión Europea podía gestionar este riesgo a través de dos soluciones alternativas: *i*) recurrir a la suspensión del plazo de prescripción hasta la conclusión de la fase administrativa; *ii*) prever un nuevo plazo de prescripción, que empiece a correr tras la adopción de una resolución de infracción por una

---

<sup>1373</sup> *Ibidem*.

<sup>1374</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 10; Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 237, pág. 72.

Autoridad de la competencia o una instancia de revisión<sup>1375</sup>. El Ejecutivo comunitario abogó por la segunda alternativa, al considerar que los sujetos perjudicados no siempre conocen de inmediato la iniciación de un procedimiento administrativo-sancionador, de tal forma que la suspensión del plazo de prescripción podía no tener lugar de manera absoluta o intervenir sólo en una fase muy avanzada, es decir en proximidad de la expiración del plazo de finalización del procedimiento administrativo, comprimiendo excesivamente el ejercicio de las *antitrust damages actions*<sup>1376</sup>.

La Comisión Europea, para gestionar este problema, había propuesto que “empiece un nuevo plazo de prescripción de por lo menos dos años una vez que sea firme la resolución de infracción en la que se basa un demandante de seguimiento”. Al respecto CAMILLI *et al.* (2008, pág. 272) habían considerado que la propuesta formulada en el Libro Blanco habría podido ser más *tranchant* pudiéndose introducir, con carácter general, un plazo de prescripción armonizado, análogamente a lo que había ocurrido en otros ámbitos de la responsabilidad extracontractual (por ejemplo, con respecto a la responsabilidad por productos defectuosos)<sup>1377</sup>. KORTMANN y SWAAK (2009, pág. 348), en cambio, habían criticado también esta propuesta<sup>1378</sup> afirmando que la introducción de una regla de este tipo habría incrementado la incertidumbre sobre la existencia del derecho a la indemnización. Dicha regla, además, habría afectado a los incentivos de las empresas infractoras en cuanto, en los supuestos en que estas últimas hubiesen decidido impugnar la resolución sancionadora adoptada por una Autoridad de la competencia –aún si esta decisión se hubiese tomado limitadamente al importe de la sanción– se habría determinado la concesión de un nuevo plazo en favor de todos los sujetos perjudicados,

---

<sup>1375</sup> CAMILLI *et al.* (2008, pág. 271) habían subrayado que esta segunda alternativa habría resultado mejor de la suspensión del plazo de prescripción (que en materia *antitrust* se prevé, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico alemán) impidiendo la realización de comportamientos estratégicos por parte de las empresas infractoras, incentivadas a llevarlos a cabo para conseguir la expiración del derecho a la indemnización antes de la conclusión del juicio resarcitorio.

<sup>1376</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 10; Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 238, págs. 72-73.

<sup>1377</sup> Estos autores abogaron, con carácter general, por la introducción de un plazo de 5 años.

<sup>1378</sup> La propuesta se inspiraba al mecanismo existente en el Reino Unido. Cfr. Competition Act de 1998, núm. 47a; Competition Appeal Tribunal Rules de 2003, núm. 31. En la jurisprudencia británica véanse las sentencias del Competition Appeal Tribunal, *BCL Old Co. Ltd., et al. v. BASF AG, et al.*, [2008] CAT 24; *Emerson Electric Co., et al. v. Morgan Crucible Co. Plc*, [2008] CAT 8. En la doctrina véase FARRE MUNOZ (2008, pág. 8).

incluyendo de forma injustificada también aquéllos que habían incurrido en la prescripción del derecho de acción a causa de una actitud inerte<sup>1379</sup>.

### 7.7.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

La AEDC había observado que mientras la propuesta de computar el plazo de prescripción en las infracciones continuadas o repetidas del Derecho comunitario de la competencia a partir del cese de la infracción o a partir de la fecha en que se hubiera producido el conocimiento de la misma y del daño, no planteaba ningún problema con respecto a la situación existente en Derecho español, sin embargo la propuesta de introducir un nuevo plazo de prescripción, de por lo menos dos años, para el ejercicio de una acción indemnizatoria en los juicios de seguimiento, en los términos establecidos por la Comisión Europea, se ponía en contradicción con las previsiones del artículo 1.968 del Código Civil, que fija en un año el plazo de prescripción de las acciones que originan de un hecho dañoso de carácter extracontractual<sup>1380</sup>.

La CNC, tras haber observado que una acción de indemnización derivada de una infracción *antitrust* podría regirse, según las características del caso, tanto por el régimen de la responsabilidad contractual como por aquéllo de la responsabilidad aquiliana, había reputado que bajo este segundo escenario la duración del plazo de prescripción previsto por la normativa interna resultaba demasiado breve<sup>1381</sup>. Sobre este mismo aspecto, la CEEES había a su vez destacado que en ningún caso la duración del plazo de prescripción debería ser inferior a 5 años, en virtud de la dificultad probatoria existente en materia de ilícitos *antitrust*<sup>1382</sup>.

Por último, el Despacho Uría Menéndez no obstante hubiese compartido las propuestas formuladas por la Comisión Europea en el Libro Blanco, había destacado que para garantizar la seguridad jurídica en todo el contexto

---

<sup>1379</sup> Sobre esta propuesta se habían pronunciado críticamente también los *stakeholders* de otros Países de la UE, cuales el Ministro de la Economía de los Países Bajos, “[Nederlandse reactie op het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels](#)”, pág. 14 y las Autoridades francesas, “[Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante – Réponse des autorités françaises](#)”, pág. 12.

<sup>1380</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 15. También la AEDC había criticado el hecho de que con la implementación de la propuesta contenida en el Libro Blanco, la Comisión Europea habría introducido, de manera injustificada, una regulación no uniforme de la duración del plazo de prescripción con respecto a las infracciones antitrust de alcance comunitario y nacional.

<sup>1381</sup> Comentarios CNC, *cit.*, pág. 11.

<sup>1382</sup> Comentarios CEEES, *cit.*, pág. 10.



comunitario, se habría tenido que establecer una duración uniforme del plazo de prescripción, de 10 o 20 años, a partir del día en que había cesado la participación de las empresas demandadas en la práctica anticompetitiva<sup>1383</sup>. Además, este *stakeholder* había evidenciado que, si bien en línea general resultaba adecuado otorgar un nuevo plazo de prescripción en los supuestos en que los sujetos perjudicados hubiesen interpuesto una demanda indemnizatoria *follow-on*, el nuevo plazo no habría tenido que ser superior a los seis meses, considerando desproporcionada la introducción de un plazo de duración más larga<sup>1384</sup>.

## **7.8. Costes de las demandas de reparación por daños y perjuicios *antitrust***

Las normas sobre la distribución de las costas procesales asumen una gran relevancia para el desarrollo de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia, en cuanto “(tales) demandas pueden ser particularmente costosas y suelen ser generalmente más complejas y de mayor duración que otros tipos de acción civil”<sup>1385</sup>. Sin embargo, en la doctrina no se ha formado un unánime consentimiento acerca del impacto que los mecanismos de *fee allocation* en el ámbito de los juicios civiles, con independencia de la regla de distribución que se haya legalmente establecido<sup>1386</sup>, producen sobre toda una serie de aspectos del *private antitrust enforcement*, cuales por ejemplo los incentivos para interponer demandas indemnizatorias o la conclusión de acuerdos transactivos.

Preliminarmente cabe observar que tanto en los EE.UU. como en Europa, si bien acudiendo a mecanismos diferentes, se ha recurrido al desplazamiento de las costas procesales sobre una determinada parte procesal (*fee-shifting rule*). Al respecto, HYLTON (1993b, págs. 1070 y sigs.) ha evidenciado que, en línea general, el sistema del *fee-shifting* resulta particularmente eficiente, en el ámbito de

---

<sup>1383</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 35. En efecto, según este *stakeholder*, dicha solución habría resultado particularmente apta para circunscribir el alcance temporal de la responsabilidad en los supuestos de carteles secretos, que muy a menudo se caracterizan por el hecho de que no todas las empresas que se acordaron inicialmente, han participado a la implementación de los mismos a lo largo de toda su efectiva duración.

<sup>1384</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 36.

<sup>1385</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 10; Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 241, pág. 74. Véase también *supra sub* §.IV.6.6.

<sup>1386</sup> KATZ (2000, págs. 64-65) había ilustrado este aspecto en los siguientes términos: “[...] Legal costs influence all aspects of the litigation process, from the decision to file suit to the choice between settlement and trial to the question whether to take precautions against a dispute in the first place [...]. The combination of all these external effects are too complicated to be remedied by a simple rule of loser-pays. Instead, indemnity of legal fees remedies some externalities while failing to address and even exacerbating others”.

los juicios resarcitorios que recaen en el área de la responsabilidad extracontractual, cuando el elemento de la conducta culpable no ha tenido algún influjo sobre la entidad del daño sufrido por el demandante. Este aspecto resulta de particular interés para nuestro análisis, en cuanto la Comisión Europea, si bien no hubiese abogado por su armonización y hubiese nuevamente reconocido la aplicabilidad de los principios de equivalencia y efectividad con respecto a este perfil, había sin embargo propuesto que los Estados miembros de la UE introdujeran una presunción *iuris tantum* de culpabilidad contra las empresas infractoras, refutable sólo en el caso de que se hubiese logrado demostrar que la infracción fue el resultado de un error excusable<sup>1387</sup>.

Por lo general, podemos observar que en casi todos los Estados miembros de la UE el régimen jurídico que regula el sistema de *fee allocation* se caracteriza por dos aspectos<sup>1388</sup>: *i*) para interponer una demanda judicial los demandantes tienen que pagar una *fee* (*upfront fee*); *ii*) la regla de distribución de las costas procesales se basa sobre el principio del vencimiento<sup>1389</sup> (*loser-pays rule* o *English rule*). Como ya hemos tenido forma de poner de relieve<sup>1390</sup>, con la aplicación del principio “quien pierde paga” el pago de las costas procesales se desplaza sobre la parte que pierde el juicio, sea éste el demandante o el demandado (*two-way fee-shifting rule*). Por lo tanto, dicha regla de devolución de las costas judiciales se diferencia netamente de aquella aplicada en los EE.UU. con respecto a las acciones indemnizatorias por infracción del Derecho *antitrust*, en cuanto en el ordenamiento estadounidense se recurre a una *one-way fee-shifting rule* con arreglo a la cual las costas procesales recaen sobre las empresas demandadas, permitiendo salvaguardar la posición de los demandantes con independencia del éxito del juicio<sup>1391</sup>.

Resulta oportuno desarrollar algunas breves consideraciones acerca del impacto de la *loser-pays rule* desde las perspectivas de la justicia correctiva, probabilidad de

---

<sup>1387</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.7.5.

<sup>1388</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 241, pág. 74.

<sup>1389</sup> La Comisión Europea había también subrayado que dicha regla de devolución de las costas procesales se había sido recientemente (respecto del periodo en que se adoptó el Libro Blanco) introducida en algunos importantes textos legislativos comunitarios, cuales el Reglamento CE 861/2007 (*cit.*), que en su artículo 16 establece que: “La parte perdedora soportará las costas del proceso. No obstante, el órgano jurisdiccional no condenará a la parte perdedora a pagar a la parte ganadora costas generadas innecesariamente o que no guarden proporción con el valor de la demanda”. Asimismo se había incluido en la Directiva 2004/48 (*cit.*), que en su artículo 14 dispone que: “Los Estados miembros garantizarán que las costas procesales, siempre que sean razonables y proporcionadas, y demás gastos en que haya podido incurrir la parte vencedora corran, como regla general, a cargo de la parte perdedora, salvo que sea contrario a la equidad”.

<sup>1390</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.6.6.

<sup>1391</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.2.2.3.

estipulación de acuerdos transactivos y disuasión de conductas infractoras de previsiones normativas. En primer lugar, ROSENBERG y SHAVELL (1985, págs. 3 y sigs.) han subrayado que el principio “quien pierde paga” resulta superior, en términos de justicia correctiva, respecto de la regla de devolución de las costas procesales según la cual cada parte procesal soporta las costas que ha generado: el principio del vencimiento, por lo tanto, resulta susceptible de incentivar, desde una perspectiva *ex ante*, un mayor número de reclamaciones sustanciales. En segundo lugar, no existe univocidad de posiciones doctrinales acerca del impacto de la *loser-pays rule* sobre la probabilidad de finalizar el juicio mediante la estipulación de acuerdos transactivos. Al respecto, KATZ (2000, págs. 73 y sigs.) ha afirmado que dicha regla desincentiva este resultado sólo cuando se litiga sobre el *an* de la cuestión. HERSCH (1990, págs. 235 y sigs.) y HYLTON (1993a, págs. 457 y sigs.), en cambio, han destacado que, en línea general, el principio “quien pierde paga” incrementa la probabilidad de llegar a un acuerdo transactivo, porque su aplicación implica un potencial aumento de las costas procesales para ambas partes. En tercer lugar, dicha regla de devolución de las costas procesales no representa la mejor solución (*first-best approach*) en un escenario en que los jueces nacionales pueden incurrir en errores judiciales de tipo I y tipo II<sup>1392</sup>.

La Comisión Europea en el Libro Blanco había observado que la aplicación del principio del vencimiento no habría sólo generado efectos positivos, contribuyendo a la eliminación de casos no sustanciales, sino que, bajo determinadas circunstancias, habría podido conllevar consecuencias negativas. En efecto, la aplicación de esta regla de devolución fue considerada susceptible de desincentivar la interposición de demandas indemnizatorias en virtud del hecho de que los sujetos perjudicados habrían podido no estar dispuestos a enfrentarse al riesgo de incurrir en el pago de las costas procesales si sus pretensiones resarcitorias –no obstante aparezcan *prima facie* merecedoras de protección– hubiesen sido desestimadas<sup>1393</sup>.

---

<sup>1392</sup> POLINSKY y SHAVELL (1989, págs. 99 y sigs.). Si en cambio se asume que los jueces no incurran en estos errores, entonces la regla del “quien pierde paga” produce efectos positivos en términos de nivel de disuasión, sin generar situaciones de *over-deterrence*. POLINSKY y RUBINFELD (1988, págs. 151 y sigs.). *Impact study, cit.*, pág. 180.

<sup>1393</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 10; Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 253, págs. 76-77. Anteriormente, el *Impact Study* había puesto de relieve las siguientes características de la *loser-pays rule*: *i*) dicha regla incrementa los costes judiciales para las partes procesales respecto de los costes generados por la *each party bears own costs rule* en cuanto, por un lado, incluye las costas procesales en los daños potenciales (BRAEUTIGAM *et al.*, 1984, págs. 173 y sigs.) y, por el otro, conduce a una disminución del coste marginal esperado de tales costas, incentivando los sujetos perjudicados a invertir recursos en un juicio indemnizatorio (KATZ, 2000, págs. 70 y sigs.); *ii*) la existencia de esta regla incentiva la interposición de demandas judiciales en los supuestos en que los demandantes creen que sea muy alta la posibilidad de que el éxito del juicio sea favorable y el valor económico de los daños reclamados no sea muy elevado (LANDES, 1971, págs.

En el Commission Staff Working Paper del Libro Blanco se había evidenciado que en algunos Estados miembros de la UE<sup>1394</sup> ya existían reglas parecidas a aquélla que la Comisión Europea había planteado en la Opción 27 del Libro Verde. Dicha regla, consistente en la concesión de “un poder discrecional al tribunal para ordenar al comienzo de un juicio que el demandante no se exponga a devolución alguna de costes aún cuando la demanda no prospere”<sup>1395</sup>, cuyo concreto ejercicio resultaba susceptible de proteger los demandantes del pago de las costas procesales con independencia del éxito del juicio resarcitorio. Al respecto cabe añadir que también las normas procesales que regulan los procedimientos judiciales ante el TJUE prevén, al recurrir de determinadas circunstancias, la posibilidad de que el juez disponga una distribución de las costas procesales sin conformarse al principio del vencimiento<sup>1396</sup>.

La Comisión Europea, siguiendo en el análisis de los aspectos relacionados con la distribución de las costas procesales, en el ámbito del Commission Staff Working Paper del Libro Blanco había destacado que para facilitar la interposición de demandas resarcitorias podrían introducirse o implementarse las siguientes medidas: *i*) como regla general, prever que los jueces nacionales tengan el poder de derogar, bajo determinadas circunstancias, al principio del vencimiento; *ii*) dejar que los jueces, en el ejercicio de su poder discrecional, establezcan de antemano las reglas que gobernarán la *fee allocation* –que podrían traducirse en la protección de la parte que pierde el juicio del pago de algunas tipologías de costes o en la fijación de un techo máximo– en cuanto eso reduciría

---

61 y sigs.; GOULD, 1973, págs. 279 y sigs.; SHAVELL, 1982, págs. 333 y sigs.). Impact Study, *cit.*, pág. 178.

<sup>1394</sup> En particular, se trata de Finlandia, Italia (*v.gr.* la facultad que se le concede al juez de establecer, a la hora de dictar sentencia, una regla de devolución de las costas procesales diferente de la *loser-pays rule*, como por ejemplo la compensación), Reino Unido (*v.gr.* además de la concesión al juez del poder de establecer, en cualquier fase del proceso y a su discreción, la regla de devolución de las costas procesales que estime más oportuna, la práctica de los *cost-capping orders*, que permite al juez fijar un techo máximo con respecto a las costas procesales que tendrá que soportar el demandante, cuando su situación económica resulta extremadamente comprometida), Francia y Alemania (*v.gr.* la posibilidad de que se le concede a las partes, en los juicios civiles ocasionados por el incumplimiento de las normas de defensa de la competencia, de demostrar que la imposición de las costas procesales, calculadas sobre la base del valor normal del asunto, perjudicaría significativamente su situación económica). Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 256-258, págs. 77-78.

<sup>1395</sup> Libro Verde, *cit.*, pág. 10; Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 255, pág. 77.

<sup>1396</sup> El TJUE puede ordenar que sea el demandado a soportar las costas vejatorias e irrazonables en las que el demandante, cuya demanda ha sido desestimada, haya incurrido a causa de la conducta procesal de la contraparte. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 259, pág. 78.

el riesgo económico asociado a la aplicación del principio del vencimiento (*increased certainty upfront*)<sup>1397</sup>; *iii*) introducir, extender o implementar mecanismos legales de asistencia económica en favor de determinadas categorías de demandantes o prever formas de seguro<sup>1398</sup>.

En definitiva la Comisión Europea no había decidido formular una propuesta de armonización de los regímenes jurídicos nacionales por lo que concierne al aspecto de la distribución de las costas procesales en el ámbito de los juicios indemnizatorios por el incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia, como ya había hecho por otros aspectos del régimen de responsabilidad extracontractual aplicable *ratione materiae* (por ejemplo en orden al requisito de la causalidad y al elemento de conducta culpable). El Ejecutivo comunitario se había sólo limitado a dirigir a los Estados miembros de la UE las siguientes sugerencias: *i*) prever normas nacionales que faciliten la conclusión de acuerdos transactivos; *ii*) fijar costas judiciales apropiadas, de manera que las mismas no produzcan un efecto disuasorio desproporcionado; *iii*) reconocer en favor de los jueces nacionales, *sub specie* de derogación al régimen general, el poder de emitir órdenes de gastos que garanticen a los demandantes –con independencia del éxito conclusivo del juicio– de manera tal que los mismos no tengan que cargar con todas las costas del proceso<sup>1399</sup>.

### 7.8.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

La AEDC había considerado que no fuera necesario introducir en la jurisdicción española normas especiales para reducir el riesgo de que los demandantes incurran en costes muy elevados, derogando al principio del vencimiento. En efecto, este *stakeholder* había destacado que la *loser-pays rule* juega un rol fundamental en la economía de los juicios indemnizatorios ocasionados por la infracción del Derecho comunitario de la competencia, en cuanto no sólo permite que los casos no sustanciales no lleguen ante los tribunales, sino que también produce, como consecuencia adicional, la neutralización del riesgo de que se realice un uso frívolo, o incluso fraudulento, de los mecanismos judiciales nacionales<sup>1400</sup>. En particular, la AEDC había estimado que el régimen jurídico español en materia de distribución de las costas procesales, es decir el artículo 394 de la LEC, contase con “la suficiente seguridad jurídica como para no desincentivar la imposición de eventuales demandas sustanciales de indemnización por daños y perjuicios como resultado de prácticas contrarias a la competencia, y al mismo tiempo es lo suficientemente garantista y riguroso como

---

<sup>1397</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 260, pág. 78.

<sup>1398</sup> *Ibidem*, aps. 264-267, págs. 79-80.

<sup>1399</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 11.

<sup>1400</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 16.

para evitar un uso frívolo o fraudulento de los mecanismos judiciales previstos”<sup>1401</sup>.

En particular, el artículo 394 de la LEC regula la condena en las costas de la primera instancia. Esta norma si bien dicta, en su apartado primero, un régimen de devolución centrado sobre el principio del vencimiento, establece al mismo tiempo una excepción en el caso de que “el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”. Al respecto, el siguiente apartado tercero dispone que en el caso de que las costas se impongan al litigante vencido, éste solo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales (no sujetos a tarifa o arancel), una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, y eso por cada uno de los litigantes que hayan obtenido el pronunciamiento favorable. Además, en el caso de que se produzca una estimación (o desestimación) parcial, el apartado segundo del artículo 394 de la LEC fija una regla que se acerca a la *each party bears own costs rule*, en cuanto se establece que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Esta última regla, sin embargo, también conoce una excepción que obra en el caso de que el tribunal estime que alguna de las partes procesales ha actuado con temeridad, en cuanto al recurrir de esta circunstancia, el juez tendrá que aplicar el régimen general, es decir el principio del vencimiento<sup>1402</sup>.

La AEDC, por lo que concierne a la posibilidad de que los Estados miembros de la UE introduzcan en sus regímenes procesales nacionales normas y medidas para facilitar la conclusión de acuerdos transactivos, había afirmado que la situación de la justicia española, caracterizada por un “alargamiento inevitable de cualquier proceso”, ya de por sí contenía los presupuestos para propiciar la conclusión de esta clase de acuerdos entre las partes procesales, con inclusión de las costas procesales en el tejido de las cláusulas pacticias, no sólo antes de la finalización del pleito, sino también antes de la interposición de la demanda resarcitoria<sup>1403</sup>.

En cambio la CEEES había abogado por la introducción de una norma específica, con arreglo a la cual se previera que en el caso de que la reclamación indemnizatoria avanzada por el sujeto perjudicado no hubiese prosperado, el importe de la condena en costas habría tenido que reducirse, como máximo, al 10% del que resultaría apropiado en cualquier reclamación ordinaria perteneciente a la misma categoría<sup>1404</sup>. Por último, el Despacho Uría Menéndez

---

<sup>1401</sup> *Ibidem*.

<sup>1402</sup> También la CNC había hecho referencia a la legislación nacional en materia de distribución de las costas procesales, sin entrar en el mérito de las consideraciones formuladas por la Comisión Europea. Comentarios CNC, *cit.*, págs. 11-12.

<sup>1403</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 17.

<sup>1404</sup> Comentarios CEEES, *cit.*, pág. 11.

por un lado había afirmado de no ser favorable a la introducción de un régimen nacional especial con el fin de incentivar la estipulación de acuerdos transactivos en los supuestos de infracción del Derecho comunitario de la competencia, en cuanto eso habría incrementado el riesgo de interposición de demandas judiciales con finalidades oportunistas o vejatorias<sup>1405</sup> y, por el otro, ni siquiera había compartido la necesidad manifestada por la Comisión Europea acerca de la derogación del principio del vencimiento, en cuanto la introducción de reglas especiales para la distribución de las costas judiciales, habría podido generar el riesgo de incurrir en los mismos excesos que caracterizaban otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el ordenamiento estadounidense<sup>1406</sup>.

### **7.9. Interacción entre los programas de clemencia y las demandas de indemnización por daños y perjuicios *antitrust***

La última cuestión afrontada en el Libro Blanco concierne a la interacción entre los programas de clemencia y las demandas de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia<sup>1407</sup>. Este tema ya había sido objeto de análisis en el ámbito del Libro Verde<sup>1408</sup>, en que la Comisión Europea había tratado de individualizar algunas posibles opciones para preservar la eficacia de estos programas frente a la potenciación del *private antitrust enforcement* bajo el perfil de la facilitación del ejercicio de las acciones indemnizatorias<sup>1409</sup>.

Por lo que concierne a las Opciones contenidas en el Libro Verde, cabe antes de todo recordar que la Comisión Europea recibió comentarios contrastantes, es decir favorables y desfavorables, acerca de la oportunidad de introducir un descuento condicional, con respecto a cualquier indemnización por daños y perjuicios, en favor de los *leniency applicants* a los que se hubiese concedido el beneficio de la clemencia. Por lo que concierne a los comentarios negativos, por ejemplo, algunos de ellos destacaron que la concesión de este tipo de descuento habría determinado un perjuicio injustificado para los demás *co-cartelists* que, pese a la existencia de un régimen de responsabilidad solidaria y en virtud del

---

<sup>1405</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, págs. 38-39.

<sup>1406</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, págs. 39-40.

<sup>1407</sup> Libro Blanco, *cit.*, págs. 11-12.

<sup>1408</sup> En particular, en el Libro Verde se formularon las siguientes tres opciones: *i*) la exclusión del acceso a las solicitudes de clemencia en favor del *leniency applicant* (Opción 28); *ii*) la previsión de un descuento condicional en cualquier indemnización por daños y perjuicios contra un solicitante de clemencia (Opción 29); *iii*) introducir una limitación de la responsabilidad del solicitante de clemencia a la parte de los daños correspondiente a su participación en el mercado del cartel (Opción 30). Cfr. *supra* sub §.IV.6.7.

<sup>1409</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 274-279, págs. 82-83.

principio de compensación plena de los sujetos perjudicados, habrían tenido que indemnizar una cuantía mayor respecto del daño que hubiesen efectivamente provocado. La Comisión Europea dejó caer esta propuesta, poniendo de relieve que no resultaba demostrado que el fortalecimiento del *private antitrust enforcement*, sin la concesión de un descuento condicional en favor de los *leniency applicants* demandados en un juicio *follow-on* de carácter indemnizatorio, habría negativamente afectado a los programas de clemencia.

Por lo que se refiere, en cambio, a la remoción de la responsabilidad solidaria en favor del *leniency applicant*, dicha opción no miraba a la concesión de un beneficio económico ulterior a la empresa que hubiese gozado del beneficio de la clemencia, sino tendía exclusivamente a otorgarle un ulterior incentivo, limitando su responsabilidad sólo a la cuota de daño que hubiese efectivamente causado en virtud de su participación al cártel<sup>1410</sup>. La implementación de esta propuesta, en efecto, habría concedido una doble ventaja al solicitante de clemencia, en cuanto, por un lado, si el demandante se hubiese dirigido directamente contra él para obtener la indemnización del perjuicio sufrido, el *leniency applicant*-demandado sólo habría respuesto por la cuota de daño que su participación al cártel hubiese efectivamente causado y, por el otro, en los supuestos de insolvencia parcial de uno o varios *co-cartelists*, no habría tenido que hacer frente al incremento de la carga financiera que, por lo tanto, sólo habría afectado a las cuotas de los demás participantes<sup>1411</sup>. Los comentarios recibidos pusieron en duda la efectividad de esta medida y levantaron algunas críticas acerca de los criterios que habrían tenido que emplearse para circunscribir el alcance de la responsabilidad residual del solicitante de clemencia, lo que condujo la Comisión Europea a abandonar también la implementación de la Opción 30 del Libro Verde<sup>1412</sup>.

Por lo general, y antes de ilustrar la propuesta formulada en el Libro Blanco, observamos que establecer un adecuado grado de interacción entre los *leniency programs* y las *antitrust damages actions* reviste una importancia fundamental, en consideración del hecho de que los programas de clemencia constituyen una de las principales herramientas de *public antitrust enforcement* en la lucha a los carteles secretos, a la que la Comisión Europea asigna un carácter prioritario por la trascendencia dañina que conlleva esta tipología de infracción del Derecho *antitrust*.

Por lo que concierne a la definición de carteles secretos a efectos de la aplicación del programa comunitario de clemencia, cabe recordar que la Comisión Europea se refiere expresamente a esta tipología de infracción en los términos siguientes: “Los carteles son acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más

---

<sup>1410</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 280, pág. 83.

<sup>1411</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 282, págs. 83-84.

<sup>1412</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 283-284, pág. 84.



competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores. Tales prácticas figuran entre los casos más graves de violación del artículo 81 del Tratado CE”<sup>1413</sup>.

En particular, el punto crucial de la cuestión reside en el hecho de que las empresas involucradas en la realización de carteles secretos, que se decidan a poner fin a su participación y cooperen en la investigación de la Comisión Europea con independencia de lo que hagan los demás *co-cartelists* (*race to the courthouse*), terminarían quedando en una situación peor con respecto a las demás empresas involucradas en el cártel si, en el ámbito de un juicio indemnizatorio entablado por las víctimas de tales ilícitos, se concediera el acceso y se permitiera la divulgación de las declaraciones confesorias presentadas por el *leniency applicant* con el fin de obtener uno de los beneficios previstos por los programas de clemencia, es decir la dispensa del pago de la multa o su reducción<sup>1414</sup>.

---

<sup>1413</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11), en adelante “Leniency Notice de 2006”, Considerando 1º, DOUE C 298/17 de 8 de diciembre de 2006. Además, de forma análoga, el apartado segundo de la Disposición adicional cuarta de la LDC de 2007 define los carteles secretos de la manera siguiente: “A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”. Siempre por lo que se refiere al programa de clemencia adoptado por la Autoridad de la competencia española, la Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia, BOE núm. 196 de 16 de agosto de 2013, en su punto noveno ha previsto que: “En consecuencia, la presente Comunicación se aplica a las solicitudes de clemencia de empresas y personas físicas responsablesiv de infracciones no prescritas del artículo 1 de la LDC y, en su caso, del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuando la infracción consista en coordinar su comportamiento en el mercado o influir en los parámetros de competencia a través de conductas tales como la fijación, directa o indirecta, de precios, de otras condiciones comerciales o de servicio, de cuotas de producción o de venta, los intercambios de información sobre precios a aplicar o cantidades proyectadas; el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, la restricción de las importaciones o las exportaciones o los boicots colectivos, todas ellas comprendidas en el concepto de cártel”.

<sup>1414</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 11. Al respecto, el Considerando 6º de la Leniency Notice de 2006 prevé que: “Además de proporcionar documentos existentes con anterioridad a la solicitud de clemencia, las empresas pueden facilitar a la Comisión declaraciones voluntarias en las que expongan su conocimiento del cártel y la función que desempeñan en él, preparadas de forma específica para su presentación en el ámbito de este programa

En el Libro Blanco, en particular, para solucionar este problema y preservar la eficacia<sup>1415</sup> de los programas de clemencia, la Comisión Europea había propuesto las siguientes dos soluciones. En primer lugar, había destacado la posibilidad de proteger “a todas las declaraciones corporativas presentadas por todos los solicitantes de clemencia<sup>1416</sup> en relación con una infracción del artículo 81 del

---

de clemencia. Habiéndose demostrado que estas iniciativas son útiles para hacer efectivas la investigación y desactivación de los carteles, no deberían verse desalentadas por efecto de las órdenes de exhibición documental dictadas en litigios civiles. Los posibles solicitantes de clemencia podrían verse disuadidos de cooperar con la Comisión al amparo de la presente Comunicación si tales iniciativas pudieran redundar en perjuicio de su posición en pleitos civiles frente a la de las empresas que no cooperan. Este efecto indeseado iría manifiestamente en contra del interés público en garantizar la eficacia de la aplicación por las autoridades públicas del artículo 81 del Tratado CE a los carteles y, por ende, de las consiguientes acciones civiles subsiguientes o paralelas” (subrayado añadido).

<sup>1415</sup> En algunos ordenamientos jurídicos, cuales por ejemplo el Reino Unido y la Corea, la eficacia de los programas de clemencia no sólo se reconoce de manera explícita, sino que se fomenta a través de la concesión de premios e incentivos económicos en favor de los *leniency applicants*. Además, CAMILLI *et al.* (2008, págs. 250-251) han evidenciado que en relación con los incentivos a la participación a un programa de clemencia es necesario distinguir dos situaciones: *i*) la situación en que la adhesión del *leniency applicant* se realiza antes de la iniciación del procedimiento administrativo, en el cual caso la misma incrementa de forma significativa la probabilidad marginal que se interpongan demandas resarcitorias tras la adopción de la resolución que se pronuncia de forma afirmativa sobre la existencia del ilícito concurrencial; *ii*) la situación en que la participación al programa de clemencia se realiza en el curso del procedimiento administrativo, en el cual caso es ya de por sí muy probable que la Autoridad de la competencia averigüe la existencia de la infracción, y esto implica que la colaboración del *co-cartelist* que presenta la solicitud de clemencia no incide de forma sustancial sobre la probabilidad de que se entablen juicios *follow-on* de carácter indemnizatorio.

<sup>1416</sup> La Comisión Europea ha destacado que a efectos de la protección contra la divulgación de las declaraciones corporativas, no cabe diferenciar la posición del *leniency applicant* que obtiene la inmunidad, de aquélla del *leniency applicant* que sólo accede al beneficio de la reducción de la multa. En efecto, el solicitante de clemencia no puede conocer de antemano si y que tipo de beneficio le vendrá otorgado, de tal forma que la extensión de la protección a todos ellos resulta fundamental para garantizar la efectividad de los programas de clemencia. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 296, pág. 86. Además la Comisión Europea precisó que la introducción de este mecanismo de protección le habría permitido no transmitir, a los órganos jurisdiccionales nacionales, los *corporate statements* presentados por los solicitantes de clemencia ni antes, ni después de la adopción de la resolución que finaliza el procedimiento administrativo-sancionador. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 299, pág. 87. Por último, la Comisión Europea destacó que con el fin de salvaguardar el derecho a la defensa de las demás empresas involucradas en el procedimiento administrativo que concierne a la posible infracción del artículo 101 del TFUE, la protección contra la divulgación de las declaraciones corporativas del *leniency applicant* no podrá oponerse para evitar que los *co-cartelists* accedan a las mismas en el marco del procedimiento ante la

Tratado CE (también cuando se aplica paralelamente la legislación nacional en materia de competencia)”, de las órdenes judiciales de divulgación, ya sea antes o después de la adopción de una resolución por parte de la procedente Autoridad de la competencia, y eso con independencia del hecho de que la solicitud de clemencia fuera aceptada, rechazada o no hubiese conducido a decisión alguna<sup>1417</sup>.

En segundo lugar, la Comisión Europea había sugerido que habrían podido introducirse, en favor de las empresas que participan a un cártel, ulteriores incentivos para obtener su adhesión a un programa de clemencia, sin que fuera necesario, por un lado, remover el régimen de responsabilidad solidaria entre los *co-cartelists* y, por el otro, conceder estos incentivos a los *leniency applicants* por el sólo hecho de haber presentado una solicitud de clemencia. En particular, la Comisión Europea había indicado que fuese necesario proceder a una reflexión sobre la posibilidad de introducir una limitación de la responsabilidad de los *leniency applicants* en el caso de que la Autoridad de la competencia procedente, al éxito del procedimiento administrativo-sancionador concerniente a la posible infracción del artículo 101 del TFUE a la que hubiese participado el solicitante de clemencia de que se trate, que otorgue a dicha empresa uno de los beneficios previstos por el *leniency program* (inmunidad o reducción de la multa). Al respecto, se había evidenciado que habría tenido que analizarse esta posibilidad por lo que afecta a las demandas realizadas por los “socios contractuales directos e indirectos”<sup>1418</sup> de la empresa beneficiaria de la inmunidad<sup>1419</sup>, atenuando el vínculo de solidaridad. La introducción de esta limitación presentaba aspectos positivos y negativos. El Ejecutivo comunitario, por un lado, había destacado que dicha medida habría contribuido a que “el alcance de los daños que deben pagar los beneficiarios de inmunidad fuera más previsible y más limitado, sin que ello supusiera protegerlos indebidamente de su responsabilidad civil por participación en una infracción” y, por el otro, había evidenciado que la necesidad de introducir esta medida habría tenido que ser evaluada a la luz de su impacto esperado sobre la compensación de los sujetos perjudicados por la realización del cártel, así como sobre la posición de los demás *co-cartelists*<sup>1420</sup>.

---

Autoridad de la competencia procedente. Sin embargo, la información así obtenida sólo podrá ser utilizada “a efectos de procedimientos judiciales o administrativos para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado”, como establece el artículo 15, apartado 4, del Reglamento CE 773/2004.

<sup>1417</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 11; Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 297, pág. 86.

<sup>1418</sup> Con esta expresión la Comisión Europea quiso hacer referencia a los compradores directos e indirectos del *leniency applicant* que hubiese conseguido el beneficio de la dispensa del pago de la multa por infracción del artículo 101 del TFUE. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 305, pág. 88.

<sup>1419</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 12.

<sup>1420</sup> *Ibidem*.

Además, la Comisión Europea había añadido que la implementación de estas propuestas habría tenido que realizarse también con respecto a las infracciones del artículo 101 del TFUE ante cuya comisión resultan susceptibles de ser aplicados los programas de clemencia nacionales <sup>1421</sup>. En efecto, se había destacado que no habría sido coherente limitar esta propuesta sólo a los carteles que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, en cuanto la aplicación de la normativa comunitaria *antitrust* se realiza en el ámbito de un sistema de competencias paralelas, en el marco del cual es posible que una o varias ANC, siendo bien situadas para enjuiciar este tipo de infracción, ya hayan incoado <sup>1422</sup> un procedimiento administrativo-sancionador <sup>1423</sup>. Actualmente, en efecto, la falta de un sistema de programas de clemencia de alcance europeo y plenamente armonizado conlleva la necesidad de que los *leniency applicants* presenten sus solicitudes ante diferentes ANC <sup>1424</sup>.

CAMILLI *et al.* (2008, pág. 252) habían reputado que las propuestas formuladas por la Comisión Europea se fundamentaban, por un lado, sobre la necesidad de preservar el principio de la independencia del *public antitrust enforcement* respecto del *private enforcement* del Derecho comunitario de la competencia y, por el otro, sobre la necesidad de evitar el riesgo de introducir demasiados incentivos en favor de los *co-cartelists* en vista de su posible adhesión a un programa de clemencia. En particular, la introducción de un régimen de salvaguardia de la información contenida en los *corporate statements*, habría alterado la estructura de los incentivos de las empresas que participan a un cártel <sup>1425</sup>. El reconocimiento de esta protección habría podido incentivar los *co-cartelists* a solicitar el beneficio de la clemencia con el único fin de evitar que en un futuro juicio resarcitorio el juez o los demandantes tuviesen acceso a la información decisiva para el cálculo

---

<sup>1421</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 289, pág. 85.

<sup>1422</sup> Cfr. artículos 11 y 13 del Reglamento CE 1/2003.

<sup>1423</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 293, pág. 85.

<sup>1424</sup> Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03), DOUE C 101/43 de 27 de abril de 2004, en su punto 38 establece que: “A falta de un sistema de alcance europeo de programas de clemencia plenamente armonizados, la solicitud de clemencia dirigida a una autoridad no se considerará presentada ante todas las autoridades. Por ello, será el interesado quien deberá presentar la solicitud ante todas las autoridades de competencia cualificadas para aplicar el artículo 81 del Tratado en el territorio afectado por la infracción y que puedan considerarse bien situadas para actuar contra la infracción en cuestión. Teniendo en cuenta la importancia de la coordinación en la mayor parte de los programas de clemencia existentes, los solicitantes también deberán considerar si sería conveniente presentar simultáneamente la solicitud ante las autoridades pertinentes. Corresponderá al solicitante dar los pasos que considere apropiados para proteger su posición en lo tocante a posibles procedimientos por parte de dichas autoridades”.

<sup>1425</sup> CAMILLI *et al.* (2008, pág. 253).

del daño<sup>1426</sup>. Además, la extensión de esta forma de protección a todos los *leniency applicants* habría generado un riesgo ulterior, igualando, desde la óptica de la responsabilidad extracontractual originada del cártel, el diferente tratamiento que descende de la participación de los programas de clemencia. En efecto, la participación a este programa tiende a diferenciar la posición del solicitante que obtiene el beneficio de la clemencia, desde aquella de los demás *leniency applicants*, otorgando sólo en favor del primero un grado más intenso de protección respecto de las consecuencias jurídicas del ilícito concurrencial. Los autores antes mencionados habían observado que si en tales supuestos se hubiesen parificado las distintas posiciones de los *co-cartelists*, aún solo en el plano de la responsabilidad civil, se habría incidido de forma negativa sobre los incentivos que gozan la participación de los *co-cartelists* a los programas de clemencia, minando en un cierto sentido la probabilidad de que la misma existencia de tales programas fortalezca la intrínseca inestabilidad de los carteles secretos.

### 7.9.1. Comentarios de los *stakeholders* españoles

La AEDC se había demostrado favorable a la protección de la información contenida en los *corporate statements* formados en el ámbito de un programa de clemencia, formulando pero dos ordenes de consideraciones. En primer lugar había puesto de relieve que el procedimiento judicial civil español carecía de la institución de la confidencial parcial de los autos, y una reforma en este sentido habría sido de fundamental importancia. Este *stakeholder*, en particular, había destacado que: “La posibilidad de que existiera una pieza confidencial sería el elemento que aseguraría la no divulgación de las declaraciones y pruebas necesarias que aseguran la eficacia de los programas de clemencia; y aseguraría el derecho a declarar contra uno mismo en un procedimiento judicial”<sup>1427</sup>. Además, el legislador nacional habría podido abogar por la atribución de la competencia judicial para conocer esta clase de asuntos en favor de los jueces de lo contencioso-administrativo, siendo los mismos mejor situados para solucionar las cuestiones relacionadas con la confidencialidad parcial de la información contenida en un expediente administrativo<sup>1428</sup>.

También la CNC<sup>1429</sup> se había expresado de forma positiva acerca de la introducción de un mecanismo de protección de la información proporcionada por los *leniency applicants*, poniendo de relieve que la Disposición adicional segunda de la LDC de 2007 había introducido en la LEC un nuevo artículo 15-

---

<sup>1426</sup> Esto vale en el caso de que la Autoridad de la competencia no haya empleado esta información a la hora de adoptar su decisión sancionadora.

<sup>1427</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 17.

<sup>1428</sup> *Ibidem*.

<sup>1429</sup> Comentarios CNC, *cit.*, pág. 12.

*bis*, apartado 2, que establece que: “La aportación de información (requerida por los Tribunales en procesos que impliquen la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE y 1 y 2 de la LDC, como establecido en el apartado 1) no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia (es decir los *corporate statements* formados en el ámbito del programa de clemencia)”. La CEEES<sup>1430</sup> y el Despacho Uría Menéndez <sup>1431</sup> habían igualmente expresado una opinión favorable sobre la propuesta de la Comisión Europea, no obstante este último *stakeholder* hubiese afirmado que no compartía la lógica de impedir que los *leniency applicants* divulgaran de forma voluntaria dicha información, que en algunos supuestos habría podido permitir a las empresas infractoras la estipulación de acuerdos transactivos *ante causam* con las víctimas del cártel.

Por lo que concierne a la propuesta de limitar la responsabilidad civil del beneficiario de la inmunidad sólo y exclusivamente a las pretensiones resarcitorias avanzadas por sus compradores directos e indirectos, la AEDC había manifestado ciertas dudas, en cuanto dicha solución habría podido producir efectos negativos sobre el principio de la plena compensación del daño<sup>1432</sup>. La aplicación de este mecanismo, conjuntamente a la ausencia de contrabalances (como por ejemplo la previsión de daños punitivos para los supuestos de realización de carteles secretos), aunque hubiese podido ser apta para proteger la eficacia de los programas de clemencia, sin embargo habría podido producir efectos negativos en términos de infracompensación de los sujetos perjudicados<sup>1433</sup>. Por lo tanto, la AEDC<sup>1434</sup> había planteado una solución para compatibilizar el principio de la plena compensación del daño con la necesidad de salvaguardar la eficacia de los programas de clemencia. Apoyándose sobre algunas previsiones de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras<sup>1435</sup>, este *stakeholder* propuso la introducción de un sistema de reducción de la sanción administrativa para los *co-cartelists* que hubiesen conseguido demostrar la adopción de medidas de compensación del daño en favor de los sujetos perjudicados por la existencia del cártel<sup>1436</sup>.

---

<sup>1430</sup> Comentarios CEEES, *cit.*, pág. 11.

<sup>1431</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, págs. 42-43.

<sup>1432</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 17.

<sup>1433</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 12.

<sup>1434</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 18.

<sup>1435</sup> Cfr. párrafos 6, 30 y 31 de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas sancionadoras, *cit.*

<sup>1436</sup> En particular, la propuesta de la AEDC se fundamentaba sobre una interpretación extensiva de lo dispuesto en estas Directrices, observando que así como se había contemplado la posibilidad de aumentar la multa, siendo la misma función de la gravedad de la infracción, por la misma razón habría podido disminuirse su importe en el caso de

La CNC<sup>1437</sup>, en cambio, había vuelto a insistir sobre la necesidad de introducir medidas más consistentes para proteger los *leniency applicants* de las futuras demandas resarcitorias, como por ejemplo la previsión de un descuento condicional o la supresión de la responsabilidad solidaria, que por lo visto ya habían sido objeto de análisis en el Libro Verde y que la Comisión Europea, en el ámbito del Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, había expresamente decidido no cultivar. De manera análoga, la CEEES<sup>1438</sup> había abogado por la introducción de una limitación, total o parcial, de la responsabilidad civil del primer solicitante de clemencia, con consiguiente traslación de la obligación de indemnizar el daño causado por las mismas sobre los demás *co-cartelists* bajo un régimen de responsabilidad solidaria.

Por último, el Despacho Uría Menéndez<sup>1439</sup> había observado que la limitación del régimen de responsabilidad extracontractual aplicable a los solicitantes de clemencia en los juicios resarcitorios originados por la realización de un cártel, no habría determinado en algunos Estados miembros de la UE, como por ejemplo Francia y España, un incremento significativo de los incentivos a la adhesión al programa de clemencia. En particular, por lo que concierne a la situación del ordenamiento jurídico español, se había observado que el estándar de prueba del daño que tiene que alcanzarse en tales juicios indemnizatorios, a la luz del *case law* nacional, es tan elevado que resulta de por sí suficiente para obstaculizar el ejercicio de una acción resarcitoria por parte de los compradores directos e indirectos de otros *co-cartelists*<sup>1440</sup>.

## 7.10. Los recursos colectivos: Remisión (§.V.1.3.1.)

La Comisión Europea, a la hora de tratar el tema de la legitimación activa de las víctimas de ilícitos concurrenciales, había abordado también la cuestión del recurso colectivo, reputando que determinadas categorías de sujetos perjudicados (sobre todo los consumidores individuales y las pequeñas empresas), carecían de adecuados incentivos para entablar una demanda resarcitoria pese a la escasa entidad del daño *antitrust* concretamente sufrido respecto de los costes que habrían tenido que afrontar si hubiesen emprendido la vía judicial para obtener la indemnización del mismo<sup>1441</sup>.

---

que la empresa infractora hubiese realizado actuaciones idóneas para paliar su gravedad. Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 18.

<sup>1437</sup> Comentarios CNC, *cit.*, págs. 12-13.

<sup>1438</sup> Comentarios CEEES, *cit.*, pág. 11.

<sup>1439</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 43.

<sup>1440</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 44.

<sup>1441</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 4.

Si bien con respecto a esta cuestión la Comisión Europea hubiese propuesto la introducción de una serie de medidas de carácter positivo, consistentes en una combinación de dos mecanismos complementarios de recurso colectivo (cuales las demandas en representación y las demandas colectivas), y algunos de los *stakeholders* que participaron al debate sobre el Libro Blanco (es decir las asociaciones de consumidores), se habían expresado en favor de la introducción de ambas categorías de acciones con preferencia para el mecanismo de *opt-in*, el Ejecutivo comunitario no introdujo ninguna de tales medidas en su Propuesta de Directiva sobre las *antitrust damages actions*.<sup>1442</sup>

Por esta razón hemos decidido no tratar de forma analítica este aspecto del Libro Blanco, remitiéndonos en parte a las consideraciones preliminares ya ilustradas en nuestro análisis del Libro Verde<sup>1443</sup> y, por otra parte, por lo que concierne a las razones que llevaron la Comisión Europea a excluir tales medidas de la sucesiva iniciativa legislativa, nos remitimos a las consideraciones desarrolladas en el quinto capítulo del presente trabajo<sup>1444</sup>.

## 8. Conclusiones

1. A través del breve análisis del sistema de *private antitrust enforcement* norteamericano, comparado con el estado de desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia en Europa a principios de este siglo, hemos constatado que existía una gran diferencia entre la experiencia *antitrust* estadounidense y aquella comunitaria. Diversamente de la experiencia norteamericana, en efecto, en Europa el sistema de Derecho de la competencia ha surgido y se ha aplicado como un conjunto de normas casi únicamente dirigido a la salvaguardia de un interés de naturaleza supraindividual, dejando al margen el hecho de que la distorsión del régimen competitivo conlleva también un perjuicio económico para los agentes económicos que actúan en el mercado de referencia. Por eso el sistema europeo de *antitrust enforcement*, caracterizado por la primacía de la aplicación pública del Derecho de la competencia con carácter eminentemente represivo, en el pasado se había mostrado reacio a asignar a los privados un rol protagónico en la disuasión y represión de las prácticas anticompetitivas.
2. En vía general, del debate comunitario que ha tenido lugar entorno al tema de la aplicación privada del Derecho de la competencia a partir del primer estudio encargado por la Comisión Europea pueden antes de todo destacarse

---

<sup>1442</sup> *Vid. infra sub §.V.1.*

<sup>1443</sup> *Cfr supra sub §.IV.6.5.*

<sup>1444</sup> *Vid. infra sub §.V.1.3.1.*



dos datos: por un lado se ha destacado la necesidad de remover los obstáculos al ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia y, por el otro, se ha considerado imprescindible no alejarse de la tradición jurídica europea, evitando los excesos del sistema de *private antitrust enforcement* estadounidense, que se caracteriza principalmente por una vocación disuasoria. Como hemos tenido forma de ilustrar, una de las cuestiones más controvertidas y de mayor impacto sobre el tipo de medidas que habrían tenido que introducirse para fomentar el recurso al remedio indemnizatorio, consistía en la determinación del objetivo principal de la reforma normativa del régimen jurídico aplicable a las *antitrust damages actions*: es decir indemnizatorio o disuasorio.

3. En el Libro Blanco, en particular, la Comisión Europea había abogado por la formulación de propuestas dirigidas a garantizar que todas las víctimas de infracciones de la normativa comunitaria de defensa de la competencia tuviesen acceso al completo resarcimiento de los *antitrust damages* sufridos. Por lo tanto, había quedado bastante clara la propensión del Ejecutivo comunitario a considerar que la plena indemnización del daño *antitrust* constituyera el objetivo principal del desarrollo del *private antitrust enforcement* en Europa. No obstante el enforcer comunitario hubiese expresamente declarado su propósito, podemos destacar que algunas de las medidas propuestas en el Libro Blanco presentaban significativos elementos de criticidad, bajo varios perfiles. En particular, algunas de tales medidas resultaban susceptibles de causar interferencias con la actividad de *public enforcement* de las Autoridades de la competencia, otras podían ponerse en contraste con el objetivo principal del Libro Blanco, otras aún habrían podido vulnerar los principios fijados por la jurisprudencia comunitaria en materia de indemnización de los daños ocasionados por el incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia.
4. En particular, la introducción de acciones colectivas basadas sobre un mecanismo de *opt-out* resultaba susceptible de generar un contraste con el principio del pleno resarcimiento del daño de cada sujeto perjudicado por la realización de un ilícito concurrencial y, además, con el objetivo esencialmente compensatorio que el Libro Blanco trataba de perseguir. El modelo de acción colectiva caracterizado por la previsión de un mecanismo de *opt-out* conlleva la participación automática, a la acción indemnizatoria, de cada sujeto perjudicado que pertenece a una determinada clase (en particular, los consumidores), salvo disociación expresa. En principio dicha característica incentiva el ejercicio de la acción resarcitoria por parte de las asociaciones de categoría, en cuanto amplifica la dimensión de la pretensión resarcitoria y altera, en favor del demandante, la relación entre los costes y beneficios esperados del juicio indemnizatorio. Si bien este modelo presente la ventaja de que su adopción concurre a incrementar las probabilidades de disuasión de las prácticas anticompetitivas, aumentando significativamente los riesgos de las empresas infractoras en sede resarcitoria; sin embargo su implementación

habría generado un problema de naturaleza distributiva en cuanto, conllevando la liquidación del resarcimiento en favor de la asociación representativa, habría también conducido a la liquidación de parte de la indemnización en favor de sujetos no identificables.

5. La solución planteada por el Libro Blanco para solucionar el problema distributivo conectado a la liquidación del perjuicio, además, no resultaba susceptible de neutralizar las criticidades que acabamos de señalar. En efecto, adoptar una solución conforme a la doctrina *cy-près*, en función de la cual las sumas que no pueden distribuirse se emplean para conseguir finalidades homogéneas (cuales por ejemplo la promoción de los intereses de los consumidores), no habría resultado satisfactorio por desvincular la indemnización de su función compensatoria y atribuir a la misma una finalidad eminentemente punitiva: el ejercicio de este tipo de acción colectiva, por lo tanto, habría terminado por compensar el perjuicio sufrido por la colectividad en su conjunto, de forma parecida a una sanción administrativa. Además, si la introducción de este modelo de acción colectiva no se hubiese acompañado a la introducción de adecuadas herramientas de publicidad, su ejercicio habría podido resultar difícilmente conocible y eso, obstaculizando la disociación de los sujetos que pertenecen a la categoría representada por la asociación demandante, no habría permitido a los perjudicados, singularmente considerados (*in primis* a los consumidores), la posibilidad de ejercer una acción resarcitoria individual. En última análisis se trata de una consecuencia que se pondría en abierto contraste con el ejercicio de derechos de rango constitucional y, además, con los principios establecidos, *ratione materiae*, por la jurisprudencia comunitaria.
6. Otro aspecto de criticidad de las propuestas formuladas en el Libro Blanco residía en la posibilidad de que se introdujesen medidas de potenciación de los poderes de los jueces en materia de acceso a las pruebas: tales medidas, en particular, resultaban susceptibles de interferir con los poderes inquisitorios de las Autoridades de la competencia y, por ende, podrían obstaculizar la aplicación pública de la normativa *antitrust*. La medida mayormente problemática resultaba aquella mediante la cual se había planteado introducir la posibilidad de solicitar a los jueces nacionales la adopción de una orden de exhibición de categorías precisas de pruebas pertinentes. La introducción de esta medida, en efecto, habría podido frustrar la actividad futura de *public antitrust enforcement*, neutralizando el efecto sorpresa de las investigaciones de las Autoridades de la competencia, que sirven para adquirir elementos de pruebas directamente de las empresas a las cuales se dirige la contestación inherente a una supuesta infracción del Derecho de la competencia. La adopción de una orden de exhibición previa a la realización de una investigación por parte de una Autoridad de la competencia habría significativamente interferido con la actividad de *public antitrust enforcement*, en cuanto habría facilitado la destrucción de documentos relevantes por parte de las empresas infractoras. Por ejemplo, en relación a los carteles secretos, ilícitos concurrenciales respecto de los cuales existe una

mayor asimetría de información entre empresas infractoras y sujetos perjudicados, la prueba del ilícito se basa sobre los contactos entre los *co-cartelists*: tales contactos suelen normalmente constituir los elementos documentales sobre la base de los cuales las Autoridades de la competencia consiguen demostrar la conclusión de un acuerdo restrictivo de la competencia o el intercambio de información idóneo para reducir la incertidumbre sobre las recíprocas estrategias comerciales. Dichos contactos suelen ser constituidos por manuscritos, *files* electrónicos, *e-mail*, etc., así que para las empresas infractoras resultan muy fácil de destruir si, en lugar de ser destinatarias de una inspección a sorpresa (*raid dawn*), fuesen destinatarias de una orden judicial de exhibición, siendo improbable que produzcan de forma espontánea tales documentos en el juicio indemnizatorio.

7. Otros problemas conectados con las medidas del Libro Blanco, bajo el doble perfil de la interferencia con la aplicación pública de la normativa de defensa de la competencia y del carácter esencialmente resarcitorio del remedio indemnizatorio, concernían a la distribución de la carga probatoria en los supuestos en que los compradores indirectos habían ejercido una *antitrust damages action*. Al respecto cabe recordar que en el Libro Blanco se contemplaba la posibilidad de aliviar la carga probatoria de tales demandantes introduciendo una atenuación del *onus probandi* inherente a la traslación, a su cargo, de la totalidad del sobrecoste descendente del ilícito concurrencial. La adopción de esta medida, en efecto, habría conllevado una inversión de la carga probatoria, gravando el demandado del *onus* de demostrar la subsistencia de un hecho negativo (la no traslación del sobrecoste) que no recae bajo su control y disponibilidad jurídica. En efecto, la traslación o menos del coste excesivo generado por la realización de un ilícito concurrencial constituye una decisión conectada con las estrategias comerciales de los operadores intermedios (es decir los compradores directos de las empresas infractoras y las otras empresas que actúan en los demás eslabones de la cadena de suministro salvo los consumidores finales). Esta atenuación de la carga probatoria en favor del comprador indirecto se habría resuelto en una *probatio diabolica* que las empresas demandadas no estaban en condiciones de satisfacer casi nunca en el ámbito de un juicio indemnizatorio.
8. La posición asumida por la Comisión Europea, por lo tanto, habría podido generar situaciones de enriquecimiento injusto en favor de los compradores indirectos a los que el sobrecoste no hubiese sido íntegramente trasladado, como tales contrarias al principio de la plena indemnización del daño *antitrust* y que, al menos en línea teórica, la misma Comisión Europea había manifestado la intención de evitar. Además, esta medida ni siquiera resultaba justificada desde un punto de vista económico, por no tomar en consideración la circunstancia de que la traslación del sobreprecio esté supeditada al recurrir de determinadas condiciones en el mercado en que actúan los compradores directos. Por lo que concierne a este aspecto habría sido mejor que el Ejecutivo comunitario hubiese abogado por una modulación de la carga probatoria, asignando al juez un margen de

discrecionalidad en la determinación del nivel probatorio que los demandantes, compradores indirectos, habrían tenido que alcanzar para alcanzar la prueba de haber efectivamente sido afectados por la traslación del sobrecoste —así, con arreglo a las concretas circunstancias del caso, los jueces habrían podido exigir un esfuerzo probatorio mayor o menor y, sobre la base de los resultados obtenidos, establecer si la traslación del sobrecoste había tenido menos lugar y en caso afirmativo si hubiese sido trasladado íntegra o parcialmente—.

9. Por último cabe señalar que la atribución de eficacia vinculante a las decisiones firmes de las Autoridades de la competencia con respecto al ejercicio de acciones *follow-on*, también generaba varios problemas, algunos de orden sistémico y otros relacionados con los objetivos perseguidos por el Libro Blanco. En primer lugar, a nivel endosistémico, dicha medida mal se habría conciliado con aquellos ordenamientos jurídicos en que no obraba un principio de *stare decisis* en ámbito jurisdiccional. En segundo lugar, atribuir en sede resarcitoria este tipo de eficacia a las decisiones de las ANC de Estados miembros diferentes del Estado del juez ante el cual se hubiese ejercitado una acción indemnizatoria, presuponía considerar que en Europa los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales prevén garantías procesales equivalentes en el ámbito de los juicios contencioso-administrativos sobre las decisiones de las Autoridades de la competencia. En tercer lugar, la introducción de esta medida habría podido incentivar los jueces nacionales a suspender el juicio resarcitorio hasta cuando no se hubiese concluido la fase contenciosa, lo que habría dilatado de manera irrazonable el tiempo de espera que precede la liquidación del daño, frustrando de forma significativa uno de los objetivos principales del Libro Blanco, es decir la remoción de los obstáculos normativos al ejercicio de las *antitrust damages actions*.



## CAPÍTULO QUINTO

ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LAS ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y SU IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

### SINOPSIS

En este capítulo se continuará el análisis de las propuestas normativas concernientes a las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la infracción de la normativa de defensa de la competencia. En particular, se pondrá específica relevancia a los resultados del debate comunitario fomentado por la Comisión Europea con el fin de averiguar en qué medida los planteamientos del Ejecutivo comunitario se han trasladado en concretas propuestas normativas. Además, tomando críticamente en consideración las posiciones asumidas por la jurisprudencia comunitaria en orden a los aspectos procesales y sustanciales de esta materia, se realizará un estudio puntual de las normas introducidas por la Directiva 2014/104/UE con el fin de establecer cuál es el grado de armonización que se ha logrado respecto de los regímenes nacionales por los que se rigen las *antitrust damages actions*. Por último, se desarrollarán algunas breves consideraciones acerca del impacto de la normativa comunitaria de armonización sobre el régimen español de responsabilidad extracontractual aplicable ante la realización de ilícitos concurrenciales.

### **1. La armonización de algunos aspectos de los regímenes nacionales por los que se rigen las *antitrust damages actions* como medida para fomentar la aplicación privada del Derecho de la competencia en Europa**

La Comisión Europea consideró que los resultados de las consultas públicas, con particular referencia a las consultas relativas a las propuestas contenidas en el Libro Verde y en el Libro Blanco en materia de *antitrust damages actions*, apoyaban su planteamiento general sobre la necesidad de facilitar el ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la realización de ilícitos concurrenciales<sup>1445</sup>, como medio para fortalecer la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia.

---

<sup>1445</sup> Véase al respecto el discurso del Comisario Europeo de la Competencia Mario MONTI “Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation” *cit.*,

Por esta razón la Comisión Europea decidió emprender una iniciativa legislativa con el propósito de armonizar algunos aspectos, tanto de carácter sustancial como de naturaleza procesal, de los regímenes normativos nacionales de los Estados miembros de la UE aplicables a las *antitrust damages actions*, en lugar de emplear herramientas de *soft law* –cuales por ejemplo las recomendaciones que permiten a la Comisión Europea dar a conocer su punto de vista y sugerir una línea de actuación sin imponer obligaciones legales a los destinatarios– adoptar una aproximación unificada como propuesto por CAFAGGI y MUIR WATT (2007, págs. 7 y sigs.) y MARCOS FERNÁNDEZ y SANCHÉZ GRAELLS (2008, pág. 483)<sup>1446</sup> o considerar preferible, como había auspiciado ALFARO ÁGUILA-REAL (2009, págs. 6, 7 y 14), la vía de la armonización negativa.

### 1.1. Los argumentos contra la armonización positiva

Por lo general, existen diferentes argumentos teóricos que pueden emplearse contra la armonización positiva, si bien cada uno de ellos ha sido objeto de críticas puntuales. En primer lugar, algunos autores<sup>1447</sup> han destacado el hecho de que este tipo de intervención normativa introduciría una serie de valores en los sistemas procesales nacionales de los Estados miembros de la UE ajenos a su preexistente cultura jurídica. Este argumento se fundamenta, básicamente, sobre la distinción entre el sistema de Derecho procesal continental y el sistema de Derecho procesal de los Países europeos de *common law*<sup>1448</sup>. Esta postura ha sido

---

en que se ha afirmado: “more private enforcement of the EC competition rules in parallel to public enforcement by the Commission and the National Competition Authorities should lead to even greater compliance with EC competition rules. Greater enforcement of EC competition law would also act as a catalyst unleashing more competition across Europe” y el discurso del Comisario Europeo de la Competencia Nellie KROES “Enhancing Actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe”, *cit.*, en que se ha afirmado: “[...] private enforcement is by nature complementary to and even strengthens the enforcement actions taken by competition authorities [...]”. En sentido análogo se han expresado WOODS *et al.* (2004, págs. 32-37) y JONES (2004, págs. 13-24).

<sup>1446</sup> MARCOS FERNÁNDEZ y SANCHÉZ GRAELLS (2008, pág. 483), en particular, han puesto de relieve que sería preferible abogar por la introducción de una regulación unificada de los *non-contractual claims*, con independencia del específico tipo de evento que haya causado el perjuicio, aún reconociendo que en otros ámbitos de la responsabilidad extracontractual el legislador comunitario ya había recurrido a la armonización positiva, como por ejemplo en materia de responsabilidad por productos defectuosos.

<sup>1447</sup> En línea general sobre este argumento véanse HARLOW (2000, pág. 83) y HODGES (2008, pág. 181).

<sup>1448</sup> La distinción entre estos dos sistemas procesales puede resumirse con las palabras del Abogado General JACOBS, que al respecto ha afirmado: “en los sistemas continentales, se presupone que el Juez conoce el Derecho (*jura novit curia* o *curia novit legem*), debe aplicar

objeto de varias críticas en cuanto de un análisis más detallado de estos dos tipos de sistemas procesales, habría emergido que el planteamiento de una distinción tan marcada fuese difícilmente defendible –como también demuestran algunos estudios de Derecho procesal comparado<sup>1449</sup>–. En efecto, el objetivo de ambos sistemas es idéntico y consiste en la creación de condiciones para proporcionar una efectiva tutela judicial (con tiempos y costes razonables<sup>1450</sup>). Por lo tanto, así como la jurisprudencia del TJUE incide con sus decisiones sobre el Derecho procesal de los Estados miembros, y lo mismo hace el legislador comunitario por lo que afecta a los aspectos de derecho sustancial, si nos ciñéramos a esta primer postura deberíamos admitirse que a través del recurso a la armonización positiva sea posible aportar modificaciones significativas a los sistemas procesales nacionales de los Estados miembros<sup>1451</sup>.

En segundo lugar, el mantenimiento de una postura contraria a la armonización positiva podría fundamentarse también sobre el paradigma de la competencia regulatoria, en virtud del cual en un contexto económico caracterizado por la libertad de movimiento de personas, bienes, servicios y capitales, la existencia de diferentes regulaciones jurídicas conlleva ciertos beneficios, en cuanto los sujetos pueden escoger el entorno más eficiente y conseguir la maximización de sus propias utilidades. Bajo este paradigma, por lo general, los Estados miembros que participan al mismo contexto económico de mercado, suelen tener fuertes incentivos para desarrollar reglas jurídicas más eficientes de los demás “competidores” –el asunto teórico sobre el que se basa este paradigma consiste en considerar los particulares y las empresas como sujetos que tienden a maximizar sus ganancias y se caracterizan por ser compradores de reglas jurídicas, mientras que los Estados miembros se ponen como productores y

---

las normas jurídicas apropiadas a los hechos, tal y como le son presentados por las partes (*da mihi factum, dabo tibi jus*) y, si es necesario, realiza, con esta finalidad sus propias investigaciones jurídicas. Por el contrario, en los sistemas inglés, irlandés y escocés, el Juez desempeña un papel menos activo, o incluso un papel pasivo: el Derecho procesal se basa de modo general en la premisa de que el Juez no tiene un conocimiento independiente del Derecho, que depende de las alegaciones expuestas por el Letrado de las partes y que su función es esencialmente pronunciarse basándose exclusivamente en sus argumentos”. Conclusiones del Abogado General JAKOBS presentadas el 15 de junio de 1995, *Jeroen van Schijndel y Johannes Nicolaas Cornelis van Veen contra Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, *cit.*, ap. 33.

<sup>1449</sup> Véase por ejemplo el trabajo de JOLOWICZ (1980, págs. 79 y sigs.). Además, en un trabajo sucesivo, este mismo autor ha evidenciado que los sistemas procesales de los Estados miembros presentan tanto elementos de carácter inquisitivo, como de naturaleza acusatoria, si bien con un diferente grado de incidencia. JOLOWICZ (2003, pág. 281).

<sup>1450</sup> BIONDI (2010, pág. 417).

<sup>1451</sup> CRAIG (2012, pág. 726).



vendedores de las mismas<sup>1452</sup>-. Si bien algunos autores han tratado de aplicar esta teoría al contexto jurídico-económico comunitario, la misma ha sido objeto de varias críticas pese a la circunstancia de que se fundamentaría sobre asuntos cuestionables que no toman en la debida consideración el hecho de que los sujetos no actúan siempre de forma racional, pasando además por alto la circunstancia que los *rule-makers* no siempre poseen un conocimiento exhaustivo del grado de efectividad de los sistemas jurídicos de los demás Países colocados en el entorno económico de referencia<sup>1453</sup>.

Una primera crítica llevada en contra de esta segunda teoría se fundamenta sobre la siguiente observación: si dicha teoría se aplicara al ámbito del *private enforcement* de la normativa de defensa de la competencia, sería muy probable que no se obtengan los resultados esperados, es decir puede que los legisladores nacionales no introduzcan un régimen que facilite el ejercicio de las *antitrust damages actions*. En efecto, en consideración del hecho de que para atraer nuevas empresas resulta necesario garantizar el mantenimiento de un contexto económico eficiente, este resultado no podría conseguirse fomentando la aplicación privada del Derecho *antitrust*, en cuanto la introducción de un régimen jurídico más favorable para las víctimas de ilícitos concurrenciales, al conllevar un incremento de la tasa de litigios, pondría en peligro la consecución del objetivo principal<sup>1454</sup>. Según los fautores de esta crítica, además, el fortalecimiento del *private antitrust enforcement* conduciría a una situación de *over-deterrence* y, por lo tanto, desincentivaría la realización de prácticas pro-competitivas, puesto que las empresas se arriesgarían mucho menos y no llevarían a cabo estrategias agresivas por el temor de que los sujetos negativamente afectados por las mismas puedan demandarles y luego, en el caso de que las demandas hayan prosperado, tengan que refundir ingentes sumas de dinero en concepto de indemnización de los daños y perjuicios acarreados.

Sin embargo, también las asunciones sobre las que se fundamenta esta crítica parecen a su vez objetables, puesto que sobre la toma de decisión de los *policy-makers* influyen factores que no se toman en consideración cuales, por ejemplo, la naturaleza de los intereses representados<sup>1455</sup>. En efecto, la elección acerca del grado de *private antitrust enforcement* que se quiere alcanzar a través de la introducción de un nuevo régimen normativo o mediante la modificación del régimen preexistente, depende en medida particular de si los legisladores nacionales quieren otorgar una protección jurídica más intensa a los intereses de

---

<sup>1452</sup> Algunos autores, en cambio, sí consideran que la teoría de la competencia regulatoria pueda ser aplicada al Derecho *antitrust* internacional. FOX (2000, págs. 1781 y sigs.); GUZMAN (2001, págs. 1142 y sigs.); STEPHAN (2005, pág. 203).

<sup>1453</sup> OGUS (1999, pág. 413).

<sup>1454</sup> HODGES (2008, págs. 131-140).

<sup>1455</sup> Véase sobre el tema de la actividad de lobby relacionada con el Derecho de la competencia el reciente trabajo de MARIANI y PIERI (2014, págs. 423 y sigs.).

las grandes empresas (*race to the bottom*)<sup>1456</sup> o a aquéllos de consumidores y pequeñas y medianas empresas (*race to the top*).

Más en particular, por lo que concierne a la opción favorable a la armonización negativa, tenemos que poner de relieve que esta postura fue mantenida por una importante parte de la doctrina española. A este respecto, el Profesor ALFARO ÁGUILA-REAL ha observado que en virtud del carácter supranacional de aquellos ilícitos concurrenciales que se ponen en contraste con la normativa comunitaria de defensa de la competencia (*cross-border antitrust infringements*), los sujetos perjudicados ya tienen adecuados incentivos para elegir los ordenamientos nacionales cuyas normas sustanciales y procesales resultan más favorables para conseguir la satisfacción de sus pretensiones resarcitorias. En la opinión del Profesor ALFARO ÁGUILA-REAL, por lo tanto, sería preferible dejar que cualquier modificación del régimen jurídico aplicable a las *antitrust damages actions* se alcance libremente en el mercado gracias a la acción de la competencia<sup>1457</sup>.

El Profesor ALFARO ÁGUILA-REAL, además, ha subrayado que la armonización legislativa no constituye un bien en sí mismo, en cuanto en el caso de que se imponga a todos los destinatarios una regulación ineficiente, en lugar de conseguir el objetivo en función del cual dicho conjunto de normas se ha adoptado, se terminaría por producir un efecto negativo, multiplicando los costes ya existentes en el estado anterior de la legislación. Este escenario, según considera el Profesor ALFARO ÁGUILA-REAL, es muy probable que se verifique si se lleva a cabo una armonización positiva de algunos aspectos de los regímenes nacionales de responsabilidad extracontractual por los que se rigen las *antitrust damages actions*. Al respecto, el Profesor Alfaro Águila-Real ha destacado que la Comisión Europea demostró, ya a través de las propuestas contenidas en Libro Blanco, la voluntad de introducir normas extremadamente minuciosas no sólo para facilitar la interposición de demandas indemnizatorias por parte de las víctimas de ilícitos *antitrust* y hacer que tales sujetos consiguieran obtener la plena compensación del daño sufrido, sino también con el propósito de conciliar una serie muy amplia de aspectos relacionados con la potenciación del *private antitrust enforcement* en general<sup>1458</sup>. Por estas razones el Profesor ALFARO ÁGUILA-REAL,

---

<sup>1456</sup> Cfr. Impact Study, *cit.*, pág. 555.

<sup>1457</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL (2009, pág. 6).

<sup>1458</sup> El Profesor ALFARO ÁGUILA-REAL ha evidenciado que: “El problema es que conjugar todos los objetivos perseguidos con la iniciativa resulta de una gran dificultad: que las víctimas sean compensadas pero que no se enriquezcan indebidamente; que los cartelistas indemnicen y no vuelvan a acordar precios pero que tampoco se les ‘castigue’ dos veces; que las víctimas tengan incentivos para litigar pero sin crear una ‘cultura de la litigación’ como en EE.UU.; que los Derechos nacionales garanticen que las víctimas sean indemnizadas pero respetando sus tradiciones procesales; que las víctimas que estén en situación diferente sean tratadas de forma diferente”. ALFARO ÁGUILA-REAL (2009, pág. 7).

considerando extremadamente complejo detectar, de antemano y en el plano meramente teórico, cuales sean las reglas más eficientes y, además, observando que las víctimas de los *cross-border antitrust infringements* pueden en principio reclamar la indemnización de los daños sufridos ante los jueces nacionales de otras jurisdicciones nacionales comunitarias<sup>1459</sup>, ha reconocido que “está especialmente justificado el recurso a la ‘armonización negativa’ o de mercado en la que los distintos Estados y los particulares experimentan con las distintas soluciones y se imponen las más eficaces”<sup>1460</sup>, como ya sucede por ejemplo en Gran Bretaña en el área de los juicios de naturaleza concursal.

## 1.2. Los argumentos en favor de la armonización positiva

El primer argumento en favor de la armonización positiva de algunos aspectos de los regímenes nacionales por los que se rigen las *antitrust damages actions* como medida para fomentar la aplicación privada del Derecho de la competencia en Europa, consiste en el principio comunitario de efectividad. En particular, este principio ha sido empleado de manera flexible, bajo distintas circunstancias y con diferentes significados<sup>1461</sup>. De estos significados nos parece oportuno destacar los siguientes dos: *i)* bajo una primera postura el principio de efectividad miraría a satisfacer la necesidad que se garantice una actuación conforme a las reglas del Derecho comunitario; *ii)* bajo una diferente postura, en cambio, la aplicación y el respeto de este principio serían necesarios para lograr una efectiva protección judicial de los derechos subjetivos que descienden del Derecho comunitario<sup>1462</sup>.

Por lo que concierne a nuestro ámbito de análisis es este segundo significado lo que nos interesa tomar en consideración. En particular, esta vertiente del principio de efectividad es la que ha empleado la jurisprudencia comunitaria para tutelar las posiciones de los particulares cuando las mismas fuesen perjudicadas

---

<sup>1459</sup> Al respecto, podemos hacer referencia al asunto *Provimi* (Sentencia del English and Wales High Court de 6 de mayo de 2003, *Provimi Ltd. v. Aventis Animal Nutrition SA*, [2003] EWHC 961), relacionado con uno de los ocho carteles secretos de reparto de mercados y fijación de precios de productos vitamínicos sancionados por la Comisión Europea. En particular, el juez británico se pronunció favorablemente sobre la legitimación activa de un demandante domiciliado en Alemania que había ejercitado una acción indemnizatoria contra una sucursal inglesa de uno de los *co-cartelists*, sobre el presupuesto de que si la misma no hubiese practicado un precio de cártel habría sido posible adquirir el producto a un precio de mercado. Este ejemplo demuestra que los demandantes tratan de acudir a los tribunales que resultan más eficientes o que aplican la regulación más favorable. FARRELL e INCE (2008).

<sup>1460</sup> *Ibidem*.

<sup>1461</sup> ROSS (2006, pág. 479).

<sup>1462</sup> En la doctrina destaca estos dos significatos del principios de efectividad NEBBIA (2007, póg. 288).

por la existencia de normas y medidas de Derecho interno. Se trata, en particular, de los supuestos en que la aplicación de las normas domésticas, obstaculizando el ejercicio de los derechos subjetivos de matriz comunitaria ante los órganos jurisdiccionales nacionales, terminaría por colocar a los titulares de una situación jurídica subjetiva en una situación de desamparo. En realidad, este específico significado del principio de efectividad ya se halla en algunos importantes pronunciamientos del TJUE de los años sesenta del siglo XX<sup>1463</sup> y ha sido posteriormente empleado por este mismo tribunal comunitario –como ya hemos tenido forma de poner de relieve en el capítulo anterior<sup>1464</sup>– para reconocer el derecho subjetivo a la indemnización de los *antitrust damages*.

Por lo general, el TJUE ha afirmado que la aplicación del principio de efectividad se repercute directamente sobre la normativa de Derecho interno –en nuestro caso aquella que regula el ejercicio de las *antitrust damages actions*– en cuanto las medidas nacionales puestas a salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables, no deben hacer su ejercicio imposible en la práctica o excesivamente difícil<sup>1465</sup>. Además, con el fin de garantizar la consecución de este mismo resultado, la jurisprudencia comunitaria ha expresamente afirmado que la regulación nacional tiene que respetar también el principio de equivalencia<sup>1466</sup>.

Las consideraciones anteriores, y sobre todo la existencia del respaldo jurisdiccional de los jueces comunitarios, nos permiten afirmar que el principio de efectividad constituye uno de los pilares sobre los cuales debe fundamentarse una iniciativa legislativa comunitaria que vaya en el sentido de la armonización positiva del régimen aplicable a las *antitrust damages actions*. Sin embargo, cabe señalar que HOSKINS (1996, pág. 365) ha criticado la conformación del *test* de

---

<sup>1463</sup> STJ de 5 de febrero de 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa*, *cit.*, ap.13.

<sup>1464</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.3.

<sup>1465</sup> STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al.*, *cit.*, aps. 26 y 29; STJ de 19 de junio de 2003, *Ministero delle Finanze contra Eribrand SpA*, *cit.*, ap. 62. ALBORS-LLORENS (2002, pág. 38) ha evidenciado que el TJUE, con el pronunciamiento sobre el asunto *Courage*, no sólo había reconocido de forma general y con arreglo a los principios de efectividad y eficiencia, el derecho a la indemnización del daño en favor de todos los sujetos perjudicados por un ilícito concurrencial, sino que había alcanzado también un más amplio objetivo de *policy*, consistente en la promoción de un sistema descentralizado de aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia. ALFARO ÁGUILA-REAL (2009, págs. 3 y 5), en cambio, ha puesto de relieve que este objetivo originario se fue perdiendo a lo largo de las consultas realizadas por la Comisión Europea, y que ya en el ámbito del Libro Blanco sólo había quedado el objetivo de la creación de un sistema de reglas que favoreciera la plena compensación de las víctimas de los carteles secretos y no de todos los sujetos perjudicados por la realización de ilícitos *antitrust*.

<sup>1466</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.3.1.

efectividad, poniendo de relieve que las dificultades relacionadas con su puesta en práctica podrían conducir a resultados de carácter no homogéneo, con el riesgo de que a su vez se genere una situación de incertidumbre jurídica. En particular, para llevar a cabo un juicio de efectividad, resulta necesario proceder con un análisis casuístico y tener en cuenta tanto la naturaleza del derecho subjetivo de matriz comunitaria afectado por el ilícito de que se trate, como la finalidad restrictiva de la medida nacional. Se trata de evaluaciones muy complejas, que pueden variar en función del concreto asunto enjuiciado y del sujeto que realiza el juicio de valor, con consiguiente riesgo de minar la imparcialidad de tratamiento<sup>1467</sup> entre las partes afectadas por el ilícito concurrencial<sup>1468</sup>.

Con respecto al rol del principio de efectividad para fundamentar una iniciativa legislativa comunitaria que persiga la armonización positiva de algunos aspectos de las *antitrust damages actions*, cabe además destacar que el Profesor ALFARO ÁGUILA-REAL (2009, pág. 11) ha criticado este asunto, al considerar que la armonización del *private antitrust enforcement* no constituye una exigencia del Tratado. En particular, partiendo del asunto que el único *deficit* de *enforcement* que afecta al Derecho comunitario de la competencia concierne a la lucha a los carteles secretos y que en este ámbito sólo resulta necesario fortalecer la aplicación de la normativa *antitrust* por parte de las Autoridades de la competencia, el Profesor ALFARO ÁGUILA-REAL ha puesto de relieve que la jurisprudencia comunitaria no ha afirmado que fuera imprescindible llevar a cabo un amplio desarrollo de la aplicación privada de la normativa comunitaria de defensa de la competencia para garantizar la efectividad del artículo 101 del TFUE<sup>1469</sup>.

Cabe por último poner de relieve que el principio de efectividad ha sido introducido en el Tratado, convirtiéndose en una disposición de derecho primario de la UE<sup>1470</sup>. Esto podría influir sobre la relación existente entre el derecho a una protección judicial efectiva y la exigencia de respetar la normativa nacional en sentido favorable a la primera, en cuanto no se afirma que los remedios para proteger el derecho a una tutela judicial efectiva pertenezcan a la competencia exclusiva de los Estados miembros. En efecto, la positivización de este principio es susceptible de repercutirse sobre la doctrina jurisprudencial que

---

<sup>1467</sup> MCKENDRICK (2000, pág. 567).

<sup>1468</sup> HIMSWORTH (1997, pág. 310) ha hecho referencia a este aspecto, si bien no por lo que concierne a los derechos subjetivos que descienden de los artículos 101 y 102 del TFUE, sino más en general, es decir con respecto a los derechos subjetivos de matriz comunitaria.

<sup>1469</sup> *Ibidem*.

<sup>1470</sup> El artículo 19, apartado 1, del TUE afirma que: “Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”.

se ha formado entorno a la aplicación del principio de efectividad<sup>1471</sup>. Puesto que dicho principio se ha aplicado para evaluar alcance e impacto de los remedios internos que inciden sobre la tutela judicial de los derechos subjetivos de matriz comunitaria, la intervenida primacía del principio de efectividad puede conducir a la superación de las posturas críticas, fundamentadas sobre el hecho de que la antedicha doctrina jurisprudencial no proporcionaba criterios ciertos y unívocos para evaluar, *ratione materiae*, los diferentes intereses en juego, y fomentar una más sólida intervención jurisprudencial<sup>1472</sup>.

Un segundo argumento sobre el que podría fundamentarse la armonización positiva de las regulaciones nacionales aplicables a las *antitrust damages actions*, consiste en la neutralización o atenuación del riesgo de *forum shopping*. Esta práctica se refiere a situaciones en que, existiendo la posibilidad de que una demanda judicial pueda interponerse, de forma alternativa, ante jueces pertenecientes a diferentes jurisdicciones nacionales, los demandantes estarían concretamente incentivados a escoger el sistema jurídico que les confiera mayores ventajas sobre la contraparte procesal<sup>1473</sup>. En particular, la elección que subyace a la práctica de *forum shopping* puede ser determinada por varios factores, como por ejemplo la duración del proceso o una mayor probabilidad de maximizar los beneficios esperados. Es este el caso que afecta a los sujetos involucrados en ilícitos *antitrust* de alcance comunitario (y lo mismo vale por los *cross-border infringements*), puesto que este tipo de prácticas anticompetitivas, desde el punto de vista del alcance geográfico, inciden negativamente sobre varios ordenamientos nacionales. Bajo estas circunstancias, y en virtud de las reglas jurídicas aplicables *ratione materiae* (Reglamento CE 44/2001<sup>1474</sup>), es muy probable que los sujetos perjudicados lleven a cabo prácticas de *forum shopping*, escogiendo los órganos jurisdiccionales en función de consideraciones de eficiencia procesal, cuales por ejemplo el *quantum* de indemnización que pueden conseguir o la facilidad de demostrar que la práctica empresarial de que se trate revista naturaleza anticompetitiva.

Bajo la perspectiva de los potenciales demandantes puede concluirse que el *forum shopping* no resulta necesariamente negativo y hasta puede representar un mecanismo de potenciación del desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia en Europa. Sin embargo, sobre la base de dos ulteriores elementos, que ilustraremos a continuación, cabría preferir una intervención normativa de *hard law*, en cuanto a través de la misma es posible conseguir una más marcada atenuación de las diferencias existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales del entorno comunitario por lo que concierne a la regulación

---

<sup>1471</sup> CRAIG (2012, pág. 726).

<sup>1472</sup> ARNULL (2011, pág. 68).

<sup>1473</sup> FERRARI (2002, pág. 706).

<sup>1474</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.6.8 y §.IV.6.9.

de las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la comisión de ilícitos concurrenciales.

Antes de todo cabe considerar el hecho de que es muy difícil prever de antemano en qué medida la existencia de múltiples *fora* pueda proporcionar un beneficio a los sujetos perjudicados por un ilícito concurrencial, en cuanto la regulación y la doctrina jurisprudencial existentes *ratione materiae* no siempre permiten interponer una demanda resarcitoria ante el órgano jurisdiccional que pertenece al sistema jurídico más favorable, así como no siempre este tipo de elección resulta, *ex post*, la opción más favorable para los demandantes.

Además, cabe considerar que si bien se reconozca que en el contexto comunitario la práctica de *forum shopping* se ha convertido en una de las piezas principales de la *antitrust litigation*<sup>1475</sup> y no obstante los sujetos perjudicados por la realización de una práctica anticompetitiva puedan llevar a cabo estrategias para evitar que las empresas infractoras les saquen ventaja procesal a través de una estrategia de *pre-emptive litigation*, sigue resultando plausible que la misma existencia de múltiples *fora* alternativos haga que las empresas infractoras lleven a cabo con éxito estrategias procesales que les permitan lograr la neutralización o, cuanto menos, la minimización de la responsabilidad extracontractual descendente del incumplimiento del Derecho de la competencia –como por ejemplo la interposición de *torpedo actions*<sup>1476</sup> que sirven esencialmente para escoger el órgano jurisdiccional nacional ante el cual entablar el juicio resarcitorio–.

Por último, siempre en favor de la armonización positiva, consideramos oportuno destacar que a través de este tipo de intervención normativa podría alcanzarse el objetivo de conseguir un *level playing field*, es decir la creación de un contexto económico en que los distintos *players* puedan competir en condiciones de igualdad. En efecto, uno de los factores que incide negativamente sobre la consecución de un *level playing field*, consiste en la diversidad de los sistemas jurídicos, en cuanto eso genera incertidumbre bajo diferentes aspectos<sup>1477</sup>, entre los cuales cabe nuevamente mencionar el perfil de la responsabilidad extracontractual conectada con la infracción del Derecho comunitario de la competencia.

Con arreglo a este último argumento, en particular, podría justificarse el recurso a la armonización positiva acogiendo la postura teórica que admite que a través de la intervención normativa puede alcanzarse un cierto grado de igualdad de

---

<sup>1475</sup> STOTHERS *et al.* (2011, pág. 67).

<sup>1476</sup> BALMAIN y COUGHLAN (2011, pág. 147).

<sup>1477</sup> DOUGAN (2004, pág.71) ha destacado que la existencia de sistemas jurídicos diferentes con respecto al mismo entorno económico incrementa los costes de transacción para las empresas.

condiciones y, por consiguiente, atenuarse el recurso a la práctica de *forum shopping*. También este argumento ha sido objeto de críticas, en cuanto se ha puesto de relieve que sólo debería recurrirse a la armonización positiva para conseguir este objetivo, si el daño que podría surgir de las diferencias existentes a nivel normativo resulte muy evidente o cuanto menos probable, si las subsiguientes modificaciones normativas que habrían de ser realizadas no conlleven costes de armonización muy elevados y si este tipo de intervención legislativa produzca beneficios de carácter sustancial<sup>1478</sup>.

### 1.3. La evaluación de impacto sobre la iniciativa legislativa relativa a las *antitrust damages actions*

El legislador comunitario ha abogado por la vía de la armonización positiva y el 11 de junio de 2013 ha adoptado una Propuesta de Directiva (del Parlamento Europeo y del Consejo) relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Como todos los actos normativos comunitarios, esta Propuesta ha sido acompañada por una evaluación del impacto esperado de cuatro diferentes y alternativos conjuntos de posibles medidas normativas concernientes a la potenciación de las *antitrust damages actions* sobre la regulación preexistente<sup>1479</sup>.

En efecto los servicios de la Comisión Europea<sup>1480</sup>, con el antecitado estudio de impacto esperado, han llevado a cabo una comparación entre las siguientes cuatro distintas opciones: *i*) ausencia total de la posibilidad de ejercer una acción de indemnización por daños y perjuicios en el área del Derecho de la competencia (Opción 1); *ii*) positivización de las medidas planteadas en el Libro Blanco a través de una iniciativa legislativa de *hard-law* (Opción 2); *iii*) positivización de las medidas aconsejadas en el Libro Blanco, teniendo al mismo tiempo en cuenta la doctrina jurisprudencial de los Tribunales comunitarios y las iniciativas legislativas adoptadas a nivel europeo y nacional, con el fin de

---

<sup>1478</sup> Véase la crítica llevada a cabo, en términos generales, por HARLOW (2002, págs. 367 y sigs.).

<sup>1479</sup> [Impact Assessment Report on Damages actions for breach of the EU antitrust rules, Accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union](#), Estrasburgo 11 de junio de 2003, SWD(2013) 203 final, en adelante “*Impact Assessment preliminar a la Propuesta de Directiva*”.

<sup>1480</sup> Técnicamente el *Impact Assessment preliminar a la Propuesta de Directiva* constituye un documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea (*Commission Staff Working Document*).



introducir algunos ajustes por lo que concierne a algunos aspectos puntuales<sup>1481</sup> (Opción 3); *iv*) recurso a herramientas de carácter no regulatorio (Opción 4)<sup>1482</sup>. Entre estas distintas Opciones, el *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva ha abogado por la Opción 3<sup>1483</sup> (*preferred option*).

Para ilustrar las características de la Opción 3 tomaremos en cuenta los datos contenidos en la tabla número 1<sup>1484</sup> del *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, que compara y propone una visión de conjunto de las distintas opciones de *policy* tomadas en cuenta. Esta Opción, en particular, propende por la introducción de las siguientes medidas: *i*) no se aplicará ningún multiplicador a los daños indemnizables y eso con independencia de la tipología de infracción realizada; *ii*) por lo que se refiere al acceso a las pruebas, antes de todo se tendrán que introducir reglas que permitan la divulgación de específicas categorías de pruebas –divulgación que deberá fundamentarse sobre el sistema de *fact-pleading* y respetar el principio de proporcionalidad– y, además, no se tendrá que permitir que los demandantes accedan a los *corporate statements* formados en el ámbito de un programa de clemencia, ni al contenido de los eventuales *settlements* estipulados entre Autoridad de la competencia y empresas involucradas en un expediente administrativo-sancionador; *iii*) se habrá de introducir una limitación de la responsabilidad extracontractual de las empresas que hayan obtenido acceso al beneficio de la clemencia, exponiendo las mismas sólo a las demandas interpuestas por sus compradores directos e indirectos; *iv*) se tendrá que reconocer la legitimación activa de los compradores indirectos; *v*) se habrán de facultar las empresas demandadas a oponer la defensa de repercusión del sobrecoste, imponiendo sobre las mismas la carga de la prueba de la traslación, parcial o total, de los daños reclamados en juicio, así como deberá preverse una presunción *iuris tantum* de traslación del sobreprecio en favor de los compradores indirectos; *vi*) igualmente, tendrá que introducirse una presunción relativa de producción del daño *antitrust* en el caso de que las empresas demandadas hayan participado a un cártel secreto; *vii*) se habrá de asignar eficacia vinculante a las decisiones firmes de las Autoridades de la competencia; *viii*) ninguna regla específica se tendrá que introducir en orden al requisito de conducta culpable; *ix*) se tendrá que establecer un plazo de prescripción *ad hoc* para las *antitrust damages actions*, cuyo *dies a quo* deberá coincidir con la adopción de una resolución sancionatoria por parte de una Autoridad de la competencia; *x*) ni siquiera deberán preverse reglas específicas en materia de costes de las acciones

---

<sup>1481</sup> Se trata, en particular, de los aspectos del acceso a las pruebas, de la presunción *iuris tantum* de daño *antitrust* en presencia de un cártel y al requisito de efectividad con respecto a la cuantificación del daño por parte de los sujetos perjudicados (demandantes). *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, *cit.*, ap. 79, pág. 31.

<sup>1482</sup> *Ibidem*.

<sup>1483</sup> *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, *cit.*, aps. 152 y sigs., págs. 55 y sigs.

<sup>1484</sup> *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, *cit.*, tabla núm. 1, págs. 31-32.

resarcitorias ocasionadas por el incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia; *xi*) se tendrán que introducir los siguientes conjuntos de reglas: *a*) reglas para suspender la eficacia de las resoluciones consensuales de conflictos; *b*) reglas sobre los efectos de los acuerdos transactivos sobre los demás sujetos perjudicados por el mismo ilícito concurrencial; *c*) reglas sobre las eventuales, subsiguientes acciones indemnizatorias interpuestas contra las empresas que hayan previamente estipulado un acuerdo transactivo; *xii*) por último no deberá establecerse alguna específica regulación de las acciones colectivas indemnizatorias por incumplimiento del Derecho de la competencia<sup>1485</sup>.

Como hemos destacado, la *preferred option* se caracteriza también por la introducción de algunos ajustes respecto de las medidas planteadas en el Libro Blanco. Antes de todo, a la luz de los comentarios de muchos *stakeholders*, con los que se había puesto de relieve la necesidad de aclarar los términos y el alcance de la interrelación entre aplicación pública y privada del Derecho de la competencia en Europa, se propuso la introducción de un primer ajuste con respecto a la conformación de las medidas concernientes al acceso a la información del expediente administrativo-sancionador formado ante una Autoridad de la competencia, abogando por la protección absoluta de la información contenida en los *corporate statements* y en los *settlements*, en cuanto la introducción de una solución de sentido opuesto habría incidido negativamente sobre algunas fundamentales herramientas de *public antitrust enforcement* a disposición de las Autoridades de la competencia (*v.gr.* los programas de clemencia y el *settlement programme*)<sup>1486</sup>. En la *preferred option*, además, se previó que hasta cuando el procedimiento administrativo no hubiese finalizado, no habría tenido que permitirse que los demandantes accedieran a los documentos específicamente formados en el ámbito de este procedimiento.

La *preferred option* también contemplaba la necesidad de introducir una presunción *iuris tantum* entorno a la producción del daño *antitrust*, en todos aquéllos supuestos en que se hubiese logrado demostrar la existencia de un cártel<sup>1487</sup> –no

---

<sup>1485</sup> A lo largo de los siguientes párrafos nos referiremos a las medidas planteadas en la Opción 3 del *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva como medidas de la “*preferred option*”.

<sup>1486</sup> *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, *cit.*, ap. 85, pág. 33.

<sup>1487</sup> Existen diferentes estudios que valoran positivamente la introducción de este tipo de presunción en virtud de la naturaleza secreta del cártel, que es lo que dificulta la obtención de los datos necesarios para demostrar la existencia y la exacta cuantía del daño sufrido. CONNOR y LANDE (2008, págs. 2203 y sigs.). El *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva también menciona otro estudio (BOYER y KOTCHONI, 2011, págs. 4 y sigs.), en que, si bien se haya puesto de relieve que existe un cierto número (5%) de carteles que no produce algún sobreprecio, se destaca que el carácter relativo de la presunción y el hecho de que las empresas infractoras posean los documentos relevantes, permite neutralizar el riesgo de que se reconozca a los

se contemplaba, en cambio, la introducción del mismo tipo de presunción con respecto a los ilícitos concurrenciales de carácter unilateral—. La introducción de este ajuste, en particular, se fundamentaba sobre el hecho de que la prueba del daño *antitrust* y su cuantificación suelen resultar muy difíciles de conseguir en los juicios resarcitorios ocasionados por el incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia<sup>1488</sup>. En efecto, si esta situación se dejara invariada, seguirían existiendo significativos obstáculos a la consecución de una indemnización efectiva de los *antitrust damages*.

En el *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, sin embargo, se reconoció que la introducción de una presunción relativa sobre la cuantificación del daño presentaba un importante perfil de criticidad. En efecto, en el caso de que no sólo se introdujera este tipo de presunción, sino que también se estableciera de forma estandarizada un porcentaje mínimo de daño, cabría el riesgo de que se llegara a una permanente situación de infracompensación, puesto que se rebajarían los incentivos de los demandantes respecto de la inversión de recursos finalizada a la cuantificación del daño efectivamente sufrido y, al mismo tiempo, se incentivarían las empresas demandadas a proteger el valor establecido, pese al hecho de que el daño producido por el cártel podría ser superior a esta cuantía<sup>1489</sup>. Por eso, en la *preferred option* sólo se abogó por anclar esta presunción al respeto del principio comunitario de efectividad, añadiendo la posibilidad de que en estos supuestos los Estados miembros dejaran los jueces nacionales libres de proceder a la cuantificación mediante

---

demandantes una indemnización que dé lugar a un enriquecimiento injusto de los mismos y, por consiguiente, se imponga sobre las empresas demandadas la obligación de pagar daños punitivos (medida esta que no se contempla en la *preferred option*). *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, *cit.*, ap. 88, pág. 34.

<sup>1488</sup> *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, *cit.*, ap. 87, pág. 34.

<sup>1489</sup> Como hemos tenido forma de señalar a la hora de ilustrar las propuestas contenidas en el Libro Blanco, en términos más generales, KORTMANN y SWAAK (2009, pág. 346) ya habían puesto de relieve que no resultaba deseable introducir por vía de presunción un valor estándar relativo al porcentaje mínimo de *antitrust damage* (10%). En efecto, bajo este escenario, si los sujetos perjudicados por la realización de una práctica anticompetitiva no hubiesen querido invertir recursos para averiguar hasta qué punto sus reclamaciones de por daños y perjuicios resultaran viables, habrían en todo caso podido confiar sobre la presunción de sobreprecio medio, lo que habría convertido este valor en la menor cuantía indemnizable ante la interposición de una *antitrust damages action*. Además, dichos autores habían también evidenciado que la introducción de esta presunción, más bien que conducir a una plena compensación de los sujetos perjudicados, habría facilitado el recurrir de situaciones de sobrecompensación y enriquecimiento injusto, como tales contrarias al planteamiento general de la Comisión Europea, que las consideraba como uno de los principales problemas de la aplicación privada del Derecho *antitrust* en el sistema jurídico norteamericano. Cfr. *supra sub* §.IV.7.6.

técnicas de estimación del daño<sup>1490</sup> –lo que en cierta medida podía evitar el riesgo de incurrir en costes muy elevados, diversamente de lo que sucede en el caso de que se trate de determinar con exactitud el *quantum* del perjuicio efectivamente sufrido por los demandantes–.

El último ajuste contemplado por la *preferred option*, respecto de las propuestas planteadas en el Libro Blanco, concierne a la introducción de algunas previsiones específicas en materia de resolución consensual de litigios. En particular, con el fin de introducir medidas para remover los obstáculos al ejercicio efectivo de esta modalidad alternativa de resolución de conflictos *inter privatos*, se previó que se suspendiera el plazo de prescripción relativo al ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios *antitrust* en el caso de que las partes afectadas por la infracción del Derecho de la competencia demostraran haber tratado de solucionar el asunto recurriendo a una *consensual dispute resolution*. Con el mismo propósito, además, la *preferred option* propuso que la suspensión del plazo de prescripción operara también en el caso de que una demanda de indemnización por daños y perjuicios ya hubiese sido interpuesta, es decir *lite pendente*<sup>1491</sup>.

Por último, siempre en el ámbito de la *preferred option*, se observó que resultaba necesario que la cuantía indemnizatoria establecida a través de una resolución consensual del litigio, ascendiera a *benchmark* para futuros, eventuales, acuerdos transactivos estipulados por las empresas infractoras con otros sujetos perjudicados<sup>1492</sup>. En efecto, se evidenció que la determinación de los daños que las empresas infractoras habrían tenido que corresponder a los sujetos perjudicados en fuerza de acuerdos transactivos estipulados *lite pendente*, tuviera que tener en cuenta este parámetro. Dicha solución, en particular, por un lado, resultaba adecuada para conducir a una alineación de los incentivos de las víctimas de ilícitos concurrenciales y, por el otro, habría en parte concurrido a atenuar el riesgo de comportamientos estratégicos.

En definitiva, el *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva consideró que las medidas contempladas en la *preferred option*, junto con las sugerencias sobre la determinación de los *antitrust damages* que la Comisión Europea acababa de adoptar con la Comunicación de 11 de junio de 2013 sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>1493</sup> –tarea ésta que ha de ser realizada por parte de los jueces

---

<sup>1490</sup> *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, *cit.*, ap. 90, pág. 35.

<sup>1491</sup> *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, *cit.*, ap. 91, pág. 35.

<sup>1492</sup> *Ibidem*.

<sup>1493</sup> [Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de](#)

nacionales en el caso de que estimen las demandas interpuestas por parte de las víctimas de ilícitos de naturaleza *antitrust*– constituyeran las soluciones más viables para facilitar el ejercicio de las *antitrust damages actions* en Europa<sup>1494</sup>.

### 1.3.1. La no inclusión de las medidas relativas a la armonización de los aspectos relacionados con las acciones colectivas en la *preferred option*

En el Libro Blanco la Comisión había subrayado la necesidad de introducir mecanismos que permitieran agregar las demandas individuales de los sujetos perjudicados por la realización de ilícitos concurrenciales en cuanto, sobre todo por lo que concierne a las posiciones de los consumidores individuales y las pequeñas empresas, es muy frecuente que el daño sufrido sea de leve entidad y tales perjudicados no posean adecuados incentivos para entablar una demanda indemnizatoria que siempre conlleva incertidumbre, riesgos y costas procesales<sup>1495</sup>. Sobre la base de estas consideraciones, por lo tanto, la Comisión Europea había planteado introducir una combinación de dos mecanismos complementarios de recurso colectivo, es decir las demandas en representación<sup>1496</sup> y las demandas colectivas<sup>1497</sup>.

---

[Funcionamiento de la Unión Europea \(2013/C 167/07\)](#), en adelante “Directrices sobre la cuantificación de los *antitrust damages*”, DOUE C 167/19 de 13 de junio de 2013.

<sup>1494</sup> *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, *cit.*, ap. 171, pág. 59. Este documento de trabajo de los Servicios de la Comisión Europea, en particular, fundamentó esta conclusión también sobre la base de los resultados de la comparación, en términos de coste/beneficio, entre las cuatro opciones concurrentes, como demuestra la tabla número 10. En particular, a la luz de la información contenida en esta tabla, podemos destacar que el conjunto y la estructura de las medidas contempladas por la *preferred option* se consideraron las que habrían conllevado más beneficios –en términos de plena compensación de las víctimas, salvaguardia de la efectividad del *public antitrust enforcement*, incremento de la tasa de disuasión, del nivel de *enforcement* y de la seguridad jurídica, mayores posibilidades de acceso a la justicia, mayor eficiencia respecto del recurso a la justicia, consecución de igualdad de condiciones, mayor impacto positivo sobre las pequeñas y medianas empresas y los consumidores y potenciación de los incentivos al crecimiento económico y a la innovación– al menor coste –por lo que se refiere al análisis de los costes relevantes, los Servicios de la Comisión Europea tomaron en cuenta las costas del litigio, las cargas administrativas, los *error costs* y los costes de la implementación normativa de las medidas propuestas–.

<sup>1495</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 4.

<sup>1496</sup> Por demandas en representación se entienden aquéllas demandas entabladas por entidades habilitadas, cuales por ejemplo las asociaciones de consumidores o las demás asociaciones de categoría (*v.gr.* las asociaciones de comerciantes), en nombre de sujetos perjudicados identificados o identificables (que pueden coincidir con todos los miembros de la categoría representada).

Los *stakeholders* que formularon comentarios a las medidas planteadas en el Libro Blanco se habían dividido sobre este punto, como demuestra el hecho de que algunos de ellos (principalmente las asociaciones de consumidores) se expresaron de forma favorable a la introducción de ambos mecanismos, con una preferencia generalizada por la previsión de la fórmula del *opt-in*, mientras que otros *stakeholders* (principalmente las grandes empresas y las asociaciones de empresas) habían mantenido una postura contraria, subrayando que la introducción de estos mecanismos sólo habría conllevado un incremento de la tasa de litigios<sup>1498</sup>. Análogos resultados se obtuvieron tras la consulta pública de 2011 y, al respecto, consideramos oportuno destacar que las cuatro ANC<sup>1499</sup> que participaron a la consulta se demostraron sustancialmente favorables a la introducción de tales mecanismos en cuanto los mismos, facilitando la interposición de demandas indemnizatorias por parte de las víctimas de ilícitos concurrenciales, habrían sido susceptibles de incidir positivamente sobre el *enforcement* general del Derecho de la competencia<sup>1500</sup>.

Además, tenemos que señalar que con anterioridad la Comisión Europea ya se había planteado el problema de que quizás fuera insuficiente introducir una regulación transnacional en materia de recursos colectivos que afectara sola y exclusivamente al ámbito de los ilícitos concurrenciales. A este respecto, en 2007 y 2008 la Comisión Europea (en particular la Dirección General de Salud y Política de Consumidores “DG Sanco”) había encomendado algunos específicos estudios para analizar la efectividad<sup>1501</sup> y los problemas<sup>1502</sup> relacionados con los *collective redress mechanisms* en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la UE. Las mismas perplejidades, además, habían emergido

---

<sup>1497</sup> Por demandas colectivas, en cambio, se entienden aquéllas demandas que proceden de un grupo de víctimas que opta expresamente por reunir en una sola demanda todas las demandas individuales de los miembros del grupo en cuestión. Dichas demandas, en particular, se caracterizan por el hecho de que sólo uno de los miembros de la “clase” actúa como representante y por eso tiene el poder de tomar cualquier decisión que afecte al litigio. QUIJANO GONZÁLEZ (2011, pág. 489).

<sup>1498</sup> *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, *cit.*, ap. 148, pág. 54.

<sup>1499</sup> En particular, fueron las ANC de los siguientes Países aquéllas que participaron a la consulta: *i*) Francia (Autorité de la concurrence); *ii*) Irlanda (Irish Competition Authority); *iii*) Italia (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato); *iv*) Rumania (Consiliul Concurenței). BURKHARD *et al.* (2010).

<sup>1500</sup> Consulta pública de la Comisión Europea, “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo”, de 4 de febrero de 2011.

<sup>1501</sup> ALLEWELDT *et al.* (2008), *Evaluation of the Effectiveness and Efficiency of Collective Redress Mechanisms in the European Union*, Final report de 26 de agosto de 2008.

<sup>1502</sup> ALLEWELDT *et al.* (2008), *Study Regarding the Problems Faced by Consumers in Obtaining Redress for Infringements of Consumer Protection Legislation, and the Economic Consequences of Such Problems*, Final report de 26 de agosto de 2008.

también en el Commission Staff Working Paper del Libro Blanco<sup>1503</sup>, en que se afirmó que, a la luz de los resultados de los antecitados estudios, la Comisión Europea habría lanzado una consulta pública para averiguar si y en qué medida fuera necesario emprender una iniciativa legislativa a nivel comunitario en materia de recursos colectivos.

La Comisión Europea, en efecto, en 2008 adoptó un Libro Verde sobre recursos colectivos de los consumidores <sup>1504</sup> que, arrancando del asunto que las infracciones que afectan de forma masiva los derechos de los consumidores pueden distorsionar el mercado, estaba finalizado a buscar la solución de casos de denuncias masivas con el fin de aportar vías de recurso colectivo a los consumidores de la UE<sup>1505</sup>. Sucesivamente a este Libro Verde y antes de lanzar la consulta pública antes mencionada, la Comisión Europea había adoptado también un *discussion paper*<sup>1506</sup> con el propósito de facilitar el debate sobre los recursos colectivos y solicitar los *stakeholders* a formular ulteriores comentarios sobre las propuestas contempladas en el Libro Verde RCC.

Además, después de la consulta pública del año 2011, también el Parlamento Europeo adoptó una específica resolución, denominada “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo” <sup>1507</sup>, en la que se auspiciaba que cualquier propuesta normativa concerniente a los recursos colectivos tuviera un marco horizontal. En efecto, según el Parlamento Europeo una propuesta de este tipo habría tenido que incidir sobre la regulación del recurso colectivo tomando en consideración todos los principios comunes que hubiesen permitido el acceso uniforme a la justicia en la Unión Europea y, asimismo, habría tenido que regular esta medida de manera que hubiese podido aplicarse a todas las infracciones que afectaban a los derechos de los consumidores.

Al cabo de este largo y articulado proceso de análisis, consulta de los *stakeholders* y participación al debate de otras Instituciones comunitarias, la Comisión Europea adoptó en 2013 una Comunicación<sup>1508</sup> y una Recomendación<sup>1509</sup> en

---

<sup>1503</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 62-64, pág. 22.

<sup>1504</sup> Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores COM (2008) 794 final, en adelante el “Libro Verde RCC”, Bruselas 27 de noviembre de 2008, no publicado en el Diario Oficial.

<sup>1505</sup> Libro Verde RCC, *cit.*, pág. 4.

<sup>1506</sup> Comisión Europea, *Consultation Paper for Discussion on the Follow-up to the Green Paper on Consumer Collective Redress*, Bruselas 8 de mayo de 2009.

<sup>1507</sup> Parlamento Europeo, *Informe sobre “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo” (2011/2089(INI))*, de 12 de enero de 2012.

<sup>1508</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Hacia un marco horizontal*

materia de *collective redress mechanisms*, que se caracterizaban por fomentar un enfoque de tipo horizontal con respecto a las futuras iniciativas normativas concernientes a la regulación de este mecanismo de tutela en el ámbito del contexto jurídico comunitario.

En particular, la Comisión Europea a través de la Comunicación RCC ha puesto de relieve que los principales aspectos que deben abordarse de manera coherente en el marco horizontal europeo concerniente a la regulación del recurso colectivo resultan los siguientes<sup>1510</sup>: *i*) dicha medida ha de resolver efectivamente un gran número de pretensiones indemnizatorias individuales; *ii*) el recurso colectivo ha de aportar seguridad jurídica en unos plazos razonables, respetando los derechos de las partes; *iii*) esta medida ha de aportar fuertes salvaguardias contra los litigios abusivos y no proporcionar incentivos económicos que conduzcan a la interposición de un número excesivamente elevado de demandas resarcitorias. En cambio, con la Recomendación RCC se han indicado una serie de principios comunes sobre esta materia, auspiciando que todos los Estados miembros se ciñan a los mismos tanto en el caso de que decidan introducir *ex novo* en su ordenamiento una regulación interna en materia de recursos colectivos, como cuanto se comprometan a modificar la regulación preexistente<sup>1511</sup>.

Por lo tanto, podemos afirmar que la Comisión Europea, al cabo de este largo proceso de estudio y consultas, ha modificado su postura originaria y en lugar de realizar una intervención normativa sectorial exclusivamente ceñida al ámbito de las infracciones de naturaleza *antitrust*, ha optado –limitándose a adoptar una mera recomendación– por una solución más amplia (*horizontal scope*) que abarque todos los supuestos en que una infracción del Derecho comunitario afecte negativamente a los intereses económicos de los ciudadanos de la UE.

---

europeo de recurso colectivo COM(2013) 401 final, en adelante “Comunicación RCC”, Estrasburgo 11 de junio de 2013, no publicada en el Diario Oficial.

<sup>1509</sup> 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), en adelante la “Recomendación RCC”, DOUE L 201/60 de 26 de julio de 2013.

<sup>1510</sup> Comunicación RCC, *cit.*, págs. 10-11.

<sup>1511</sup> En particular, el Considerando 7º de la Comunicación RCC afirma que: “Los ámbitos en que se ejerce la acción privada complementaria para hacer valer los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, en forma de recurso colectivo, son la protección de los consumidores, la competencia, la protección del medio ambiente, la protección de los datos personales, la normativa sobre servicios financieros y la protección de los inversores. Los principios establecidos en la presente Recomendación deben aplicarse de forma horizontal y uniforme a dichos ámbitos, pero también a cualesquiera otros en los que las demandas colectivas de cesación o de indemnización por daños y perjuicios derivados de la violación de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión sean pertinentes”.



Finalmente, para entender plenamente el alcance de la solución adoptada *ratione materiae* por el Ejecutivo comunitario consideramos útil mencionar textualmente algunas de las declaraciones que la misma ha expresado en la Comunicación RCC, como por ejemplo aquéllas que afirman que: “Si bien la Recomendación insta a todos los Estados miembros a que se adhieran a los principios que en ella se sugieren, la Directiva propuesta (es decir, la Propuesta de Directiva sobre las *antitrust damages actions*) deja al arbitrio de los Estados miembros la decisión de si introducen o no procedimientos de recurso colectivo para las acciones interpuestas por particulares para el efectivo cumplimiento del Derecho de competencia [...] la Recomendación horizontal y la Directiva sectorial específica forman un «paquete» que, en su conjunto, refleja el enfoque equilibrado deliberadamente adoptado por la Comisión. Si bien los procedimientos de adopción de ambas medidas son diferentes, conforme a los Tratados, la introducción de cambios importantes en este enfoque equilibrado exigiría que la Comisión reconsiderase su propuesta”<sup>1512</sup>.

Por último, con referencia a la situación del ordenamiento jurídico español, cabe destacar que el legislador nacional todavía no ha dictado una específica normativa para regular el ejercicio de las acciones colectivas por parte de las víctimas de un mismo ilícito concurrencial que recaigan en la misma categoría de sujetos perjudicados. Esto, sin embargo, no quiere decir que no exista al estado de la normativa interna la posibilidad de emprender un juicio resarcitorio de forma colectiva, en cuanto el artículo 11 de la LEC, en su apartado primero prevé que: “Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios”<sup>1513</sup>. Además, los apartados segundo y tercero del artículo 11 de la LEC establecen que las asociaciones de consumidores y usuarios pueden resultar legitimadas para emprender acciones colectivas tanto en el caso de que los perjudicados constituyan un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, como en el caso de que no lo sean: en este último caso, sin embargo, se prevé que “la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas”<sup>1514</sup>.

En España, sin embargo, el recurso a las acciones indemnizatorias colectivas por el cauce del artículo 11 de la LEC podría acarrear problemas de legitimidad y, por ende, de admisibilidad de la demanda resarcitoria cuando se realice por parte

---

<sup>1512</sup> Comunicación RCC, *cit.*, pág. 4 y pág. 4, nota núm. 10.

<sup>1513</sup> GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO (2015, págs. 360-361).

<sup>1514</sup> Artículo 11, apartado 3, de la LEC.

de sujetos perjudicados que no pertenecen a la categoría de los consumidores ni a aquélla de los usuarios. En efecto, el tenor literal del artículo 11 de la LEC parece no admitir la legitimación colectiva en el caso de que sean clientes, proveedores o competidores los sujetos perjudicados que quieran entablar colectivamente un juicio indemnizatorio. Al respecto, FERNÁNDEZ (2012, pág. 16) ha destacado que este problema ni siquiera podría superarse mediante la aplicación analógica del artículo 11 de la LEC, en cuanto el artículo 10 de la LEC establece que los sujetos distintos de los titulares de la situación jurídica afectada sólo poseen legitimación activa cuando la ley así lo establezca: en nuestro caso, el artículo 11 de la LEC se configura como un supuesto especial de sustitución procesal sin posibilidad de interpretación extensiva.

Estas últimas consideraciones nos llevan a observar que la falta de armonización en materia de acciones resarcitorias colectivas por daños *antitrust* es susceptible de obstaculizar la obtención del remedio indemnizatorio por parte de algunas de las categorías de afectados por la realización de ilícitos concurrenciales más desprotegidas, cuales por ejemplo las pequeñas empresas que no revistan la calidad de usuarios de los autores de las infracciones *antitrust*.

#### **1.4. Los fundamentos normativos de la armonización positiva en la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea y sus principios rectores**

La Comisión Europea, así como habían sugeridos sus Servicios en el ámbito del *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva<sup>1515</sup>, decidió emplear el instrumento legislativo de la Directiva para emprender una iniciativa normativa en materia de *antitrust damages actions*<sup>1516</sup>. Por esto el Ejecutivo comunitario, el 11 de

---

<sup>1515</sup> En particular, la Directiva se consideró la mejor herramienta de intervención normativa por las siguientes razones: *i)* se trataba de una herramienta flexible, pese al hecho de que los Estados miembros habrían sido libres de implementar las medidas contempladas en la *preferred option* con los instrumentos legislativos que estimasen más oportunos; *ii)* habría conducido a la introducción de un nivel mínimo de armonización a lo largo del contexto comunitario, dejando al mismo tiempo los Estados miembros libres de introducir medidas ulteriores; *iii)* habría permitido a los Estados miembros que ya preveían, en sus ordenamientos nacionales, algunas medidas contempladas en la *preferred option*, de no tener que soportar los costes de una intervención normativa en dichas áreas (*Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, *cit.*, aps. 189-191, págs. 65-66). La Propuesta de Directiva se ciñó a los mismos argumentos. Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, págs. 14-15.

<sup>1516</sup> El legislador comunitario, por lo tanto, decidió llevar a cabo una iniciativa normativa de carácter positivo. Por lo tanto, las instancias doctrinales favorables a la armonización negativa o a la *regulatory competition*, no surtieron los efectos esperados. Cfr. *supra sub* §.V.1.1.

junio de 2013, adoptó una Propuesta de Directiva para regular algunos aspectos relativo al régimen jurídico de las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la realización de ilícitos concurrentiales<sup>1517</sup>.

Por lo que concierne a la base jurídica de esta Propuesta, la Comisión Europea ha expresamente afirmado que la misma se fundamentaba sobre los artículos 103 y 114 del TFUE, persiguiendo el objetivo de desarrollar los principios contemplados en los artículos 101 y 102 del TFUE, tanto a través de la mejora de las condiciones en las que las víctimas de ilícitos concurrentiales pueden reclamar la indemnización de daños y perjuicios, como mediante la optimización de la interacción entre la aplicación privada y aquella pública de la normativa de defensa de la competencia <sup>1518</sup> (artículo 103 del TFUE). La Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, además, se ponía el objetivo de garantizar una mayor igualdad de condiciones para las empresas que actúan en el mercado interior (artículo 114 del TFUE)<sup>1519</sup>. Por lo que respecta a este último perfil, en particular, la Comisión Europea puso de manifiesto que la existencia de regímenes jurídicos diferentes, pudiendo desincentivar el ejercicio de los derechos fundamentales (cuales el derecho de establecimiento y el derecho a la libre prestación de servicios) en aquellos Estados miembros en que fuese más fácil interponer con éxito una demanda de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del Derecho de la competencia, podría conducir a un sensible falseamiento del correcto funcionamiento del mercado interior<sup>1520</sup>.

---

<sup>1517</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea COM(2013) 404 final, en adelante “Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*?”.

<sup>1518</sup> Por lo que concierne a la elección del artículo 103 del TFUE como base jurídica de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, la Comisión Europea se refiere de forma expresa a la doctrina jurisprudencial del TJUE que, como ya hemos ampliamente ilustrado, estableció que el efecto práctico de los artículos 101 y 102 del TFUE se pondría en peligro si no se reconociera a cualquier sujeto perjudicado por la realización de infracciones de naturaleza *antitrust* el derecho a exigir la indemnización de los daños sufridos como consecuencia de estos ilícitos. STJ de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd et al.*, cit., ap. 25; STJ de 13 de julio de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA.*, cit., aps. 56-61; STJ de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, C-360/09, RJ 2011/I/5161, ap. 28; STJ de 6 de noviembre de 2012, *Europese Gemeenschap contra Otis NV et al.*, C-199/11, RJ digital, ap. 40.

<sup>1519</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, cit., pág. 10.

<sup>1520</sup> Al respecto en la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* la Comisión Europea ha expresamente destacado que: “[...] las partes perjudicadas con reclamaciones de menor cuantía o menos recursos tienden a elegir el foro de su Estado miembro de establecimiento para solicitar la reparación de daños y perjuicios (siendo una

Además, cabe poner de relieve que dos resultan los principios rectores de la intervención normativa que la Comisión Europea ha llevado a cabo a través de la adopción de la Propuesta de Directiva sobre las *antitrust damages actions*: el principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad. En primer lugar, por lo que se refiere al principio de subsidiariedad<sup>1521</sup>, las principales razones por las que se consideró que la Propuesta de la Comisión Europea pudiera ajustarse a este principio residían, por un lado, en el hecho de que en ausencia de una regulación comunitaria que defina los términos de la interacción entre la aplicación pública y aquella privada del Derecho de la competencia, cabría el riesgo de que la aplicación pública del Derecho de la competencia por parte de las Autoridades de la competencia no sea del todo eficaz y, por el otro, en la circunstancia de que la mayoría de los Estados miembros no habían todavía establecido una regulación eficaz con respecto a la indemnización de las víctimas

---

de las razones que los consumidores y las pequeñas empresas no pueden permitirse elegir una jurisdicción más favorable), las divergencias entre las normas nacionales pueden producir condiciones desiguales en lo que respecta a la interposición de demandas por daños y perjuicios, y ello podría afectar a la competencia en los mercados en los que operan estas partes perjudicadas”. Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 11.

<sup>1521</sup> El principio de subsidiariedad está contemplado en el artículo 5, apartado 3, del TUE, que establece que: “En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión [...]”. Se trata, por lo tanto, de un principio corolario del principio de atribución –principio cuya función consiste en delimitar las competencias normativas entre la Unión Europea y los Estados miembros (artículo 5, apartado 1, TUE)– que determina el nivel de intervención más pertinente (UE o Estados miembros) en el ámbito de las competencias compartidas. Con respecto al control jurisprudencial sobre la aplicación de este principio véase STG de 24 de enero de 1995, *Bureau européen des médias de l’industrie musicale contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-114/92, RJ 1995/II/147, ap. 27; STJ de 13 de mayo de 1997, *República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-233/94, RJ 1997/I/2405, aps. 22 y sigs.; STJ de 9 de octubre de 2001, *Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-377/98, RJ 2001/I/7079, aps. 30 y sigs.; STJ de 10 de diciembre de 2002, *The Queen contra Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd y Imperial Tobacco Ltd*, C-491/01, RJ 2002/I/11453, aps. 177 y sigs.; STJ de 12 de julio de 2005, *The Queen, a instancia de Alliance for Natural Health y Nutri-Link Ltd contra Secretary of State for Health y The Queen, a instancia de National Association of Health Stores y Health Food Manufacturers Ltd contra Secretary of State for Health y National Assembly for Wales*, asuntos acumulados C-154/04 y C-155/04, RJ 2005/I/6451, ap. 103; STJ de 8 de junio de 2010, *The Queen, a instancia de Vodafone Ltd et al. contra Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-58/8, RJ 2010/I/4999, aps. 50 y sigs.

de las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE. A este último respecto, cabe evidenciar que el Ejecutivo comunitario consideraba que también las desigualdades existentes entre los Estados miembros de la UE en cuanto al nivel de tutela judicial de las víctimas de las infracciones *antitrust*, podrían causar el falseamiento de la libre competencia y del adecuado funcionamiento del mercado interior<sup>1522</sup>.

En segundo lugar, por lo que se refiere al principio de proporcionalidad<sup>1523</sup>, la Comisión Europea afirmó textualmente que: “la Directiva propuesta no excede de lo necesario para alcanzar sus objetivos, a saber: garantizar una protección eficaz de la aplicación pública de la normativa de competencia en toda la UE, y velar por el acceso de las víctimas de infracciones del Derecho de competencia a un mecanismo verdaderamente eficaz para obtener el pleno resarcimiento del perjuicio sufrido, protegiendo al mismo tiempo los intereses legítimos de los demandados y terceros”. En particular, el Ejecutivo comunitario destacó que las medidas propuestas resultaban aptas para alcanzar los objetivos perseguidos por la Directiva con el menor coste posible, sobre todo en consideración del hecho de que se habían excluido las medidas más radicales, cuales por ejemplo, la

---

<sup>1522</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, cit., págs. 13-14.

<sup>1523</sup> El principio de proporcionalidad está contemplado en el artículo 5, apartado 4, TUE, que establece que: “En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados [...]”. De esta norma se desprende que también el principio de proporcionalidad constituye un corolario del principio de atribución y, junto con el principio de subsidiariedad, concurre a regular el ejercicio de las competencias normativas entre la Unión Europea y los Estados miembros. Su finalidad es establecer las acciones de las instituciones de la Unión dentro de unos límites específicos, de tal manera que su aplicación hace que la acción de las instituciones comunitarias ha de limitarse a lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados, mediando proporción con la finalidad que se quiere alcanzar. Al respecto, en la doctrina jurisprudencial del TJUE se ha afirmado que: “el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos”. Véase por ejemplo, STJ de 11 de julio de 1989, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Gronau*, C-265/87, RJ 1989/I/2237, ap. 20; STJ de 12 de julio de 2001, *H. Jippes, Afdeling Groningen van de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Dieren y Afdeling Assen en omstreken van de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Dieren contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-189/01, RJ 2001/I/5689, ap. 81; STJ de 8 de julio de 2010, *Afton Chemical Limited contra Secretary of State for Transport*, C-343/09, RJ 2010/I/7027, ap. 45; STJ de 17 de octubre de 2013, *Herbert Schaible contra Land Baden-Württemberg*, C-101/12, aún no publicado, ap. 29.

previsión de daños y perjuicios múltiple y las demandas colectivas de exclusión voluntaria<sup>1524</sup>.

## 1.5. La Propuesta de Directiva sobre las *antitrust damages actions*

El 11 de junio de 2013 la Comisión Europea adoptó una (segunda<sup>1525</sup>) Propuesta de Directiva sobre las *antitrust damages actions*, con el fin de garantizar una efectiva aplicación de las normas comunitarias en materia de Derecho de la competencia. Este propósito, en particular, se quería perseguir, por un lado, mediante la optimización de la interacción entre *public* y *private enforcement* de la normativa *antitrust*<sup>1526</sup> y, por el otro, asegurando que los sujetos perjudicados por la realización de ilícitos concurrenciales pudiesen obtener la plena indemnización de los daños sufridos<sup>1527</sup>.

Se trata de dos objetivos que no resultan muy fácilmente alcanzables de forma complementaria. Al respecto SCHWAB (2014, pág. 65) ha destacado que el legislador comunitario se encontró ante un triple orden de problemas (*trilemma*). En primer lugar, resultaba necesario establecer una regulación de las *antitrust damages actions* que no fuese de obstáculo a la efectiva aplicación pública de la

---

<sup>1524</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 14.

<sup>1525</sup> En efecto, la Comisión Europea ya en el año 2009 había adoptado una (primera) Propuesta de Directiva en materia de acciones resarcitorias por incumplimiento del Derecho de la competencia que, en particular, preveía la introducción de recursos colectivos caracterizado por el mecanismo de *opt-out* y, por lo que concierne a la regulación de la defensa de repercusión del sobre coste, contemplaba las siguientes dos presunciones: *i*) en el caso de *passing-on* defensivo, habría recaído sobre los demandados la carga de demostrar que el daño hubiese sido trasladado en el mercado aguas abajo; *ii*) en el caso de *passing-on* ofensivo, habrían sido siempre los demandados los sujetos sobre los cuales hubiese tenido que imponerse la carga de superar la presunción de traslación del daño. Esta Propuesta recibió muchas críticas y, por eso, la Comisión Europea decidió retirarla. BASTIANON (2012, pág. 5).

<sup>1526</sup> Como ya hemos tenido forma de señalar analizando las opciones del Libro Verde y las propuestas planteadas en el Libro Blanco, este objetivo afecta sobre todo a la cuestión del acceso a los documentos formados en ocasión de la participación de las empresas infractoras a un programa de clemencia ante una Autoridad de la competencia. RIZZUTO (2012, págs. 1 y sigs.); DE STEFANO (2012, págs. 95 y sigs.); PIKE y RICHMOND (2012).

<sup>1527</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 3. Con respecto a este segundo objetivo, WISKING *et al.* (2014, pág. 185) han destacado el hecho de que la Comisión Europea siguió considerando que permanecían muchos y relevantes obstáculos al ejercicio de las acciones resarcitorias por incumplimiento del Derecho de la competencia, y que los avances logrados en muchos Estados miembros desde la situación existente a principios de la primera década del siglo XXI, sobre todo por lo que concierne a las *follow-on actions*, no resultaban suficientes para brindar una tutela efectiva a las víctimas de ilícitos concurrenciales.

normativa comunitaria de defensa de la competencia, en cuanto en Europa se consideraba que esta vía de *enforcement* fuese la forma más eficiente de lucha a los carteles y esto, por consiguiente, acarrea un beneficio también por las víctimas de tales ilícitos en cuanto el descubrimiento de estas infracciones es susceptible de conducir a un incremento de las acciones indemnizatorias de seguimiento. En segundo lugar, resultaba también necesario que las nuevas medidas no facilitasen la divulgación de información confidencial (por ejemplo la información que constituye un secreto industrial o comercial de las empresas involucradas en un procedimiento administrativo sancionador ante una Autoridad de la competencia), puesto que de lo contrario se habría puesto en peligro la permanencia de las empresas infractoras en el mercado, con consiguiente producción de efectos negativos sobre el nivel y la intensidad del enfrentamiento competitivo. Por último, la salvaguardia de las exigencias que recaen en el plano del *public antitrust enforcement*, no habría tenido que obstaculizar la consecución del principal objetivo de la armonización comunitaria en materia de *antitrust damages actions*, consistente en la plena y efectiva indemnización de los perjuicios económicos sufridos por las víctimas de ilícitos concurrenciales<sup>1528</sup>.

Estas consideraciones resultan de fundamental importancia para el análisis del remedio indemnizatorio en materia de Derecho de la competencia, en cuanto ponen de manifiesto que el punto neurálgico del entero proceso de fortalecimiento de los aspectos sustanciales y procesales de las *antitrust damages actions*, reside en la exigencia de lograr un justo equilibrio entre las antecitadas, concurrentes exigencias. Si bien es cierto que, por lo general, la ponderación de intereses se ha convertido en una de las principales formas de argumentación jurídica en el Estado de Derecho de los Países democráticos<sup>1529</sup>, la misma asume un relieve particular con respecto a la iniciativa legislativa que estamos analizando en cuanto una mala o desequilibrada ponderación de los intereses en juego resultaría susceptible de acarrear consecuencias particularmente negativas sobre el *enforcement* general del Derecho comunitario de la competencia<sup>1530</sup>, repercutiéndose directamente sobre el correcto funcionamiento del mercado interior.

La tensión normativa hacia la búsqueda de un equilibrio entre estas diferentes exigencias aparece claramente de los objetivos que la Comisión Europea quiso perseguir mediante la adopción de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*. Es muy importante tomar en consideración que la necesidad de encontrar un justo punto de equilibrio entre la aplicación pública y aquella privada del Derecho de la competencia, por un lado, y la salvaguardia del

---

<sup>1528</sup> *Ibidem*.

<sup>1529</sup> COHEN ELIYA y PORAT (2010, págs. 263 y sigs.).

<sup>1530</sup> En efecto, la introducción de medidas “desproporcionadas” podrían afectar a la eficacia de los programas de clemencia y obstaculizar el derecho a la plena indemnización del daño.

derecho a la plena indemnización del daño en favor de las víctimas de ilícitos concurrenciales por el otro, no sólo emergía de los documentos formados en el curso del largo *iter* preparatorio de la iniciativa legislativa del Ejecutivo comunitario, sino que dicha exigencia se había hecho aún más impelente a la luz de algunos específicos pronunciamientos jurisprudenciales intervenidos poco antes de la adopción de la Propuesta de Directiva, en su versión del junio de 2013.

Los jueces comunitarios, en efecto, se han pronunciado sobre dos cuestiones muy relevantes para el desarrollo del *private antitrust enforcement* en Europa: *i*) la cuestión de la admisibilidad del acceso de las víctimas de ilícitos *antitrust* a la información contenida en el expediente de una Autoridad de la competencia, sobre todo con respecto al acceso a la información formada en ocasión de un programa de clemencia; *ii*) la divulgación mediante publicación (*v.gr. press release*) de la información concerniente a un asunto sancionado por la Comisión Europea por su contrariedad a los artículos 101 y 102 del TFUE.

El impacto de estos pronunciamientos judiciales emerge con toda claridad si procedemos a analizarlos desde la óptica de las *antitrust damages actions*. Si, por ejemplo, tomamos en consideración la acción indemnizatoria de seguimiento, podemos observar que el acceso a la información contenida en el expediente administrativo resulta de gran importancia para los demandantes. En efecto, con independencia de la tipología de práctica anticompetitiva que se asume como fuente del perjuicio *antitrust* (cártel, acuerdo restrictivo de la competencia por efecto o abuso de posición de dominio) y, además, prescindiendo de las dificultades que los demandantes suelen encontrar en juicio para demostrar la existencia de un cártel o el carácter anticompetitivo de las conductas unilaterales<sup>1531</sup>, si no se permitiera o se limitara excesivamente el acceso al expediente administrativo, resultaría muy problemático demostrar la subsistencia del nexo de causalidad y, por ende, sería muy alta la tasa de desestimación de las demandas resarcitorias.

Desde la perspectiva del *private antitrust enforcement*, el punto crucial de la cuestión concierne a las negativas repercusiones que la exclusión, o una excesiva limitación, del acceso a dicha información es susceptible de producir sobre la prueba de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual por incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia: esto, en definitiva, afectaría a la tutela judicial de las víctimas de ilícitos concurrenciales. Los demandantes, en efecto, para demostrar la existencia de un nexo de causalidad entre la práctica anticompetitiva y el daño *antitrust* sufrido, tienen que realizar un

---

<sup>1531</sup> Analizando el contenido y el alcance de las medidas propuestas por la Comisión Europea, como por ejemplo aquella inherente a la atribución de un carácter vinculante a las decisiones de las Autoridades de la competencia, esta dificultad parece permanecer con la misma intensidad sólo respecto de las *stand-alone actions*.



análisis muy complejo, tanto desde el punto de vista económico como desde aquéllo fáctico, que sería aún más difícil si no pudiesen entrar en conocimiento de la información relevante que, en la casi totalidad de los asuntos *antitrust*, se encuentra bajo la exclusiva disponibilidad de las empresas infractoras. Dicha información, por ejemplo, suele ser voluntariamente producida a las Autoridades de la competencia por los *co-cartelists* que adhieren a los programas de clemencia y es por eso que el acceso a los documentos que forman el expediente de clemencia se ha convertido en *objet de désir*<sup>1532</sup> por los sujetos perjudicados por el cártel.

Pese a la incidencia que estos pronunciamientos han tenido sobre la última fase del debate comunitario en la materia de las *antitrust damages actions*, nos parece oportuno analizar brevemente el contenido de las soluciones propuestas por los jueces de la UE, para luego averiguar si y en qué medida la propuesta normativa avanzada por la Comisión Europea se haya acercado o alejado de las mismas.

### **1.5.1. El asunto *Pfleiderer* y su impacto sobre los programas de clemencia**

El primer pronunciamiento (asunto *Pfleiderer*) concierne a la relación entre el derecho de las víctimas de ilícitos concurrenciales a obtener el acceso a los documentos que forman parte de un expediente administrativo-sancionador iniciado por averiguar si haya efectivamente tenido lugar una infracción del Derecho de la competencia, incluidos los referentes a las solicitudes de clemencia, y la tutela de la confidencialidad de la información proporcionada por las empresas infractoras que hayan decidido cooperar con las Autoridades de la competencia. La decisión que el TJUE ha adoptado con respecto al asunto *Pfleiderer*, por lo tanto, tiene una gran relevancia para la tutela de los intereses de los *co-cartelists* que participan a los *leniency programs*, en cuanto los incentivos que gozan la decisión de adherir o menos a un programa de clemencia se basan en buena medida sobre la existencia de mecanismos de salvaguardia de la confidencialidad de la información proporcionada, en el ámbito de los mismos, a las Autoridades de la competencia de forma voluntaria<sup>1533</sup>.

Desde una óptica general, podemos observar que la relevancia de la decisión del TJUE ha llevado SINGH (2014, pág. 110) a destacar que el fulcro de la cuestión trascendía el mero plano del conflicto entre las exigencias subyacentes al ejercicio del derecho de acceso y a la preservación de la confidencialidad de la

---

<sup>1532</sup> VÖLCKER (2012, pág. 696).

<sup>1533</sup> El asunto *Pfleiderer* constituye el primer caso en que el TJUE ha tenido que pronunciarse sobre la cuestión de la relación entre derecho de acceso y protección de la confidencialidad de los documentos de la clemencia. BEUMER y KARPETAS (2012, págs. 123 y sigs.).

información contenida en el expediente de clemencia. El TJUE, en efecto, con este pronunciamiento incidió de forma directa sobre el debate relativo a la determinación del mecanismo de aplicación preferente de la normativa de defensa de la competencia (*v.gr.* público o privado), sobre todo en los supuestos en que la infracción de esta normativa se hubiese realizado so forma de carteles secretos, que la Comisión Europea coloca al centro de las prioridades de su acción de *public antitrust enforcement*.

Desde una perspectiva de tipo aplicativo, además, el acceso a la información formada en ocasión de la participación de las empresas infractoras a un programa de clemencia también reviste una gran importancia para los sujetos perjudicados, en cuanto dicha información no sólo representa una confesión de las empresas infractoras<sup>1534</sup>, sino que resulta también susceptible de aportar elementos fundamentales para demostrar la existencia del nexo de causalidad y lograr la cuantificación del perjuicio *antitrust*. Sin embargo, si se reconociera a los perjudicados la posibilidad de acceder a los *leniency materials*, eso conllevaría un importante coste para los programas de clemencia, en cuanto las empresas infractoras tendrían menos incentivos<sup>1535</sup> a involucrarse en los mismos<sup>1536</sup>, en cuanto la información proporcionada a la Autoridad de la competencia fortalecería excesivamente la posición de los demandantes en eventuales (pero muy probables) juicios por indemnización de daños y perjuicios<sup>1537</sup>.

---

<sup>1534</sup> FORT (2008, pág. 27).

<sup>1535</sup> Este aspecto fue destacado también por el Abogado General MAZÁK que, en sus conclusiones sobre el asunto *Pfleiderer*, ha afirmado que: “[...] la revelación, por parte de una autoridad nacional de competencia, de toda la información y de todos los documentos depositados ante ella por un solicitante de clemencia, podría menoscabar gravemente los incentivos y, por lo tanto, la eficacia de su programa de clemencia, puesto que los posibles solicitantes podrían suponer que se encontrarían, a la postre, en una situación menos ventajosa en las demandas civiles por daños y perjuicios –debido a las declaraciones autoinculpatorios y a las pruebas que deben presentar ante la autoridad de competencia– que la de otros miembros del cártel que no hayan solicitado clemencia. Por lo tanto, si bien un posible solicitante de clemencia puede beneficiarse de la dispensa o reducción en las multas, cabe considerar que tal beneficio sea menos importante que el riesgo de incurrir en una mayor responsabilidad por daños si se concede el acceso al expediente de clemencia, especialmente en los casos en que los miembros del cártel son responsables solidarios con arreglo a la legislación procesal civil nacional [...]” (subrayado añadido). Conclusiones del Abogado General MAZÁK en el asunto C-360/09, *Pfleiderer AG* contra *Bundeskartellamt*, presentadas el 16 de diciembre de 2010, ap. 38.

<sup>1536</sup> HODGES (2006, pág. 1390); DE STEFANO (2012, pág. 96).

<sup>1537</sup> Si se reconociera a los sujetos perjudicados el acceso a la información formada en ocasión de la participación de las empresas infractoras a un programa de clemencia, sería mucho más complejo para los *leniency applicants* establecer de antemano cuál es la relación coste/beneficio de la participación a tales programas a la hora de tomar la decisión de cooperar o menos con las Autoridades de la competencia. Bajo este escenario, en efecto, las empresas infractoras no sólo deberían tomar en consideración el hecho de que la

En particular, el asunto *Pfleiderer* surgió del hecho de que no existía alguna normativa comunitaria que regulase el tema del acceso de los terceros a los documentos formados en ocasión de la adhesión de los *co-cartelists* a un programa de clemencia<sup>1538</sup>. Por esto, cuando el juez alemán tuvo que proporcionar una solución a la cuestión planteada por las partes del juicio resarcitorio –aún si en un primer momento reconoció plenamente el derecho de acceso al solicitante, en su calidad de sujeto supuestamente perjudicado por la realización del cártel– decidió recurrir al TJUE para no incurrir en la vulneración de otras normas o derechos de rango comunitario<sup>1539</sup>.

Por lo que concierne al análisis de la decisión sobre el asunto *Pfleiderer*, ocurre antes de todo tomar en consideración el hecho de que el TJUE no compartió la solución planteada por el Abogado General MAZÁK, que en sus conclusiones había distinguido entre el acceso a los *corporate statements* (es decir, las declaraciones autoinculporatorias aportadas voluntariamente por los solicitantes de clemencia, con que se reconoce y se relata a la Autoridad de la competencia la participación al cártel), que habría de ser denegado en todo caso, y el acceso a los *pre-existing statements* (es decir, los documentos ya existentes antes de la iniciación del procedimiento administrativo y que el solicitante de clemencia haya

---

probabilidad de lograr la inmunidad de la multa sancionadora forma parte de un juego no cooperativo, sino que deberían también tomar en consideración el incremento del riesgo de ser demandadas y tratar de establecer de antemano cuál pueda ser el coste asociado a la futura *antitrust litigation*. HAMMOND (2004); SILBYE (2012, pág. 691); SANDERS *et al.* (2013, pág. 174).

<sup>1538</sup> BLAKE y SCHNICHELS (2004, pág. 765).

<sup>1539</sup> STJ de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, *cit.*. El TJUE, en particular, se pronunció sobre una cuestión prejudicial planteada por parte de un juez alemán (*Amtsgericht Bonn*) en un supuesto en que un sujeto perjudicado (*Pfleiderer*) por la realización de un cártel entre cinco personas físicas y tres fabricantes europeos de papel decorativo, había pedido a la ANC alemana (*Bundeskartellamt*) acceso al expediente administrativo, incluida la información confidencial formada en ocasión de la solicitud de clemencia formulada por uno de los *co-cartelists*, y dicha ANC se lo había denegado. El juez remitente, ante el cual *Pfleiderer* había interpuesto un recurso contra la decisión del *Bundeskartellamt*, tras haber adoptado una resolución en virtud de la cual se ordenaba a la ANC alemana que acordase el acceso del solicitante al expediente administrativo de que se trataba, incluyendo también la información confidencial concerniente al programa de clemencia, suspendió la misma y formuló una petición de decisión prejudicial ante el TJUE. En efecto, el juez alemán estimó que la solución del litigio necesitaba una interpretación del Derecho comunitario, pese al riesgo de que la resolución adoptaba habría podido entrar en contraste con los artículos 11 y 12 del Reglamento CE 1/2003 y con los entonces artículos 3, apartado 1, lit. g) y 10, apartado 2, del TCE –es decir, podía vulnerar el principio de cooperación leal, ahora contemplado en el artículo 4, apartado 3, del TFUE–.

posteriormente aportado en el mismo durante su desarrollo), que en cambio habría podido ser acordado según las circunstancias del caso concreto.

El TJUE, en particular, reconoció que en ausencia de una normativa comunitaria, y en virtud del principio de eficacia directa del artículo 101 del TFUE, pertenecía a los Estados miembros la tarea de establecer las previsiones normativas de Derecho interno aplicables al acceso de los terceros a los *leniency materials*. El TJUE, además, otorgó prevalencia al derecho de acceso en cuanto, al facilitar el ejercicio de las acciones indemnizatorias, habría podido convertirse en una pieza clave para disuadir la realización de carteles secretos (y lo mismo valía también con respecto a la realización de conductas unilaterales), contribuyendo de manera sustancial al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado interior<sup>1540</sup>.

En particular, el TJUE puso a fundamento de su decisión dos elementos: por un lado se ciñó a la necesidad de que los Estados miembros respetaran el principio de efectividad —estableciendo expresamente que: “[...] al examinar una solicitud de acceso a los documentos de un programa de clemencia, formulada por una persona que pretende obtener una indemnización por daños y perjuicios de otra persona que es beneficiaria de dicho programa, es necesario velar por que la regulación nacional aplicable no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna, ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil obtener dicha reparación [...]”— y, por el otro, afirmó que el examen de una solicitud de acceso habría de ser llevado a cabo ponderando “los intereses que justifican el traslado de la información y la protección de ésta, proporcionada voluntariamente por el solicitante de clemencia”<sup>1541</sup>.

En definitiva, el TJUE afirmó que las disposiciones normativas comunitarias en materia de carteles, con particular referencia a las previsiones del Reglamento CE 1/2003, no obstaban a que un sujeto perjudicado por la realización de dicha infracción tuviera acceso a los documentos formados en el ámbito de un programa de clemencia. Desde el punto de vista aplicativo, además, el TJUE afirmó que fueran los jueces nacionales, en virtud del principio de autonomía procesal<sup>1542</sup> y con arreglo a su Derecho interno, los órganos estatales que tuviesen que establecer en concreto las condiciones bajo las cuales fuese posible autorizar el acceso, o en su caso denegararlo, ponderando los diferentes intereses afectados por la decisión (acceso *versus* confidencialidad)<sup>1543</sup>.

---

<sup>1540</sup> STJ de 14 de junio de 2011, Pflaiderer AG contra Bundeskartellamt, *cit.*, ap. 29.

<sup>1541</sup> *Ibidem*.

<sup>1542</sup> HANSEN *et al.* (2012, pág. 15).

<sup>1543</sup> STJ de 14 de junio de 2011, Pflaiderer AG contra Bundeskartellamt, *cit.*, *in fine*. RIZZUTO (2011, pág. 124); CAUFMANN (2012, pág. 606).

Si bien es cierto que el TJUE no quiso otorgar en favor de los solicitantes de clemencia una protección absoluta de los *leniency materials* voluntariamente proporcionados por los *co-cartelists* –con eso reconociendo la importancia del rol de las *antitrust damages actions* en el mantenimiento de un efectivo régimen de competencia en el mercado interior– también es cierto que la decisión sobre el asunto *Pfleiderer* ha creado un estado de incertidumbre<sup>1544</sup>. En efecto, a través de la aplicación del principio de autonomía procesal, se había terminado por imponer sobre los jueces nacionales el *onus* procesal de llevar a cabo un *balancing test* para decidir sobre las solicitudes de acceso, pero no se habían aclarado los criterios que dichos órganos jurisdiccionales habrían de emplear para ponderar los contrastantes intereses en juego. Al respecto cabe señalar que HARSDORF ENDERNDORF y MAIERHOFER (2013, pág. 83), a la luz de las posibles implicaciones negativas que la decisión sobre el asunto *Pfleiderer* resultaría susceptible de acarrear sobre la eficacia de los programas de clemencia, han manifestado de forma expresa su contrariedad a la solución escogida por el TJUE.

El TJUE, posteriormente a la sentencia *Pfleiderer*, tuvo que volver a pronunciarse sobre el tema del acceso de los terceros a los documentos formados en ocasión de un programa de clemencia: se trataba en particular de la decisión asumida tras la formulación por parte de un juez austriaco (*Oberlandesgericht Wien*) de una petición de decisión prejudicial (asunto *Donau Chemie*)<sup>1545</sup>. Se trataba de un supuesto en que el juez austriaco no se encontraba en condiciones de realizar el *balancing test* requerido por el TJUE, pese al hecho de que la normativa nacional en materia de defensa de la competencia aplicable al caso concreto prohibía expresamente el acceso de los terceros a los *leniency materials* en el caso de que tales sujetos no hubieran previamente obtenido el consentimiento unánime de las partes involucradas en el específico procedimiento administrativo celebrado ante la Autoridad de la competencia.

Al respecto, la solución adoptada por el TJUE ha confirmado aquélla anteriormente escogida en ocasión del asunto *Pfleiderer*, estableciendo que la normativa comunitaria y el principio de efectividad obstaban a la existencia de una normativa nacional que supeditase el derecho de acceso de los terceros (sobre todo de aquellos sujetos que pudieran interponer demandas indemnizatorias contra los *co-cartelists*) al consentimiento unánime de las partes involucradas en un procedimiento administrativo-sancionador por incumplimiento del Derecho de la competencia. Bajo dicho escenario, en efecto, no se habría permitido que los jueces nacionales llevaran a cabo alguna ponderación de los intereses en conflicto, ponderación casuística que en cambio

---

<sup>1544</sup> GODDIN (2012, pág. 41); WARDHAUGH (2012, pág. 13); SINGH (2014, pág. 116).

<sup>1545</sup> STJ de 6 de junio de 2013, [Bundeswettbewerbsbehörde contra Donau Chemie AG et al.](#), C-536/11, RJ digital.

resulta fundamental para determinar si puede concederse acceso a la información solicitada, no siendo suficiente, para denegar el acceso, invocar exclusivamente el hecho de que el ejercicio en concreto de este derecho pueda afectar de forma sistemática a la eficacia de los programas de clemencia<sup>1546</sup>.

Por lo que se refiere al impacto de esta decisión, HENRY y WERNER (2013) han evidenciado que el hecho de que el TJUE afirmó que cualquier previsión normativa de Derecho interno que contemplase una prohibición en blanco (*de facto blanket restriction*) respecto del acceso a la información voluntariamente proporcionada por las empresas infractoras que hayan participado a un programa de clemencia, habría tenido el efecto de convertir este tipo de previsiones en disposiciones normativas incompatibles con el Derecho de la UE. Además, cabe señalar que la decisión del asunto *Donau Chemie* ha desatendido las expectativas de aquella doctrina que confiaba sobre el hecho de que el TJUE aclarase los factores con arreglo a los cuales los jueces nacionales tienen que ponderar los intereses en conflicto a la hora de pronunciarse sobre las solicitudes de acceso a los *leniency materials* formuladas por los terceros<sup>1547</sup>. Sin embargo el TJUE, como se acaba de ilustrar, no se pronunció sobre este aspecto, limitándose a confirmar la posición asumida con la sentencia anterior<sup>1548</sup>, como demuestra el hecho de que, por un lado, afirmó que la protección de la información contenida en los *corporate statements* no reviste carácter absoluto y, por el otro, que el *balancing test* constituye un momento imprescindible en la evaluación de las solicitudes de acceso.

Buena prueba del nivel de incertidumbre que estas decisiones han generado sobre la cuestión de la accesibilidad a los *leniency materials*, se encuentra en los primeros pronunciamientos dictados por los jueces nacionales con respecto a esta cuestión sucesivamente a la adopción de la decisión *Pfleiderer*. En particular, por lo que se refiere al ordenamiento alemán, el *Amtsgericht Bonn*<sup>1549</sup> decidió denegar el acceso a este tipo de información sobre la base del presupuesto que una solución de sentido contrario perjudicaría la eficacia de los programas de clemencia, incidiendo negativamente y de forma significativa sobre los incentivos de los *co-cartelists* a formular solicitudes de clemencia ante el *Bundeskartellamt*. De manera análoga, además, se pronunció también el *Oberlandesgericht Düsseldorf*<sup>1550</sup> afirmando que en el supuesto de hecho objeto de evaluación el acceso a los *leniency material* no resultaba necesario para permitir el ejercicio de una acción

---

<sup>1546</sup> STJ de 6 de junio de 2013, Bundeswettbewerbshörde contra Donau Chemie AG *et al.*, *cit.*, ap. 46.

<sup>1547</sup> HARS DORF ENDERNDORF y MAIERHOFER (2013, págs. 78 y sigs.).

<sup>1548</sup> WOOD (2013, pág. 111).

<sup>1549</sup> Orden del *Amtsgericht Bonn* de 18 de enero de 2012, *Pfleiderer II*, 51 Gs 53/09.

<sup>1550</sup> Sentencia del *Oberlandesgericht Düsseldorf* de 22 de agosto de 2012, V-4 Kart 5 + 6/11 (OWi).

indemnizatoria por parte del sujeto solicitante y, por eso, asumía relevancia preminente la salvaguardia de la eficacia del programa de clemencia adoptado por la ANC austríaca respecto del derecho al resarcimiento del daño *antitrust* ocasionado por la realización del cartel secreto<sup>1551</sup>.

En cambio, en la jurisprudencia del Reino Unido puede encontrarse una postura diferente, en cuanto los jueces de este ordenamiento han dictado una decisión en la que se ha autorizado el derecho de acceso con respecto a determinados documentos formados en ocasión de la participación de la empresa infractora a un programa de clemencia. En particular, la *English and Wales High Court*<sup>1552</sup>, ponderando la relevancia de los *leniency materials* respecto de la dificultad de acudir a otras fuentes para obtener la misma información que se halle contenida en los mismos, estableció que en el supuesto enjuiciado el sujeto perjudicado por la realización del cártel no pudiese recurrir a medios razonables para obtener la misma información de fuentes diferentes de los *corporate statements* y, por eso, acordó el acceso a algunos de los documentos confidenciales formados ante la ANC británica durante el desarrollo del correspondiente *leniency programme*<sup>1553</sup>.

Las consideraciones anteriores nos conducen a dos conclusiones preliminares. En primer lugar, los pronunciamientos del TJUE en materia de derecho de acceso de los terceros a los *leniency materials*, han incidido sobre el régimen jurídico de los programas de clemencia en el contexto comunitario generando, desde la perspectiva empresarial, una gran incertidumbre sobre su concreta eficacia<sup>1554</sup>. En segundo lugar, las primeras aplicaciones jurisprudenciales de la solución planteada por el TJUE, han demostrado que la misma es susceptible de afectar a los mecanismos de aplicación de la normativa de defensa de la competencia por lo que concierne a la lucha a los carteles, repercutiéndose sobre la *policy* general de la UE en materia de *antitrust enforcement*.

Por lo que respecta al impacto que la decisión del TJUE ha tenido sobre la Propuesta de Directiva, podemos observar que en la exposición de sus objetivos, el legislador comunitario ha hecho expresamente referencia al pronunciamiento sobre el asunto *Pfleiderer*, poniendo de relieve la necesidad de reducir la incertidumbre generada por la solución escogida por el juez comunitario<sup>1555</sup>. A la

---

<sup>1551</sup> SCHNELLE (2012, págs. 17-33).

<sup>1552</sup> National Grid Electricity Transmission Plc v. ABB Ltd, *et al.*, [2012] EWHC 869, aps. 39, 40 y 44.

<sup>1553</sup> ROWE y CASTLEDINE (2012).

<sup>1554</sup> GODDIN (2012, pág. 41); SINGH (2014, pág. 116).

<sup>1555</sup> En particular, sobre este específico aspecto la Comisión Europea ha afirmado que: “Ello podría dar lugar a discrepancias entre los Estados miembros e incluso dentro de ellos en relación con la exhibición de medios de prueba de los expedientes de las autoridades de competencia. Además, es probable que la incertidumbre resultante en cuanto a la posibilidad de exhibir información relacionada con los programas de

hora de ilustrar los contenidos de las medidas concretamente propuestas por la Comisión Europea, analizaremos la forma en que la misma ha tratado de solucionar este problema y mediante cuales herramientas jurídicas ha buscado lograr la optimización de la interacción entre aplicación pública y aquella privada de la normativa de defensa de la competencia (con específica referencia a los contrapuestos intereses al mantenimiento de una sólida política de aplicación pública y al acceso de los sujetos perjudicados a una plena compensación de los *antitrust damages*).

### **1.5.2. La aportación de la jurisprudencia comunitaria en materia de divulgación de la información relativa a los ilícitos concurrenciales**

Con respecto a la divulgación de la información relativa a las infracciones del Derecho de la competencia cabe de entrada destacar que la Propuesta de Directiva establece expresamente que: “Es un hecho ampliamente reconocido que la dificultad del demandante para obtener todas las pruebas necesarias constituye en muchos Estados miembros uno de los obstáculos más importantes en las demandas por daños y perjuicios en asuntos de competencia”<sup>1556</sup>. La jurisprudencia comunitaria no se ha limitado a afrontar los problemas del grado e intensidad de la divulgación de la información relevante a efectos de la interposición de una demanda de indemnización por daños y perjuicios sólo con respecto al acceso a la información relacionada con los programas de clemencia, sino que lo ha hecho también por lo que se refiere a las demás formas con las que las víctimas de ilícitos concurrenciales pueden tener conocimiento de la información relevante acerca de la infracción del Derecho de la competencia.

Lo primero que hay que poner de relieve es que la gran mayoría de los sujetos perjudicados por un ilícito concurrencial no reviste la calidad de parte en los procedimientos administrativos que se celebran ante el Ejecutivo comunitario. Por esta razón tales sujetos no tienen derecho de acceder al expediente de la Comisión Europea en los supuestos de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, como establece el artículo 15, apartado 1, del Reglamento CE 773/2004, en la parte en que prevé que: “Previa solicitud, la Comisión dará acceso al expediente a las partes destinatarias de un pliego de cargos. El acceso se

---

clemencia pueda influir en una empresa a la hora de decidir si coopera o no con las autoridades de competencia en el marco de su programa de clemencia. En ausencia de una medida jurídicamente vinculante a escala de la UE, la eficacia de los programas de clemencia —que constituyen un instrumento muy importante en la aplicación pública de las normas de competencia de la UE— podría verse gravemente comprometida por el riesgo de exhibición de determinados documentos en las demandas por daños y perjuicios interpuestas ante los órganos jurisdiccionales nacionales”. Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 3.

<sup>1556</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 16.



concederá después de la notificación del pliego de cargos”<sup>1557</sup>. El hecho de que tales sujetos, sobre la base de las reglas que rigen los procedimientos administrativos en materia *antitrust*, no puedan acceder al expediente de la Comisión Europea, hace que cuando el Ejecutivo comunitario adopta una decisión sancionadora por incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia, las víctimas de tales ilícitos solo pueden tener acceso a la correspondiente información relevante de dos formas distintas: *i*) solicitando el acceso a los documentos contenidos en un expediente administrativo sobre la base del Reglamento CE 1049/2001<sup>1558</sup>; *ii*) esperando la publicación de la decisión por parte de la Comisión Europea, en virtud de lo dispuesto por el artículo 30 del Reglamento CE 1/2003<sup>1559</sup>.

En los siguientes párrafos analizaremos la posición asumida por la jurisprudencia comunitaria con respecto a estas dos vías de acceso, en cuanto eso nos permitirá llevar a cabo una evaluación más exhaustiva del conjunto de medidas introducidas por el legislador comunitario, con la Directiva 2014/104/UE, en materia de exhibición y acceso a la prueba. Además, trataremos de determinar por cuales razones la introducción de provisiones normativas específicas en favor de la antedicha categoría de potenciales demandantes revista una gran

---

<sup>1557</sup> En el mismo sentido se ha expresado también la [Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento \(CE\) n° 139/2004 del Consejo, DOUE C 325/7 de 22 de diciembre de 2005](#). En particular, el Considerando 7° de esta Comunicación ha establecido que: “El acceso al expediente en virtud de las disposiciones mencionadas en el punto 1 pretende posibilitar el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa frente a los cargos presentados por la Comisión. A este respecto, tanto en asuntos examinados de acuerdo con los artículos 81 y 82 CE como en asuntos sometidos al Reglamento de concentraciones, el acceso se concede, previa solicitud, a las personas, empresas o asociaciones de empresas, según el caso, a las que la Comisión envíe un pliego de cargos en calidad de destinatarias” (subrayado añadido). Véase también el artículo 27, apartado 2, del Reglamento CE 1/2003.

<sup>1558</sup> [Reglamento \(CE\) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión](#), en adelante “Reglamento Transparencia”, DOCE L 145/43 de 31 de mayo de 2001.

<sup>1559</sup> La Comisión Europea está sometida a la obligación general de publicar exclusivamente versiones no confidenciales de sus decisiones, lo que protege el interés legítimo de las empresas a que no se revelen sus secretos comerciales. La jurisprudencia comunitaria, si bien con referencia al artículo 21, apartado 2, del Reglamento CEE 17/62 (antecedente del artículo 30 del Reglamento CE 1/2003), ha afirmado que en el respeto del secreto profesional de las empresas destinatarias de la decisión sancionadora “[...] dicha disposición no restringe la facultad de la Comisión de publicar el texto íntegro de sus decisiones, si lo estima oportuno y si sus recursos se lo permiten [...]”. STG de 30 de mayo de 2006, [Bank Austria Creditanstalt AG contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-198/03, RJ 2006/II/1429, ap. 76.

importancia con respecto a la eficacia del remedio indemnizatorio en el ámbito del *private antitrust enforcement*<sup>1560</sup>.

#### a) La posición de la jurisprudencia con respecto al acceso al expediente administrativo solicitado sobre la base del Reglamento Transparencia

Antes de todo cabe evidenciar que la jurisprudencia comunitaria ha trazado los límites del derecho de acceso al expediente de la Comisión Europea en los supuestos en que el mismo fuese solicitado con arreglo a las disposiciones establecidas en el Reglamento Transparencia. En particular el TJUE ha afirmado que dicho Reglamento “[...] pretende garantizar la mayor transparencia posible en el proceso de toma de decisiones de las autoridades públicas y en la información en la que basan sus decisiones. En consecuencia, tiene por finalidad facilitar al máximo el ejercicio del derecho de acceso a los documentos y promover buenas prácticas administrativas”<sup>1561</sup>.

La importancia que el Reglamento Transparencia había asumido en un escenario caracterizado por la ausencia de una específica normativa comunitaria en materia de acceso de las víctimas de ilícitos concurrenciales al expediente de la Comisión Europea –normativa que, si hubiese existido, habría facilitado el ejercicio de las acciones indemnizatorias de seguimiento e incrementado las posibilidades de conseguir el objetivo de la plena compensación de los daños y perjuicios de naturaleza *antitrust*– se debía esencialmente al hecho de que sus previsiones resultaban, en principio, aplicables a cualquier categoría de sujetos, con independencia de su directo involucramiento en un procedimiento administrativo-sancionador por infracción de los artículos 101 u 102 del TFUE.

Como hemos anteriormente señalado, a estos sujetos no se les reconocía el mismo derecho con arreglo a las previsiones del Reglamento CE 773/2004 y del Reglamento CE 1/2003. Con respecto a este último Reglamento cabe destacar que el mismo tiene como objetivo garantizar el respeto del secreto profesional en los procedimientos *antitrust*, también por lo que se refiere al control de las operaciones de concentración económica de dimensión comunitaria<sup>1562</sup>. Si bien en un primer momento los jueces comunitarios no habían aclarado de forma definitiva los términos de la relación existente entre estos dos cuerpos normativos<sup>1563</sup>, resultaba incontestable la existencia de un rasgo común a ambos

---

<sup>1560</sup> Cfr. *infra sub* §.V.2.1.1.

<sup>1561</sup> STJ de 28 de junio de 2012, [Comisión Europea contra Éditions Odile Jacob SAS](#), C-404/10 P, RJ digital, ap. 109.

<sup>1562</sup> *Ibidem*.

<sup>1563</sup> Si bien es cierto que ninguno de estos Reglamentos contiene una disposición que regula las recíprocas relaciones, una parte de la jurisprudencia ha tenido forma de relevar que: “[...] el Reglamento n° 1049/2001 tiene por objeto otorgar al público un derecho de

Reglamentos, dado por el hecho de que el carácter confidencial de la información contenida en un procedimiento administrativo desarrollado ante la Comisión Europea habría podido resultar prevalente respecto del derecho de acceso a la información contenida en el mismo <sup>1564</sup>. En particular, por lo que concierne al Reglamento Transparencia, cabe relevar que el derecho de acceso previsto en vía general y de forma aparentemente amplia, queda en concreto circunscrito por una serie de excepciones de carácter imperativo (artículo 4)<sup>1565</sup>, entre las cuales figuran las siguientes: *a)* los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual; *b)* el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría.

Sobre este aspecto cabe antes de todo analizar la decisión que el TGUE ha dictado en relación al asunto *Netherlands/Comisión*<sup>1566</sup>. Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento, en particular, se fundamentaban, por un lado, sobre una solicitud de acceso a la versión completa de la “Decisión betún”<sup>1567</sup> formulada por el Reino de los Países Bajos y denegada por la Comisión y, por el otro, sobre la sucesiva solicitud confirmatoria (*ex* artículo 7, apartado 2, del

---

acceso a los documentos de las instituciones que sea lo más amplio posible, tal derecho no deja de estar sujeto, a la luz del régimen de excepciones establecidas en el artículo 4 del citado Reglamento, a determinados límites basados en razones de interés público o privado”. STJ de 29 de junio de 2010, [Comisión Europea contra Technische Glaswerke Ilmenau GmbH](#), C-139/07 P, RJ 2010/I/5885, ap. 51.

<sup>1564</sup> KELLERBAUER (2014, pág. 57). Al respecto podemos observar que el artículo 15, apartado 2, del Reglamento CE 773/2004 establece que: “El derecho de acceso al expediente no se extenderá a los secretos comerciales y otro tipo de información confidencial ni a los documentos internos de la Comisión o de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Tampoco se extenderá a la correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros o entre dichas autoridades cuando tal correspondencia figure en el expediente de la Comisión”.

<sup>1565</sup> En particular, la jurisprudencia comunitaria se ha expresado en los siguientes términos: “las excepciones al acceso a los documentos establecidas en el artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento n° 1049/2001 están redactadas en términos imperativos. De ello se deduce que las instituciones están obligadas a denegar el acceso a los documentos a los que se aplican estas excepciones, cuando se aporta la prueba de las circunstancias contempladas”. STG de 13 de septiembre de 2000, [Denkavit Nederland BV contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-20/99, RJ 2000/II/3011, ap. 39; STG de 26 de abril de 2005, [José María Sisón contra Consejo de la Unión Europea](#), T-110/03, RJ 2005/II/1429, ap. 51.

<sup>1566</sup> STG de 13 de septiembre de 2013, [Reino de los Países Bajos contra Comisión Europea](#), T-380/08, RJ digital.

<sup>1567</sup> DCE de 13 de septiembre de 2006, [COMP/F/38.456 – Betún \(NL\) \(2007/534/CE\)](#), [DOUE L 196/40](#) de 28 de julio de 2007. Mediante la adopción de esta decisión la Comisión Europea ha sancionado varias empresas con arreglo al artículo 81 del TCE, por haber participado a un cártel consistente en la fijación de los precios del betún para el recubrimiento de carreteras en los Países Bajos.

Reglamento Transparencia) que la Comisión Europea había vuelto a desestimar considerando, *inter alia*, que la información controvertida estuviese amparada por la excepción establecida en el artículo 4, apartado 2, del Reglamento Transparencia, relativa a la protección de los intereses comerciales de las empresas a que se refieren los documentos relevantes para los perjudicados-solicitantes.

El TGUE arrancó de la premisa que “el derecho a consultar el expediente administrativo en un procedimiento de conformidad con el artículo 81 CE y el derecho de acceso a los documentos de las instituciones en virtud del Reglamento n° 1049/2001 son jurídicamente distintos”<sup>1568</sup>, para luego afirmar que el derecho a consultar el expediente de la Comisión Europea y el derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias conducen a una situación comparable desde un punto de vista funcional, en cuanto la concesión del acceso en favor de los solicitantes, pondría los mismos en condiciones de obtener las observaciones y los documentos relativos al procedimiento *antitrust* de que se trate<sup>1569</sup>. Sin embargo, puesto que esta posibilidad no cabe para las víctimas de las infracciones *antitrust* bajo el ámbito de aplicación del Reglamento CE 1/2003 y del Reglamento CE 773/2004, el TGUE estimó que el carácter sensible de la información comercial contenida en los expedientes administrativos de la Comisión Europea (y por ende en la versión confidencial de la decisión sancionatoria) –por ejemplo la información relativa a las estrategias comerciales de las empresas involucradas en el procedimiento o aquéllos otros que se refieren al importe y volumen de las ventas– hace que el reconocimiento de un acceso generalizado de los sujetos perjudicados, en virtud de las disposiciones del Reglamento Transparencia, presente ciertas implicaciones particularmente negativas desde la óptica del *public antitrust enforcement*, minando seriamente el sistema de salvaguardias puesto a protección de la información confidencial que la Comisión Europea adquiere en sede de aplicación pública del Derecho de la competencia.

En efecto, el reconocimiento de un derecho de acceso muy amplio en favor de esta categoría de sujetos, por un lado, resultaría susceptible de perjudicar la protección de los intereses comerciales de las empresas involucradas en un procedimiento administrativo ante la Comisión Europea y, por el otro, pondría en peligro el equilibrio entre la obligación que el legislador comunitario ha querido garantizar a través de lo dispuesto en el Reglamento CE 1/2003, consistente en el hecho de que las empresas afectadas deben comunicar a la Comisión Europea toda la información comercial perteneciente al objeto del procedimiento –aún si la misma fuese sensible o secreta– y la necesidad de

---

<sup>1568</sup> STG de 13 de septiembre de 2013, Reino de los Países Bajos contra Comisión Europea, *cit.*, ap. 32. Véase también la STJ de 29 de junio de 2010, Comisión Europea contra Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, *cit.*, ap. 26.

<sup>1569</sup> *Ibidem*.

garantizar una protección reforzada de la información transmitida por las partes del procedimiento, que se debe a la posible existencia de un secreto profesional o comercial <sup>1570</sup>. Estas consideraciones llevaron al TGUE a abogar por la prevalencia de la protección referida a los intereses de las empresas proveedoras de la información confidencial, confirmando la legitimación de la decisión con la cual la Comisión Europea había denegado el acceso, solicitado por el Reino de los Países Bajos (es decir, de un tercero), a la información relativa a una decisión sancionadora que todavía no resultaba definitiva.

Según esta jurisprudencia las empresas infractoras, y sancionadas en vía administrativa, pueden legítimamente oponerse a la divulgación del contenido de la decisión sancionatoria adoptada por la Comisión Europea, en el caso de que la misma haya sido impugnada ante los jueces comunitarios. Esta posibilidad se debe al hecho de que el reconocimiento de un acceso generalizado resultaría susceptible de perjudicar la salvaguardia de los secretos comerciales de las empresas infractoras y, por ende, incidir de forma negativa sobre relevantes intereses de carácter público y/o privado, que han de ser ponderados antes de decidir si las solicitudes de acceso a la información confidencial contenida en los antedichos expedientes administrativos han de ser estimadas o denegadas<sup>1571</sup>.

De esto descende que el TGUE ha fundamentado la decisión del asunto *Netherlands/Comisión* sobre una cierta solución del conflicto entre el derecho de acceso de los terceros y la salvaguardia del derecho a la confidencialidad de la información proporcionada a la Comisión Europea por parte de las empresas destinatarias de una decisión sancionatoria, con la consecuencia de que uno de los puntos cruciales de la motivación ha afectado a la determinación del perímetro del interés a la confidencialidad de los documentos que forman parte de los expedientes administrativos en materia *antitrust*. Al respecto, cabe añadir que el tema no resultaba novedoso para los tribunales comunitarios, en cuanto antes de la adopción de la decisión *Netherlands/Comisión*, la jurisprudencia comunitaria ya se había pronunciado sobre este aspecto (si bien sólo con referencia al acceso al expediente procedimental), estableciendo con arreglo a cuales criterios una información recae en el ámbito de aplicación del secreto

---

<sup>1570</sup> STG de 13 de septiembre de 2013, Reino de los Países Bajos contra Comisión Europea, *cit.*, ap. 39. Véase también la STJ de 29 de junio de 2010, Comisión Europea contra Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, *cit.*, ap. 121.

<sup>1571</sup> STG de 13 de septiembre de 2013, Reino de los Países Bajos contra Comisión Europea, *cit.*, ap. 64. Como ejemplo de interés público podría mencionarse el interés a la eficacia de la política de represión de las infracciones del Derecho de la competencia, mientras que como ejemplo de interés privado podría mencionarse el interés a respetar la reputación y la dignidad de las empresas afectadas por una decisión sancionadora, por lo menos hasta cuando las mismas no hayan sido definitivamente sancionadas.

profesional<sup>1572</sup> y, además, poniendo de relieve que resulta en todo caso necesario ponderar el interés puesto a fundamento de una solicitud de acceso, con el contrapuesto interés a la protección de la confidencialidad de la información solicitada (interés éste que al prevalecer conllevaría la denegación de la solicitud de acceso)<sup>1573</sup>.

En definitiva el TGUE abogó por dar prevalencia a la salvaguardia de la información de carácter confidencial contenida en la versión completa de las resoluciones sancionatorias adoptadas por la Comisión Europea en aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, afirmando que la información contenida en la versión no confidencial de las mismas resultaba suficiente para garantizar a las víctimas de ilícitos *antitrust* la tutela de sus derechos subjetivos. En particular, el TGUE estableció que: “la versión pública de ésta permite identificar las empresas responsables, la naturaleza y la duración de la infracción, así como una gran cantidad de elementos que permiten comprender lo esencial de su funcionamiento. Por lo tanto, la lectura de tal versión permite que las personas que se consideren lesionadas por la práctica colusoria acudan ante el juez nacional competente”<sup>1574</sup>. Sin embargo, si es cierto que en los juicios de seguimiento la mera existencia de una resolución sancionatoria de la Comisión Europea alivia la carga probatoria de los potenciales demandantes, en cuanto dá por sentada la realización de una práctica anticompetitiva, la obtención del acceso al completo *set* informativo que afecta a la decisión de la Comisión Europea sería de fundamental importancia para los sujetos perjudicados, otorgándoles mayores *chances* de lograr en concreto la plena indemnización del daño *antitrust* sufrido<sup>1575</sup>.

---

<sup>1572</sup> En particular, la jurisprudencia comunitaria había establecido que para que la información fuese amparada por el secreto profesional hacía falta que concurriesen las siguientes tres condiciones: *i*) la información habría de ser conocida sólo por un número restringido de personas; *ii*) su divulgación habría podido causar un serio perjuicio a la persona que la haya proporcionado o a un tercero; *iii*) los intereses que la divulgación de la información habría podido lesionar tenían que ser objetivamente dignos de protección. STG de 30 de mayo de 2006, Bank Austria Creditanstalt AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 71.

<sup>1573</sup> STJ de 24 de junio de 1986, [AKZO Chemie BV y AKZO Chemie UK Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-53/85, RJ 1986/I/1965, aps. 28-29; STJ de 14 de febrero de 2008, [Varec SA contra Estado belga](#), C-450/06, RJ 2008/I/581, aps. 49-52; STJ de 29 de marzo de 2012, [Interseroh Scrap and Metal Trading GmbH contra Sonderabfall-Management-Gesellschaft Rheinland-Pfalz mbH \(SAM\)](#), C-1/11, RJ digital, aps. 44-45.

<sup>1574</sup> STG de 13 de septiembre de 2013, Reino de los Países Bajos contra Comisión Europea, *cit.*, ap. 55.

<sup>1575</sup> Al respecto WILS (2009, pág. 17) ha señalado que: “[e]ven the claimants need not prove anymore the existence of the antitrust violation, they may want to look in the public enforcement file for information that could be used for proving the extent of the harm suffered, and the causal link between the violation and the harm. Even if the

Por lo tanto, la conclusión que a efectos de nuestro análisis podemos traer de esta decisión del TGUE es que los sujetos perjudicados por una infracción *antitrust*, no pudiendo acceder de forma generalizada a la información confidencial contenida en la versión completa de una resolución sancionatoria de la Comisión Europea, se encuentran con otro significativo obstáculo al ejercicio de las *antitrust damages actions* —que se añade a la imposibilidad de acceder al expediente de la Comisión Europea con arreglo a los Reglamentos CE 1/2003 y 773/2004— en cuanto dicha circunstancia perjudicaría la preparación de una demanda indemnizatoria. Esto podría ocurrir, por ejemplo, cuando la versión pública de la decisión no proporcione todos los datos necesarios para demostrar en juicio la subsistencia de todos los elementos normativamente requeridos para obtener la indemnización de los daños sufridos (*v.gr.* la información necesaria para demostrar la existencia del nexo de causalidad o aquélla que sirve para la cuantificación del daño) y las víctimas del ilícitos *antitrust* de que se trate no posean otros medios equivalentes para acceder a la misma información.

Los jueces comunitarios mantuvieron la misma impostación en otros pronunciamientos, determinando de hecho la inutilizabilidad del Reglamento Transparencia como herramienta normativa para fundamentar la estimación de la solicitud de acceso a la información relevante contenida en un expediente administrativo-sancionador (o en la versión completa de una decisión sancionatoria) avanzada por las víctimas de ilícitos concurrenciales. Además, resulta oportuno mencionar la doctrina jurisprudencial recientemente sentada por el TJUE que, ciñéndose a la postura del TGUE en relación al asunto *Netherlands/ Comisión*, ha afirmado que: “[...] la Comisión considere, sin proceder a un análisis concreto e individual de cada documento de dicho expediente, que es aplicable a la totalidad de dichos documentos una presunción general de que están comprendidos en las excepciones al derecho de acceso previstas en el artículo 4, apartado 2, guiones primero y tercero, del Reglamento n° 1049/2001, y en el artículo 4, apartado 3, párrafo segundo, de ese Reglamento, referidas en sustancia a la protección de los intereses comerciales, del objetivo de las actividades de investigación y del proceso decisorio de la Comisión, respectivamente”<sup>1576</sup>.

El TJUE ha también puesto de relieve que cada vez que una solicitud de acceso fundamentada sobre el Reglamento Transparencia no se refiere a un sólo documento, sino a un conjunto de documentos, se configura un supuesto en que puede presumirse con carácter general la aplicación de las excepciones al derecho de acceso previstas en el artículo 4, apartado 2, de este mismo Reglamento.

---

investigation by the competition authority may not have focused on these issues, the public enforcement file may contain useful information”.

<sup>1576</sup> STJ de 27 de febrero de 2014, *Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, C-365/12 P, RJ digital, aps. 60 y sigs.

Buena prueba de esto se desprende de la circunstancia de que la existencia de tales presunciones generales ya había sido afirmada por la jurisprudencia comunitaria en los siguientes supuestos: *i*) solicitud generalizada de acceso a los documentos del expediente administrativo de un procedimiento de control de ayudas de Estado<sup>1577</sup>; *ii*) solicitud generalizada de acceso a los documentos intercambiados entre la Comisión Europea y las partes notificantes en el curso de un procedimiento de control de las operaciones de concentración entre empresas<sup>1578</sup>; *iii*) solicitud generalizada de acceso a los escritos procesales presentados por una institución en un procedimiento jurisdiccional<sup>1579</sup>; *iv*) solicitud generalizada de acceso a los documentos relacionados con un procedimiento por incumplimiento, durante la previa fase administrativa<sup>1580</sup>.

En particular el TJUE, tras haber aclarado de forma más consistente las relaciones existentes entre el Reglamento Transparencia y los Reglamentos CE 1/2003 y 773/2004<sup>1581</sup>, estableció que el interés a obtener la reparación del perjuicio sufrido a causa de una infracción del artículo 81 del TCE no podía

---

<sup>1577</sup> STJ de 29 de junio de 2010, Comisión Europea contra Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, *cit.*, ap. 61.

<sup>1578</sup> STJ de 28 de junio de 2012, Comisión Europea contra Agrofert Holding a.s., C-477/10 P, RJ digital, ap. 64.

<sup>1579</sup> STJ de 21 de septiembre de 2010, Reino de Suecia contra Association de la presse internationale ASBL (API) y Comisión Europea (C-514/07 P), Association de la presse internationale ASBL (API) contra Comisión Europea (C-528/07 P) y Comisión Europea contra Association de la presse internationale ASBL (API) (C-532/07 P), asuntos acumulados C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, RJ 2010/I/8533, ap. 94.

<sup>1580</sup> STJ de 14 de noviembre de 2013, Liga para a Protecção da Natureza (LPN) y República de Finlandia contra Comisión Europea, asuntos acumulados C-514/11 P y C-605/11 P, RJ digital, ap. 65.

<sup>1581</sup> En particular, el TJUE afirmó que: “Esos Reglamentos no contienen ninguna disposición que establezca expresamente la primacía de uno de ellos sobre el otro, por lo que es preciso lograr una aplicación de cada uno ellos que sea compatible con la del otro y permitir así una aplicación coherente de ambos”. STJ de 27 de febrero de 2014, Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG, *cit.*, ap. 84. Véase también STJ de 29 de junio de 2010, Comisión Europea contra The Bavarian Lager Co. Ltd, C-28/08 P, RJ 2010/I/6055, ap. 56. Además, el TJUE ha destacado que: “[...] un acceso generalizado, con fundamento en el Reglamento n° 1049/2001, a los documentos obrantes en un expediente relacionado con la aplicación del artículo 81 CE podría poner en peligro el equilibrio que el legislador de la Unión ha querido asegurar en los Reglamentos n° 1/2003 y n° 773/2004 entre la obligación de las empresas interesadas de comunicar a la Comisión informaciones comerciales eventualmente sensibles, para permitir que ésta compruebe la existencia de un cartel y aprecie su compatibilidad con el referido artículo, por un lado, y, por otro, la garantía de la protección reforzada inherente, en virtud del secreto profesional y del secreto empresarial, a las informaciones así comunicadas a la Comisión”. STJ de 27 de febrero de 2014, Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG, *cit.*, ap. 90.



configurarse como un interés público superior en el sentido del artículo 4, apartado 2, del Reglamento Transparencia y, por esto, de por sí no resultaba suficiente a desvirtuar la presunción general de que goza la Comisión Europea a la hora de evaluar las solicitudes de acceso a los documentos contenidos en sus expedientes administrativos en materia *antitrust*. El TJUE fundamentó su conclusión sobre el hecho de que la protección efectiva del derecho a la indemnización por daños y perjuicios, que corresponde a los sujetos perjudicados que solicitan el acceso al expediente de la Comisión Europea, no necesita que se transmitan todos los documentos relacionados con el expediente administrativo. Con este razonamiento, por lo tanto, el TJUE desplazó la carga de la prueba necesaria para superar la presunción *iuris tantum* que obra en favor de la Comisión Europea, sobre los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial, puesto que recae sobre los mismos el *onus* de acreditar la necesidad de acceder a uno u otro de los documentos obrantes en el expediente administrativo comunitario<sup>1582</sup>.

#### **b) Ulteriores reflexiones sobre la relación entre el carácter confidencial de la información proporcionada por las empresas afectadas por una decisión sancionadora y la publicación de su contenido**

Como hemos señalado, otra forma con la cual los sujetos perjudicados pueden entrar en conocimiento de la información relativa a una infracción del Derecho de la competencia consiste en la publicación, por parte de la Comisión Europea, de la decisión sancionadora. En el caso de que el Ejecutivo comunitario quiera publicar también la información confidencial debe sin embargo respetar un procedimiento cuyas reglas han sido establecida por el TJUE en ocasión de la decisión del asunto *AKZO*<sup>1583</sup>.

Por lo que se refiere a este aspecto de la cuestión, que resulta de gran relevancia a efectos del ejercicio de las *antitrust damages actions* en cuanto los sujetos perjudicados necesitan conocer la información relativa a la infracción para

---

<sup>1582</sup> STJ de 27 de febrero de 2014, Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG, *cit.*, aps. 102-109.

<sup>1583</sup> EL TJUE, en particular, estableció que: “Luego de haber proporcionado a la empresa la posibilidad de exponer su punto de vista, está obligada a adoptar en esta materia una decisión debidamente motivada que debe comunicarse a la empresa. Habida cuenta del perjuicio en extremo grave que podría resultar de la comunicación irregular de documentos a un competidor, la Comisión debe, antes de ejecutar su decisión, dar a la empresa la posibilidad de acudir al Tribunal para que se revisen las apreciaciones de que se trata e impedir de esta forma que se efectúe la comunicación”. STJ de 24 de junio de 1986, *AKZO Chemie BV y AKZO Chemie UK Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*, ap. 29.

preparar sus demandas resarcitorias, en el reciente asunto *Pilkington*<sup>1584</sup> el Vicepresidente del TJUE<sup>1585</sup> ha confirmado un auto del Presidente del TGUE<sup>1586</sup>, cuyo contenido impacta de forma directa sobre el sobremencionado procedimiento *AKZO* y, por lo tanto, sobre el *time-frame* relativo a la divulgación de la información sobre el contenido de la decisión sancionatoria adoptada por la Comisión Europea.

En el asunto *Pilkington*, en particular, la Comisión Europea publicó la decisión sancionadora inherente al cártel del vidrio para automóviles<sup>1587</sup> incluyendo también aquella información que, pese a su carácter confidencial, uno de los *co-cartelists* había solicitado no divulgar. A causa de la desestimación de la solicitud de tratamiento confidencial presentada ante la Comisión Europea, el grupo Pilkington interpuso contra la decisión del Ejecutivo comunitario un recurso de impugnación ante el TGUE, reclamando al mismo tiempo la concesión de medidas cautelares para bloquear la publicación de esta información hasta cuando el TGUE no se hubiera pronunciado sobre el fondo del asunto (es decir sobre el carácter confidencial de esta información).

El Presidente del TGUE acordó las medidas provisionales requeridas por el grupo Pilkington argumentando del modo siguiente: por lo que concierne a la subsistencia del *fumus boni iuris*, se afirmó que en consideración de la cantidad de datos que habrían de ser tenidos en cuenta, no podía *prima facie* excluirse que la información controvertida fuese manifiestamente no confidencial, mientras que por lo que concierne al *periculum in mora*, se destacó que el juez no podía *prima facie* excluir que “la información controvertida sea conocida únicamente por un número restringido de personas y que su divulgación podría causar un perjuicio grave a la demandante en el sentido de la sentencia [...] Bank Austria Creditanstalt/Comisión [...]”<sup>1588</sup>.

---

<sup>1584</sup> TGUE, *Pilkington Group Ltd contra Comisión Europea*, T-462/12, todavía no decidido.

<sup>1585</sup> Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2013, *Pilkington Group Ltd contra Comisión Europea*, C-278/13 P(R), RJ digital.

<sup>1586</sup> Auto del Presidente del Tribunal General de 11 de marzo de 2013, *Pilkington Group Ltd contra Comisión Europea*, T-462/12, RJ digital.

<sup>1587</sup> DCE de 12 de noviembre de 2008, *COMP/39.125 – Vidrio para automóviles (2009/C 173/08)*, *DOUE C 173/13* de 25 de julio de 2009.

<sup>1588</sup> Auto del Presidente del Tribunal General de 11 de marzo de 2013, *Pilkington Group Ltd contra Comisión Europea*, *cit.*, aps. 67 y sigs. Este punto fue confirmado por el Vicepresidente del TJUE que al respecto estableció que: “En efecto, resultaría imposible identificar el número y la calidad de todas las personas que efectivamente hubiesen tenido conocimiento de la información publicada y apreciar de este modo el impacto concreto que la publicación de ésta pueda tener sobre los intereses comerciales y económicos de Pilkington”. Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2013, *Pilkington Group Ltd contra Comisión Europea*, *cit.*, ap. 55.

Cabe además mencionar el auto adoptado por el Presidente del TGUE sobre el asunto *Alstom*<sup>1589</sup>, en virtud de las implicaciones que descienden de la concesión de las medidas provisionales con respecto a la aplicación del mecanismo de divulgación establecido por el artículo 15, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003. Este artículo, en particular, establece que: “En el marco de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que ésta les remita la información que obre en su poder o les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias”.

Por lo que se refiere al asunto *Alstom*, resulta antes de todo oportuno poner de relieve que el mismo se refería a un supuesto de solicitud de divulgación *ex* artículo 15, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003 referido a la petición de un juez británico (la *High Court of England and Wales*) que había solicitado ante la Comisión Europea la transmisión de la información relativa a la decisión sobre el cártel de los conmutadores con aislamiento de gas<sup>1590</sup>. A la hora de formular su solicitud, el juez británico había manifestado la intención de establecer un círculo de confidencialidad para proteger la información de carácter confidencial y permitir que a la misma accedieran sólo determinados sujetos, entre los cuales no figuraban las empresas competidoras de los *co-cartelists*<sup>1591</sup>. La Comisión Europea manifestó su intención de acordar la transmisión de la información requerida e informó las empresas que la habían proporcionado. Una de estas empresas, que en el juicio ante el juez británico revestía la calidad de demandada por haber tomado parte al cártel, se opuso a la transmisión de la información solicitada por el juez nacional y, con el fin de salvaguardar sus intereses, solicitó a su vez la concesión de medidas provisionales ante el TGUE.

En el juicio entablado por la empresa Alstom, el Ejecutivo comunitario sostuvo que para cumplir con su deber de salvaguardia de la información confidencial en su posesión sólo tenía que indicar al juez nacional los documentos o las partes de información que presentasen carácter confidencial, mientras que, en el ámbito del mecanismo establecido por el artículo 15, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003, pertenecía en última instancia al juez nacional velar por la protección de

---

<sup>1589</sup> Auto del Presidente del Tribunal General de 29 de noviembre de 2012, *Alstom* contra Comisión, T-164/12, RJ digital.

<sup>1590</sup> DCE de 24 de enero de 2007, [COMP/38.899 – Conmutadores con aislamiento de gas \(GIS\)](#) (2008/C 5/07), resumen publicado en el *DOUE C 5/7* de 10 de enero de 2008.

<sup>1591</sup> Auto del Presidente del Tribunal General de 29 de noviembre de 2012, *Alstom* contra Comisión, *cit.*, ap. 57.

la confidencialidad de la información transmitida<sup>1592</sup>. Sin embargo, el Presidente del TGUE desestimó las alegaciones de la Comisión Europea y, al conceder las medidas provisionales requeridas por la empresa Alstom, estableció que en estos supuestos el Ejecutivo comunitario debe realizar una evaluación más detallada para averiguar si las medidas adoptadas por los jueces nacionales sean adecuadas para salvaguardar en concreto la confidencialidad de la información cuya transmisión había sido solicitado<sup>1593</sup>.

La decisión contenida en el auto que acabamos de comentar nos parece poner un ulterior obstáculo al ejercicio de las *antitrust damages actions*, siendo susceptible de fomentar el recurso a la práctica del *forum shopping*<sup>1594</sup>. En efecto, esta decisión incide sobre el funcionamiento del mecanismo de transmisión previsto por el artículo 15, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003, por un lado otorgando una gran relevancia a las reglas procesales existentes en los diferentes Estados miembros en materia de protección de la información confidencial y, por el otro, incluyendo un ulterior elemento de discrecionalidad a efectos de la aplicación de dicho mecanismo, consistente en la evaluación que la Comisión Europea ha de llevar a cabo sobre las medidas de salvaguardia contempladas por la normativa procesal de Derecho interno. En efecto, el nivel de protección proporcionado por estas medidas y la evaluación de las mismas que se irá consolidando en la jurisprudencia, constituyen los datos que se habrán de tener en cuenta y que afectarán las decisiones de los sujetos involucrados por la realización de un ilícito *antitrust* con respecto a la elección del órgano jurisdiccional ante el cual interponer una demanda resarcitoria: esta situación puede acarrear repercusiones sustanciales sobre el utilizzo de la práctica de *forum shopping*.

Arrancando de las decisiones anteriormente ilustradas es posible plantear dos diferentes escenarios. Un primer escenario, menos favorable desde la perspectiva de la facilitación del ejercicio de las *antitrust damages actions*, es lo que se fundamenta sobre la decisión *Netherlands*. Podría en efecto plantearse el hecho de que también con respecto a las solicitudes *ex* artículo 15, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003, hasta cuando una decisión sancionadora de la Comisión Europea no sea definitiva, las medidas de salvaguardia previstas por los sistemas procesales de los Estados miembros no resulten –por lo menos *prima facie* en relación con la fase cautelar– adecuadas para proteger el carácter confidencial de la información requerida por el juez nacional.

---

<sup>1592</sup> La Comisión invocó a fundamento de su postura la STG de 18 de septiembre de 1996, *Postbank NV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-353/94, RJ 1996/II/921, ap. 90.

<sup>1593</sup> Auto del Presidente del Tribunal General de 29 de noviembre de 2012, *Alstom contra Comisión*, *cit.*, ap. 58.

<sup>1594</sup> KELLERBAUER (2014, pág. 62).

Bajo un segundo escenario en cambio, arrancando de la decisión *Pilkington*, podría plantearse una solución distinta, es decir una solución favorable a la transmisión de la información controvertida, sólo y exclusivamente en el caso de que la misma resulte susceptible de ser conocida únicamente por un número restringido de personas, en cuanto bajo esta circunstancia la divulgación no causaría algún perjuicio grave e irreparable a la empresa demandada en el juicio resarcitorio ante el órgano jurisdiccional nacional que ha solicitado la transmisión de la información que se halla en la disponibilidad de la Comisión Europea<sup>1595</sup>.

La Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* no previó alguna medida para facilitar, anteriormente a la interposición de una demanda judicial, el acceso a la información que se encuentra bajo la disponibilidad de las Autoridades de la competencia, de tal forma que podría afirmarse que no se planteó introducir nuevos, ni ulteriores elementos respecto de las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia comunitaria con la adopción de las decisiones *Netherlands* y *Pilkington*. En cambio, el artículo 5 de esta Propuesta sí que contuvo algunas disposiciones relativas a la cuestión de la divulgación *lite pendente* de la información inherente a las ilícitos concurrenciales, previendo bajo ciertas condiciones que “los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar que el demandando o un tercero exhiban los medios de prueba”<sup>1596</sup>, si bien la divulgación de esta información hubiese tenido que limitarse a la exhibición de lo que fuese proporcionado, tomando *inter alia* en cuenta “si los medios de prueba que se han de exhibir incluyen información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las modalidades para proteger dicha información confidencial”<sup>1597</sup>.

## 1.6. *Overview* de las medidas contempladas en la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*

---

<sup>1595</sup> Este, por ejemplo, podría ser una solución viable para el asunto *Alstom*, con respecto al cual el juez británico se había comprometido a divulgar la información requerida sólo a un número restringido de sujetos, entre los cuales no figuraban los competidores de la empresa infractora.

<sup>1596</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, artículo 5, apartado 1.

<sup>1597</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, artículo 5, apartado 3. Sin embargo, KELLERBAUER (2014, pág. 62) ha subrayado que en la Propuesta de Directiva no se previó alguna medida específica en el caso de que la Comisión Europea hubiese actuado como un tercero respecto de la solicitud formulada por un juez nacional con arreglo al mecanismo del artículo 15 del Reglamento CE 1/2003. Este autor, en particular, ha afirmado que la única forma de evitar los problemas conectados con el recurso a la práctica de *forum shopping* consistiría en una intervención normativa del legislador comunitario tendiente a uniformar las reglas procesales de Derecho interno aplicables al mecanismo del artículo 15 del Reglamento CE 1/2003.

Por lo que concierne al contenido de las medidas contempladas en la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, cabe antes de todo evidenciar que las mismas reflejaban las indicaciones contenidas en la *preferred option*<sup>1598</sup> del *Impact Assessment* sobre la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

También por lo que concierne a los aspectos que la Comisión Europea no consideró oportuno armonizar, la antecitada Propuesta de Directiva se ciñó a las indicaciones contempladas en la *preferred option*. En particular, los ámbitos en los que no se propuso la introducción de alguna medida normativa fueron los siguientes: *i*) no se previó la aplicación de algún multiplicador con respecto a los daños indemnizables, y eso con independencia de la tipología de infracción realizada; *ii*) ninguna regla específica se propuso en orden al requisito de conducta culpable; *iii*) ni siquiera se previeron medidas en materia de costes de las demandas resarcitorias interpuestas tras la realización de prácticas anticompetitivas; *iv*) por último, tampoco se dictaron normas de armonización por lo que se refiere al ámbito de las acciones indemnizatorias colectivas por incumplimiento del Derecho de la competencia.

Por lo que respecta, en cambio, a las medidas de carácter positivo, las mismas pueden ser agrupadas en las siguientes categorías: *i*) exhibición de los medios de prueba (artículos de 5 a 8); *ii*) efecto de las resoluciones nacionales (artículo 9); *iii*) plazos de prescripción (artículos 10 y 17); *iv*) introducción de un régimen de responsabilidad solidaria por las empresas que hayan conjuntamente infringido la normativa de defensa de la competencia (artículo 11); *v*) legitimación activa y reglas en materia de repercusión del sobrecoste (artículos 12-15); *vi*) cuantificación del perjuicio (artículo 16); *vii*) eficacia de las resoluciones consensuales de conflictos *inter privados* en materia *antitrust* (artículos 17-18).

### 1.6.1. La exhibición de los medios de prueba

Por lo que concierne a las medidas relativas a la exhibición de los medios de prueba, la Comisión Europea trató de solucionar el problema de la asimetría informativa que caracteriza la posición de los sujetos perjudicados por la realización de ilícitos concurrenciales respecto de la posición de las empresas infractoras, evitando que a las mismas se les impusieran *onera* de divulgación desproporcionados y al mismo tiempo tratando de no reducir los incentivos a la participación a los programas de clemencia, ni aquéllos que suelen conducir a la conclusión de acuerdos transactivos<sup>1599</sup>.

---

<sup>1598</sup> Cfr. *supra sub* §.V.1.3.

<sup>1599</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 16. WISKING *et al.* (2014, pág. 187).

Sobre este aspecto, en línea general, la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* estableció que los Estados miembros tuvieran que velar para que los órganos jurisdiccionales nacionales pudiesen ordenar que las empresas demandadas o un tercero exhiban los medios de prueba con independencia de que los mismos estén incluidos en el expediente de una Autoridad de la competencia. Al respecto, se estableció que los órganos jurisdiccionales nacionales tuvieran que respetar el principio de proporcionalidad y salvaguardar dentro de ciertos límites el interés a la confidencialidad de la información objeto de la orden de exhibición<sup>1600</sup>. Al respecto, sin embargo, se previó que fuese necesario satisfacer determinadas condiciones<sup>1601</sup>. En particular, con arreglo a las medidas propuestas, la Comisión Europea permitió que se exhibiera en cualquier momento, por orden judicial, sólo una selección de documentos no protegidos (*vid. infra*) formados con anterioridad respecto de la iniciación de un procedimiento administrativo-sancionador por parte de una Autoridad de la competencia <sup>1602</sup>.

Además, la Comisión Europea optó por otorgar protección absoluta en favor de dos tipos de documentos, considerados cruciales para la eficacia del *public antitrust enforcement*: *i*) los *corporate statements* presentados en el marco de un programa de clemencia; *ii*) las solicitudes de transacción. En cambio, se estableció un régimen

---

<sup>1600</sup> Las medidas propuestas reflejaban la opción contenida en el Libro Blanco en materia de acceso a las pruebas (Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, aps. 84-85, pág. 27). El modelo propuesto por la Comisión Europea, en particular, se inspiró al modelo planteado por la Directiva 2004/48/CE, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Cabe además subrayar que la aplicación del principio de proporcionalidad habría evitado que se realizasen prácticas abusivas, cuales por ejemplo las *fishing expeditions*. Cfr. *supra sub* §.IV.7.3.

<sup>1601</sup> Entre las condiciones previstas por el artículo 5 de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* cabe destacar las siguientes: *i*) el hecho de que el solicitante haya previamente presentado los hechos y medios de prueba que estén razonablemente a su alcance, indicando con la mayor precisión posible la categoría a la que supuestamente pertenecían los medios solicitados (*fact-pleading*); *ii*) el solicitante haya previamente proporcionado argumentos que dejen plausiblemente sospechar que la práctica empresarial realizada por el demandante le haya causado un perjuicio.

<sup>1602</sup> Al respecto, la Comisión Europea puso de relieve que “los órganos jurisdiccionales nacionales deben abstenerse de ordenar la exhibición de medios de pruebas por referencia a la información facilitada a una autoridad de competencia a efectos de su procedimiento”, en cuanto mientras la investigación esté en marcha, dicha exhibición podría obstaculizar la aplicación pública del Derecho de la competencia. Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 18. La Comisión Europea subrayó que la introducción de estas medidas habría conllevado la necesidad de modificar el Reglamento CE 773/2004, la Comunicación sobre la cooperación Comisión-jueces nacionales, el Reglamento CE 139/2004 y otras Comunicaciones relevantes *ratione materiae*.

de protección temporal con referencia a los documentos que las partes hubiesen específicamente redactado en función de su participación a un procedimiento administrativo-sancionador (*v.gr.* las respuestas al requerimiento de información de la Autoridad de la competencia) o que hubiesen sido elaborados directamente por una Autoridad de la competencia a lo largo del desarrollo de tales procedimientos (*v.gr.* el pliego de cargos). La introducción de este régimen, en particular, habría permitido la exhibición de tales documentos, en un juicio de naturaleza indemnizatoria entablado ante un juez nacional, sólo después de que la Autoridad de la competencia hubiese finalizado el procedimiento en el ámbito del cual los mismos se habían producido o elaborado<sup>1603</sup>.

Podemos observar que si bien las medidas concernientes a las categorías protegidas de documentos, resultaron favorables a la posición de los *leniency applicants*, superando la incertidumbre generada por la solución adoptada por el TJUE en ocasión de la decisión del asunto *Pfleiderer*, sin embargo las mismas suscitaron otros problemas, poniéndose en abierto contraste con el principio de derecho afirmado por el mismo TJUE en ocasión de la decisión del asunto *Donau Chemie*. En esta última decisión, como ya hemos tenido forma de señalar<sup>1604</sup>, se estableció que el Derecho comunitario obsta a la existencia de una normativa nacional que supedita el derecho de acceso de los terceros al consentimiento unánime de las partes involucradas en un procedimiento administrativo-sancionador por incumplimiento del Derecho de la competencia, en cuanto eso se resolvería en una denegación sistemática –y por eso no permitida– de las solicitudes de acceso a los documentos del expediente administrativo.

El grupo de medidas concerniente a la exhibición documental, por último, contemplaba también algunas previsiones de carácter sancionatorio que habrían tenido que aplicarse en el caso de que ocurriesen las siguientes circunstancias de hecho<sup>1605</sup>: *i*) incumplimiento o negativa a incumplir una orden de exhibición dictada por cualquier órgano jurisdiccional; *ii*) destrucción de medios de prueba pertinentes por una de las partes del procedimiento o por un tercero<sup>1606</sup>; *iii*)

---

<sup>1603</sup> Las mismas salvaguardias, tanto con respecto a las medidas de protección absoluta como con respecto a aquéllas de protección temporal, se habrían aplicado en el caso de que los documentos protegidos se hubiesen obtenido en el contexto de procedimientos de aplicación pública del Derecho de la competencia –*v.gr.* los documentos obtenidos a través del acceso al expediente de una Autoridad de la competencia en ocasión del ejercicio del derecho de defensa *ex* artículo 27 del Reglamento CE 1/2003 o disposiciones correspondientes de la legislación nacional, así como establecido en el artículo 7 de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*–.

<sup>1604</sup> *Vid. supra sub* §.V.1.5.1.

<sup>1605</sup> Cfr. artículo 8 de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

<sup>1606</sup> Las primeras dos circunstancias de hecho contempladas por la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* reflejaban las mismas circunstancias ya



incumplimiento o negativa a cumplir las obligaciones impuestas por una providencia dictada por un órgano jurisdiccional con el fin de proteger la información confidencial; *iv*) abuso de los derechos relativos a la exhibición de medios de prueba. Por último, cabe subrayar que entre las sanciones propuestas por la Comisión Europea, en consonancia con la opción contemplada en el Libro Blanco<sup>1607</sup>, cabe destacar la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales extraigan conclusiones adversas, tales como la presunción de que la cuestión relevante haya quedado acreditada o la desestimación total o parcial de reclamaciones y alegaciones, así como la posibilidad de condenar en costas por el mero hecho de haber destruido tales documentos.

### 1.6.2. El efecto de las resoluciones nacionales

La Comisión Europea propuso que se asignara eficacia vinculante a las decisiones firmes<sup>1608</sup> de las ANC, de forma análoga a lo previsto en el artículo 16, apartado 1, del Reglamento CE 1/2003 para las decisiones adoptadas por la Comisión Europea. Por lo que se refiere a las motivaciones que subyacen a la propuesta de introducir este tipo de medida, en la explicación detallada de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* se observó que: “Si ya se ha adoptado una resolución de infracción y ha adquirido carácter firme, la posibilidad de que la empresa infractora volviese a plantear las mismas cuestiones en posteriores reclamaciones por daños sería ineficiente, generaría inseguridad jurídica y daría lugar a costes innecesarios para todas las partes implicadas y el poder judicial”<sup>1609</sup>.

Si bien la Comisión Europea hubiese afirmado que la asignación de un efecto probatorio vinculante en favor de las resoluciones firmes adoptadas por las ANC no implicaba vulneración alguna de la tutela judicial de las empresas infractoras, en virtud del hecho de que las mismas podían ejercer su derecho de defensa impugnando tales resoluciones administrativas ante el órgano jurisdiccional competente, en efecto la introducción de dicha medida sí que suscitaba algunos problemas desde la óptica de la salvaguardia del derecho de defensa de las empresas afectadas por las decisiones sancionatorias de las ANC.

---

objeto de las propuestas planteadas por la Comisión Europea en el Libro Blanco. Cfr. Libro Blanco, *cit.*, pág. 6.

<sup>1607</sup> *Ibidem*.

<sup>1608</sup> Recordamos que las decisiones administrativas poseen carácter firme cuando se han agotado las vías jurisdiccionales y el tribunal competente para conocer de la impugnación haya confirmado la resolución administrativa de que se trate o cuando las empresas sancionadas hayan dejado transcurrir el plazo establecido por ley sin interponer algún recurso judicial contra la decisión administrativa que les concierna. Cfr. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 155, pág. 46.

<sup>1609</sup> Propuesta de Directiva relativa a la *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 19.

Por lo que concierne a la posición mantenida por la Comisión Europea, cabe recordar que la misma ya había señalado<sup>1610</sup> que el alcance de las decisiones definitivas de las ANC no se extiende, en principio, a todos los aspectos de la responsabilidad aquiliana que surge del incumplimiento del Derecho de la competencia. En la opinión del Ejecutivo comunitario, por lo tanto, el efecto probatorio vinculante de las resoluciones administrativas de las ANC quedaría circunscrito a los hechos puestos a fundamento de la existencia del ilícito concurrencial, y no abarcaría elementos ulteriores, cuales por ejemplo los hechos relativos a la subsistencia del nexo de causalidad y aquéllos inherentes a la cuantificación del daño *antitrust*<sup>1611</sup>.

En cambio RIFFAULT-SILK (2014, págs. 549 y sigs.) ha destacado que entre los hechos que los jueces nacionales han de tener en cuenta a la hora de pronunciarse sobre la responsabilidad extracontractual de las empresas infractoras, figuran los hechos concernientes a la subsistencia del nexo de causalidad y aquéllos necesarios para establecer la entidad del daño sufrido por los demandantes. Tales hechos podrían no haber sido directamente objeto de la investigación y del análisis jurídico de la ANC y no obstante eso ser igualmente mencionados en la resolución administrativa –o tenidos en cuenta *incidenter tantum* aún si el análisis sobre los mismos no haya resultado determinante para demostrar la existencia de la infracción del Derecho de la competencia–. Contrariamente a la posición expresada por la Comisión Europea, en efecto, el antecitado autor ha también destacado que en el ámbito de un juicio resarcitorio de seguimiento, el derecho de defensa de las empresas infractoras sí que podría ser mermado, en cuanto en el caso de que el juez infiera de esta clase de hechos –o de las apreciaciones formuladas en los motivos de una decisión sancionatoria haciendo referencia a los mismos– la subsistencia de elementos estructurales de la responsabilidad aquiliana *ex adverso* reclamada, la previsión normativa que asigna eficacia vinculante a las decisiones de las ANC obstaculizaría el pleno ejercicio del derecho de defensa de las empresas demandadas<sup>1612</sup>.

---

<sup>1610</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 156, págs. 46-47. En contra, pero en sentido favorable, CAMILLI *et al.* (2008, pág. 249).

<sup>1611</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.7.4.

<sup>1612</sup> Cfr. Enron Coal Services (in liquidation) v. English Welsh and Scottish Railway, [2011] EWCA Civ 2. En este asunto el Tribunal británico desestimó el recurso de apelación interpuesto por Enron estableciendo que si bien la decisión sancionatoria del regulador resulte vinculante para el juez de lo civil, no todos los *statements* contenidos en la misma pueden considerarse hechos relevantes a efectos de la existencia del ilícito *antitrust* de que se trate, pudiéndose considerar que revisten dicha característica solo los hechos claros e identificables. En particular, cabe destacar que Lord Justice JACOB afirmó expresamente que: “What if, for instance, the regulator makes a clear finding of facts (e.g. about causation) which is not necessary for its determination of infringement. Would that finding arguably be outside its jurisdiction and hence not a finding which could be

Los problemas aplicativos que descienden de la propuesta de asignar eficacia vinculante a las resoluciones de las ANC con que se haya constatado la infracción del Derecho de la competencia, podrían encontrar una solución sólo desde un punto de vista hermenéutico. Al respecto, en particular, la solución más viable consistiría en una interpretación de tipo restrictivo de la medida propuesta, con arreglo a la cual sólo debería considerarse vinculante la parte dispositiva de la decisión adoptada por las ANC. Esta postura encuentra un fundamento en la jurisprudencia comunitaria que en algunas ocasiones ha afirmado que: “[...] cualquiera que fuese la motivación que fundamenta una decisión, tan sólo su parte dispositiva puede producir efectos jurídicos y, por tanto, lesivos. Por el contrario, las apreciaciones formuladas en los motivos de una decisión no pueden, por sí mismas, ser objeto de un recurso de anulación. La motivación solamente puede ser sometida al control de legalidad del juez comunitario en la medida en que, tratándose de la motivación de un acto lesivo, constituya el soporte necesario de la parte dispositiva de dicho acto [...] y si, más particularmente, esta motivación puede alterar la naturaleza de lo decidido en la parte dispositiva del acto en cuestión [...]”<sup>1613</sup>.

Por último, por lo que se refiere al alcance territorial de esta medida, cabe señalar que respecto de la configuración originaria de la propuesta de la Comisión Europea, en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales nacionales habrían quedado vinculados no sólo a las decisiones adoptadas por la ANC territorialmente perteneciente a su mismo ordenamiento nacional, sino también a las resoluciones administrativas de las demás ANC de la REC (se trataba de una medida que a su vez reflejaba la opción contemplada en el Libro Blanco), el Consejo eliminó el efecto vinculante transfronterizo de las resoluciones nacionales, obligando los Estados miembros a aceptarlas únicamente como

---

relied upon in a follow-on claims? In this context, it must be remembered that the party claiming damages is not a party to the proceedings before the regulator. Facts about causation and damages, which will normally include an investigation into whether and if so how the infringing conduct affected that particular party, are not necessarily part of the regulator’s inquiry. If one is not careful there could be an injustice: findings made by the regulator on incomplete evidence followed by an impossibility of attacking them later [...]”. *Enron Coal Services (in liquidation) v. English Welsh & Scottish Railway* [2011] EWCA Civ 2, aps. 148 y sigs.

<sup>1613</sup> STG de 12 de octubre de 2007, [Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-474/04, RJ 2007/II/4225, ap. 73. Cfr. también STJ de 28 de enero 2004, [Reino de los Países Bajos contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), C-164/02, RJ 2004/I/1177, ap. 21; STG de 19 de marzo de 2003, [CMA CGM et al. contra Comisión de las Comunidades Europeas](#), T-213/00, RJ 2003/II/913, ap. 186.

medios de prueba, en línea con las normas procedimentales nacionales aplicables en tales supuestos<sup>1614</sup>.

### 1.6.3. Los plazos de prescripción

Por lo que concierne a las medidas relativas a los plazos de prescripción, antes de todo consideramos oportuno recordar que en la *preferred option* se planteó la necesidad de introducir un plazo de prescripción *ad hoc* para las acciones indemnizatorias de seguimiento y establecer que el correspondiente *dies a quo* coincidiera con la adopción de una resolución sancionatoria por parte de una Autoridad de la competencia. Por los demás supuestos, además, se optó por la previsión de reglas armonizadas tanto con respecto a la determinación de la duración del plazo de prescripción, como en orden a la individuación del *dies a quo*, ante la realización de infracciones continuas o repetidas o en el caso de que los sujetos perjudicados no tuvieran conocimiento inmediato de la existencia del ilícito concurrential.

---

<sup>1614</sup> Orientación general del Consejo de la Unión Europea relativo a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea 2013/0185 (COD), en adelante la “Orientación general del Consejo”, Bruselas 27 de noviembre de 2013, pág. 3. Cabe además poner de relieve que el Proyecto de Informe (PE516.968) sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 20138/0185(COD)), adoptado por la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios el 3 de octubre de 2013, propuso una enmienda al texto del artículo 9 de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, en la que se previó que la atribución del carácter vinculante a las decisiones firmes de las ANC se entendiera sin perjuicio “del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, del derecho de la defensa de conformidad con los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ni del derecho a un juicio justo proclamado en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Por consiguiente, las decisiones de las autoridades nacionales de competencia y de los órganos jurisdiccionales nacionales de competencia serán vinculantes, siempre que no haya habido errores manifiestos en la investigación y se hayan respetado los derechos de la defensa” (enmienda 50). Para justificar esta enmienda, en particular, se afirmó que: “De conformidad con el Estado de Derecho, el efecto vinculante no se aplicará en casos donde se hayan cometido errores durante la investigación de los hechos, o donde los derechos del demandado no fueran debidamente respetados durante el procedimiento ante la autoridad nacional de competencia o el órgano jurisdiccional nacional de competencia”.

En particular, con la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* la Comisión Europea abogó por la introducción de un criterio de carácter subjetivo para la individuación del *dies a quo*, estableciendo una serie de parámetros que habrían tenido que tomarse en cuenta para determinar en concreto cuando empiece a transcurrir el plazo de prescripción. Si esta propuesta hubiese sido implementada, en primer lugar, los Estados miembros habrían tenido que velar para que el plazo de prescripción no empezara a transcurrir antes de que los sujetos perjudicados tuvieran conocimiento (o pudiera esperarse razonablemente que hubiesen tenido conocimiento) de la infracción o de otros elementos esenciales de la misma, cuales la calificación de la conducta como infracción de la normativa *antitrust*, la existencia de un perjuicio o la identidad de las empresas infractoras. En segundo lugar, por lo que concierne a las infracciones continuas o repetidas, se propuso que el plazo de prescripción no empezara a transcurrir antes del día de cesación del ilícito concurrencial.

Para superar las marcadas diferencias existentes en los regímenes nacionales acerca de la duración del plazo de prescripción<sup>1615</sup> se propuso que los Estados miembros garantizaran por lo menos una duración mínima de 5 años. Por último, se previó que en el caso de que una Autoridad de la competencia hubiese incoado *medio tempore* un procedimiento relacionado con una demanda indemnizatoria interpuesta ante un juez nacional, el plazo de prescripción habría tenido que suspenderse y, además, que dicha suspensión habría tenido que terminar por lo menos un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

Con las antedichas medidas, en particular, la Comisión Europea trató de alcanzar un resultado que tuviera en cuenta dos contrapuestas exigencias. Por un lado, brindar a las víctimas de ilícitos concurrenciales una oportunidad razonable de interponer una demanda resarcitoria ante un órgano jurisdiccional nacional y, por el otro, garantizar el mantenimiento de un nivel adecuado de seguridad jurídica sobre todo con respecto a los autores de estas infracciones.

#### **1.6.4. Las medidas relativas al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria**

Por lo que concierne a las infracciones conjuntas de las normas de defensa de la competencia –que se refieren esencialmente a las prohibiciones establecidas en el artículo 101 del TFUE y en las análogas normas nacionales– la Comisión Europea en la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* tomó

---

<sup>1615</sup> Cabe recordar, en efecto, que en algunos Países la duración del plazo de prescripción es muy breve (*v.gr.* en España es de 1 año), mientras que en otros resulta excesivamente larga (*v.gr.* en Alemania, Austria y Luxemburgo es de 30 años). Cfr. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 236, pág. 72.

como punto de partida la regla general de la responsabilidad conjunta y solidaria de los *co-cartelists* por la totalidad del perjuicio causado. Partiendo de esta regla general, sin embargo, el Ejecutivo comunitario propuso la introducción de algunas modificaciones al régimen general con el fin de modular la responsabilidad de aquellas empresas que, tras haber adherido a un programa de clemencia, hubiesen conseguido acceder al beneficio de la dispensa. La Comisión Europea, en particular, a través de la introducción de esta combinación de reglas se prefijó el objetivo de conciliar de la forma más eficiente posible dos exigencias contrastantes, cuales la salvaguardia de la eficacia e incentivos subyacentes a la participación a los programas de clemencia y el reconocimiento de la compensación plena en favor de los sujetos perjudicados por la realización de un cártel.

La necesidad de limitar la responsabilidad de los *leniency applicants* que hubiesen accedido al beneficio de la dispensa compatiblemente con el objetivo de reconocer a los sujetos perjudicados la plena compensación del perjuicio sufrido, por lo tanto, llevó la Comisión Europea a proponer la introducción de las siguientes medidas. En primer lugar, se estableció que los beneficiarios de la dispensa sólo fuesen responsables del perjuicio que la realización de un cártel de venta hubiese provocado a sus propios compradores directos o indirectos o, en el caso de un cártel de compra, a sus proveedores directos o indirectos –la misma regla se habría tenido que alpicar también ante el ejercicio de una acción de regreso por parte de los demás coinfractores–.

En segundo lugar, en consideración del hecho de que la protección de estos coinfractores no puede mermar el derecho de matriz comunitaria al pleno resarcimiento de las víctimas de ilícitos de naturaleza *antitrust*, se propuso la introducción de una medida correctora de última instancia. Al respecto se previó que las empresas beneficiarias de la dispensa pudieran considerarse plenamente responsables –como deudores de último recurso– si bien solo y exclusivamente en el caso de que los sujetos perjudicados no hubiesen conseguido obtener de los demás *co-cartelists* el pleno resarcimiento del daño reclamado en juicio.

En tercer y último lugar, se previó que en el caso de que la infracción *antitrust* hubiese causado un perjuicio a sujetos distintos de los compradores o proveedores directos o indirectos de los *co-cartelists*, el importe de la contribución de las empresas beneficiarias de la dispensa habría tenido que establecerse siempre en función de su responsabilidad relativa<sup>1616</sup>. Esta regla, en particular, se

---

<sup>1616</sup> El Consejo de la Unión Europea propuso la eliminación de la regla de la limitación del daño resarcible contemplada en la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea (artículo 11, apartado 3, segunda parte), establecida para proteger las empresas beneficiarias de la inmunidad y, al mismo tiempo, la eficacia de los programas de clemencia. Al respecto se observó, contrariamente a la posición mantenida por la Comisión Europea, que dicha medida habría excedido lo necesario para neutralizar los

regía por el mismo principio que governa la determinación de la responsabilidad de estas empresas en los supuestos en que los demás coinfractores hubiesen interpuesto una acción de regreso en su contra.

### 1.6.5. Legitimación activa y repercusión del sobrecoste

La regla general en materia de legitimación activa relativa a la interposición de una demanda de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Derecho de la competencia es que todos los sujetos que hayan sufrido un perjuicio *antitrust* tienen derecho a ser indemnizados, con independencia de que sean compradores directos o indirectos. Podemos observar que al respecto la Propuesta de Directiva sobre las *antitrust damages actions* recibió el principio de derecho establecido por la jurisprudencia comunitaria, con arreglo al cual “cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 81 CE”<sup>1617</sup>.

La Comisión Europea, además, propuso la introducción de algunas medidas para regular el fenómeno de la traslación del sobrecoste a lo largo de la cadena de suministro. En primer lugar, se propuso la introducción de unas medidas con arreglo a las cuales se reconocía a las empresas demandadas la posibilidad de oponer la *passing-on defence* frente a las reclamaciones resarcitorias avanzadas por los demandantes. En particular, este tipo de defensa habría podido oponerse cada vez que los demandantes hubiesen repercutido la totalidad o una parte del coste excesivo producido por la infracción de la normativa de defensa de la competencia<sup>1618</sup>. Al respecto, la Comisión Europea planteó la posibilidad de imponer sobre las empresas demandadas la carga de la prueba de la traslación del sobrecoste<sup>1619</sup>.

---

efectos negativos de las acciones indemnizatorias por daños y perjuicios *antitrust* sobre los programas de clemencia y la aplicación pública del Derecho de la competencia en su conjunto. Orientación general del Consejo, *cit.*, págs. 3 y 42.

<sup>1617</sup> STJ de de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA., *cit.*, ap. 61.

<sup>1618</sup> Las medidas propuestas, sin embargo, habrían impedido que las empresas demandadas invocasen la *passing-on defence* en situaciones en las que el coste excesivo se hubiese repercutido sobre aquellos agentes económicos que, aún operando en los siguientes niveles de la cadena de suministro, no podían legalmente exigir una indemnización por el perjuicio *antitrust* sufrido (artículo 12, apartado 2, de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*).

<sup>1619</sup> Cfr. artículo 12, apartado 1, de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

En segundo lugar, la Comisión Europea también se planteó la necesidad de reconocer el *offensive passing-on*: en particular, a través de dicha solución los compradores indirectos habrían tenido la posibilidad de obtener, en vía directa frente al operador intermedio, la compensación del perjuicio sufrido a causa de la traslación del daño descendente de la realización de un ilícito *antitrust* en el mercado aguas arriba. En particular, la posibilidad de interponer una acción indemnizatoria acudiendo a la medida de la *offensive passing-on*, tiene lugar en el caso de que la existencia de una reclamación indemnizatoria o el importe de la indemnización depende de si, o en qué medida, el *overcharge* se haya repercutido a lo largo de la cadena de suministro, hasta afectar a la esfera patrimonial del sujeto demandante. Según el planteamiento de la Comisión Europea, a diferencia de lo previsto por la defensa de repercusión del sobre coste, en dichos supuestos la carga de la prueba de la existencia y la cuantía de la traslación debería recaer sobre la parte demandante<sup>1620</sup>. Por lo que se refiere al régimen probatorio, en particular, la Comisión Europea propuso la introducción de una presunción *iuris tantum* (técnicamente una atenuación de la carga probatoria de la traslación del sobre coste), otorgando a los compradores indirectos la posibilidad de acreditar la repercusión del coste excesivo demostrando la subsistencia de las siguientes condiciones: *i*) el demandado haya cometido una infracción del Derecho de la competencia; *ii*) la infracción haya tenido como consecuencia un coste excesivo para el comprador directo del demandado; *iii*) el comprador indirecto haya adquirido los bienes o servicios objeto de la infracción, o los bienes o servicios derivados de los bienes o servicios objeto de la infracción o que los contuvieran<sup>1621</sup>.

CARPAGNANO (2014, pág. 274) ha destacado que la propuesta de introducir una serie de medidas para regular el fenómeno de la traslación del sobre coste a lo largo de la cadena de suministro, presentaba una gran relevancia tanto desde el punto de vista procesal, como desde la perspectiva sustancial. Por lo que concierne al perfil procesal, este autor ha puesto de relieve que el recurso a la defensa de repercusión del sobre coste habría permitido identificar de forma correcta cuales sujetos poseyeran la legitimación activa y cuales aquélla pasiva en

---

<sup>1620</sup> Cfr. artículo 13, apartado 1, de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

<sup>1621</sup> Cfr. artículo 13, apartado 2, de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*. La propuesta de introducir esta medida de carácter probatorio habría introducido una gran novedad en los juicios relativos a la indemnización de los *antitrust damages*, pese a su incidencia sobre los poderes probatorios de los jueces nacionales a los que en muchos Estados miembros (por ejemplo Italia) solo se les concedía la posibilidad de inferir la existencia del nexo de causalidad entre el daño y la práctica anticompetitiva acudiendo a criterios de probabilidad lógica o mediante el recurso al medio de prueba de las presunciones en los supuestos en que el perjuicio hubiese sido reclamado por los compradores directos. Cfr. Corte di Cassazione, sentencia núm. 2305 de 2 febrero de 2007, citada por CARPAGNANO (2014, pág. 277).



el ámbito de un juicio de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del Derecho de la competencia. En efecto, si la parte demandada hubiese conseguido oponer con éxito la *passing-on defence* y demostrar que la parte demandante hubiese integralmente repercutido el coste excesivo producido por el *antitrust infringement*, dicha parte procesal habría perdido su legitimación activa. Además, en el caso de que sólo se hubiese conseguido demostrar una repercusión parcial del sobrecoste, la empresa demandada habría obtenido igualmente un cierto beneficio, teniendo que abonar una cuantía indemnizatoria inferior a la cuantía originariamente reclamada.

Por lo que respecta en cambio al perfil sustancial de la cuestión, el antecitado autor ha evidenciado que la oposición de la *passing-on defence* o el ejercicio de la *offensive passing-on*, habrían concurrido a una mejor determinación del perjuicio indemnizable a cada uno de los sujetos afectados por el ilícito concurrencial. Por ejemplo, aún en el caso de que la empresa demandada haya conseguido oponer con éxito la defensa de repercusión del sobrecoste contra un comprador directo, permanecería su responsabilidad hacia los compradores indirectos, siempre y cuando los mismos hubiesen interpuesto una demanda indemnizatoria en su contra consiguiendo demostrar que la traslación, en su esfera jurídico-patrimonial, del sobrecoste descendente de la infracción *antitrust* realizada por la empresa demandada les haya causado un perjuicio.

La Comisión Europea, además, propuso la introducción de una serie de medidas con el fin de gestionar el problema del conflicto, real o potencial, de resoluciones judiciales y salvaguardar la consecución del fundamental objetivo de la plena compensación de todos los sujetos perjudicados por la realización de ilícitos concurrenciales. Se había previsto, en efecto, que en el caso de que las partes perjudicadas, situadas en distintos niveles de la cadena de suministro, hubiesen interpuesto distintas demandas por daños y perjuicios con respecto a la misma infracción de la normativa *antitrust*, a su vez los jueces nacionales habrían tenido que tomar debidamente en cuenta la existencia de estas demandas paralelas o previas –así como las resoluciones eventualmente ya adoptadas al éxito de estas demandas– para así evitar que se acordara a los demandantes una compensación insuficiente o excesiva y, al mismo tiempo, se fomentara la coherencia de los pronunciamientos jurisdiccionales dictados en el ámbito de los procedimientos conexos<sup>1622</sup>.

---

<sup>1622</sup> Cfr. artículo 15, apartado 1, de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*. Con respecto a este perfil, además, la Comisión Europea, en la explicación detallada de la Propuesta que estamos analizando, afirmó expresamente que: “Las demandas que estén siendo tramitadas ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos pueden considerarse conexas a tenor del artículo 30 del Reglamento n° 1215/2012/47, lo que implica que tienen una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas conjuntamente a fin de evitar resoluciones que pudieran ser irreconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente. Como consecuencia de

A pesar del *favor* acordado en la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* a las medidas de resolución de los potenciales conflictos de juzgados, para los supuestos en que no se hubiese conseguido solucionar de forma previa esta tipología de conflictos, la Comisión Europea planteó también la posibilidad de que, en el escenario *ex post*, los jueces nacionales tuvieran en cuenta ulteriores elementos, cuales: *i*) la cuota del sobrecoste repercutida a lo largo de la cadena de suministro; *ii*) la existencia de demandas paralelas o previas; *iii*) los pronunciamientos dictados en los juicios conexos; *iv*) los resultados pertinentes de casos de competencia pública<sup>1623</sup>.

### 1.6.6. La cuantificación del perjuicio ocasionado a las víctimas de ilícitos concurrenciales

A través del artículo 16 de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, la Comisión Europea propuso la introducción de una presunción refutable<sup>1624</sup> en lo que respecta a la existencia de perjuicio resultante de un cártel. La justificación de dicha medida se encuentra en la necesidad de solucionar el problema de la asimetría de información en cuya situación suelen encontrarse los sujetos perjudicados por la realización de carteles secretos, aliviando en favor de los demandantes la carga de la prueba relativa a la demostración de la producción

---

ello, todo órgano jurisdiccional distinto de aquel al que se haya sometido el litigio en primer lugar podrá suspender el procedimiento o inhibirse, si el órgano jurisdiccional requerido en primer lugar es competente para conocer de las causas en cuestión y si su acumulación es conforme a la legalidad vigente” (subrayado añadido). Cfr. Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 21.

<sup>1623</sup> Este último elemento fue introducido por el [Proyecto de resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea \(COM\(2013\)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185\(COD\)\) \(Procedimiento legislativo ordinario: primera lectura\)](#), de 4 de febrero de 2014, en adelante las “Enmiendas del Parlamento a la Propuesta de Directiva de la Comisión”.

<sup>1624</sup> La implementación de esta medida, en particular, habría producido el efecto de desplazar sobre las empresas infractoras la carga de la prueba, con la consecuencia de que las mismas habrían tenido que utilizar los medios de prueba que obren en su poder para demostrar que el cártel no ocasionó algún perjuicio, o por lo menos no lo ocasionó a los demandantes. El hecho de que la carga de la prueba hubiese recaído sobre la parte que disponía de la información necesaria, no sólo habría facilitado el ejercicio de la acción indemnizatoria ante los jueces nacionales, sino que habría también conllevado una mejora sustancial de eficiencia, permitiendo que se evitaran los costes de exhibición, que muy probablemente habrían sido necesarios para que las partes perjudicadas acreditaran la existencia del daño *antitrust*.

de un perjuicio de naturaleza *antitrust*. La introducción de esta presunción *iuris tantum*, en efecto, sería susceptible de conllevar una significativa ventaja para las víctimas de un cártel que hayan interpuesto contra los *co-cartelists* una demanda indemnizatoria, siendo para tales demandantes más sencillo y menos costoso demostrar que a causa de la realización de este tipo de práctica restrictiva de la competencia, se aplicaron en el mercado precios más elevados de aquéllos que se habrían practicado si no se hubiese realizado el cártel<sup>1625</sup>.

La Comisión Europea, por lo que concierne a la cuantificación del daño *antitrust* sufrido por los sujetos perjudicados que hayan entablado una *antitrust damage action*, tras haber subrayado que la determinación de este daño se rige por normas y procedimientos nacionales, puso de relieve que, en obsequio al principio de efectividad, la carga y el nivel de la prueba no podía hacer imposible o excesivamente difícil la satisfacción del derecho de la parte perjudicada a obtener la indemnización invocada ante los órganos jurisdiccionales nacionales. La Comisión Europea, además, propuso que los Estados miembros facultasen a sus órganos jurisdiccionales nacionales para estimar el importe del perjuicio *antitrust*. Al respecto cabe también destacar que en orden a la cuestión de la cuantificación del perjuicio *antitrust* en los juicios entablados por las víctimas de ilícitos concurrenciales, el Ejecutivo comunitario adoptó, contestualmente a la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, unas orientaciones no vinculantes (Directrices sobre la cuantificación de los *antitrust damages*) y una específica Guía práctica<sup>1626</sup>.

La Guía práctica, por un lado, se adoptó con el propósito de proporcionar indicaciones no vinculantes sobre el perjuicio causado por la realización de infracciones del Derecho de la competencia y, por el otro, de ofrecer una amplia gama de información sobre los principales métodos y técnicas disponibles para determinar la cuantificación de este perjuicio<sup>1627</sup>. Este documento y las Directrices sobre la cuantificación de los *antitrust damages*, desarrollan un papel auxiliar antes de todo en favor de los jueces nacionales, facilitando la estimación del importe del perjuicio –por ejemplo, la Guía práctica ofrece una

---

<sup>1625</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 22.

<sup>1626</sup> Se trata, en particular, de la [Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) que acompaña a la comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>1627</sup> BUCCIROSSI (2014, pág. 326) distingue entre métodos y técnicas de estimación del perjuicio. En particular, este autor afirma que por método ha de entenderse el recurso a simulaciones o análisis de tipo comparativo, mientras que las técnicas se refieren a la forma de aplicar en concreto un método, por ejemplo a través de la evaluación de datos documentales o mediante elaboraciones de tipo estadístico o econométrico.

explicación detallada de los principales métodos y técnicas que pueden emplearse para comparar la situación de mercado tras la realización de la práctica anticompetitiva, con una situación hipotética en un escenario contrafáctico<sup>1628</sup>-. En definitiva, en consideración de las dificultades que a menudo se encuentran para calcular con exactitud el importe del perjuicio efectivamente sufrido por las víctimas de ilícitos concurrenciales<sup>1629</sup>, el hecho de que la Comisión Europea propuso y luego efectivamente haya introducido unas medidas que permitan a los jueces nacionales alcanzar la cuantificación del daño reclamado mediante métodos de estimación, facilita la interposición de demandas resarcitorias, aumentando la probabilidad de que las víctimas reciban una indemnización adecuada al perjuicio *antitrust* concretamente sufrido.

### 1.6.7. Las medidas relativas a la resolución consensual de litigios

Con la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* la Comisión Europea propuso también la introducción de medidas concernientes a las herramientas de resolución de forma consensuada de los litigios de naturaleza *antitrust* (*consensual settlements*). En particular, la Comisión Europea trató de optimizar la relación entre demandas indemnizatorias por daños y perjuicios *antitrust* y resoluciones extrajudiciales, con el doble fin de incentivar el recurso a

---

<sup>1628</sup> Cuando el perjuicio reclamado por los demandantes no puede calcularse de forma exacta y resulta necesario recurrir a una metodología de apreciación, la tarea más difícil es aquella relativa a la elección del modelo de análisis. Al respecto, BUCCIROSSI (2014, pág. 325) señala que hace falta tomar en consideración tres elementos: *i*) la coherencia interna de las diferentes hipótesis por las que se rige el modelo –por ejemplo, los sujetos perjudicados por la realización de un cártel no pueden plantear la ausencia de traspaso del sobre coste en el mercado aguas abajo y, al mismo tiempo, la pérdida de un cierto volumen de ventas, en cuanto en ausencia de traslación del *overcharge* el precio no varía y no puede tener lugar alguna modificación de la demanda–; *ii*) la racionalidad de las hipótesis planteadas respecto de los resultados de la teoría económica general; *iii*) la solidez del modelo, que indica el hecho de que si se modifican levemente las hipótesis consideradas, no se produce un cambio significativo de los resultados obtenidos.

<sup>1629</sup> BUCCIROSSI (2014, pág. 327), evidenciando que el problema principal que tienen que afrontar los sujetos que interponen una demanda resarcitoria consiste en la adquisición de la información relevante y, además, constatando que una excesiva agregación de la información proporcionada por las empresas infractoras no permitiría al juez ponderar adecuadamente los intereses en juego, ha observado que sería necesario permitir, en la práctica, que los expertos nombrados por las partes tengan acceso a toda la información relevante, asumiendo un preciso deber de confidencialidad en relación a todo dato que presente este carácter. En particular, el acceso podría acordarse predisponiendo un procedimiento de *data room* y bajo la supervisión de un experto directamente nombrado por el juez procedente (*data room provider*). En la opinión de este autor, en efecto, eso permitiría que los expertos realicen peritajes más consistentes y, por consiguiente, que los jueces calculen con mayor precisión el daño reclamado por los demandantes.

esta forma de solución de litigios por parte de las partes afectadas por un ilícito concurrencial y, al mismo tiempo, garantizar que los sujetos perjudicados obtengan la plena indemnización del daño padecido<sup>1630</sup>.

Antes de todo ocurre realizar una breve reflexión acerca del propósito de lograr la plena indemnización del daño *antitrust* a través de los mecanismos de solución consensual, en cuya categoría la Comisión Europea ha incluido los acuerdos extrajudiciales (*v.gr.* la transacción), el arbitraje y la mediación<sup>1631</sup>. En efecto, el mecanismo de la transacción mal se concilia con el principio de la plena indemnización de daños y perjuicios, en cuanto la misma constituye, esencialmente, una compleja herramienta a través de la cual las partes se hacen concesiones recíprocas (*give-and-take*) con el fin de evitar la incertidumbre y los costes asociados al juicio<sup>1632</sup>. Como parece haber observado el Parlamento Europeo en su Proyecto de resolución legislativa sobre la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*<sup>1633</sup>, con la enmienda que propone la introducción del Considerando 11-*bis*<sup>1634</sup>, la finalidad de los *consensual settlements* no consiste en garantizar la plena compensación de las víctimas de ilícitos *antitrust*, sino en ofrecer a las partes involucradas en este tipo de infracciones la posibilidad de evitar el riesgo y los costes asociados a un juicio resarcitorio.

Además, BASTIANON (2014, pág. 333) ha subrayado que el hecho de que la Comisión Europea hubiese incluido en los mecanismos de solución consensual de los litigios de carácter *antitrust* el arbitraje suscitaba ulteriores perplejidades, en virtud de la naturaleza jurisdiccional asignada a este mecanismo –verdadera y propia forma de resolución de conflictos alternativa a la jurisdicción ordinaria– y del hecho de que el recurso al arbitraje no sólo podía acarrear un coste económico de mayor consistencia respecto de los costes que habrían tenido lugar si los sujetos perjudicados hubiesen interpuesto una demanda judicial ante un juez nacional, sino que ni siquiera habría resultado un mecanismo adecuado para eliminar el riesgo asociado a la incertidumbre sobre el resultado final de la controversia.

Por lo que concierne a las medidas concretamente propuestas, en primer lugar cabe observar que la Comisión Europea abogó por la introducción de la suspensión del plazo de prescripción relativo a la interposición de demandas

---

<sup>1630</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 23.

<sup>1631</sup> Considerando 37º de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

<sup>1632</sup> KORTMANN y WESSELING (2013, págs. 3-5).

<sup>1633</sup> Enmiendas del Parlamento a la Propuesta de Directiva de la Comisión, *cit.*

<sup>1634</sup> El texto del Considerando 11-*bis* prevé que: “Resulta conveniente lograr una solución ‘de una vez por todas’ para los demandados, con miras a reducir la incertidumbre y un efecto económico exagerado que pudiera repercutir sobre los empleados, proveedores, subcontratistas y otras partes inocentes”.

indemnizatorias, mientras las empresas infractoras y las partes perjudicadas estén involucradas en un proceso de resolución consensual<sup>1635</sup>. El primer problema que se plantea al respecto tiene que ver con el hecho de que en el caso de que las partes afectadas hayan optado por la vía de la transacción, las mismas no estarán inmersas en un procedimiento en sentido técnico y, por lo tanto, será difícil establecer con precisión cuando empieza y cuando finaliza el efecto suspensivo de la prescripción<sup>1636</sup>. Siempre por lo que se refiere a la propuesta de introducir la medida de la suspensión del plazo de prescripción de las *antitrust damages actions*, la Comisión Europea trató de coordinar el efecto suspensivo con la posibilidad de que ya se haya entablado un juicio indemnizatorio ante los jueces nacionales, estableciendo que a estos últimos se le tenga que reconocer la facultad de suspender el procedimiento si las partes, *lite pendente*, estén involucradas en un proceso de resolución consensual en relación con la misma reclamación objeto de la demanda indemnizatoria<sup>1637</sup>.

Cabe además añadir que con respecto a la propuesta de asignar el antedicho efecto suspensivo del plazo de prescripción a los mecanismos de resolución consensual de los litigios de naturaleza *antitrust*, el Parlamento Europeo<sup>1638</sup> propuso dos enmiendas al texto de la Comisión Europea, con que se estableció que, por un lado, la duración de dicho efecto no podía ser superior a un año y, por el otro, que “después de un acuerdo consensual, la autoridad de competencia podrá considerar la indemnización pagada o comprometida como factor atenuante al imponer las multas”<sup>1639</sup>. Con la segunda enmienda, en particular, el Parlamento Europeo planteó la posibilidad de que las ANC pudieran tener en cuenta las sumas ya acordadas a los sujetos perjudicados en virtud de un acuerdo de naturaleza transactiva, como circunstancia atenuante de la responsabilidad administrativa de las empresas infractoras (*mitigating factor*), sustrayéndolas del *quantum* de la multa sancionadora<sup>1640</sup>.

Esta segunda enmienda, en particular, ha sido objeto de críticas por BASTIANON (2014, pág. 336) que ha evidenciado como su introducción implicaría una significativa desviación de la tradicional impostación de la Comisión Europea, según la cual la aplicación pública y aquella privada del Derecho de la competencia constituyen dos vías de *enforcement* distintas y autónomas. En

---

<sup>1635</sup> Artículo 17, apartado 1, de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

<sup>1636</sup> BASTIANON (2014, pág. 334).

<sup>1637</sup> Artículo 17, apartado 2, de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

<sup>1638</sup> Enmiendas del Parlamento a la Propuesta de Directiva de la Comisión, *cit.*, pág. 32.

<sup>1639</sup> Propuesta de introducir un apartado 2-ter al artículo 17 de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

<sup>1640</sup> RIVAS y ECLAIR-HEATH (2014).

relación con este aspecto, por ejemplo, podemos señalar que la participación a un programa de clemencia y la subsiguiente concesión de los beneficios de la dispensa del pago o de la reducción del importe de la multa, no exime a los *leniency applicants* beneficiarios de las consecuencias civiles que descenden de su infracción del artículo 101 del TFUE<sup>1641</sup>. La medida contemplada en la segunda enmienda presentada por el Parlamento Europeo, además de poner problemas de compatibilidad con la vía pública de *enforcement* del Derecho de la competencia, parece tener un alcance muy limitado, siendo susceptible de encontrar aplicación sólo ante la interposición de una *stand-alone action* o con respecto a transacciones concluidas antes del comienzo del juicio indemnizatorio<sup>1642</sup>.

En segundo lugar, la Comisión Europea propuso la introducción de algunas medidas para regular el efecto de los acuerdos consensuales sobre las posteriores demandas indemnizatorias. Al respecto se abogó antes de todo por la introducción del principio de la deducción (*proportionate share reduction*)<sup>1643</sup> “de la cuota del perjuicio imputable al infractor que participe en el procedimiento consensual del importe de daños y perjuicios reclamados por la parte perjudicada que participe en este mismo procedimiento”<sup>1644</sup>. Dicho principio tiene un gran impacto en los supuestos de infracciones multilaterales del Derecho de la competencia, cuales los carteles. Esta regla se caracteriza por dos vertientes en cuanto, por un lado, el coinfractor que participa en el procedimiento consensual (coinfractor consensual) obtiene la liberación del vínculo de solidaridad respecto de los demás coinfractores<sup>1645</sup> y, por el otro, con el fin de evitar que la liberación del coinfractor consensual se traduzca en un daño para los coinfractores que no hayan participado en el procedimiento consensual (coinfractores no consensuales), conlleva la deducción de la cuota del perjuicio imputable al coinfractor consensual. La propuesta de introducir el principio de la *proportionate share reduction*, en particular, reflejaba la impostación general mantenida por la

---

<sup>1641</sup> Considerando 39º de la Leniency Notice de 2006. Para gestionar la rigidez de esta impostación, cabe recordar que la Comisión Europea, siempre en el ámbito de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, propuso la introducción de algunas medidas en los regímenes nacionales, con el propósito de salvaguardar la eficacia de los programas de clemencia y hacer que la posición de los *leniency applicants* no quedase perjudicada por lo que afectaba a las consecuencias civiles descendientes de una infracción de la normativa de defensa de la competencia. Cfr *supra sub* §.V.1.6.4. En la doctrina véanse, *ex multis*, las posiciones de GEIGER (2011, pág. 535), PICOD (2011, pág. 1214), ID (2013, pág. 1229), AUBERT *et al.* (2013, pág. 1691), LACRESSE (2013, pág. 140) y SLOT (2013, pág. 197).

<sup>1642</sup> BASTIANON (2014, pág. 337).

<sup>1643</sup> Artículo 18, apartado 1, primera parte, de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

<sup>1644</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 23.

<sup>1645</sup> KORTMANN y WESSELING (2013, págs. 3-5); BASTIANON (2014, pág. 338).

Comisión Europea con respecto al objetivo de fomentar el recurso a las formas consensuales de resolución de controversias en materia *antitrust*<sup>1646</sup>.

En realidad el vínculo de solidaridad no desaparece de forma absoluta, porque lo que prevalece es el principio de la plena compensación del daño<sup>1647</sup>. Por eso, si por un lado y de forma general, la medida propuesta por la Comisión Europea previó que los coinfractores no consensuales no pudieran recuperar del coinfractor consensual la contribución correspondiente al resto de la reclamación, por el otro lado y so forma de excepción, se introdujo un factor de corrección para salvaguardar en última instancia la posición de los sujetos perjudicados por la realización de una infracción *antitrust* ante la insolvencia de los demás coinfractores no consensuales. Dicha medida, en particular, previó que si los demás coinfractores no consensuales no fuesen en condiciones de indemnizar el perjuicio que corresponde al resto de la reclamación, habrían podido dirigir sus pretensiones resarcitorias al coinfractor consensual que, a pesar de haber ya abonado su parte proporcional del perjuicio, habría tenido que abonar a las partes perjudicadas también los daños y perjuicios causados por los coinfractores no consensuales<sup>1648</sup>.

Si la medida contemplada por la Comisión Europeo hubiese sido concretamente introducida, la única vía que habría quedado a disposición del coinfractor consensual para neutralizar, y no sólo atenuar, el riesgo de tener que abonar el daño causado por los coinfractores no consensuales en el caso de que los mismos resultasen insolventes frente a las posteriores reclamaciones de las partes perjudicadas, residía en la previsión, por vía pacticia en el cuerpo normativo del acuerdo transactivo, de una cláusula que derogase expresamente a la regla prevista en la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*. Dicha posibilidad, en efecto, fue destacada también por el Parlamento Europeo, que propuso la introducción de una enmienda al artículo 18, apartado 1, segunda

---

<sup>1646</sup> Al respecto cabe subrayar que el Considerando 40° de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, previó que: “Con objeto de fomentar las soluciones consensuales, las empresas infractoras que abonen daños y perjuicios mediante el mecanismo de resolución consensual no deben encontrarse en peor situación frente a sus coinfractores de la que se encontrarían sin la resolución consensual. Ello podría suceder en caso de que un infractor consensual, incluso tras un proceso de resolución consensual, siguiese siendo conjunta y solidariamente responsable de resarcir el perjuicio ocasionado por la infracción. Por tanto, un infractor consensual no debe contribuir en principio a sus coinfractores no consensuales cuando estos últimos hayan abonado daños y perjuicios a la parte infractora con la que el primer infractor hubiera llegado previamente a una solución consensual. El correlato de esta norma de no contribución es que la pretensión de la parte perjudicada se reduce en la cuota del infractor consensual del perjuicio que se la haya ocasionado”.

<sup>1647</sup> BASTIANON (2014, pág. 340).

<sup>1648</sup> Artículo 18, apartado 1, segunda parte, de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.



parte, de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*. Dicha enmienda, en particular, previó que: “Solo cuando los coinfractores no consensuales no estén en condiciones de resarcir los daños y perjuicios que corresponden al resto de la reclamación, se puede considerar que el coinfractor consensual abona daños y perjuicios a la parte perjudicada consensual, salvo cuando en las condiciones del acuerdo consensual se excluya expresamente esta posibilidad” (subrayado añadido)<sup>1649</sup>.

### **1.7. El análisis de los beneficios que las medidas contempladas en la Propuesta de Directiva aportan en favor de las partes involucradas en una *antitrust litigation***

Antes de analizar el resultado final del desarrollo normativo comunitario entorno al remedio indemnizatorio en materia de Derecho de la competencia, consideramos útil resumir las medidas contempladas en la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, en la versión que había sido inicialmente redactada por la Comisión Europea<sup>1650</sup>, ampliando una sintética esquematización sugerida por HOWARD (2014, pág. 51). Siguiendo el planteamiento de este autor, en particular, pasaremos a dividir en dos grupos las medidas contempladas en la antecitada Propuesta de Directiva, sobre la base de los criterios del beneficio aportado en favor de los sujetos perjudicados por un ilícito concurrencial, por un lado, y, por el otro, del criterio del beneficio aportado en favor de las empresas infractoras de la normativa *antitrust*.

La esquematización que nos aprestamos a presentar, en particular, podrá ser empleada como uno de los puntos de referencia del análisis relativo a las medidas definitivamente incluidas en la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, en cuanto nos permitirá realizar una más rápida comparación entre algunas de las

---

<sup>1649</sup> Enmiendas del Parlamento a la Propuesta de Directiva de la Comisión, *cit.*, págs. 32-33.

<sup>1650</sup> No se tomarán en consideración ni la Orientación General del Consejo, *cit. supra*, ni las Enmiendas del Parlamento a la Propuesta de Directiva de la Comisión, *cit. supra*. Las razones de esta elección metodológica, como se explicará a continuación, residen en el hecho de que se ha considerado útil a efectos de nuestro análisis del remedio indemnizatorio tener distintos, en la óptica del inminente análisis de las medidas efectivamente contempladas en la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, los aspectos puramente científicos de la cuestión, respecto de las implicaciones de diferente naturaleza, cuales en primer lugar aquéllas de carácter político, que subyacen a las elecciones normativas de las demás Instituciones comunitarias involucradas en el procedimiento legislativo de codecisión. Dicha elección, además, encuentra su justificación también a la luz de la estructura de este trabajo, a lo largo del cual, por lo visto, se han estudiado de forma analítica las diferentes medidas propuestas y sus implicaciones, jurídicas, económicas y regulatorias.

principales medidas propuestas respecto de aquéllas efectivamente predisuestas, con la consecuencia de que será más fácil constatar si las reglas armonizadas reflejan o menos los resultados logrados al éxito del largo debate científico que ha afectado la configuración de cada una de ellas o si, al final, han prevalecido los aspectos relacionados con los compromisos de naturaleza política conectados con el procedimiento legislativo comunitario de codecisión.

La siguiente esquematización, además, aunque considere solo y exclusivamente las ventajas que ambas partes de un litigio de naturaleza *antitrust* pueden lograr de la implementación de las medidas propuestas –y no analiza los costes asociados al proceso de armonización– en nuestra opinión posee un significativo mérito a efectos del análisis del remedio indemnizatorio en Derecho de la competencia. Nos referimos, en particular, al hecho de que este enfoque permite averiguar con mayor facilidad en qué medida el legislador comunitario haya efectivamente alcanzado el objetivo de facilitar el ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Derecho de la competencia, y además lo hace en un doble sentido. En efecto, por un lado, permite averiguar si este objetivo ha sido logrado con respecto al nivel de aplicación logrado en Europa por las *antitrust damages actions* a mediados de la primera década del siglo XXI y, por el otro, es útil para llevar a cabo el mismo tipo de evaluación por lo que se refiere a la configuración normativa, sustancial y procesal, inicialmente propuesta por la Comisión Europea, tanto a la luz de los resultados obtenidos a través de las consultas públicas previamente realizadas, así como tomando en cuenta resultados e indicaciones contenidas en los documentos de evaluación del impacto regulatorio de las medidas propuestas.

Por lo que concierne a la posición de los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial se propone el siguiente esquema (**Tabla 1**):

**Tabla 1**

Medida propuesta	Beneficio aportado
Principio de la plena compensación del perjuicio sufrido (artículo 2, apartado 2)	Los demandantes pueden reclamar en juicio la indemnización del daño emergente, del lucro cesante y de los intereses devengados desde el momento en que se produjo el perjuicio y hasta el momento en que se haya abonado la indemnización
Reconocimiento de la legitimación activa en favor de los compradores indirectos (artículo 2, apartado 1)	La Comisión Europea positiviza la jurisprudencia del TJUE (asuntos <i>Courage</i> y <i>Manfredi</i> ) en obsequio al principio de la plena compensación del perjuicio ocasionado por la realización de un ilícito concurrencial

<p>Facilitación en la exhibición de los medios de prueba que se encuentran en la exclusiva disponibilidad de las empresas infractoras (artículo 5)</p>	<p>El mecanismo propuesto por la Comisión Europea prevé una serie de límites a la <i>disclosure</i>, habiéndose considerado que sea de fundamental importancia proteger intereses ulteriores respecto de la plena indemnización del daño <i>antitrust</i> sufrido por las víctimas de ilícitos concurrenciales, cuales la eficacia de los programas de clemencia y la confidencialidad de cierta información (<i>v.gr.</i> la información que constituye un secreto comercial) que, en caso de divulgación, podría minar la permanencia de la empresa en el mercado, alterando el régimen de competencia anteriormente existente</p>
<p>Efecto vinculante de las resoluciones sancionatorias adoptadas por las ANC (artículo 9)</p>	<p>Se trata de una medida que debería facilitar el ejercicio de las acciones de seguimiento</p>
<p>Responsabilidad solidaria (artículo 11)</p>	<p>La existencia de un vínculo de solidaridad hace que los demandantes puedan reclamar la indemnización del perjuicio sufrido contra cualquier coinfractor</p>
<p>Prueba facilitada del daño en favor de los compradores indirectos en los supuestos de <i>offensive passing-on</i> (artículo 13, apartados 1 y 2)</p>	<p>El daño sufrido por los compradores indirectos resulta acreditado si los mismos consiguen demostrar los hechos previstos por el legislador comunitario (realización de un ilícito concurrencial por parte del demandado, la infracción ha generado un coste excesivo para el comprador directo de las empresas infractoras, el comprador indirecto ha adquirido bienes y servicios del comprador directo afectado por el sobrecoste de naturaleza <i>antitrust</i>)</p>
<p>Presunción refutable de daño con respecto a la realización de carteles secretos (artículo 16, apartado 1)</p>	<p>La previsión de una presunción <i>iuris tantum</i> entorno a la producción de un perjuicio en los supuestos en que las empresas infractoras hayan participado a un cártel secreto, facilita el ejercicio de las acciones indemnizatorias desplazando sobre los <i>co-cartelists</i> la prueba en contrario</p>

Por lo que afecta en cambio a la posición de las empresas infractoras, las medidas que generan un beneficio para las mismas pueden sintéticamente resumirse en el siguiente esquema (**Tabla 2**):

**Tabla 2**

<b>Medidas propuestas</b>	<b>Beneficio aportado</b>
Principio de la plena compensación del perjuicio sufrido (artículo 2, apartado 2)	Los jueces nacionales no pueden imponer a las empresas infractoras daños punitivos, ni daños basados sobre las ganancias ilícitas obtenidas a través de la realización de una infracción <i>antitrust</i>
Introducción de una regla general respecto de la responsabilidad solidaria de los coinfractores (artículo 11, apartados 1 y 3)	En línea general, cuando distintas empresas participan en la realización de un ilícito concurrencial, las mismas resultarán responsables de forma solidaria por el daño causado y por eso estarán obligadas a indemnizar plenamente los demandantes por el perjuicio <i>antitrust</i> causado. Sin embargo, se prevé que cada una de ellas, en el caso de que haya tenido que resarcir completamente el daño causado por la infracción, pueda recuperar de cualquier otra empresa infractora una contribución cuyo importe se fijará en función de la correspondiente cuota de responsabilidad
Protección de las declaraciones corporativas proporcionadas en el marco de un programa de clemencia ( <i>corporate statements</i> ) y de las solicitudes de transacción ( <i>settlements statements</i> ) respecto de la exhibición de los medios de prueba ( <i>disclosure</i> ) que los jueces nacionales pueden ordenar <i>lite pendente</i> (artículo 6, apartado 1)	Por lo que concierne a la salvaguardia de la confidencialidad de los <i>corporate statements</i> , las empresas infractoras gozan de las consecuencias conectadas con la protección de la eficacia de los programas de clemencia. Por lo que afecta, en cambio, a la protección de la confidencialidad de los <i>settlements statements</i> , las empresas infractoras traen un concreto beneficio porque en la perspectiva de la Propuesta de Directiva las soluciones consensuales de los litigios de naturaleza <i>antitrust</i> resultan anclares respecto de la consecución del objetivo primario de la plena compensación del perjuicio ocasionado por la realización de ilícitos concurreneciales

<p>Introducción de una regla específica para las empresas que, tras haber adherido a un programa de clemencia, hayan beneficiado de la inmunidad respecto del pago de una multa sancionadora (artículo 11, apartado 2)</p>	<p>Los <i>co-cartelists</i> a los que, en el marco de un programa de clemencia, una ANC haya concedido el beneficio de la dispensa del pago de las multas sancionadoras, sólo resultarán responsables frente a las partes perjudicadas distintas de sus propios compradores o proveedores directos, o de los compradores indirectos cuando los coinfractores sean insolventes</p>
<p>Defensa de repercusión del sobrecoste (artículo 12, apartado 1)</p>	<p>Las empresas demandadas en un juicio de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del Derecho de la competencia, pueden oponer a los demandantes la <i>passing-on defence</i>, excepción ésta que les permite no indemnizar el daño en el caso de que el demandante haya repercutido en la esfera jurídico-económica de los agentes económicos colocados en el subyacente eslabón de la cadena de suministro, la totalidad o una parte del sobrecoste ocasionado por el ilícito concurrencial realizado por la empresa demandada</p>

## 2. La Directiva 2014/104/UE: Planteamiento general

El 26 de noviembre de 2014 el Parlamento Europeo y el Consejo han aprobado la Directiva 2014/104/UE 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<sup>1651</sup>. Cabe recordar, como también han destacado algunos de los primeros comentaristas de esta Directiva<sup>1652</sup>, que a través de la misma las Instituciones comunitarias –*in primis* la Comisión Europea– han perseguido antes de todo el objetivo de alcanzar la plena compensación del daño de naturaleza *antitrust* sufrido por todos los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial. Al respecto se ha destacado que, por un lado, las medidas introducidas por la Directiva 2014/104/UE facilitarían la interposición de demandas resarcitorias –sobre todo de seguimiento y, en medida aún mayor, en los supuestos en que se trate de un cártel secreto– y, por el otro, optimizarían la

<sup>1651</sup> Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*

<sup>1652</sup> WEIDT (2014, págs. 438 y sigs.); DIEHL (2015, págs. 34 y sigs.).

relación entre *private* y *public antitrust enforcement*<sup>1653</sup>, sobre todo con el propósito de preservar la eficacia de los programas de clemencia, que se reputan una de las principales herramientas de *enforcement* a disposición de las Autoridades de la competencia en la lucha a los carteles, que constituyen una de las infracciones más graves del Derecho de la competencia.

Cabe antes de todo poner de relieve que la Directiva relativa a las *antitrust damages actions* positiviza el principio de la plena compensación del daño sufrido por las víctimas de ilícitos concurrenciales. En particular, en su artículo 3, apartado 1, dicha Directiva impone a los Estados miembros de la UE la obligación de velar “por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio”<sup>1654</sup>.

El legislador UE, por lo tanto, ha tomado una posición expresa en favor de un principio que ya había entrado a formar parte del *acquis communautaire*<sup>1655</sup>. Como ya hemos tenido forma de evidenciar, el TJUE ya se había pronunciado en diferentes ocasiones en favor del reconocimiento de una indemnización plena a todas<sup>1656</sup> las víctimas de tales ilícitos. Al respecto, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2014/104/UE, por un lado aclara que el pleno resarcimiento se considerará logrado sólo cuando se devuelvan a los sujetos perjudicados en la misma situación en la que se habrían encontrado de no haberse cometido la infracción *antitrust* de que se trate y, por el otro, se ciñe de manera especular a la doctrina jurisprudencial del TJUE, afirmando que el pleno resarcimiento abarca *damnum emergens*, *lucrum cessans* y el pago de los intereses. Por último, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2014/104/UE afirma que un resarcimiento pleno excluye el reconocimiento de daños punitivos, múltiples o de otro tipo. Esta previsión no sólo resulta de fundamental importancia para definir con exactitud el alcance del principio del pleno resarcimiento de las víctimas de ilícitos concurrenciales, sino que también incorpora la doctrina jurisprudencial del

---

<sup>1653</sup> Cfr. Considerando 6° de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

<sup>1654</sup> En el mismo sentido se pronuncia también el Considerando 13° de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

<sup>1655</sup> El TJUE, en efecto, había afirmado que la plena indemnización de las víctimas de ilícitos concurrenciales habría podido alcanzarse solo admitiendo que las mismas pudiesen reclamar en juicio no sólo la reparación del daño emergente “sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses”. STJ de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA., *cit.*, ap. 95.

<sup>1656</sup> Es importante volver a destacar que el reconocimiento de la legitimación activa a cualquier persona afectada por una infracción del Derecho de la competencia, también descende de la doctrina jurisprudencial del TJUE. STJ de 20 de septiembre de 2001, Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd *et al.*, *cit.*, ap. 24.

TJUE, que en varias ocasiones había afirmado que “el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios”<sup>1657</sup>.

La Directiva relativa a las *antitrust damages actions* también positiviza los principios de efectividad<sup>1658</sup> y equivalencia<sup>1659</sup> que, gracias a la labor de la jurisprudencia comunitaria habían entrado a formar parte del acervo comunitario. En particular, los papeles que dichos principios juegan con respecto a las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la comisión de ilícitos concurrenciales, tienen que ver con los aspectos no armonizados de los regímenes nacionales de la responsabilidad extracontractual. Sobre este punto, en efecto, la jurisprudencia comunitaria había afirmado que si se dejaban los Estados miembros del todo libres de escoger las medidas aplicables a los derechos otorgados a los justiciables por la normativa comunitaria (en nuestro caso el derecho a la plena indemnización de los *antitrust damages*), podrían manifestarse diferencias significativas en el nivel e intensidad de la protección proporcionada por los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

---

<sup>1657</sup> STJ de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arkady GmbH contra Comunidad Económica Europea, *cit.*, ap. 14; Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd *et al.*, *cit.*, ap. 30; STJ de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA., *cit.*, ap. 94.

<sup>1658</sup> El principio de efectividad establece que la regulación interna de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe hacer su ejercicio imposible en la práctica o excesivamente difícil. STJ de 21 de septiembre de 1983, Deutsche Milchkontor GmbH *et al.* contra República Federal de Alemania, *cit.*, ap. 19; STJ de 16 de julio de 1998, Oelmühle Hamburg AG e Jb. Schmidt Söhne GmbH & Co. KG contra Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, *cit.*, ap. 24; STJ de 20 de septiembre de 2001, Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd *et al.*, *cit.*, ap. 29; STJ de 19 de junio de 2003, Ministero delle Finanze contra Eribrand SpA, *cit.*, ap. 62.

<sup>1659</sup> El principio de equivalencia (o principio de no discriminación) establece que las medidas normativas nacionales escogidas para aplicar las normas comunitarias que generan derechos en favor de los particulares, no deben ser menos favorables que las referentes a situaciones similares de carácter exclusivamente interno. Véase, por ejemplo, STJ de 16 de diciembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz eG y Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland, *cit.*, pág. 697; STJ de 16 de diciembre de 1976, Comet BV contra Produktschap voor Siergewassen, *cit.*, aps. 13-16; STJ de 10 de abril de 1984, Sabine von Colson y Elisabeth Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen, *cit.*, ap. 23; STJ de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contra Estado belga, *cit.*, ap. 12; STJ de 20 de septiembre de 2001, Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd *et al.*, *cit.*, ap. 29; STJ de 13 de marzo de 2007, Unibet (London) Ltd y Unibet (International) Ltd contra Justitiekanslern, *cit.*, ap. 43.

La justificación de la positivización de los principios de efectividad y equivalencia en la Directiva 2014/104/UE, así como la función que los mismos desarrollan con respecto a las medidas nacionales aplicables al remedio indemnizatorio en materia de Derecho de la competencia, resultan cabalmente expresados en el Considerando 11º, en el que el legislador comunitario ha afirmado que: “[...] Todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, incluidas las relativas a aspectos no abordados en la presente Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y los daños y perjuicios, han de observar los principios de efectividad y equivalencia. Ello quiere decir que no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE, o de modo menos favorable que las aplicables a acciones nacionales similares. Cuando un Estado miembro establezca en su Derecho nacional otras condiciones para el resarcimiento, tales como la imputabilidad, la adecuación o la culpabilidad, ha de poder mantener dichas condiciones en la medida en que se ajusten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los principios de efectividad y equivalencia, y a la presente Directiva” (subrayado añadido).

Por lo que concierne a nuestro análisis de las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Derecho de la competencia, en primer lugar tenemos que destacar que el estudio del remedio indemnizatorio que llevaremos a cabo a continuación se centrará tanto sobre los aspectos armonizados de carácter procesal, como sobre aquéllos armonizados de carácter sustancial. En segundo lugar, nos ocuparemos también de los dos siguientes aspectos no armonizados: *i*) el concepto de causalidad; *ii*) el requisito de conducta culpable. Además, con referencia a la primera parte del análisis, nuestro enfoque tendrá en cuenta los beneficios asociados a las medidas contempladas en la Directiva 2014/104/UE para averiguar en qué medida las Instituciones comunitarias hayan alcanzado los objetivos subyacentes a la armonización de los regímenes nacionales, procesales y sustanciales, relativos a la responsabilidad extracontractual de los autores de ilícitos *antitrust* y hasta qué punto las medidas efectivamente adoptadas reflejen las medidas propuestas por la Comisión Europea al éxito del debate comunitario sobre esta materia. Por último se tendrán en cuenta tanto el impacto de las medidas armonizadas sobre la regulación vigente en España, como las implicaciones de la elección de no proceder a alguna intervención normativa con respecto a elementos estructurales de este régimen especial de responsabilidad aquiliana (*v.gr.* nexo de causalidad y relevancia del elemento subjetivo del ilícito).

## **2.1. Los aspectos armonizados de carácter procesal del remedio indemnizatorio en Derecho de la competencia**

### **2.1.1. Las medidas concernientes a la divulgación de las pruebas que se encuentran en poder de las empresas infractoras o un tercero**



Uno de los principales problemas que encuentran los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial a la hora de interponer una demanda de indemnización por daños y perjuicios contra las empresas infractoras, concierne a la búsqueda de la información relevante que les permita demostrar judicialmente que se haya llevado a cabo en el mercado una práctica empresarial anticompetitiva (es éste por ejemplo el supuesto de las infracciones más graves, como por ejemplo los carteles secretos)<sup>1660</sup>. Otro problema afecta a la demostración que la práctica empresarial realizada posea un carácter ilícito desde el punto de vista del Derecho de la competencia (es éste por ejemplo el supuesto de las conductas unilaterales)<sup>1661</sup>. Un tercer tipo de problema concierne a la demostración que la práctica anticompetitiva realizada por las empresas demandadas haya causado un perjuicio *antitrust* y cuál sea la entidad del mismo. Tales problemas probatorios emergen tanto en los juicios de seguimiento, como en aquéllos autónomos.

En efecto, en la mayoría de los supuestos existe una asimetría de información entre empresas infractoras y víctimas de ilícitos *antitrust*, en cuanto la información necesaria para demostrar en juicio su realización y los demás elementos de la responsabilidad aquiliana que desciende de los mismos, no se halla en la disponibilidad material de los sujetos perjudicados, sino más bien se encuentra en aquélla de las mismas empresas infractoras o de las Autoridades de la competencia, en el caso de que los *enforcers* públicos se hayan anteriormente pronunciado sobre el carácter anticompetitivo de la práctica empresarial de que se trate en el marco de un procedimiento administrativo-sancionador<sup>1662</sup>.

---

<sup>1660</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.6.1.

<sup>1661</sup> *Ibidem*.

<sup>1662</sup> *Vid. supra sub* §.IV.6.1 y §.IV.7.3. En particular, si tomamos en consideración los carteles secretos, podemos observar que tales ilícitos se llevan a cabo clandestinamente, en cuanto las reuniones entre las empresas infractoras se desarrollan en secreto y los contactos entre las mismas se reducen al mínimo. Por lo tanto, es muy difícil que los sujetos perjudicados entren autónomamente en conocimiento de esta información. Las Autoridades de la competencia, si bien en el ejercicio del poder de inspección posean mayores posibilidades de descubrimiento de este ilícito concurrencial, suelen normalmente desvelar documentos que poseen un carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resultará necesario reconstruir algunos detalles por deducción. Esta situación ha conducido la jurisprudencia comunitaria a afirmar que: “[...] las actividades contrarias a la competencia se llevan a cabo de manera clandestina y, en consecuencia, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia”. STG de 30 de noviembre de 2011, [Quinn Barlo Ltd, Quinn Plastics NV y Quinn Plastics GmbH contra Comisión Europea](#), T-208/06, RJ 2011/II/7953, ap. 46. Véase también STJ de 7 de enero de 2004, [Aalborg Portland A/S \(C-204/00 P\)](#), [Irish Cement Ltd \(C-205/00 P\)](#), [Ciments français](#)

La Directiva 2014/104/UE introduce una articulada serie de medidas con el fin de gestionar tales problemas probatorios, compatibilizando al mismo tiempo el conjunto de previsiones normativas en materia de exhibición documental con la salvaguardia de la efectividad de la acción de *public antitrust enforcement*. En efecto, en vía preliminar cabe poner de relieve que el legislador comunitario ha abogado por la predisposición de una *black list* de documentos que bajo ninguna circunstancia pueden ser accesibles para los sujetos perjudicados que hayan interpuesto una demanda indemnizatoria ante un juez nacional. La salvaguardia de la efectividad de las principales herramientas de aplicación pública del Derecho de la competencia ha llevado al legislador comunitario a abogar por una protección absoluta de los *corporate statements* formados en el marco de la participación de los *co-cartelists* a un programa de clemencia. Viceversa, resulta más discutible la protección absoluta otorgada a las solicitudes de transacción<sup>1663</sup>.

Siempre en vía preliminar, además, cabe evidenciar que a la luz de la más reciente jurisprudencia de los Tribunales de la UE en materia de acceso a los documentos recibidos o formados ante las Instituciones comunitarias –con especial referencia a los documentos contenidos en un expediente de la Comisión Europea relativo a un procedimiento de naturaleza *antitrust*– el Reglamento Transparencia ha perdido gran parte de su eficacia, en cuanto su alcance de operatividad ha quedado muy circunscrito y, por lo tanto, ya no puede ser utilizado como herramienta de acceso preferente a los expedientes de la Comisión Europea por parte de los sujetos perjudicados que quieran entablar un juicio indemnizatorio de seguimiento. En efecto, como ya hemos tenido forma de señalar<sup>1664</sup>, el TJUE ha establecido que en línea de principio la Comisión Europea puede presumir, *iuris tantum*, que la exhibición de los documentos contenidos en un expediente relativo a un asunto de carácter *antitrust*, sea susceptible de perjudicar los intereses comerciales de las empresas (que estuvieron) involucradas en el procedimiento administrativo y mermar la eficacia de las inspecciones y la protección de sus resultados, con grave perjuicio para la actividad de *public antitrust enforcement*<sup>1665</sup>.

El legislador comunitario ha tomado una específica posición respecto de la relación existente entre el Reglamento Transparencia y la Directiva 2014/104/UE. En particular, arrancando de la consideración de que el

---

SA (C-211/00 P), Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P) y Cementir - Cementeerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) contra Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, RJ 2004/I/123, ap. 57.

<sup>1663</sup> Cfr. *infra sub* §.V.2.1.1.a y §.V.2.1.1.b.

<sup>1664</sup> *Vid. supra sub* §.V.1.5.2 y §.V.1.5.2.a.

<sup>1665</sup> STJ de 27 de febrero de 2014, Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG, *cit.*, aps. 60 y sigs.

Reglamento CE 1049/2001 confiere un amplio derecho de acceso –aunque resulte concretamente sujeto a una serie de limitaciones fundadas en razones de interés público o privado (artículo 4)– ha afirmado que “La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de esas normas y prácticas en virtud del Reglamento (CE) n° 1049/2001”<sup>1666</sup>.

Por lo que concierne al análisis de las medidas concretamente introducidas por el legislador comunitario para facilitar el acceso a las pruebas, cabe antes de todo poner de relieve que en la Directiva 2014/104/UE se ha mantenido la originaria impostación de la Propuesta de Directiva formulada por la Comisión Europea. Dicha propuesta, en efecto, preveía un sistema dirigido a garantizar la consecución de un nivel mínimo de divulgación probatoria *inter partes* de carácter exclusivamente endoprosesal, en que a los jueces nacionales, bajo determinadas condiciones, se les reconocía la facultad de ordenar a las partes procesales, a terceros, o a las Autoridades de la competencia, la divulgación de las pruebas pertinentes solicitadas por una de las partes procesales<sup>1667</sup>. La circunstancia de que el legislador comunitario haya definitivamente abogado por este sistema hace que los mecanismos de *disclosure inter partes* estén siempre gobernados por el control preventivo de los órganos jurisdiccionales nacionales. En efecto, en virtud del mecanismo introducido por la Directiva 2014/104/UE, los jueces nacionales tendrán siempre que realizar un control de naturaleza preventiva sobre las instancias formuladas por la parte procesal que solicita en juicio la divulgación probatoria. De esto descende que la obligación de la parte que resultaría destinataria de la orden de exhibición, consistente en permitir el acceso a las pruebas que se encuentran únicamente bajo su control, surge sólo en el caso de que el juez considere que se “haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción por daños”<sup>1668</sup>.

El mecanismo de facilitación probatoria introducido por el legislador comunitario, por lo tanto, representa el resultado de una ponderación de intereses contrapuestos –el interés a la divulgación de las pruebas relevantes, perseguido por los demandantes, y el interés a no divulgar la información que rodea el ilícito concurrencial, perseguido por los demandados– que se fundamenta sobre la evaluación de diferentes aspectos, entre los cuales podemos evidenciar, la gestión del problema de los costes relacionados con la búsqueda y divulgación de la información relevante en el juicio resarcitorio, la salvaguardia del carácter confidencial de la información poseída exclusivamente por la parte a la que se solicita la *disclosure*, el riesgo de realización de conductas abusivas por

---

<sup>1666</sup> Considerando 20° de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*

<sup>1667</sup> La Directiva no afecta a la posibilidad de que la normativa nacional permita impugnar las ordenes de exhibición, ni a las condiciones de la misma. Considerando 19° de la Directiva 2014/104/UE.

<sup>1668</sup> Artículo 5, apartado 1, Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*

parte de los solicitantes, el riesgo de una sobreexposición al ejercicio de acciones resarcitorias o de otro tipo para las empresas destinatarias de la orden judicial de exhibición, etc.

Al respecto entendemos que este mecanismo de *disclosure inter partes* proporciona adecuados correctivos para casi todos los aspectos problemáticos que acabamos de mencionar. En primer lugar, el hecho de que el *fact pleading inter partes* pueda practicarse sólo *lite pendente* evita la formulación de genéricas solicitudes de exhibición, en cuanto las mismas terminarían siendo desestimadas por el juez. En segundo lugar, el mecanismo previsto por el legislador comunitario evita la realización de conductas abusivas, como por ejemplo las prácticas de *fishing expeditions*<sup>1669</sup>, que los competidores podrían utilizar para obtener información confidencial o información relativa a otras tipologías de ilícito (con respecto a la cual no se disponía de algún elemento probatorio), para así delatarla ante una Autoridad de la competencia o interponer en su contra otras demandas judiciales. En tercer y último lugar, el hecho de que se haya previsto que las solicitudes de exhibición sólo serán admitidas si cumplen los requisitos de proporcionalidad, necesidad y pertinencia –y si no existen otras vías razonables para acceder a la información solicitada– hace que el mecanismo de *disclosure* previsto por la Directiva 2014/104/UE facilite el acceso a la información relevante, otorgando a los demandantes una poderosa herramienta procesal para fundamentar sus pretensiones e incrementar las posibilidades de obtener la compensación de los daños y perjuicios reclamados, y permita salvaguardar los intereses de las empresas demandadas. Las empresas destinatarias de una orden de exhibición, en efecto, no tendrán que enfrentarse con costes de divulgación desproporcionados e innecesarios respecto de la información relacionada con las pretensiones resarcitorias puestas a fundamento de la demanda judicial que ha dado origen al litigio y, además, podrán contar con una protección más eficaz con respecto a la confidencialidad de la información que tienen que proporcionar –si bien cabe añadir que el legislador comunitario ha predispuesto otras y más intensas formas de garantías de la información formada en el marco de un programa de clemencia o contenida en una solución extrajudicial (artículo 6 de la Directiva 2014/104/UE)–.

Del análisis del funcionamiento del mecanismo de *disclosure inter partes*, se desprende que una de sus principales características consiste en el previo control jurisdiccional de la motivación que acompaña la solicitud de exhibición formulada por una de las partes del juicio resarcitorio –este aspecto representa también uno de los rasgos que distinguen el mecanismo introducido por el legislador comunitario respecto a aquéllo existente en el sistema norteamericano<sup>1670</sup>–. En particular, el artículo 5, apartados 1<sup>1671</sup> y 2, de la

---

<sup>1669</sup> *Vid.* Considerando 23º de la Directiva 2014/104/UE.

<sup>1670</sup> *Cfr. supra sub* §.IV.2.5.

Directiva 2014/104/UE, establece que las partes tienen el *onus* de presentar una motivación razonada que contenga aquellos hechos y medios de pruebas a los que los solicitantes tengan acceso razonablemente y sean suficientes para justificar la viabilidad de la acción indemnizatoria ejercitada. En efecto, el juez sólo puede ordenar la exhibición de pruebas o categorías de pruebas específicas si la correspondiente solicitud resulta pertinente, necesaria y proporcionada<sup>1672</sup> – así, por ejemplo, en el caso de que la solicitud haya sido formulada por el demandante, es éste la parte procesal que tiene que demostrar la verosimilitud de los daños sufridos sobre la base de los datos que estén razonablemente a su disposición–.

Por lo que se refiere a los requisitos que los solicitantes deben satisfacer para que el juez nacional pueda adoptar una orden de exhibición, debemos constatar un cambio de impostación respecto del sistema planteado por la Comisión Europea en el Libro Blanco. En efecto, el mecanismo previsto por el Libro Blanco requería que los solicitantes de la medida de *disclosure* satisficieran cuatro condiciones, entre las cuales figuraba el respeto del principio de proporcionalidad (aparejado con la pertinencia y la necesidad de la divulgación probatoria solicitada)<sup>1673</sup>. En cambio, el legislador comunitario, ha convertido algunas de estas condiciones en índices de la proporcionalidad de las solicitudes de exhibición, estableciendo en el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2014/104/UE que los órganos jurisdiccionales nacionales, a la hora de pronunciarse sobre la proporcionalidad de la medida requerida, deberán *inter alia* tener en consideración: “a) la medida en que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas; b) el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas, especialmente para cualquier tercero afectado, también para evitar las búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento; c) si las pruebas cuya exhibición se pide incluyen

---

<sup>1671</sup> Cabe además observar que la Directiva relativa a las *antitrust damages actions* establece que cuando el juez nacional solicita a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro la obtención de tales pruebas o cuando las mismas deben obtenerse directamente en otro Estado miembro, han de ser aplicadas las previsiones normativas del Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, DOCE L 174/1 de 27 de junio de 2001.

<sup>1672</sup> Al respecto el Considerando 16° de la Directiva 2014/104/UE afirma que: “[...] Cuando una solicitud de exhibición esté destinada a obtener una categoría de pruebas, la misma debe quedar identificada mediante rasgos comunes de sus elementos constitutivos, como la naturaleza, objeto o contenido de los documentos cuya exhibición se pide, el momento en que hayan sido redactados, u otros criterios, siempre y cuando las pruebas que pertenezcan a esa categoría sean pertinentes a tenor de lo dispuesto en la presente Directiva. Esas categorías deben definirse de la manera más precisa y concreta posible sobre la base de los hechos razonablemente disponibles”.

<sup>1673</sup> Cfr. *supra* sub §.IV.7.3.

información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial”.

La confidencialidad de la información solicitada constituye otro aspecto que el legislador comunitario ha tenido en gran consideración a la hora de introducir el mecanismo de *disclosure inter partes*. Como ya hemos tenido forma de señalar, las medidas previstas por la Directiva relativa a las *antitrust damages actions* en orden al acceso a las pruebas, constituyen el producto de una ponderación de contrapuestos intereses y tratan de buscar un equilibrio entre los mismos. Por esto se ha considerado necesario, tanto de forma general como específica, introducir algunas limitaciones a la exhibición de la información confidencial, de manera que la divulgación de la misma pueda realizarse de forma adecuada. En primer lugar, por lo que concierne a las medidas de carácter general, el artículo 5, apartado 4, de la Directiva 2014/104/UE prevé que los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando lo estimen necesario<sup>1674</sup>, puedan acudir a una serie de medidas para proteger la confidencialidad de los datos que revisten este carácter. El Considerando 18º de la antecitada Directiva, en particular, establece que estas medidas incluyen: “[...] la posibilidad de disociar los pasajes sensibles en los documentos, realizar audiencias a puerta cerrada, restringir el círculo de personas a las que se permite examinar las pruebas, y encargar a expertos la producción de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial. Las medidas de protección de los secretos comerciales y demás información confidencial no deben impedir en la práctica el ejercicio del derecho a resarcimiento”. Otras medidas de carácter general que consideramos oportuno mencionar resultan aquella del *legal privilege*<sup>1675</sup> (artículo 5, apartado 6, de la Directiva 2014/104/UE) y la posibilidad de que los sujetos destinatarios de una solicitud de exhibición de pruebas sean oídos antes de que el juez nacional concretamente ordene la divulgación probatoria (artículo 5, apartado 7, de la Directiva 2014/104/UE).

Por lo que concierne a las medidas específicamente introducida para salvaguardar la confidencialidad de la información que podría ser objeto de una solicitud de exhibición y de la consiguiente orden judicial, el legislador comunitario ha expresamente excluido algunas tipologías de documentos del ámbito de aplicación de la *disclosure inter partes*, introduciéndolos en la *black list* prevista por el artículo 6 de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*<sup>1676</sup>. Se trata, en particular, de los documentos formados en el marco de la participación de un *co-*

---

<sup>1674</sup> Al respecto el artículo 5, apartado 5, de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions* expresamente excluye el interés de las empresas infractoras en evitar acciones de indemnización por daños y perjuicios a raíz de la realización de un ilícito concurrencial, como posible justificación de la confidencialidad de la información objeto de una orden de exhibición.

<sup>1675</sup> Cfr. *supra* sub §.IV.7.3.

<sup>1676</sup> *Id. infra* sub §.V.2.1.1.a) y §.V.2.1.1.b).

*cartelist* a un programa de clemencia y de las solicitudes de transacción (artículo 6, apartado 6, de la Directiva 2014/104/UE).

El legislador comunitario ha también introducido una serie de medidas para coordinar el mecanismo de *disclosure inter partes* con la actividad de *public antitrust enforcement* realizada por las Autoridades de la competencia. En dichos supuestos, las solicitudes de divulgación están sujetas a un control judicial análogo al control que los órganos jurisdiccionales nacionales han de llevar a cabo en los supuestos en que el mecanismo de *disclosure* afecte a la información poseída por las empresas infractoras o los terceros que no sean Autoridades de la competencia. En particular, se ha previsto que las solicitudes de exhibición tienen que ser pertinentes<sup>1677</sup> y proporcionadas<sup>1678</sup>.

Más en detalle, la Directiva 2014/104/UE ha previsto los tres siguientes catálogos de documentos<sup>1679</sup>: *i*) una *black list*, que incluye los documentos que bajo ninguna circunstancia pueden ser objeto de una orden judicial de exhibición (artículo 6, apartado 6, de la Directiva 2014/104/UE); *ii*) una *grey list*, que incluye los documentos que pueden ser objeto de una orden judicial de exhibición solo cuando la Autoridad de la competencia haya cerrado su procedimiento administrativo<sup>1680</sup> (artículo 6, apartado 5, de la Directiva 2014/104/UE); *iii*) una

---

<sup>1677</sup> El Considerando 29° de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, prevé con carácter general que: “Debe ordenarse a una autoridad de la competencia la exhibición de pruebas solo cuando no se puedan obtener razonablemente de otra parte o de un tercero”.

<sup>1678</sup> Por lo que concierne a la evaluación de la proporcionalidad de la solicitud de exhibición, el artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2014/104/UE, establece que la misma ha de ser evaluada teniendo en cuenta: “a) si la solicitud ha sido formulada específicamente con arreglo a la naturaleza, el objeto o el contenido de los documentos presentados a una autoridad de la competencia o conservados en los archivos de dicha autoridad, en lugar de mediante una solicitud no específica relativa a documentos facilitados a una autoridad de la competencia; b) si la parte que solicita la exhibición lo hace en relación con una acción por daños ante un órgano jurisdiccional nacional, y c) en relación con los apartados 5 y 10, o a petición de una autoridad de la competencia con arreglo al apartado 11, la necesidad de preservar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia”.

<sup>1679</sup> BENTLEY y HENRY (2014, 276-277).

<sup>1680</sup> Al respecto, cabe evidenciar que el Considerando 25° de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions* afirma que: “Debe realizarse una excepción por lo que se refiere a aquellas exhibiciones que, de ordenarse, interferirían indebidamente con una investigación en curso efectuada por una autoridad de la competencia en relación con una infracción del Derecho de la competencia de la Unión o nacional. La información que haya sido preparada por una autoridad de la competencia en el curso de su procedimiento de aplicación del Derecho de la competencia de la Unión o nacional y remitida a las partes en dicho procedimiento (como, por ejemplo, un pliego de cargos) o preparada por una de sus partes (tales como las respuestas a los requerimientos de

*white list*, que incluye los documentos cuya divulgación puede ser ordenada en todo momento, como por ejemplo la información preexistente a la celebración del procedimiento administrativo ante una Autoridad de la competencia (artículo 6, apartado 9, de la Directiva 2014/104/UE).

El conjunto de medidas en materia de acceso a las pruebas en los juicios de indemnización relativos a los *antitrust damages* se cierra con las previsiones del artículo 8 de la Directiva 2014/104/UE que, manteniendo el cuadro de la originaria propuesta planteada por la Comisión Europea, se refieren a las sanciones que los jueces nacionales pueden imponer cuando las partes, terceros o sus representantes legales realizan determinadas acciones que inciden negativamente sobre las pruebas relevantes para el juicio resarcitorio de que se trate. En particular, se prevé en favor de los órganos jurisdiccionales nacionales la facultad de imponer medidas sancionatorias contra las partes procesales o los sujetos que realicen las siguientes conductas: *i)* incumplan o se nieguen a cumplir un requerimiento de exhibición de pruebas emitido por cualquier órgano jurisdiccional nacional; *ii)* destruyan pruebas pertinentes; *iii)* incumplan o se nieguen a cumplir las obligaciones impuestas por una resolución de un juez nacional destinada a proteger información confidencial; *iv)* incumplan los límites sobre el uso de pruebas previstos por las disposiciones de la Directiva 2014/104/UE.

Por lo que concierne a las características y a la tipología de sanciones que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la facultad de imponer en los supuestos indicados por la Directiva 2014/104/UE, el legislador comunitario ha impuesto a los Estados miembros, por un lado, la obligación de asegurarse que las medidas sancionatorias sean efectivas, proporcionadas y disuasorias y, por el otro, ha establecido que se proporcione a los jueces nacionales un amplio *range* de sanciones, entre las cuales por ejemplo pueden incluirse la “posibilidad de extraer conclusiones adversas, tales como presumir que la cuestión relevante ha quedado acreditada o desestimar reclamaciones y alegaciones total o parcialmente, y la posibilidad de condenar en costas”<sup>1681</sup>.

Por lo que respecta al impacto de este mecanismo de *disclosure inter partes* en el ordenamiento jurídico español, consideramos que las previsiones del artículo 328, apartado 3, de la LEC (en su versión actual, así como enmendada por el

---

información de la autoridad de la competencia o las declaraciones de testigos), solo debe poder ser divulgada en los procesos por daños y perjuicios una vez que la autoridad de la competencia haya cerrado su propio procedimiento, por ejemplo mediante la adopción de una resolución en virtud del artículo 5 o del capítulo III del Reglamento (CE) n° 1/2003, a excepción de las resoluciones sobre medidas cautelares” (subrayado añadido).

<sup>1681</sup> Artículo 8, ap. 2, *in fine*, Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.* La introducción de esta tipología de sanciones ya había sido planteada por la Comisión Europea en el ámbito del Libro Blanco. Libro Blanco, *cit.*, págs. 4-5.



artículo 1, apartado 8, de la Ley 19/2006), no sean suficientes para cumplir con los objetivos de la Directiva 2014/104/UE, si bien el mecanismo de divulgación previsto por este artículo sea aquéllo que la Directiva 2004/48/CE prevé para los juicios ocasionados por el incumplimiento de la normativa sobre propiedad intelectual e industrial, al que se ha inspirado tanto la Comisión Europea, como el legislador comunitario. En efecto, uno de los *stakeholders* españoles<sup>1682</sup> que participaron a la consulta pública sobre el Libro Blanco, puso de manifiesto que los distintos ámbitos materiales de los dos cuerpos normativos (Derecho *antitrust* y Derecho de la propiedad intelectual e industrial) impiden la aplicación analógica del mecanismo de *disclosure*. De esta situación descende también otro tipo de limitación, constituida por el hecho de que las leyes que limitan los derechos de las personas no pueden aplicarse a supuestos distintos de aquellos expresamente previstos por el legislador.

Cabe además tomar en consideración la circunstancia de que el mecanismo de *disclosure inter partes* expresamente previsto por el legislador comunitario, es muy articulado y se caracteriza por la introducción de medidas de protección de los demás intereses en juego (cuales por ejemplo la confidencialidad de la información que constituye un secreto comercial o industrial y la necesidad de salvaguardar la eficacia del *public antitrust enforcement*). Si es cierto que en el ordenamiento jurídico español ya existen algunas previsiones normativas susceptibles de satisfacer algunas de las exigencias que acabamos de mencionar<sup>1683</sup>, sin embargo creemos que sea necesario proceder a una modificación del régimen nacional aplicable a estos aspectos del remedio indemnizatorio, también en la óptica de lograr una mejor coordinación entre la aplicación pública y aquella privada del Derecho de la competencia.

#### **a) Divulgación de los medios de prueba y programas de clemencia**

La solución que la Directiva 2014/104/UE brinda con respecto al difícil problema de la relación entre acciones de indemnización por daños y perjuicios y programas de clemencia se caracteriza por favorecer de manera absoluta la tutela de la eficiencia de la herramienta de *public antitrust enforcement*. La solución escogida por el legislador comunitario corresponde a la medida ya contemplada en la *preferred option* del *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva<sup>1684</sup>, en que se había abogado en favor de la protección absoluta de los *corporate*

---

<sup>1682</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 9.

<sup>1683</sup> Cfr. artículos 15-*bis* y 329, apartado 1, de la LEC. Del todo inadecuados, en cambio, aparecen los artículos 256, 297 y 328 de la LEC, con estos últimos dos artículos que, en particular, solo se refieren a las meras solicitudes de pruebas entre las partes procesales.

<sup>1684</sup> *Impact Assessment* preliminar a la Propuesta de Directiva, *cit.*, ap. 85, pág. 33.

*statements*<sup>1685</sup>, lo que significa que la información contenidas en tales documentos no puede divulgarse ni durante la pendencia de un procedimiento administrativo ante una Autoridad de la Competencia, ni después de su finalización.

La solución escogida por el legislador comunitario, como establece el artículo 6, apartado 6, letra *a*), de la Directiva 2014/104/UE, consiste en la imposición a cargo de los Estados miembros de la obligación de velar por que, con respecto a las *antitrust damages actions*, los jueces nacionales no puedan en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de las declaraciones realizadas en el marco de un programa de clemencia. La misma forma de garantía, además, se establece también con respecto a los supuestos en que este tipo de información haya sido obtenida mediante el acceso al expediente formado ante una Autoridad de la competencia. Al respecto el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2014/104/UE prevé expresamente que dicha información no puede ser admitida en los juicios resarcitorios y, en todo caso, que la misma ha de ser protegida por la normativa nacional.

La *ratio* que informa la introducción de esta medida se halla expresamente contemplada en las afirmaciones del Preámbulo de la Directiva 2014/104/UE, en que se pone de relieve que los *leniency programs* constituyen una de las principales herramientas de *public antitrust enforcement* para la lucha a la infracción más grave del Derecho de la competencia, es decir los carteles secretos. En efecto, si se concediera a los jueces nacionales el poder de ordenar a las Autoridades de la competencia la exhibición de las declaraciones presentadas por las empresas infractoras en el marco de un programa de clemencia, tales empresas estarían desincentivadas a cooperar con los *antitrust enforcers* en cuanto, ante la posible interposición de una demanda resarcitoria, terminarían por quedar en condiciones peores de aquéllas de los coinfractores que no hayan participado al programa de clemencia<sup>1686</sup>.

Con esta solución, que ya había sido criticadas por la doctrina –que al respecto había señalado que la misma terminaría por incidir de manera excesivamente negativa sobre uno de los aspectos más importantes del proceso de facilitación y desarrollo de las *antitrust damages actions*, es decir la búsqueda de la prueba del daño por parte de los sujetos perjudicados por la realización de carteles secretos<sup>1687</sup> – el legislador comunitario ha puesto fin a la situación de

---

<sup>1685</sup> La protección absoluta, además, abarca también a “[...] las citas literales de una declaración en el marco de un programa de clemencia o de una solicitud de transacción que figuren en otros documentos”. Considerando 26° de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*

<sup>1686</sup> *Ibidem.*

<sup>1687</sup> BOSCHETTI (2013, págs. 29 y sigs.) y NASCIBENE (2013, págs. 274 y sigs.). *Contra, ex multis*, TODINO y BOTTI (2013, págs. 85 y sigs.), que han puesto de relieve que una diferente solución, favorable a la potenciación del *private antitrust enforcement* también con

incertidumbre que había surgido tras la decisión del TJUE sobre el asunto *Pfleiderer*, posteriormente confirmada en el ámbito del asunto *Donau Chemie*<sup>1688</sup>.

La doctrina jurisprudencial sentada con estos pronunciamientos, en particular, había abierto a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales evaluaran las solicitudes de acceso de los terceros a la información contenida en el expediente administrativo de una Autoridad de la competencia también con respecto a los *corporate statements* formados en ocasión de la participación en un programa de clemencia. El legislador comunitario ha abogado por una solución más *tranchant*, otorgando prevalencia absoluta al interés público a la preservación de la eficacia de los *leniency programs*. Al respecto cabe recordar que el TJUE había reconocido que en ausencia de una normativa comunitaria, y en virtud del principio de eficacia directa del artículo 101 del TFUE, pertenecía a los Estados miembros la tarea de establecer las previsiones normativas de Derecho interno aplicables al acceso de los terceros a los *leniency materials*<sup>1689</sup>. Desde el punto de vista aplicativo, en particular, el TJUE había afirmado que en virtud del principio de autonomía procesal<sup>1690</sup> los jueces nacionales, con arreglo a su Derecho interno, habrían tenido que establecer en concreto las condiciones bajo las cuales fuese posible autorizar, o en su caso denegar, el acceso, ponderando a través de un específico *balancing test* los contrapuestos intereses del acceso de los terceros a la información formada en el ámbito de un programa de clemencia y de la tutela de la confidencialidad de esta información, puesto que ambos intereses habrían resultado simultáneamente afectados por este tipo de decisión<sup>1691</sup>.

---

respecto a la información confidencial contenida en las declaraciones que las empresas infractoras habían presentado en el marco de un programa de clemencia, habría acarreado consecuencias dañinas en términos de detección de los ilícitos concurrenciales más graves. Esta situación, a su vez, habría terminado por incidir negativamente sobre la tutela de los derechos subjetivos de las víctimas de ilícitos concurrenciales, en cuanto habría conducido al descubrimiento de un menor número de *hardcore infringements*. Abogar por una solución diferente habría, en última instancia, obstaculizado la interposición de las *follow-on actions*, que constituyen la vía preferente para obtener la compensación del daño *antitrust* en los supuestos en que resulta muy difícil detectar, en primera instancia, la existencia de un ilícito concurrencial y con respecto a los cuales los sujetos perjudicados podrían no percibir de inmediato (o nunca) el hecho de haber sufrido un perjuicio *antitrust* (normalmente en términos de sobrecoste pagado por adquirir los bienes y servicios objeto del cártel).

<sup>1688</sup> Cfr. *supra sub* §.V.1.5.1 En este sentido se han expresado también BENTLEY y HENRY (2014, pág. 272).

<sup>1689</sup> STJ de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, *cit.*, ap. 29.

<sup>1690</sup> HANSEN *et al.* (2012, pág. 15).

<sup>1691</sup> STJ de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, *cit.*, *in fine*. RIZZUTO (2011, pág. 124); CAUFMANN (2012, pág. 606).

Sin embargo, la ausencia de criterios ciertos para la realización del *test* de ponderación de los antecitados intereses, había ya dado lugar en la praxis aplicativa de los jueces nacionales a la adopción de soluciones contrastantes<sup>1692</sup>. Esta situación, que en un primer momento había generado un estado de incertidumbre tanto para las víctimas de ilícitos concurrenciales, como para las empresas infractoras, a largo plazo, con la consolidación de las posiciones jurisprudenciales nacionales, habría podido conducir a un incremento del recurso a la práctica de *forum shopping* y, al mismo tiempo, habría afectado negativamente a los *leniency programs* de las ANC de aquellos Países en que la jurisprudencia nacional hubiese asumido una posición más favorable al derecho de acceso de los sujetos perjudicados.

Por lo tanto, podemos afirmar que la solución normativa que el legislador comunitario ha brindado sobre este aspecto del *private antitrust enforcement*, representa también una forma de solucionar los problemas de orden sistemático relacionados con la doctrina jurisprudencial del TJUE. En efecto, además del problema de la frustración de los incentivos a participar en los programas nacionales de clemencia, alimentar diferencias entre los diferentes Estados miembros de la UE se habría puesto en abierto contraste con el objetivo originario del proceso de desarrollo del *private antitrust enforcement*, constituido por la facilitación del ejercicio de las *antitrust damages actions* en todo el contexto europeo. Dichas diferencias, fomentando el recurso a la práctica de *forum shopping* y provocando incertidumbre acerca de las condiciones bajo las cuales las partes perjudicadas pueden ejercer el derecho al resarcimiento que les confiere el TFUE, habrían en última instancia terminado por constituir un obstáculo a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en el mercado interior. Esta situación, en definitiva, habría favorecido algunos Países a expensas de otros, pese a las recaídas prácticas de los resultados logrados por el proceso de armonización de la responsabilidad aquiliana por incumplimiento del Derecho de la competencia sobre el ejercicio del derecho de establecimiento por parte de las empresas que actúan en el mercado interior.

---

<sup>1692</sup> Al respecto, por ejemplo, podemos tomar en consideración algunas decisiones asumidas por los jueces alemanes, austríacos y británicos. En Alemania (Orden del *Amtsgericht Bonn* de 18 de enero de 2012, *Pfleiderer II*, 51 Gs 53/09, *cit.*) y Austria (Sentencia del *Oberlandesgericht Düsseldorf* de 22 de agosto de 2012, V-4 Kart 5 + 6/11 (OWi), *cit.*) los jueces nacionales habían denegado el acceso a los *corporate statements* formados en ocasión de la participación de algunos *co-cartelists* al correspondiente programa de clemencia nacional. En el Reino Unido la *England and Wales High Court* (*National Grid Electricity Transmission Plc v. ABB Ltd*, [2012] EWHC 869, *cit.*), ponderando la relevancia de los *leniency materials* para los solicitantes y la dificultad que habrían encontrado para acudir a otras fuentes para obtener el mismo tipo de información, había acordado el acceso solicitado por los demandantes.

Por lo que concierne a la situación del ordenamiento español con respecto a la interrelación entre *leniency programs* y *antitrust damages actions*, cabe antes de todo recordar que los *stakeholders* españoles que participaron a las consultas públicas realizadas por la Comisión Europea se demostraron por lo general favorables a la protección de los documentos formados en el marco de un programa de clemencia<sup>1693</sup> (Opción 28 del Libro Verde<sup>1694</sup> y propuesta contemplada en el Libro Blanco<sup>1695</sup>). En particular, desde el punto de vista de las recaídas aplicativas de la implementación de la medida de la protección absoluta de los *corporate statements*, uno de estos *stakeholders*<sup>1696</sup> observó que no resultaba necesario proceder a alguna modificación normativa, puesto que con la entrada en vigor de la Disposición adicional segunda de la LDC de 2007, se había introducido en la LEC un nuevo artículo 15-*bis*, apartado 2, que establecía que: “La aportación de información (requerida por los Tribunales en procesos que impliquen la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE y 1 y 2 de la LDC, como establecido en el apartado 1) no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia”.

#### **b) Divulgación de los medios de prueba y formas de resolución consensual de los litigios de naturaleza *antitrust***

Por lo que concierne a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de las solicitudes de transacción, el legislador comunitario brinda la misma solución adoptada con respecto a las declaraciones formadas en el marco de un programa de clemencia (artículo 6, apartado, 6, letra *b*), y artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2014/104/UE). En particular, la protección absoluta de la confidencialidad de la información contenida en las solicitudes de transacción ya había sido planteada en la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*<sup>1697</sup> y encuentra su justificación en la voluntad de incentivar la solución de los conflictos de naturaleza *antitrust* por medio de la vía de la resolución consensual. El legislador comunitario, en efecto, considera que los mecanismos de resolución consensual de conflictos constituyan otra pieza fundamental del *private antitrust enforcement* en cuanto concurren, junto con la herramienta procesal de la acción de indemnización por daños y perjuicios *antitrust*, a garantizar que los

---

<sup>1693</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.7.9.1.

<sup>1694</sup> *Vid. supra sub* §.IV.6.7.

<sup>1695</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.7.9.

<sup>1696</sup> Comentarios CNC, *cit.*, pág. 12.

<sup>1697</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 23.

sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial obtengan la plena indemnización del daño padecido<sup>1698</sup>.

Al respecto cabe observar que a diferencia de lo establecido en el artículo 18 de la Directiva 2014/104/UE, que al tratar del efecto suspensivo de la solución extrajudicial de controversias hace referencia a “cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias”, el artículo 6, apartado 6, letra *b*), de la misma Directiva sólo menciona las solicitudes de transacción. Interpretando la disposición normativa contenida en el artículo 18 a la luz del Considerando 37º de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, resulta posible abarcar bajo la categoría de la resolución consensual de los litigios de naturaleza *antitrust* tanto los acuerdos extrajudiciales, como el arbitraje y la mediación. Ahora bien, puesto que el legislador comunitario se propone la finalidad de incentivar en línea general la solución extrajudicial de estas controversias, entendemos que no cabe interpretar de forma restrictiva la previsión normativa contemplada en el artículo 6, apartado 6, letra *b*), de la Directiva 2014/104/UE, sacando el arbitraje del ámbito de aplicación de este precepto —cabe recordar que BASTIANON (2014, pág. 333) había subrayado que la inclusión del arbitraje en los mecanismos de solución consensual de los litigios de carácter *antitrust* no resultaba técnicamente correcta, en virtud de la naturaleza jurisdiccional de este mecanismo de resolución de conflictos, que constituye una forma alternativa a la jurisdicción ordinaria—.

De estas consideraciones preliminares descende que con respecto a la implementación en el ámbito del ordenamiento jurídico español de la medida de la protección absoluta de las solicitudes de transacción, nos parece oportuno analizar de forma separada la situación normativa en materia de confidencialidad existente en relación con los diferentes mecanismos que recaen, en la óptica del legislador comunitario, en la categoría de la resolución consensual de los litigios de naturaleza *antitrust*.

Por lo que concierne a la mediación no se plantean cuestiones particulares, en cuanto el legislador español, en el artículo 9, apartado 1, de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>1699</sup>, establece de forma expresa que: “El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento”<sup>1700</sup>.

---

<sup>1698</sup> Cfr. *supra sub* §.V.1.6.7.

<sup>1699</sup> Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE núm. 162 de 07 de Julio de 2012.

<sup>1700</sup> El artículo 9, apartado 2, de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, prevé algunas excepciones al deber general de confidencialidad,

Por lo que se refiere en cambio a la protección de la confidencialidad de la información formada en ocasión de la celebración de un arbitraje, en línea general<sup>1701</sup> cabe antes de todo observar que la confidencialidad se configura como una obligación impuesta sobre los árbitros y las partes, que por lo tanto no tienen que divulgar el contenido del procedimiento, incluyendo el laudo arbitral. En el sistema español la fuente de esta obligación asume naturaleza legal<sup>1702</sup>, en cuanto el deber de confidencialidad<sup>1703</sup> está expresamente previsto en el artículo 24 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje<sup>1704</sup>, en la versión actualmente vigente tras la entrada en vigor de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado<sup>1705</sup>. El artículo 24, apartado 2, de la Ley de Arbitraje, en particular, establece que: “Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”<sup>1706</sup>.

---

estableciendo que: “La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal”.

<sup>1701</sup> Por ejemplo el artículo 35, apartado 2, del Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; el artículo 30 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres; el artículo 46 del Reglamento de la *Stockholm Chamber of Commerce*.

<sup>1702</sup> BARONA VILAR (2004, pág. 910). En cambio CLAY (2001, pág. 708) entiende que la obligación de confidencialidad descienda directamente del contrato de árbitro.

<sup>1703</sup> A nivel doctrinal se suele distinguir entre la confidencialidad, que constituye un auténtico derecho subjetivo de las partes a que no se revele la información formada en ocasión de la celebración del procedimiento arbitral, y la privacidad en el arbitraje que, en cambio, se refiere exclusivamente a la posibilidad de que las partes puedan prohibir la presencia de personas ajenas al procedimiento arbitral durante la celebración del mismo. COLLINS (1995, págs. 321 y sigs.); BROWN (2001, pág. 972); RAJOO (2003, pág. 2).

<sup>1704</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

<sup>1705</sup> Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011.

<sup>1706</sup> El caso de la Ley española de arbitraje configura una de las pocas excepciones presentes en Derecho comparado, por lo que se refiere a la existencia de una regulación expresa del deber de confidencialidad. Cabe observar que el proyecto de esta Ley de Arbitraje no contenía alguna referencia a dicha obligación y, en efecto, la misma fue

Además de la existencia de esta específica previsión normativa, por lo que concierne al tratamiento de la información confidencial en los procedimientos arbitrales podemos sacar otros elementos analizando la aportación de MÜLLER (2005, pág. 228). Este autor, si bien con referencia al arbitraje internacional en materia comercial, ha puesto de relieve que en la práctica arbitral se suele reconocer un carácter confidencial a los documentos generados como medios de prueba durante el arbitraje, con la consecuencia de que los mismos sólo pueden utilizarse en el curso de ese procedimiento, salvo consentimiento de las partes o autorización expresa del tribunal arbitral. Por último cabe también tener en cuenta el hecho de que BUCHER y TSCHANZ (1988, págs. 65 y sigs.), GAILLARD (1987, págs. 153 y sigs.) y NEILL (1996, págs. 287 y sigs.) han considerado que el deber de confidencialidad se dé de forma implícita en la práctica arbitral, sobre todo en la práctica arbitral internacional, que en muchas ocasiones se enfrenta con un silencio normativo entorno a este aspecto. La consecuencia de esta situación reside en el hecho de que la obligación de confidencialidad resulta arraigada en los procedimientos arbitrales y los operadores que actúan en el sector arbitral suelen presumirla.

En el ordenamiento español, a la luz de las anteriores consideraciones y en virtud de la existencia de una específica previsión normativa acerca de la existencia de una obligación de confidencialidad de la información formada en ocasión de la celebración de un procedimiento arbitral –cuyo alcance resulta muy amplio, en cuanto involucra los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales– la implementación de la medida prevista por el legislador comunitario en el artículo 6, apartado 6, letra *b*), de la Directiva 2014/104/UE no encuentra obstáculo normativo alguno, y además su implementación podrá beneficiarse del hecho de que el deber de confidencialidad resulta particularmente arraigado en la práctica arbitral.

### **2.1.2. El efecto vinculante de las resoluciones de las ANC**

El legislador comunitario ha decidido armonizar también el aspecto concerniente a la eficacia de las resoluciones adoptadas por las ANC. En particular, el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2014/104/UE impone a los Estados miembros de la UE el deber de velar por “[...] que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 u 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia”. La Directiva 2014/104/UE,

---

introducida a través de la enmienda núm. 87 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU). MANTILLA SERRANO (2005, pág. 151); FERNÁNDEZ ROZAS (2009, 351).



por lo tanto, asigna eficacia vinculante a las resoluciones firmes de las ANC con que se haya constatado la infracción del Derecho de la competencia, en el sentido de que los jueces nacionales, en el ámbito de los juicios resarcitorios de seguimiento deberán considerar irrefutable la constatación positiva contenida en las resoluciones administrativas firmes de la ANC del mismo Estado miembro en que se halla el órgano jurisdiccional ante el cual se haya ejercitado una *antitrust damages action*. La *ratio* de esta previsión normativa resulta expresada de forma explícita en el Considerando 34º, que establece que: “[...] Con el fin de reforzar la seguridad jurídica, evitar incoherencias en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, aumentar la efectividad y la eficiencia procedimental de las acciones por daños y mejorar el funcionamiento del mercado interior para las empresas y los consumidores, la constatación de una infracción de los artículos 101 u 102 del TFUE recogida en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente no debe volver a ser objeto de litigio en posteriores acciones por daños [...]”.

Antes de todo cabe observar que, por lo que concierne al alcance territorial de esta medida, a diferencia de los planteamientos contenidos en el Libro Verde, en el Libro Blanco y, por último, en la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* en la formulación originariamente presentada por la Comisión Europea, el legislador comunitario ha abogado por la línea propuesta en la Orientación general del Consejo<sup>1707</sup>. En particular, respecto de la configuración originaria de la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea, que extendía el efecto vinculante de las decisiones de las ANC no sólo a las decisiones adoptadas por la ANC territorialmente perteneciente al mismo Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el cual se hubiese interpuesto una demanda indemnizatoria, sino también a las resoluciones administrativas de las demás ANC de la REC – opción ésta que a su vez reflejaba la medida contemplada en el Libro Blanco – el legislador comunitario ha decidido abogar por la eliminación del efecto vinculante transfronterizo. En efecto, la originaria propuesta de la Comisión Europea había dado lugar a un paradójico supuesto de *reverse discrimination*<sup>1708</sup>, en cuanto las decisiones de las ANC basadas exclusivamente sobre el Derecho interno, no gozando del régimen normativo establecido en la Directiva 2014/104/UE, habrían poseído, en los juicios resarcitorios celebrados ante los órganos jurisdiccionales nacionales, una eficacia probatoria inferior a la eficacia de las resoluciones de las ANC extranjeras con que se hubiese constatado la exclusiva infracción del Derecho comunitario de la competencia, o aquélla de la normativa de defensa de la competencia aplicada en paralelo con la normativa *antitrust* comunitaria.

---

<sup>1707</sup> Orientación general del Consejo, *cít.*, pág. 3.

<sup>1708</sup> SIRAGUSA (2014, pág. 304).

A las resoluciones adoptadas por las demás ANC de la REC, sin embargo, se les atribuye un cierto valor probatorio en relación con los juicios resarcitorios, en cuanto el artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2014/104/UE impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que “[...] que toda resolución firme contemplada en el apartado 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes”.

Por lo que respecta a las cuestiones que habían suscitado el mayor debate doctrinal en la fase de consultación pública y también después de la presentación de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* –consistentes por un lado en la individuación del estatus jurídico de las resoluciones de las ANC con respecto a los potenciales conflictos que podrían surgir con las decisiones de los jueces nacionales y, por el otro, en la determinación del alcance del efecto vinculante que habría tenido que asignarse a las mismas– la formulación del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE sólo aclara el aspecto relativo al estatus jurídico que estas resoluciones administrativas poseen en el ámbito de los juicios *follow-on*. Por consiguiente, la solución de la cuestión relativa al alcance de los efectos de las resoluciones de las ANC, sólo puede resolverse por vía hermenéutica.

En primer lugar, la previsión normativa de la Directiva 2014/104/UE establece que las resoluciones firmes de las ANC con que se constata la infracción del Derecho de la competencia<sup>1709</sup> han de ser consideradas *irrefutables* a los efectos de

---

<sup>1709</sup> Por lo que concierne a las tipologías de decisiones de las ANC que recaen bajo el ámbito de aplicación del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE, a pesar de la formulación expresa de la norma que hace exclusiva referencia a las decisiones con que se constata la infracción del Derecho *antitrust*, cabe recordar que si bien las ANC pueden decidir que no procede su intervención con respecto a la aplicación de los artículos 101 u 102 del TFUE –aún cuando tales normas se aplican de forma paralela con la normativa interna de defensa de la competencia o cuando únicamente se hayan aplicado las normas *antitrust* de Derecho interno– pero, conformemente al principio de autonomía procedimental, pueden adoptar resoluciones que declaran que una determinada práctica empresarial no restringe la competencia. Estas últimas decisiones no habrían podido recaer bajo el ámbito de aplicación del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE, en virtud del hecho de que el artículo 5 del Reglamento CE 1/2003 no se extiende a las *negative clearance*, pese al carácter exhaustivo de su catálogo y a la competencia exclusiva de la Comisión Europea por lo que se refiere a las decisiones de inaplicabilidad de los artículos 101 y 102 del TFUE. En este sentido véase STJ de 3 de mayo de 2011, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów contra Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA, *cit.*, ap. 30. Además, como ha subrayado SIRAGUSA (2014, pág. 304) con respecto a la previsión del artículo 16 del Reglamento CE 1/2003 –que como anteriormente ilustrado (cfr. supra sub §.IV.7.4) concierne a la eficacia vinculante de las decisiones de la

una acción indemnizatoria por daños *antitrust* ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional. Las decisiones de las ANC, en efecto, no poseen eficacia de *res iudicata* en sentido técnico<sup>1710</sup>, y es por eso que el legislador comunitario se ha limitado a asignarles un carácter de irreversibilidad (*Finality* o *Bestandskraft*) cuando se hayan agotado, sin éxito favorable para las empresas infractoras, las vías jurisdiccionales disponibles. Por lo tanto, para establecer si las decisiones de las ANC poseen este carácter cuando las mismas se invocan ante los órganos jurisdiccionales nacionales, sólo debe considerarse si cabe identidad de hechos, no siendo indispensable que subsista una plena identidad subjetiva entre los sujetos afectados por la decisión administrativa y las partes del subsiguiente juicio indemnizatorio<sup>1711</sup>.

En segundo lugar, por lo que se refiere al alcance del efecto probatorio de las decisiones de las ANC contempladas en el artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE, el Considerando 34º de la misma afirma que: “[...] Los efectos de esa constatación deben abarcar únicamente, no obstante, la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal y como los haya determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones [...]”. El artículo 9 en cambio no contiene alguna referencia expresa al alcance del efecto asignado a las resoluciones de las ANC. Por lo tanto, estimamos que la solución hermenéutica

---

Comisión Europea– las decisiones con que las ANC convierten en obligatorios los compromisos presentados por las empresas involucradas en un procedimiento administrativo por supuesta infracción de la normativa de defensa de la competencia y aquellas con que se adoptan medidas cautelares, no pueden considerarse irrefutables en los juicios indemnizatorios.

<sup>1710</sup> Al respecto cabe recordar que KOMNINOS (2007, pág. 1398) ha puesto de relieve que el concepto de *res iudicata* no puede ser aplicado en los supuestos en que se haya generado un conflicto entre decisión administrativa y juicio resarcitorio por incumplimiento del Derecho de la competencia, porque est supondría la satisfacción de un parámetro extremadamente estricto, dado por la identidad objetiva y subjetiva tanto en el plano administrativo que en aquéllo jurisdiccional. En efecto, se releva que en los juicios indemnizatorios, es muy probable que los demandantes no hayan tomado parte al procedimiento administrativo-sancionador celebrado ante la ANC y, por lo tanto, en la casi totalidad de los supuestos faltaría el requisito de la identidad subjetiva entre procedimiento administrativo y juicio resarcitorio, de tal forma que no podría recurrirse al concepto de *res iudicata* para solucionar una eventual situación de conflicto.

<sup>1711</sup> En efecto, para que una decisión de la ANC con que se haya constatado la realización de una infracción del Derecho de la competencia posea el efecto previsto por el artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE sólo resulta necesario que el juez nacional, ante el cual se haya interpuesto una demanda resarcitoria, tenga que pronunciarse sobre los mismos hechos objeto de la resolución administrativa y contra las mismas empresas que participaron al procedimiento ante la ANC. En este sentido se habían pronunciado también los Servicios del Ejecutivo comunitario en el ámbito del Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 154, pág. 46.

más adecuada sea aquélla que considera vinculante para los jueces nacionales sólo la parte dispositiva de estas resoluciones administrativas. Dicha postura resulta corroborada por la jurisprudencia comunitaria que al respecto ha afirmado en distintas ocasiones que las resoluciones administrativas pueden producir efectos jurídicos sólo por lo que se refiere a su parte dispositiva, con eso excluyendo las correspondientes apreciaciones formuladas en los motivos. Tales apreciaciones, en cambio, pueden ser sometidas al control de legalidad del juez comunitario sólo en el caso de que constituyan el soporte necesario sobre el cual se apoya la parte dispositiva de la decisión sancionadora<sup>1712</sup>.

Abogando por una interpretación restrictiva de la previsión normativa contenida en el artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE se obtiene un resultado que no coincide con el máximo grado de facilitación del ejercicio de las *antitrust damages actions*. En efecto, si con su decisión firme la ANC procedente de que se trate haya constatado una infracción por objeto del Derecho de la competencia, los sujetos perjudicados podrán únicamente contar sobre la irrefutabilidad de la existencia de la infracción en el ámbito del juicio resarcitorio de seguimiento. Un resultado más deseable, en cambio, podrá alcanzarse en el caso de que la ANC haya constatado una infracción por efecto, en cuanto el carácter irrefutable de este tipo de decisión permite que los sujetos perjudicados obtengan de antemano la prueba de que el ilícito *antitrust* haya producido un efecto anticompetitivo en el mercado de referencia. Sin embargo, optando por la interpretación restrictiva en los términos que hemos ilustrado, el efecto asignado por el legislador comunitario a las decisiones de las ANC no abarcaría todos los elementos estructurales de la responsabilidad aquiliana de las empresas que incumplan la normativa de defensa de la competencia. En particular, los sujetos perjudicados, si bien hayan interpuesto una *follow-on action*, deberán demostrar en juicio la subsistencia del nexo de causalidad entre la práctica o conducta infractora y el daño sufrido, el requisito de conducta culpable y la cuantificación del daño, con todas las dificultades probatorias que caracterizan los juicios indemnizatorios que descienden de la realización de prácticas anticompetitivas.

Por último, por lo que concierne a la implementación de esta previsión normativa en el sistema jurídico español, cabe tener en cuenta que las medidas de coordinación procedimental entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la competencia se limitan exclusivamente a la previsión de un supuesto de suspensión facultativa del juicio resarcitorio en el caso de que la interposición de una demanda de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia haya tenido lugar

---

<sup>1712</sup> STJ de 28 de enero 2004, Reino de los Países Bajos contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 21; STG de 12 de octubre de 2007, Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 73; STG de 19 de marzo de 2003, CMA CGM *et al.* contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*, ap. 186.

mientras todavía resulte pendiente un procedimiento administrativo ante la Comisión Europea, la CNMC o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas<sup>1713</sup>. Por lo tanto, la ausencia de una medida de Derecho interno que expresamente asigne a las resoluciones administrativas con que se constata la infracción del Derecho de la competencia una eficacia parecida a aquélla prevista por el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2014/104/UE, hace que sea necesario proceder a una reforma legislativa, así como habían auspiciado los *stakeholders* españoles que participaron a las consultas públicas realizadas por la Comisión Europea anteriormente a la adopción de esta Directiva<sup>1714</sup>.

Con respecto a la aplicación de esta medida en el ordenamiento jurídico español cabe además evidenciar que, arrancando de las posiciones expresadas por algunos de los antecitados *stakeholders*, la opción hermenéutica que hemos anteriormente ilustrado parece ser aquélla más adecuada. Al respecto cabe recordar que la AEDC ya había planteado la necesidad de circunscribir el efecto vinculante asignado a las resoluciones administrativas con que se constata la infracción del Derecho de la competencia, exclusivamente al carácter antijurídico de la práctica empresarial objeto de evaluación en sede administrativa, con esto evitando que el mismo efecto se extendiera también a la evaluación jurídica de los hechos subyacentes<sup>1715</sup>. Esta postura, en particular, permitiría salvaguardar el derecho de defensa de las empresas infractoras –cuya protección representa uno de los principales problemas aplicativos de la previsión normativa del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE<sup>1716</sup>– en cuanto reconoce a las partes la posibilidad de introducir nuevos hechos en el ámbito del juicio indemnizatorio (y por

---

<sup>1713</sup> El artículo 434, apartado 3, de la LEC establece que: “se podrá suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE o de los artículos 1 y 2 de la LDC cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la CNC o los órganos competentes de las CCAA y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal. Contra el auto de suspensión del proceso sólo se dará recurso de reposición”.

<sup>1714</sup> Comentarios Uría *et al.*, *cit.*, pág. 24.

<sup>1715</sup> Comentarios AEDC al Libro Blanco, *cit.*, pág. 10.

<sup>1716</sup> El STEDH ha puesto de relieve que en la mayoría de los Estados miembros de la UE las Autoridades de la competencia no poseen carácter jurisdiccional sino meramente administrativo y, por eso, las garantías procedimentales no resultan alineadas con el principio del debido proceso. Este supuesto *deficit* de garantías legales, por lo tanto, podría repercutirse en los juicios *follow-on* en el caso de que, por efecto de la previsión normativa del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE, los jueces nacionales competentes no puedan juzgar todas las cuestiones de hecho y derecho que afectan a la controversia objeto de la demanda resarcitoria. Cfr. STEDH de 27 de septiembre de 2011, A. Menarini Diagnostics Srl contra Italia, asunto núm. 43509/08, Information note núm. 144/2011, págs. 9 y sigs.

consiguiente a los órganos jurisdiccionales de pronunciarse sobre los mismos) y, al mismo tiempo, pone las empresas infractoras en condiciones de beneficiarse en juicio de una defensa técnica acerca de todos los hechos puestos a fundamento de la demanda de indemnización por daños y perjuicios que recaigan sobre los elementos de la responsabilidad aquiliana *ex adverso* contestada distintos de aquéllos relativos a la subsistencia del ilícito concurrencial y a la producción de efectos anticompetitivos en el mercado de referencia (siempre que en sede administrativo la constatación de la infracción haya abarcado este aspecto).

### 2.1.3. Los plazos de prescripción

Con la adopción de la Directiva 2014/104/UE el legislador comunitario se ha también ocupado de solucionar la cuestión relativa al régimen aplicable a los plazos de prescripción de las *antitrust damages actions*. A nivel de Derecho interno, como ya hemos tenido modo de poner de relieve<sup>1717</sup>, existían marcadas diferencias sobre este aspecto, sobre todo en orden a la duración del plazo de prescripción<sup>1718</sup> y a la individuación de los criterios aplicables para la determinación del *dies a quo* a partir del cual este plazo habría tenido que empezar a transcurrir<sup>1719</sup>. Las medidas concretamente adoptadas por el legislador comunitario, en particular, tienden a fijar algunos parámetros armonizados sobre tales aspectos con el propósito de neutralizar el riesgo de emersión de discrepancias en los regímenes nacionales por lo que se refiere al inicio, duración, suspensión o interrupción de los plazos de prescripción, que si se verificaran podrían entorpecer el ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios ocasionadas por la realización de ilícitos concurrenciales.

El legislador comunitario, en particular, a través de la introducción de dichas medidas ha tratado de alcanzar un doble resultado: en primer lugar ha actuado con la intención de satisfacer la exigencia de brindar a las víctimas de ilícitos concurrenciales una oportunidad razonable de interponer una demanda resarcitoria, otorgándoles de este modo una concreta posibilidad de acceder a la compensación del perjuicio *antitrust* sufrido y, en segundo lugar, ha tratado de garantizar el mantenimiento de un nivel adecuado de seguridad jurídica con respecto al ejercicio de tales acciones y a la exposición de las empresas infractoras a las consecuencias perjudiciales de sus conductas ilícitas. En efecto, mediante la introducción de medidas que sean susceptible de gestionar de forma armonizada los problemas relacionados con la prescripción extintiva de las *antitrust damages actions*, los autores de las infracciones del Derecho de la

---

<sup>1717</sup> *Vid. supra sub* §.IV.6.11 y §.IV.7.7.

<sup>1718</sup> Cfr. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 236, pág. 72.

<sup>1719</sup> Impact Study, *cit.*, pág. 533.

competencia no serán indefinidamente expuestos a las negativas consecuencias patrimoniales que descienden de las mismas.

Cabe además evidenciar que el Considerando 36° de la Directiva 2014/104/UE afirma que el hecho de que se introduzcan medidas de armonización del régimen normativo aplicable al plazo de prescripción de las *antitrust damages actions*, no implica que los Estados miembros no puedan mantener o establecer plazos de prescripción de aplicación general, siempre que, a la hora de determinar la duración de los mismos, los legisladores nacionales respeten el principio de efectividad, no haciendo prácticamente imposible o excesivamente difícil, para las víctimas de ilícitos concurrenciales, el ejercicio del derecho a la plena indemnización del daño *antitrust*. La razón por la cual el legislador comunitario ha hecho una expresa referencia al principio de efectividad estriba en la voluntad de fijar un límite explícito al margen de discrecionalidad y a la facultad de los legisladores nacionales, en los supuestos en que los mismos decidan abogar por el mantenimiento de un régimen unitario de la prescripción extintivas de las acciones resarcitorias, con independencia del tipo de hecho dañoso que constituya la fuente de la responsabilidad extracontractual. En ausencia de esta previsión, en efecto, los legisladores nacionales habrían podido desvirtuar la intervención normativa comunitaria en sede de transposición de la Directiva 2014/104/UE, determinando la permanencia de un significativo obstáculo al ejercicio de las *antitrust damages actions* y, asimismo, a la consecución de un *level playing field* de alcance comunitario.

Pasando al análisis de las medidas contempladas en la Directiva 2014/104/UE, cabe en primer lugar poner de relieve que el legislador comunitario ha abogado por la introducción de un criterio de carácter subjetivo para la individuación del *dies a quo* del plazo de prescripción de las *antitrust damages actions*, estableciendo una serie de parámetros que deben tenerse en cuenta para determinar en concreto cuándo dicho plazo empieza a correr. La Directiva 2014/104/UE prevé, en línea general, que este plazo de prescripción no empieza a correr antes de que haya cesado la infracción *antitrust* de que se trate –tal regla asume gran relevancia con respecto a las infracciones continuas o repetidas–. En particular, el plazo de prescripción no empezará a correr antes de que “el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y c) la identidad del infractor”<sup>1720</sup>.

Desde una perspectiva de análisis económico del derecho, podemos observar que el recurso a criterios subjetivos para la determinación del *dies a quo* produce un beneficio para las víctimas de ilícitos concurrenciales, conllevando de hecho

---

<sup>1720</sup> Artículo 10, apartado 2, Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*

una implícita coincidencia entre la duración efectiva y la duración normativa del plazo de prescripción de las *antitrust damages actions* para tales sujetos<sup>1721</sup>. Por lo tanto, la circunstancia de que el legislador comunitario haya escogido dicha medida se resuelve en una facilitación del ejercicio de las acciones indemnizatorias, conjugándose adecuadamente con el objetivo de la plena indemnización del daño *antitrust* sufrido por los sujetos concretamente afectados por la infracción de la normativa de defensa de la competencia. La elección de criterios subjetivos, además, resulta en línea con el principio de efectividad y con la posición jurisprudencial asumida por el TJUE, que al respecto ha afirmado que: “Una norma nacional que establece que el plazo de prescripción para presentar una demanda de indemnización se computa a partir del día en que comienza el acuerdo o la práctica concertada podría hacer imposible en la práctica el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio causado por el acuerdo o práctica prohibidos, en particular cuando dicha norma nacional establezca también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse”<sup>1722</sup>.

Por lo que concierne, en cambio, a la duración del plazo de prescripción en el caso de que los sujetos perjudicados hayan ejercitado una acción de seguimiento, el legislador comunitario –alejándose de la medida planteada en la *preferred option*, que preveía que el *dies a quo* para tales supuestos coincidiese con la adopción de una resolución sancionatoria por parte de la Autoridad de la competencia ante la cual se había incoado el expediente administrativo<sup>1723</sup>– ha establecido que el plazo de prescripción tiene que suspenderse (o interrumpirse en función de las previsiones existentes a nivel de Derecho nacional) en los siguientes supuestos: *i*) en el caso de que una Autoridad de la competencia haya iniciado una actividad de investigación; *ii*) resulte pendiente un procedimiento administrativo-sancionador con el cual resulte relacionada una demanda indemnizatoria. La Directiva 2014/104/UE, además, prevé que dicha suspensión “terminará, como mínimo, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma”<sup>1724</sup>. Esta medida, en particular, resulta extremadamente favorable para los intereses de los sujetos perjudicados y su

---

<sup>1721</sup> BAKER y MICELI (2000, págs. 47 y sigs.).

<sup>1722</sup> STJ de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA., *cit.*, ap. 78. La misma medida, además, ya había sido prevista por la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, cuyo artículo 10, apartado 1, establece que: “Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que la acción de resarcimiento prevista en la presente Directiva para reparar los daños, prescribirá en el plazo de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo, o debería haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor”.

<sup>1723</sup> Cfr. *supra sub* §.V.1.6.3.

<sup>1724</sup> Artículo 10, apartado 4, Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*



introducción se debe, muy probablemente, al hecho de que el legislador comunitario ha considerado de primaria importancia permitir el acceso a la plena compensación del daño *antitrust* en los supuestos en que las reclamaciones indemnizatorias encuentren el respaldo de decisiones firmes de una Autoridad de la competencia.

Cabe también destacar que, para superar las marcadas diferencias existentes en los regímenes nacionales acerca de la duración del plazo de prescripción, el legislador comunitario ha establecido que: “[l]os Estados miembros velarán por que el plazo para el ejercicio de una acción por daños sea de al menos cinco años”<sup>1725</sup>. Uno de los *benchmark* tomados en cuenta para determinar la concreta duración de este plazo de prescripción, es el plazo establecido por el artículo 25, apartado 1, letra *b*), del Reglamento CE 1/2003, que prevé que los poderes de la Comisión Europea, por lo que respecta a su papel de *antitrust enforcer*, están sometidos a un plazo de prescripción de cinco años<sup>1726</sup>.

Además, cabe subrayar que el hecho de no haber previsto un plazo de prescripción excesivamente breve y haber encontrado una solución potencialmente susceptible de gestionar las diferencias existentes en los regímenes nacionales de los Estados miembros (*v.gr.* la situación en España, en que el plazo de prescripción aplicable a las acciones resarcitorias en materia extracontractual es de tan solo un año), resulta susceptible de producir los siguientes beneficios<sup>1727</sup>: *i*) un incremento potencial de los supuestos en que las víctimas de ilícitos concurrenciales puedan conseguir la plena compensación del perjuicio sufrido, en cuanto se les otorga un tiempo razonable para ejercer una acción indemnizatoria; *ii*) se reduce, al menos parcialmente, el problema conectado con la infradisuasión de conductas empresariales beneficiosas, en cuanto el hecho de no haber establecido un plazo de prescripción excesivamente breve hace que las empresas que actúan en el mercado interior tengan que enfrentarse con un mayor número de demandas resarcitorias y, por esto, resulte más probable que tengan menos incentivos a infringir la normativa de defensa de la competencia; *iii*) las empresas infractoras, además, tendrán menos incentivos a adoptar estrategias oportunistas con el fin de retrasar la interposición de las demandas resarcitorias y dejar que los potenciales demandantes incurran en la prescripción de las mismas, en cuanto esta posibilidad puede aprovecharse solo en un escenario de corto plazo.

---

<sup>1725</sup> Artículo 10, apartado 3, Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*

<sup>1726</sup> Sin embargo, el Reglamento CE 1/2003 aboga por una solución diferente con respecto a la individuación del *dies a quo*, en cuanto en línea general establece que el “plazo de prescripción comenzará a contar a partir del día en que se haya cometido la infracción” y, en particular, por lo que se refiere a las infracciones continuas o repetidas prevé que la prescripción sólo empezará a contar a partir del día en que las mismas hayan finalizado (dicha solución es parecida a aquella adoptada por la Directiva 2014/104/UE).

<sup>1727</sup> OGUS (2005).

Además cabe evidenciar que la opción escogida por el legislador comunitario tiende a buscar un compromiso entre las diferentes problemáticas que subyacen al ejercicio de las acciones resarcitorias autónomas y aquéllas de seguimiento. En efecto, en el caso de que los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito *antitrust* decidan entablar una *stand-alone action* tendrán que enfrentarse con serios problemas probatorios y, por lo tanto, necesitarán de un mayor lapso de tiempo para predisponer una demanda resarcitoria. En cambio, cuando tales sujetos puedan contar con el respaldo de una decisión sancionatoria adoptada por un *antitrust enforcer* –decisión ésta que, en la nueva configuración normativa del régimen aplicable a las *antitrust damages actions*, posee un efecto probatorio que fortalece la posición procesal de los demandantes– lo que realmente cuenta es esperar que dicha decisión devenga firme, en cuanto las medidas previstas por la Directiva 2014/104/UE impiden que transcurso del tiempo necesario para llegar a este resultado acarree un efecto extintivo sobre las acciones resarcitorias que pueden ejercitarse contra las empresas infractoras<sup>1728</sup>.

La transposición de estas medidas en el ámbito del sistema jurídico español implica la necesidad de proceder a una modificación normativa. En primer lugar una intervención normativa sería necesaria para extender el plazo de prescripción en la medida requerida por el legislador comunitario, es decir llevarlo de 1 año a 5 años<sup>1729</sup>. En efecto, al estado actual de la legislación doméstica española el plazo de prescripción aplicable a las acciones indemnizatorias por daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia corresponde al plazo de un año establecido por el artículo 1968, apartado 1-2º, del Código Civil. En segundo lugar, la modificación normativa ausplicable debería conllevar también la introducción de las medidas relativas a la suspensión del plazo de prescripción en los supuestos de demandas resarcitorias de

---

<sup>1728</sup> Este problema, como hemos puesto de relieve, se ha gestionado con la introducción de la medida de la suspensión del plazo de prescripción, prevista por el artículo 10, apartado 4, de la Directiva 2014/104/UE, que se inspira a la opción escogida por el legislador alemán (artículo 33, apartado 5, GWB). Sin embargo, la medida introducida por el legislador comunitario se aleja de la previsión normativa existente en Derecho alemán en cuanto, por un lado, el plazo de suspensión termina tras un año y no sólo después de seis meses desde que la decisión sancionatoria se haya convertido en una resolución firme y, por el otro, la suspensión del plazo de prescripción interviene sólo en el caso de que la Comisión Europea o la ANC del mismo Estado miembro haya iniciado un procedimiento administrativo por incumplimiento del Derecho de la competencia, mientras que en el ordenamiento alemán dicha suspensión se aplica también en el caso de que sea la ANC de otro Estado miembro la entidad que haya iniciado el procedimiento administrativo por violación de la normativa *antitrust*.

<sup>1729</sup> Cabe recordar que ya uno de los *stakeholders* que había participado a la consulta pública sobre el Libro Blanco se había expresado de forma favorable a la extensión de la duración del plazo de prescripción de las *antitrust damages actions* en la medida de cinco años. Cfr. Comentarios CEEES, *cit.*, pág. 10.

seguimiento. En cambio, podría mantenerse firme la regulación ya existente con respecto a los criterios de determinación del *dies a quo* a partir del cual habría de empezar a transcurrir el plazo de prescripción de las *antitrust damages actions*, en cuanto el sistema español ya prevé la aplicación de un parámetro de tipo subjetivo análogo a aquello contemplado en la Directiva 2014/104/UE, allí donde se establece que la duración del plazo de prescripción empieza a correr a partir del día en que el sujeto agraviado tuvo conocimiento de la infracción *antitrust*.

Con respecto a las medidas de coordinación del plazo de prescripción de las *antitrust damages actions* con la actividad de aplicación de la normativa de defensa de la competencia por parte de las Autoridades de la competencia y de los órganos jurisdiccionales nacionales (por lo que afecta a las *stand-alone actions*), cabe poner de relieve que durante la consulta pública que tuvo lugar tras la adopción del Libro Verde, algunos *stakeholders* españoles dieron una importante contribución a la luz de las medidas concretamente escogidas por la Comisión Europea y finalmente adoptadas por parte del legislador comunitario. Un primer *stakeholder*<sup>1730</sup> había al respecto evidenciado que el sacrificio del interés al acceso a la justicia con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica no habría tenido que ser de carácter absoluto y que, por lo tanto, resultaba necesario suspender el plazo de prescripción de las *antitrust damages actions* sólo en el caso de que ya se hubiese incoado un procedimiento administrativo ante una Autoridad de la competencia: este plazo habría de ser reanudado sólo después de la adopción de una resolución sancionatoria firme. Otros dos *stakeholders*<sup>1731</sup> también abogaron por la misma solución, si bien pusieron de relieve que la necesidad de suspender el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias sólo habría subsistido en el caso de que se hubiese entablado un juicio resarcitorio simultáneamente a la iniciación de un procedimiento administrativo o mientras el mismo todavía resultaba pendiente.

#### **2.1.4. Responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas infractoras**

El legislador comunitario ha previsto otra serie de medidas de armonización por lo que concierne a los supuestos de infracción conjunta de la normativa de defensa de la competencia, con el propósito de regular la responsabilidad civil que descende de ilícitos concurrenciales realizados por varias empresas infractoras a la vez, cuales *in primis* los carteles secretos. La regla básica que la Directiva 2014/104/UE ha previsto para tales supuestos es aquella que dispone que los coinfractores resulten conjunta y solidariamente responsables de la

---

<sup>1730</sup> Comentarios Aguayo, *cit.*, págs. 17-18.

<sup>1731</sup> Cfr. Comentarios UB, *cit.*, pág. 8 y Comentarios AEDC al Libro Verde, *cit.*, pág. 14.

totalidad del perjuicio *antitrust* causado. De eso descende que cada una de las empresas coinfractoras queda obligada a indemnizar plenamente el perjuicio causado y, al mismo tiempo, que los sujetos perjudicados tienen derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquier coinfractor hasta lograr la plena indemnización del daño sufrido<sup>1732</sup>.

Puesto que la introducción de la regla de la responsabilidad conjunta y solidaria puede exponer las empresas infractoras, en sus relaciones con los sujetos perjudicados, a la obligación de abonar una compensación superior a la cuota de daño concretamente causada en función de la efectiva entidad de la participación en el ilícito concurrencial de que se trate, el legislador comunitario ha introducido una medida para regular la relación interna que media entre la empresa demandada y los demás coinfractores, atribuyendo a la primera el derecho de exigir una contribución de los demás coinfractores. Además, por lo que concierne a la cuantificación y determinación de los criterios pertinentes (cuales, por ejemplo, el volumen de negocios, la cuota de mercado o su función en el cártel,) para establecer la cuota de daño que corresponde a la responsabilidad relativa de un infractor determinado, cabe tener en cuenta que el Considerando 37° de la Directiva 2014/104/UE afirma que dicha tarea ha de llevarse a cabo con arreglo al Derecho nacional aplicable *ratione materiae* y en el respeto de los principios de efectividad y equivalencia.

La introducción en vía general de un régimen de responsabilidad conjunta y solidaria se acompaña también a dos clases de excepciones, que afectan a las posiciones de las pequeñas y medianas empresas<sup>1733</sup> (“pyme”) y de las empresas que han accedido al beneficio de la clemencia. Por lo que concierne a la primera categoría, cabe antes de todo poner de relieve que la excepción contemplada por la Directiva 2014/104/UE no había sido anteriormente prevista por la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* presentada por la Comisión Europea. Sin embargo, el legislador comunitario no ha introducido una excepción de carácter absoluto en favor de esta categoría de empresas infractoras, en cuanto si bien por un lado se establece que las mismas solo serán responsables ante sus propios compradores directos e indirectos en el caso de que al tiempo de la realización de la infracción su cuota de mercado fuese

---

<sup>1732</sup> Artículo 11, apartado 1, Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*

<sup>1733</sup> El artículo 2 del Anexo a la [Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas \(2003/361/CE\)](#), DOUE L 124/36 de 20 de mayo de 2003, establece que “la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros” y, en particular, que pertenecen a la categoría de las pequeñas empresas aquellas empresas que ocupan a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.

inferior al 5 % y si la aplicación del régimen ordinario de responsabilidad conjunta y solidaria habría mermado irremediablemente su viabilidad económica, causando la pérdida de todo el valor de sus activos; por el otro, ha expresamente excluido la aplicación de dicha excepción en los siguientes supuestos: “*a*) la pyme hubiese dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción, o *b*) la pyme hubiese sido anteriormente declarada culpable de una infracción del Derecho de la competencia”<sup>1734</sup>.

En cambio, por lo que afecta a la posición de los *leniency applicants* que han accedido al beneficio de la clemencia, el legislador comunitario ha introducido una excepción en virtud de la cual dicha categoría de coinfractores resulta responsable conjunta y solidariamente ante sus compradores o proveedores directos o indirectos y ante los demás sujetos perjudicados solo en los supuestos en que los mismos no hayan logrado obtener el pleno resarcimiento del daño sufrido de las demás empresas infractoras. En ambos casos, la Directiva 2014/104/UE establece que el importe de la contribución del coinfractor al que se haya concedido el beneficio de la clemencia en el marco de un *leniency programme*, se tenga que determinar en función de su responsabilidad relativa por el daño causado a los sujetos perjudicados que haya reclamado con éxito favorable la indemnización del daño *antitrust*<sup>1735</sup>.

Por lo que se refiere a las dos excepciones a la regla general de la responsabilidad conjunta y solidaria de los coinfractores, cabe además observar que, tanto en un caso, como en el otro, el legislador comunitario ha querido proteger hasta cierto punto las categorías de empresas infractoras constituidas por las pyme y los *leniency applicants* beneficiarios de la clemencia. Esto implica que si bien a través de la introducción de tales excepciones se traten de perseguir los objetivos complementarios de la preservación de la presencia de las pyme en el mercado y la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia, el objetivo primario de la Directiva 2014/104/UE queda circunscrito a la consecución de la plena indemnización del daño sufrido por las víctimas de ilícitos concurrenciales.

Además, cabe evidenciar que por lo que concierne a la protección de los *leniency applicants*, el legislador comunitario ha abogado por una solución diferente respecto de aquella tomada con referencia a las medidas que inciden sobre los aspectos probatorios del régimen de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho de la competencia, favoreciendo esta vez la consecución del objetivo de la plena compensación de las víctimas de ilícitos *antitrust* más bien que velar por la salvaguardia absoluta de la eficacia de los programas de clemencia. Dicha solución, en particular, parece ser aquella más acertada en consideración del tipo de aspecto del régimen de responsabilidad

---

<sup>1734</sup> Artículo 11, apartado 3, Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*

<sup>1735</sup> Artículo 11, apartados 5 y 6, Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*

aquiliana de que se trata, puesto que sólo tiende a buscar, desde la óptica de la justicia correctiva, un punto de equilibrio entre una responsabilidad judicialmente ya acertada a cargo de una empresa infractora y el derecho a obtener la indemnización del daño sufrido, que le corresponde a las víctimas de ilícitos concurrenciales cuya demanda resarcitoria haya sido estimada. Con respecto a este perfil del régimen armonizado, el legislador comunitario ha tratado de facilitar la búsqueda del remedio indemnizatorio, dejando que los sujetos perjudicados accedieran a la reparación del daño judicialmente reconocido con independencia de las características de las empresas responsables, es decir se ha establecido que las víctimas de ilícitos concurrenciales accedan a la reparación del daño *antitrust* aún en el caso de que las empresas infractoras posean la calidad de beneficiarias de la clemencia.

La solución normativa introducida por la Directiva 2014/104/UE, en particular, satisface las exigencias que habían sido destacadas por la doctrina (en particular, AKMAN, 2014b, págs. 409 y sigs.) que había criticado la completa remoción, por parte del Consejo<sup>1736</sup>, de correctivos al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria que la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* habría planteado introducir con respecto a la posición de las empresas que hubiesen beneficiado de la clemencia. La posición del Consejo, en efecto, no tomaba en consideración las consecuencias negativas que una protección no adecuada de tales empresas habría podido acarrear sobre la efectividad del sistema de *antitrust enforcement* en su conjunto, y en particular sobre la eficacia de los programas de clemencia. Al respecto se había destacado que si tras el ejercicio de una acción de seguimiento la decisión sancionatoria adoptada por una Autoridad de la competencia hubiese sido impugnada, pero no por parte de todas las empresas infractoras, y sucesivamente hubiese sido anulada por los jueces de lo contencioso-administrativo, dicha resolución habría continuado a existir para los coinfractores que no la hubiesen impugnado. Debemos observar que el funcionamiento de los programas de clemencia conduce a las siguientes dinámicas: los *leniency applicants*, aún declarando ante la precedente Autoridad de la competencia la existencia de un cártel secreto, no suelen tener adecuados incentivos para impugnar las decisiones a través de las cuales las Autoridades de la competencia les otorgan sí el beneficio de la clemencia, pero conllevan también la imposición de una multa sancionadora para los *co-cartelists* que no hayan actuado como *wistleblowers* en el marco del procedimiento administrativo. La ausencia de adecuados correctivos al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria en favor de los beneficiarios de la clemencia, por lo tanto, no resultaría una opción legislativa acertada, en cuanto si la decisión sancionatoria fuese impugnada por todos los *co-cartelists* salvo los *leniency applicants* y fuese sucesivamente anulada, tales co-infractores quedarían expuestos al riesgo de tener que indemnizar por entero el perjuicio *antitrust* sufrido por las víctimas del

---

<sup>1736</sup> Orientación general del Consejo, *cit.*, págs. 41-42 (*sub* artículo 11).

ilícito concurrencial cuya demanda indemnizatoria haya prosperado en el juicio resarcito entablado ante los jueces nacionales.

En efecto, si no se hubiese limitado la responsabilidad de los *leniency applicants* beneficiarios de la clemencia solo y exclusivamente al pago de una contribución correspondiente a su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado, bajo el escenario anteriormente expuesto dichas empresas habrían podido tener que indemnizar todo el perjuicio *antitrust* sufrido por los demandantes (*v.gr.* sus compradores o proveedores directos e indirectos, así como las otras partes perjudicadas), puesto que para los *co-cartelists* que habían impugnado la resolución sancionatoria posteriormente anulada, el ilícito *antitrust* jurídicamente no existe. En definitiva podemos afirmar que la solución planteada por el Consejo habría mermado la eficacia de los programas de clemencia, afectando a los incentivos de los *co-cartelists* a participar en los mismos. Dicha situación, además, habría resultado negativa no sólo desde la perspectiva de la aplicación pública de la normativa *antitrust*, sino también en términos de justicia correctiva, en cuanto una menor participación en los *leniency programs* por parte de los *co-cartelists* se habría traducido en un menor número de *hardcore infringements* constatados, con sonciguiente disminución del ejercicio de acciones de seguimiento. La ausencia de una adecuada protección de las empresas beneficiarias de la clemencia respecto de la interposición de demandas indemnizatorias, habría podido conducir a un escenario de infracompensación en muchos supuestos de realización de infracciones especialmente dañinas para el mantenimiento de un régimen de competencia en el mercado.

Por lo que se refiere a la introducción de estas medidas en el ámbito del ordenamiento jurídico español, el hecho de que el legislador comunitario haya abogado por la introducción de excepciones aplicables a determinadas categorías de empresas infractoras, hace que el legislador español tenga que proceder con una modificación normativa del régimen general de responsabilidad conjunta y solidaria existente a nivel de Derecho interno.

#### **2.1.5. Las medidas relativas a la defensa de repercusión del sobrecoste**

El legislador comunitario ha introducido una articulada serie de medidas para regular el ejercicio de la defensa de repercusión del sobrecoste en el ámbito de los juicios resarcitorios por incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia<sup>1737</sup>.

---

<sup>1737</sup> Por lo que concierne al encuadramiento general de la problemática relativa a la traslación del sobrecoste y a su desarrollo en el curso de la consultación pública realizada por la Comisión Europea, nos remitimos a las consideraciones expuestas *sub* §.IV.2.2, §.IV.6.4 y §.IV.7.2.

Antes de todo cabe poner de relieve que este conjunto de medidas dá por sentado que tanto los compradores directos, como los compradores indirectos resultan legitimados para reclamar en juicio la indemnización de daños de naturaleza *antitrust*, en virtud de la regla general del derecho al pleno resarcimiento establecida en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2014/104/UE que positiviza un principio que ya había sido establecido por el TJUE. Además, cabe subrayar que el legislador comunitario trata de construir un sistema que por un lado permita conseguir el objetivo principal de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, consistente en permitir que los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial obtengan la plena indemnización de los daños y perjuicios sufridos y, por el otro, tiende a evitar situaciones de sobrecompensación<sup>1738</sup>. Si se hubiese reconocido que las víctimas de ilícitos concurrenciales, tras el ejercicio de una acción resarcitoria, hubiesen podido acceder a la sobrecompensación del daño *antitrust* efectivamente sufrido y, asimismo, si se hubiese permitido que otros agentes económicos tuviesen acceso a la indemnización de un perjuicio *antitrust* que no se había concretamente producido, habrían tenido cabida en el sistema de *private antitrust enforcement* formas de daños múltiples<sup>1739</sup> incompatibles con el régimen armonizado de responsabilidad extracontractual por infracción de la normativa de defensa de la competencia previsto por el legislador comunitario, que ha expresamente tomado una posición contraria a la imposición de daños múltiples sobre las empresas infractoras, también en el caso de que las mismas hayan participado a la realización de un *hardcore infringement*.

Si analizamos la disposición de apertura de tales medidas, es decir el artículo 12 de la Directiva 2014/104/UE, podemos observar que la impostación adoptada por el legislador comunitario resulta completa, en cuanto no sólo contempla la posibilidad de resarcir el daño emergente sufrido por los compradores indirectos en virtud de la traslación del sobrecoste por parte de las empresas que actúan en el mercado aguas arriba, sino que también admite la posibilidad de que se indemnice el lucro cesante sufrido por los compradores, directos e indirectos, que, repercutiendo el sobrecoste sobre las empresas activas en el mercado aguas abajo, hayan incurrido en una compresión del volumen de ventas que habrían podido lograr si no se hubiese cometido la infracción *antitrust*. En efecto, en los supuestos de repercusión total o parcial del sobrecoste, salvo que la demanda afectada no sea completamente elástica, siempre se genera un perjuicio so forma de daño emergente<sup>1740</sup> para los compradores indirectos de las empresas

---

<sup>1738</sup> Artículo 3, apartado 3, de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

<sup>1739</sup> En esta óptica han de interpretarse las medidas de coordinación de las acciones ejercitadas por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro, previstas por el artículo 15 de la Directiva 2014/104/UE.

<sup>1740</sup> El daño emergente sufrido por los compradores indirectos, en particular, consiste en la diferencia de precio entre el importe efectivamente pagado por adquirir los productos



infractoras (además del daño emergente que se produce en la esfera jurídica de los compradores directos de las empresas infractoras). Eso no obstante, el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2014/104/UE establece que: “Lo dispuesto en el presente capítulo se entenderá sin perjuicio del derecho de una parte perjudicada a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante debido a una repercusión total o parcial de los sobrecostes”<sup>1741</sup>.

Ya con anterioridad la doctrina había destacado que el debate sobre la resarcibilidad del daño *antitrust* en los supuestos en que haya tenido lugar la traslación del sobreprecio, no puede prescindir de las consideraciones relativas al lucro cesante. Puesto que la traslación del sobreprecio implica un incremento del precio de los productos para los compradores indirectos, con esto afectando a su demanda de consumo, dicha práctica determina una disminución del volumen de venta para los compradores directos, traduciéndose en un perjuicio so forma de ganancias dejadas de percibir. Al respecto, en particular, se ha señalado que: “Para ser coherente con ello, y teniendo además en cuenta que los daños *antitrust* suelen ser daños continuados, debería hacerse una valoración conjunta de toda la situación creada a raíz de la inicial vulneración de las reglas de competencia por los cartelistas o monopolistas: si se repercutieron por los compradores directos o no los costes en las ventas sucesivas a los compradores indirectos, cómo incidió ello sobre los precios efectivamente percibidos y las cantidades de bienes realmente vendidos [...]”<sup>1742</sup>.

Las medidas que el legislador comunitario ha introducido en materia de repercusión del sobrecoste no sólo abarcan los supuestos en que la traslación de este perjuicio *antitrust* viene utilizada en juicio, por parte de las empresas demandadas, como forma de defensa contra las reclamaciones indemnizatorias de los compradores directos y de las demás empresas perjudicadas que no sean consumidores finales del producto involucrado en la infracción *antitrust* (*passing-on defence*), sino que conciernen también a los supuestos en que los compradores indirectos recurren a la traslación del daño como forma de justificar su legitimación para interponer una demanda resarcitoria contra los autores del ilícito concurrencial (*offensive passing-on*).

---

de las empresas infractoras y lo que habrían tenido que pagar en ausencia del ilícito concurrencial. Cfr. Considerando 39° y artículo 12, apartado 2, de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*.

<sup>1741</sup> En este mismo sentido se expresa también el Considerando 40° de la Directiva 2014/104/UE, afirmando que: “En las situaciones en las que la repercusión del sobrecoste tenga como consecuencia la disminución de las ventas y, de ese modo, un perjuicio en forma de lucro cesante, el derecho a reclamar un resarcimiento por ese lucro cesante no debe verse menoscabado”.

<sup>1742</sup> VELASCO SAN PEDRO y HERRERO SUÁREZ (, pág. 603).

En primer lugar, el artículo 13 de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions* establece que las empresas demandadas pueden contrastar la demanda de indemnización por daños y perjuicios *antitrust* oponiendo en juicio una excepción consistente en la afirmación del hecho de que los demandantes hayan repercutido, total o parcialmente, el sobre coste resultante del ilícito concurrencial que ha ocasionado la interposición de la demanda indemnizatoria. En este caso el legislador comunitario ha optado por imponer la carga de la prueba del *passing-on* sobre el demandado que, para satisfacerla, podrá solicitar la exhibición de pruebas al demandante o terceros en la medida prevista por los artículos 5 y siguientes de la Directiva 2014/104/UE. Al respecto, el Considerando 39º de esta misma Directiva afirma que: “[...] el infractor, cuando argumente la defensa basada en la repercusión de costes, deba acreditar la existencia y el grado de repercusión del sobre coste. Esta carga de la prueba no debe menoscabar la posibilidad de que el infractor utilice pruebas distintas de las que están en su poder, como pruebas ya obtenidas en el procedimiento o pruebas en poder de otras partes o de terceros”.

En segundo lugar, el artículo 14 de la Directiva 2014/104/UE prevé otra serie de medidas que se aplican en los supuestos en que sean los compradores indirectos los sujetos perjudicados que, en virtud de la traslación del sobre coste a lo largo de la cadena de suministro, hayan interpuesto una demanda indemnizatoria contra las empresas infractoras alegando haber sufrido un perjuicio *antitrust* so forma de daño emergente. Dichas medidas se articulan entorno a una regla general sobre la carga probatoria del sobreprecio y, además, sobre la fijación de un sistema de presunciones que afecta a la posición de ambas partes procesales.

Al respecto cabe destacar que el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/104/UE impone a los demandantes (que representan los sujetos supuestamente perjudicados) la carga de la prueba sobre la existencia y cuantía del *passing-on*. De forma especular respecto del régimen aplicable en los supuestos de *passing-on defence*, los demandantes pueden satisfacer esta carga no sólo recurriendo a los elementos probatorios de que ya disponen, sino acudiendo también a las medidas de divulgación previstas en los artículos 5 y siguientes de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*. El legislador comunitario ha también previsto, en favor de los demandantes, una atenuación de la carga probatoria de la traslación del sobreprecio, que explica sus efectos cuando tales sujetos consiguen demostrar las circunstancias previstas por el artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2014/104/UE. En particular, los demandantes tienen que acreditar que: *i)* el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; *ii)* la infracción del Derecho de la competencia ha generado un sobre coste para el comprador directo del demandado; *iii)* el comprador indirecto ha adquirido los bienes o servicios objeto de la infracción *antitrust*, o bienes o servicios derivados de aquéllos o que los contengan. Cierra este sistema una ulterior previsión normativa con arreglo a la cual se establece que las empresas demandadas pueden superar la presunción relativa de traslación del sobre coste (técnicamente, dejar sin efecto la atenuación de la carga probatoria de la traslación del sobre coste) si demuestran “[...] a satisfacción del órgano

jurisdiccional que los sobrecostes no se repercutieron, en todo o en parte, en el comprador indirecto”.

STRAND (2014, pág. 382) ha puesto de relieve que los argumentos a través de los cuales las empresas demandadas pueden lograr rebatir la presunción relativa de traslación del sobrecoste, pueden generar una falta de coordinación y de coherencia entre todas las reclamaciones indemnizatorias que pueden interponerse con respecto al mismo ilícito concurrencial. Dicha situación puede tener lugar en el caso de que las empresas infractoras, tras haber demostrado que no tuvo lugar alguna traslación del sobrecoste en perjuicio de los compradores indirectos –con el propósito de dejar sin efecto la atenuación de la carga probatoria sobre la traslación del sobrecoste que obra en favor de los demandantes– se defiendan de las pretensiones indemnizatorias avanzadas por los compradores directos afirmando, esta vez sí, que los mismos consiguieron trasladar el *overcharge* sobre las empresas activas en otros eslabones de la cadena de suministro.

Por último es necesario evidenciar que el artículo 16 de la Directiva 2014/104/UE prevé que la Comisión Europea deberá formular orientaciones específicas, para los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la estimación de la cuota del sobreprecio repercutido a los compradores indirectos. El legislador comunitario, en efecto, ha considerado que también los costes relacionados con la cuantificación del daño *antitrust* que descende de la traslación del sobreprecio constituyen un significativo obstáculo a la plena indemnización de las víctimas de ilícitos concurrenciales, en cuanto en línea general resulta muy complejo establecer la exacta cuantía del sobreprecio trasladado sobre una específica empresa que actúa en un determinado eslabón de la cadena de suministro y, además, suele ser muy costoso para los demandantes obtener los datos necesarios para demostrar la magnitud del daño sufrido. En este sentido, la predisposición de orientaciones específicas entorno a la cuantificación de la entidad del sobrecoste y la posibilidad de que los jueces nacionales puedan limitarse a estimar la cuota del sobreprecio efectivamente repercutido, facilitarían el ejercicio de las *antitrust damages actions* por parte de los compradores indirectos.

Al respecto cabe recordar que los Servicios de la Comisión Europea han elaborado una Guía práctica en materia de cuantificación de los daños y perjuicio de naturaleza concurrencial, que acompaña las Directrices sobre la cuantificación de los *antitrust damages*. En particular, en esta Guía práctica se presentan dos distintas metodologías de cálculo para cuantificar el daño sufrido por los compradores indirectos: *i)* cuantificar el coste excesivo inicial y determinar el índice de repercusión al consumidor indirecto utilizando técnicas econométricas; *ii)* recurrir a técnicas comparativas para establecer si el comprador indirecto ha pagado un sobreprecio. Por lo que se refiere a la metodología de la comparación, la Guía práctica realiza algunos ejemplos, afirmando que: “[...] cuando un consumidor indirecto solicite reparación por el coste excesivo causado por un cártel, ese consumidor indirecto puede demostrar que hubo un coste excesivo inicial y que ese coste excesivo se le repercutió o bien puede cuantificar el coste

excesivo repercutido a su nivel de la misma manera que un cliente directo cuantificaría un coste excesivo inicial, es decir, comparando el precio real que pagó con el precio probable en un escenario sin infracción: los métodos comparativos pueden aportar perspectivas del importe de coste excesivo pagados por los consumidores indirectos, sin que sea preciso identificar el grado de repercusión del coste excesivo. Utilizando una comparación temporal, por ejemplo, para los precios pagados por el consumidor indirecto antes y durante la infracción, posiblemente se pueda determinar cuánto han subido esos precios debido a la infracción, sin tener que llegar a una conclusión sobre el índice de repercusión del coste excesivo<sup>1743</sup>.

STRAND (2014, pág. 384) ha reputado que sería preferible emplear un método de cálculo que utilice herramientas de tipo econométrico, en cuanto el método comparativo presenta dos significativas desventajas. En primer lugar, este método resulta vulnerable al argumento que conecta el incremento del nivel de precios a factores de mercado distintos de la traslación del sobrecoste y, en segundo lugar, en los supuestos en que los compradores indirectos no sean consumidores finales, no resultaría susceptible de proporcionar indicaciones suficientes acerca de la magnitud del sobrecoste que los compradores indirectos hayan conseguido a su vez trasladar sobre los agentes económicos que acúan en el siguiente nivel de la cadena de suministro.

Por último cabe poner de relieve que la introducción de este conjunto de medidas en el ámbito del régimen español de responsabilidad extracontractual aplicable a las *antitrust damages actions*, implica que el legislador nacional tendrá que aportar modificaciones al régimen jurídico interno. Dichos cambios, en particular, resultan necesarios no sólo para introducir el sistema de presunciones establecidos en los artículos 13 y 14 de la Directiva 2014/104/UE, sino también para predisponer aquellas herramientas procesales que el legislador comunitario ha considerado necesarias para coordinar el ejercicio de acciones indemnizatorias en los supuestos en que se interpongan múltiples reclamaciones resarcitorias por parte de demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro.

### **2.1.6. Las medidas relativas a la distribución de la carga probatoria y a las reglas de cuantificación del perjuicio**

Además del problema de la asimetría de información, los potenciales demandantes se enfrentan con las dificultades y los costes asociados con la evaluación de los elementos probatorios: por ejemplo, muy a menudo las

---

<sup>1743</sup> Guía práctica elaborada por los Servicios de la Comisión Europea y que acompaña las Directrices sobre la cuantificación de los *antitrust damages*, *cit.*, pág. 55, ap. 167.

consecuencias que traen origen de la realización de una práctica anticompetitiva, como por ejemplo el incremento del nivel de precios, podrían ser el resultado de actividades legítimas o descender de eventos exógenos. Al respecto se ha reputado que los costes asociados con la dificultad de evaluación de los elementos probatorios pueden disuadir la interposición de una demanda indemnizatoria por parte de los sujetos perjudicados por un ilícito *antitrust*<sup>1744</sup>.

Con la Directiva 2014/104/UE el legislador comunitario ha parcialmente gestionado este problema introduciendo, en los supuestos en que el ejercicio de una *antitrust damages action* traiga su origen de la realización de carteles secretos, una medida de atenuación de la carga probatoria del daño *antitrust* en favor de los demandantes. En particular, el artículo 17, apartado 1, de esta Directiva establece que: “Se presumirá que las infracciones de carteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esta presunción”. Mediante dicha medida se introduce un ulterior elemento de facilitación en la búsqueda del remedio indemnizatorio por parte de las víctimas de ilícitos concurrenciales, que se añade a la medida contemplada en el artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE, si bien su ámbito de aplicación no se extiende también a la determinación del daño efectivamente sufrido por los sujetos perjudicados por la realización de la infracción *antitrust*, que deberán cargar con la prueba de su cuantificación si quieren que el juez nacional estime su demanda indemnizatoria.

La introducción de una presunción *iuris tantum* de la subsistencia de un daño *antitrust* en los supuestos de realización de carteles secretos permite a los sujetos perjudicados, con independencia del tipo de demanda indemnizatoria (autónoma o de seguimiento) que hayan interpuesto (o tengan la intención de interponer), contar con una facilitación probatoria ulterior a aquella prevista por el antecitado artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE –que sólo concierne a la existencia del ilícito, al carácter anticompetitivo de una determinada práctica empresarial (elemento éste que reviste una gran importancia respecto de la realización de conductas unilaterales) y a las consecuencias anticompetitivas que descienden de la realización del ilícito *antitrust* de que se trate (que no pueden identificarse *ex se* con el daño *antitrust* específicamente sufrido por los demandantes)– que se resuelve en una directa atenuación de la carga probatoria inherente a la existencia del perjuicio *antitrust* reclamado en juicio. La presunción introducida por el legislador comunitario, sin embargo, no presenta carácter absoluto y las empresas demandadas pueden rebatir la misma si consiguen aportar la prueba en contrario<sup>1745</sup>.

---

<sup>1744</sup> GAVIL (2007, pág. 182).

<sup>1745</sup> La *ratio legis* de esta previsión normativa resulta expresada en el Considerando 47º de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, en que se afirma que: “Para corregir la asimetría de información y algunas de las dificultades asociadas a la cuantificación del perjuicio ocasionado en casos de Derecho de la competencia y con el fin de garantizar la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios, conviene presumir que las

Por lo que concierne al problema de la cuantificación del perjuicio *antitrust*, en cambio, el legislador comunitario no ha introducido alguna medida de armonización. Por esto sigue correspondiendo al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro determinar sus reglas de cuantificación y a los jueces nacionales establecer los requisitos que deben cumplirse para que los sujetos perjudicados acrediten la cuantía del perjuicio sufrido, así como los métodos de cuantificación del importe y las consecuencias que deben inferirse en los supuestos en que no se hayan plenamente satisfechos tales requisitos. La Directiva 2014/104/UE, para compensar la ausencia de una normativa comunitaria por lo que concierne al perfil que acabamos de señalar, prevé que las reglas nacionales relativas a la cuantificación del perjuicio *antitrust* se rijan por los principios de equivalencia y efectividad. La aplicación de tales principios, en particular, determina que las reglas de cuantificación del daño *antitrust* no tienen que ser menos favorables que aquéllas que se aplican a las similares acciones resarcitorias de alcance nacional, ni tienen que hacer que el ejercicio de las *antitrust damages actions* resulte imposible en la práctica o excesivamente difícil.

El legislador comunitario, además, arrancando de la premisa que resulta necesario considerar toda asimetría de información entre las partes y que, para cuantificar el perjuicio, hace falta evaluar cómo habría evolucionado el mercado si la infracción *antitrust* no se hubiese realizado –lo que implica que la evaluación de los jueces nacionales ha de realizarse a través de una comparación de la situación de mercado generada por la infracción con una situación hipotética contrafáctica– abre a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan cuantificar los daños reclamados en el juicio resarcitorio sólo sobre la base de una estimación del importe del perjuicio ocasionado por la infracción anticompetitiva, cada vez que se logre acreditar que el demandante haya sufrido un daño *antitrust*, pero resulta prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión la entidad de este perjuicio sobre la base de las pruebas disponibles. Por último, la Directiva 2014/104/UE establece que, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, las ANC pueden ofrecer asesoramiento en la tarea de cuantificación de los daños adecuados.

En primer lugar, debe estimarse positivamente la elección del legislador comunitario en orden a la introducción de una presunción *iuris tantum* sobre la

---

infracciones de cártel provocan un perjuicio, en particular a través de un efecto sobre los precios. Dependiendo de las circunstancias del asunto, los carteles producen un incremento de los precios o impiden una reducción de los precios que se habría producido, de no ser por el cártel. Esta presunción no debe abarcar el importe preciso del daño. Se debe permitir al infractor que refute la presunción. Conviene limitar esta presunción *iuris tantum* a los carteles, dada su naturaleza secreta, lo que aumenta la asimetría de información y dificulta a los demandantes la obtención de las pruebas necesarias para acreditar el perjuicio”.

producción de daños *antitrust* ante la realización de carteles secretos. Dicha medida resulta susceptible de facilitar la interposición de acciones resarcitorias, aliviando la carga probatoria que recae sobre los demandantes, de forma coherente con el objetivo de la plena compensación del perjuicio que descende de la realización de ilícitos concurrenciales. Una diferente solución, es decir aquella originariamente planteada por la Comisión Europea y consistente en la introducción de daños punitivos en la medida de daños dobles<sup>1746</sup>, no habría conducido al mismo resultado, pudiendo en cambio dar lugar a supuestos de enriquecimiento injusto, incompatibles con la consecución del objetivo de la plena indemnización del daño *antitrust*.

En segundo lugar, por lo que concierne a la previsión de la posibilidad de que en algunos supuestos los jueces nacionales puedan cuantificar los daños y perjuicios de forma estimatoria, sin tener la obligación de calcularlos en todo caso con precisión mediante el empleo de rigurosas metodologías científicas, podemos afirmar que la introducción de esta facultad aparece idónea para solucionar el problema de los costes asociados al recurso generalizado a los peritajes, que podría tener el efecto de desincentivar la interposición de demandas indemnizatorias. Dicha medida, además, refleja también la posición asumida por la Comisión Europea en sus Directrices sobre la cuantificación de los *antitrust damages*, en que se establece que: “[...] El Derecho nacional determina además en qué medida y de qué manera están habilitados los órganos jurisdiccionales para cuantificar el perjuicio sufrido sobre la base de las estimaciones más aproximadas o recurrir a consideraciones de equidad [...]” y que “Una consecuencia del principio de efectividad es que las disposiciones jurídicas nacionales aplicables y su interpretación deben reflejar las dificultades y limitaciones inherentes a la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia. La cuantificación de ese perjuicio exige comparar la situación actual de la parte perjudicada con la situación en la que estaría sin la infracción. Esto es algo que no se puede observar en la realidad: es imposible saber con certeza cómo habrían evolucionado las condiciones del mercado y las interacciones entre los participantes en el mercado sin la infracción. Lo único que se puede hacer es una estimación del escenario que probablemente habría existido sin la infracción [...]”<sup>1747</sup>.

---

<sup>1746</sup> Opción 16 del Libro Verde.

<sup>1747</sup> Directrices sobre la cuantificación de los *antitrust damages*, *cit.*, aps. 8 y 9. En particular, en la Guía práctica elaborada por los Servicios de la Comisión Europea se establece que una primera forma de estimar el daño consiste en elegir un método comparativo adecuado para establecer un escenario sin infracción. Sucesivamente los órganos jurisdiccionales nacionales tendrán que escoger entre diferentes técnicas para aplicar este método en la práctica, teniendo en cuenta las circunstancias específicas y las normas jurídicas aplicables. Además de los métodos comparativos, existen otros métodos para determinar la situación hipotética que habría tenido lugar en ausencia de la infracción *antitrust* y que, en concreto, consisten en: a) la realización de una simulación de los

Por último, cabe poner de relieve que la introducción de las antedichas medidas conduce a un resultado mejor de aquello que podría lograrse con la introducción de un estándar mínimo para indemnizar los daños *antitrust* en aquéllos supuestos en que no sea posible calcularlos de manera precisa y rigurosa<sup>1748</sup>, estándar éste que la Comisión Europea había planteado en su Commission Staff Working Paper del Libro Blanco<sup>1749</sup>. En particular, dicha medida había sido duramente criticada por KORTMANN y SWAAK (2009, pág. 346) que destacaron que la introducción de un índice presuntivo (*v.gr.* el sobreprecio medio que suele producirse como resultado de una práctica anticompetitiva de fijación de precios) habría facilitado la interposición de demandas indemnizatorias por parte de sujetos intencionados a emprender un litigio de forma oportunista, como por ejemplo los competidores menos eficientes que hubiesen concretamente sufrido un perjuicio inferior a la cuantía indemnizatoria mínima normativamente establecida.

### **2.1.7. Las medidas relativas a la solución extrajudicial de controversias resarcitorias de naturaleza *antitrust***

Como ya pusimos de relieve a la hora de analizar las propuestas planteadas en la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*<sup>1750</sup>, las medidas concernientes a la solución extrajudicial de controversias indemnizatorias fundadas sobre el incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia se plantearon introducir con el propósito de optimizar la relación entre *antitrust damages actions* y resoluciones extrajudiciales. Tales medidas, en efecto, habrían tenido que perseguir el doble fin de incentivar el recurso a formas extrajudiciales de solución de litigios por parte de los sujetos perjudicados por un ilícito concurrencial y, al mismo tiempo, garantizar la plena indemnización del daño *antitrust*.

La misma *ratio legis* informa las medidas introducidas por el legislador comunitario, como se desprende del Considerando 48º de la Directiva 2014/104/UE. En particular, a pesar de las críticas formuladas respecto del ámbito objetivo de estas medidas<sup>1751</sup>, el legislador comunitario ha mantenido la aplicabilidad de las mismas a todas las formas de resolución extrajudicial de

---

resultados del mercado basada en modelos económicos; *b)* el planteamiento necesario para estimar un probable escenario sin infracción sobre la base de los costes de producción y un margen de beneficio razonable.

<sup>1748</sup> *Vid. supra sub §.IV.7.6.*

<sup>1749</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 200, pág. 60.

<sup>1750</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 23.

<sup>1751</sup> *Cfr. supra sub §.V.1.6.7.*



controversias resarcitorias que descienden de asuntos de naturaleza *antitrust*, es decir los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación.

El primer grupo de medidas introducidas por el legislador comunitario afecta a la coordinación temporal entre el ejercicio de acciones indemnizatorias y el recurso a formas de solución extrajudicial de controversias. Un primer supuesto concierne al caso de que los sujetos perjudicados quieran ponerse de acuerdo con las empresas infractoras sobre una indemnización de naturaleza *antitrust*, antes de interponer una demanda judicial. Al respecto la Directiva 2014/104/UE prevé la introducción de una medida que permite que todas las partes interesadas participen en el mecanismo de solución extrajudicial, sin que esto impida el acceso a la tutela judicial. En efecto, el artículo 18, apartado 1, de la Directiva establece que: “[...] el plazo para ejercitar una acción por daños se suspenda hasta tanto no concluya cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias que tenga lugar. La suspensión del plazo solo se aplicará en relación con las partes que estén o estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia”. El segundo supuesto, en cambio, se ocupa del mismo problema, pero en el caso de que los sujetos perjudicados ya hayan entablado un juicio resarcitorio. La medida prevista por el legislador comunitario, por lo tanto, prevé que *lite pendente* los órganos jurisdiccionales nacionales puedan suspender la celebración del juicio resarcitorio durante un máximo de dos años, de manera que las partes del mismo puedan intentar la vía de la solución extrajudicial de la controversia<sup>1752</sup>.

El segundo grupo de medidas sirve para coordinar la relación de las formas de solución extrajudicial de controversias con el mecanismo de la responsabilidad

---

<sup>1752</sup> Artículo 18, apartado 2, de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.* Con respecto a esta medida el Considerando 50° de la Directiva pone de relieve que los jueces nacionales, antes de disponerla, deberían llevar a cabo un análisis coste/beneficio, puesto que a la luz de las circunstancias del asunto enjuiciado los beneficios de un procedimiento acelerado podrían superar las ventajas de la consecución de un acuerdo extrajudicial. Además, el legislador comunitario ha tratado de compatibilizar, en cierta medida, las consecuencias que descienden del recurso a formas de solución extrajudicial de controversias con la aplicación pública del Derecho de la competencia, estableciendo que: “Una autoridad de la competencia podrá considerar como atenuante el hecho de que, antes de adoptar su decisión de imponer una multa, se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial”. Artículo 18, apartado 3, de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.* En particular, la introducción de esta medida se debe a la aceptación de la segunda enmienda propuesta *ratione materiae* por el Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea –Enmiendas del Parlamento a la Propuesta de Directiva de la Comisión, *cit.*, pág. 32–. Como hemos anteriormente puesto de relieve, BASTIANON (2014, pág. 337) había criticado la introducción de esta medida al considerar que la aplicación pública y aquella privada del Derecho de la competencia constituyen dos vías de *enforcement* distintas y autónomas.

conjunta y solidaria que se aplica en los supuestos en que la realización del ilícito concurrencial sea imputables a varias empresas infractoras. Este grupo de medidas, en particular, se pone el propósito de fomentar el recurso a los acuerdos extrajudiciales (en realidad el artículo 19 de la Directiva 2014/104/UE sólo hace explícita referencia a los acuerdos extrajudiciales y no a todos los mecanismos de solución consensual de controversias a los que, en cambio, se refiere el artículo 18 de la misma Directiva)<sup>1753</sup>. El objetivo que el legislador comunitario persigue a través de la introducción de esta medida consiste en la facilitación del recurso a los acuerdos extrajudiciales de manera compatible con la consecución del objetivo de la plena indemnización de las víctimas de ilícitos concurrenciales. Para alcanzar esta finalidad se requiere que: “el infractor que abone una indemnización mediante el mecanismo de solución extrajudicial de controversias no debe encontrarse en peor situación frente a sus coinfractores que la situación en que se encontraría sin dicho acuerdo extrajudicial. Ello podría suceder en caso de que un infractor que participa en una solución extrajudicial, incluso tras llegar a un acuerdo, siguiese siendo conjunta y solidariamente responsable de resarcir el perjuicio ocasionado por la infracción”<sup>1754</sup>.

En particular, el legislador comunitario ha introducido un conjunto de medidas que tienden a desvincular los coinfractores consensuales del régimen de responsabilidad conjunta y solidaria, ponderando al mismo tiempo los intereses de las partes que estipulan un acuerdo extrajudicial con aquéllos de los demás coinfractores. Para entender el funcionamiento y la *ratio* de estas medidas resulta necesario considerar la prevalencia del objetivo de la plena indemnización de los daños *antitrust* sufridos por las víctimas de ilícitos concurrenciales, la operatividad del principio de la deducción (*proportionate share reduction*) que regula las relaciones entre las partes del acuerdo y aquéllas entre el coinfractor consensual y los coinfractores no consensuales y, por último, la prohibición de enriquecimiento sin (justa) causa. Dicha prohibición asume relevancia con respecto a todas las relaciones jurídicas que surgen cuando el acuerdo extrajudicial concierne a ilícitos concurrenciales realizados por una pluralidad de empresas infractoras y no todas hayan conseguido acordarse, extrajudicialmente y de forma simultánea, con (todos) los sujetos perjudicados que, en virtud de esta condición, resultan legitimados a reclamar en juicio la indemnización del daño *antitrust* que hayan concretamente sufrido.

Una exhaustiva explicación de las medidas introducidas por la Directiva 2014/104/UE se halla en su Considerando 51º, en que se afirma que: “[...] un infractor que es parte en un acuerdo extrajudicial no debe contribuir en principio a sus coinfractores no participantes en dicho acuerdo cuando estos últimos hayan abonado una indemnización a la parte perjudicada con la que el primer

---

<sup>1753</sup> Considerando 51º de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*

<sup>1754</sup> *Ibidem.*

infractor haya llegado previamente a un acuerdo extrajudicial. El corolario de esta norma de no contribución lo constituye que la pretensión de la parte perjudicada debe ser reducida por la cuota del perjuicio que se le haya ocasionado correspondiente al infractor parte en el acuerdo extrajudicial, con independencia de que el importe del acuerdo sea igual o distinto a la cuota relativa del perjuicio que dicho infractor haya provocado a la parte perjudicada con quien se haya llegado al acuerdo. Esta cuota relativa debe calcularse de conformidad con las normas empleadas para calcular las contribuciones entre los infractores. Sin esa reducción, el infractor que no participa en la solución extrajudicial se vería indebidamente afectado por acuerdos en los que no ha participado. Sin embargo, para garantizar el derecho al pleno resarcimiento, el coinfractor parte en un acuerdo extrajudicial aún debe abonar daños y perjuicios cuando esa sea la única posibilidad de que la parte perjudicada obtenga resarcimiento por el resto de la reclamación. El resto de la reclamación consiste en la reclamación de la parte perjudicada con quien se ha llegado a un acuerdo extrajudicial una vez deducida la cuota del perjuicio que la infracción ha ocasionado a dicha parte perjudicada correspondiente al coinfractor parte en el acuerdo extrajudicial. Esta última posibilidad de exigir una indemnización a dicho infractor existe a menos que se excluya expresamente en los términos del acuerdo extrajudicial”<sup>1755</sup>.

El objetivo de la plena indemnización de los *antitrust damages* ha de conjugarse necesariamente con la prohibición de enriquecimiento injusto. Esto no sólo vale con respecto a la determinación de la cuantía indemnizatoria que debe abonarse a los sujetos perjudicados que hayan participado al acuerdo extrajudicial y a la determinación del quantum indemnizatorio que debe reconocerse a los perjudicados que no hayan entrado en dicho acuerdo; sino que también asume relevancia para evitar situaciones en que “[...] al pagar una contribución a los coinfractores que no participan en el acuerdo extrajudicial por las indemnizaciones que estos hubieran abonado a partes perjudicadas no participantes en dicho acuerdo, el importe total de la indemnización pagada por los coinfractores partes en tal acuerdo exceda de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por la infracción [...]”<sup>1756</sup>. Por lo tanto, los jueces nacionales deben considerar las indemnizaciones que los coinfractores

---

<sup>1755</sup> *Ibidem*. Cabe observar que las medidas contempladas en el artículo 19 de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, reflejan en substancia las medidas planteadas por la Comisión Europea en el artículo 18 de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions* y en las Enmiendas del Parlamento a la Propuesta de Directiva de la Comisión (cfr. *supra sub* §.V.1.6.7), por la parte en que expresamente se reconoce la posibilidad de que las partes del acuerdo extrajudicial dispongan, pacticiamente, de la posibilidad de excluir la responsabilidad del coinfractor consensual respecto de las indemnizaciones que los coinfractores no consensuales no puedan abonar a los sujetos perjudicados que participaron en el acuerdo extrajudicial.

<sup>1756</sup> Considerando 52º de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit*.

consensuales ya hayan abonado a los sujetos perjudicados que participaron a un acuerdo extrajudicial, cuando los sujetos perjudicados que no participaron a dicho acuerdo solicitan los coinfractores consensuales para que los mismos contribuyan a la indemnización que los coinfractores no consensuales deben abonar a los demandantes –al respecto el legislador comunitario señala que “no todos los coinfractores tienen el mismo grado de implicación en todo el ámbito sustantivo, temporal y geográfico de la infracción”<sup>1757</sup>–.

## 2.2. Los aspectos no armonizados por la Directiva 2014/104/UE

En ausencia de legislación de la Unión, las *antitrust damages actions* se rigen por las normas y procedimientos nacionales de los Estados miembros. El legislador comunitario ha afirmado que los principios de equivalencia y efectividad han de ser respetados por todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de la normativa de defensa de la competencia, incluidas aquéllas que se refieren a aspectos no armonizados por la Directiva 2014/104/UE, como por ejemplo el nexo de causalidad entre la infracción y los daños *antitrust* y el requisito de conducta culpable<sup>1758</sup>. Esto quiere decir, como ya hemos señalado a lo largo del presente trabajo, que dichas normas no se deben formular o aplicar de modo menos favorable que las disposiciones normativas aplicables exclusivamente a similares acciones resarcitorias de alcance nacional, ni de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios basadas en la violación de la normativa comunitaria<sup>1759</sup>. En efecto, por lo que concierne a los aspectos no armonizados, los Estados miembros resultan en principio libres de establecer en su Derecho interno otras condiciones para el resarcimiento, tales como la imputabilidad, la adecuación o la culpabilidad, pero pueden mantenerlas en las reclamaciones indemnizatorias que descienden de la infracción de la normativa *antitrust* comunitaria sólo en la medida en que se ajusten a la jurisprudencia del TJUE, a los principios de efectividad y equivalencia, y a las disposiciones de la Directiva 2014/104/UE<sup>1760</sup>.

---

<sup>1757</sup> *Ibidem*.

<sup>1758</sup> Considerando 11º de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit*.

<sup>1759</sup> STJ de 10 de julio de 1997, Rosalba Palmisani contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), *cit.*, ap. 27; STJ de 20 de septiembre de 2001, Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd *et al.*, *cit.*, ap. 29; STJ de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA., *cit.*, ap. 62.

<sup>1760</sup> *Ibidem*.

La compatibilidad de la normativa nacional con el Derecho comunitario, por lo que concierne a las disposiciones que govanan las *antitrust damages actions*, no sólo está supeditada a la observancia de los principios de equivalencia y efectividad, sino que también se fundamenta sobre la satisfacción de la exigencia de una protección judicial adecuada (ya contemplada en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>1761</sup>), que se ha convertido en una herramienta jurídica empleada por el TJUE con el fin de enfatizar el efecto directo de las normas del TFUE<sup>1762</sup>.

REICH (2007, pág. 705), HARTKAMP (2010, págs. 530-533) y DOUGAN (2011, págs. 418 y sigs.) han puesto de relieve que en este contexto las disposiciones normativas nacionales desarrollan la función de llenar los vacíos dejados por la falta de armonización a nivel comunitario, con la consecuencia de que las reglas aplicables a las reclamaciones indemnizatorias por infracción del Derecho comunitario de la competencia representan un conglomerado entre legislación comunitaria y legislación nacional. Además, el hecho de que las disposiciones normativas aplicables a los asuntos resarcitorios de naturaleza *antitrust* constituyan el producto de una combinación de normas de diferentes ordenamientos jurídicos, conlleva la necesidad de adaptar las normas nacionales para que cumplan los requisitos establecidos por la legislación comunitaria. La falta de conformidad de las disposiciones nacionales respecto de la normativa comunitaria —que por lo que se refiere al remedio indemnizatorio se traduce en la no observancia de las limitaciones que descienden de la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad— puede determinar dos escenarios: por un lado la realización de una interpretación teleológica y, por el otro, la desapplicación de la normativa interna. En ambos casos, en efecto, estas operaciones jurídicas resultan necesarias para neutralizar el riesgo de que la aplicación de la normativa interna incompatible conduzca a la consecución de finalidades que se pongan en contraste con los objetivos del Derecho comunitario<sup>1763</sup>.

En definitiva, como también emerge de gran parte de la literatura jurídica que se ha interesado de la cuestión<sup>1764</sup>, la elección llevada a cabo por el legislador comunitario con la adopción de la Directiva 2014/104/UE, consistente en la falta de introducción de reglas armonizadas respecto de algunos requisitos sustanciales de la responsabilidad aquiliana por incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, ha incrementado las dificultades que

---

<sup>1761</sup> [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (2000/C 364/01), *DOCE* C 364/01 de 18 de diciembre de 2000.

<sup>1762</sup> CRAIG y DE BÚRCA (2011, págs. 230-231); GALETTA (2011, págs. 19-21).

<sup>1763</sup> CLAES (2006, págs. 64-68).

<sup>1764</sup> HOWARD *et al.* (2008, pág. 1442); KOMNINOS (2009, págs. 382-398); MONTI (2010, págs. 293-297); ASHTON y HENRY (2013, págs. 34-35).

rodean la determinación del conjunto de normas aplicables en los juicios de indemnización de los *antitrust damages*, lo que para las víctimas de ilícitos concurrenciales no facilita la consecución de una plena indemnización del perjuicio sufrido.

### 2.2.1. El nexo de causalidad

De conformidad con la jurisprudencia del TJUE, cualquier persona puede reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos cuando exista una relación causal entre estos daños y la infracción del Derecho de la competencia<sup>1765</sup>. El nexo de causalidad, por lo tanto, constituye uno de los elementos estructurales de la responsabilidad aquiliana conectada con la realización de ilícitos concurrenciales. El legislador comunitario, sin embargo, no ha introducido alguna medida de armonización acerca de este aspecto, con la consecuencia de que no se ha eliminado uno de los obstáculos al ejercicio de las *antitrust damages actions*, sobre todo por lo que concierne a los supuestos en que sean los compradores indirectos los sujetos perjudicados que busquen en juicio la concesión de un remedio indemnizatorio<sup>1766</sup>. El legislador comunitario, en cambio, con el fin de facilitar la interposición de demandas resarcitorias habría podido introducir, de forma generalizada, una presunción *iuris tantum* acerca de la existencia del nexo de causalidad<sup>1767</sup> –en cambio ha introducido una presunción absoluta de producción de daños *antitrust* con respecto a la realización de carteles secretos (artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2014/104/UE)–.

STRAND (2014, pág. 376), al respecto, ha puesto de manifiesto que la regla establecida en el artículo 14, apartado 2, de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, en virtud de la cual se presume *iuris tantum*, en favor de los compradores indirectos que hayan interpuesto una demanda resarcitoria contra las empresas infractoras (*offensive passing-on*), que el comprador directo haya conseguido trasladar el sobre coste generado por el ilícito concurrencial realizado por las empresas infractoras en el mercado aguas arriba. Sin embargo, contrariamente a la posición de este autor, que estima que la solución ofrecida por el legislador comunitario facilitaría sólo parcialmente la prueba del nexo de

---

<sup>1765</sup> STJ de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA., *cit.*, ap. 61.

<sup>1766</sup> Cabe recordar que TOTH (1997, pág. 192) ha considerado que la demostración de la existencia de un nexo de causalidad en el campo de las relaciones económicas y comerciales resultaba muy problemática, en virtud del hecho de que la causa del evento dañoso puede descender de múltiples factores que obran de forma simultánea o secuencial y que resultan susceptibles de producir, al mismo tiempo, efectos directos e indirectos.

<sup>1767</sup> STRAND (2014, pág. 386).

causalidad en favor de los compradores indirectos por no incidir sobre la determinación de la exacta cuantía del sobrecoste trasladado, consideramos que la medida del artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2014/104/UE represente una buena solución de compromiso entre los diferentes intereses en juego y que los aspectos relativos a la cuantificación del sobrecoste no pertenezcan al área de la causalidad, sino más bien a la determinación del *quantum debeatur*, ámbito en el cual se prevé que la Comisión Europea adopte específicas orientaciones para proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales unas directrices *ad hoc* sobre la estimación de la cuota del sobrecoste repercutida a los compradores indirectos.

Resultan de gran relevancia, a efectos del análisis del nexo de causalidad en los juicios resarcitorios que surgen del incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia, los supuestos en que la realización de un cártel secreto produce un daño de naturaleza *antitrust* para aquellos sujetos que no adquieren los productos directamente de las empresas infractoras, sino de otras empresas que aún no participando al cártel decidan alinear el nivel de precios de sus productos al nivel de precio fijado por los *co-cartelists*, generando así un efecto paraguas (*umbrella prices*). En estos supuestos, en efecto, no existe un nexo directo de causalidad entre el ilícito concurrencial y los daños y perjuicios que descienden del mismo, en cuanto la relación etiológica resulta interrumpida por el hecho voluntario de un tercero que, *sua sponte*, decide alinear el precio de sus productos al precio del cártel, produciendo un daño de relevancia anticompetitiva en la esfera jurídica de los compradores de los mismos.

Sobre este tema se ha recientemente pronunciado el TJUE<sup>1768</sup>, estableciendo que no puede excluirse *a priori* “[...] por motivos jurídicos, que empresas participantes en un cártel respondan civilmente por los daños resultantes de los precios que una empresa no participante en dicho cártel ha fijado, teniendo en cuenta la actuación de dicho cártel, en un nivel más elevado que el que habría aplicado de no existir el cártel”. El juez austriaco (Oberster Gerichtshof), en cambio, había excluido la existencia de una relación de causalidad entre la infracción *antitrust* y el correspondiente daño, en virtud del hecho de que este tipo de perjuicio resulte exclusivamente reconducible al hecho voluntario de un tercero, *extraneus* a la realización de la práctica anticompetitiva<sup>1769</sup>.

---

<sup>1768</sup> STJ de 5 de junio de 2014, *Kone AG et al. contra ÖBB-Infrastruktur AG*, C-557/12, RJ digital.

<sup>1769</sup> El TJUE, al respecto, ha indicado que: “[...] el Derecho austriaco excluye, de manera categórica, un derecho a indemnización en una situación como la del litigio principal, debido a que se considera que, a falta de un vínculo contractual con un miembro del cártel, la relación de causalidad entre el perjuicio sufrido y el cártel de que se trata queda roto por la decisión autónoma de la empresa no participante en dicho cártel, pero que, a causa de la existencia de éste, ha fijado un precio a su amparo («umbrella pricing»)”. STJ de 5 de junio de 2014, *Kone AG et al. contra ÖBB-Infrastruktur AG*, *cit.*, ap. 31.

La decisión del TJUE se fundamenta sobre el presupuesto de que ante la inexistencia de una específica normativa comunitaria acerca de la aplicación del concepto de relación de causalidad en materia de acciones indemnizatorias por incumplimiento del Derecho de la competencia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño que descende de la infracción del artículo 101 del TFUE, y que esta tarea debe realizarse en el respeto de los principios de equivalencia y efectividad. Estas normas nacionales, según se desprende de la doctrina jurisprudencial de los jueces comunitarios, deben garantizar la plena efectividad de la normativa comunitaria de defensa de la competencia<sup>1770</sup>, que persigue específicamente el objetivo de lograr el mantenimiento de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior, lo que se traduce, por lo que concierne a las prácticas prohibidas con arreglo al artículo 101 del TFUE, en asegurar que los precios se fijen en función del juego de la libre competencia.

El TJUE, por lo tanto, parece acudir a un concepto de causalidad que se basa sobre la teoría de la finalidad de la norma infringida, que en nuestro caso corresponde a la salvaguardia de un régimen competitivo en el mercado, con la consecuencia de que la prohibición establecida en el artículo 101 del TFUE se extiende hacia la tutela de cualquier sujeto que pueda tener un interés a la salvaguardia del carácter competitivo del mercado. El problema de la subsistencia en concreto del nexo de causalidad en dichos supuestos, luego, puede ser solucionado tomando en cuenta los siguientes elementos<sup>1771</sup>: *i*) ha de constatarse si, en ausencia del primer hecho ilícito (el cártel secreto), subsistiera o menos la misma probabilidad de producción del daño; *ii*) ha de averiguarse si el daño producido constituye la concretización de los efectos lesivos que la norma infringida trata de evitar; *iii*) se tiene que establecer si subsista o menos una desproporción entre la conducta ilícita y el daño *antitrust*. Estas condiciones se cumplen en los supuestos de precios paraguas, en cuanto en ausencia de la primera conducta anticompetitiva es improbable que la categoría de sujetos afectados por los *umbrella prices*, se habrían enfrentado al mismo tipo de incremento de precio; el daño constituye la concretización del riesgo de vulneración del régimen competitivo del mercado y, por último, la práctica de precios paraguas no constituye un aprovechamiento anómalo del ilícito concurrencial de que se trata, siendo más bien un acontecimiento normalmente previsible en dichos supuestos<sup>1772</sup>.

---

<sup>1770</sup> STJ de 7 de diciembre de 2010, [Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers \(VEBIC\) VZW](#), C-439/08, RJ 2010/I/12471.

<sup>1771</sup> TRIMARCHI (1967, págs. 116 y sigs.).

<sup>1772</sup> CASTELLI (2014, pág. 1339).



### 2.2.2. Remedio indemnizatorio, elemento subjetivo e incidencia del error en la determinación de la responsabilidad civil extracontractual por daños *antitrust*

La cuestión relativa a la necesidad de armonizar los regímenes nacionales por lo que se refiere a la subsistencia del requisito de conducta culpable y a su trascendencia probatoria en los juicios resarcitorios, fue originariamente planteada por la Comisión Europea en el Libro Verde<sup>1773</sup> y posteriormente cultivada hasta la adopción del Libro Blanco<sup>1774</sup>. En efecto, analizando el *memorandum* explicativo de la Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, se observa que el Ejecutivo comunitario afirma explícitamente que “a efectos de la presente propuesta, ya se han descartado algunas de las medidas propuestas en el Libro Blanco, como el recurso colectivo y las normas sobre el requisito de conducta culpable”<sup>1775</sup>.

Analizando los regímenes nacionales relativos a la responsabilidad aquiliana, en términos generales puede destacarse que en los supuestos en que se haya abogado por una regla de responsabilidad extracontractual de tipo objetivo, para imputar la infracción a su autor material no se requiere al sujeto sobre el cual recae la carga de la prueba de los elementos estructurales de la responsabilidad aquiliana de la contraparte (es decir al demandante), también la prueba de la culpa del autor de la infracción<sup>1776</sup>. En cambio, en el caso de que los sistemas

---

<sup>1773</sup> Las opciones contempladas en el Libro Verde fueron: *i*) responsabilidad objetiva (Opción 11); *ii*) responsabilidad objetiva sólo con respecto a los *hardcore infringements* (Opción 12); *iii*) exoneración de responsabilidad en caso de error excusable de hecho o de derecho (Opción 13). *Vid. supra sub §.IV.6.2.*

<sup>1774</sup> La propuesta formulada en el Libro Blanco, en particular, no contemplaba alguna operación de armonización de los regímenes nacionales por lo que se refiere al requisito de conducta culpable. Lo que la Comisión Europea propuso fue, por un lado, el mantenimiento del régimen de responsabilidad objetiva para los Estados miembros que lo hubiesen adoptado (régimen esto que, en sede aplicativa, sólo habría encontrado el límite del respeto de los principios de equivalencia y efectividad) y, por el otro, la introducción de un estándar máximo de culpabilidad para los Estados miembros que hubiesen adoptado un régimen de responsabilidad aquiliana fundamentado alrededor del principio de culpabilidad del autor de la infracción (se propuso como estándar máximo una presunción *iuris tantum* de culpabilidad de las empresas infractoras, que podía ser rebatida sólo en el caso de que las mismas hubiesen demostrado que la infracción *antitrust* había sido el resultado de un error excusable genuinamente). *Cfr. supra sub §.IV.7.5 y Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, cit., aps. 173-174, pág. 52.*

<sup>1775</sup> Propuesta de Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*, pág. 14.

<sup>1776</sup> Como ejemplo de supuestos de responsabilidad sin culpa podemos mencionar aquellas situaciones en que el autor de la infracción haya realizado actividades inherentemente peligrosas, es decir actividades que por su naturaleza necesitan la adopción de ciertas precauciones para evitar la concretización de un determinado riesgo.

jurídicos otorguen relevancia al requisito de conducta culpable, la (prueba de la) culpa del autor material de la infracción constituye uno de los elementos necesarios para la imputación de la responsabilidad.

Antes de analizar la relevancia del requisito de conducta culpable en los juicios resarcitorios por incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, consideramos oportuno destacar que, desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, tanto el modelo de imputación de la responsabilidad aquiliana basado sobre criterios objetivos, como aquello basado sobre criterios subjetivos se caracterizan por imponer a los infractores la internalización de los costes sociales provocados por sus conductas o actividades ilícitas<sup>1777</sup>. En primer lugar, en los supuestos de responsabilidad objetiva, el sujeto infractor tiene que decidir si el beneficio marginal que sacaría de la realización de la conducta o actividad ilícita es susceptible de acarrearle un daño excedente al coste marginal esperado. Si la evaluación conduce a un resultado positivo y se decide realizar la actividad peligrosa, en el caso de que el riesgo se concrete produciendo consecuencias perjudiciales para un cierto número de individuos, el autor de la actividad peligrosa quedará obligado a compensar las víctimas que reclamen en juicios la indemnización de los daños sufridos como consecuencia de la realización de la misma. Viceversa, en el caso de que se haya estimado que los beneficios resultan inferiores al coste marginal esperado y, por consiguiente, se haya tomado la decisión de no realizar la conducta o actividad peligrosa, el resultado será aquello de evitar las consecuencias dañinas que habrían descendido de la concretización del riesgo ínsito a la realización de la actividad peligrosa. Ambas decisiones resultan eficientes, en cuanto en el primer caso la realización de la actividad peligrosa refleja la eficiencia de los resultados esperados (el beneficio marginal obtenido excede el coste marginal esperado). Lo mismo también ocurre en el segundo supuesto, en cuanto la decisión de no actuar refleja la ineficiencia del resultado esperado como consecuencia de la realización de una acción positiva (el coste marginal esperado excedería el beneficio marginal esperado). La previsión de una regla de responsabilidad objetiva, por lo tanto, resulta susceptible de ser justificada con arreglo al criterio de la eficiencia económica, en cuanto fuerza los potenciales infractores a tomar decisiones a sabiendas de que deberán internalizar los costes sociales provocados por sus conductas o actividades.

En segundo lugar, cuando se prevé una regla de responsabilidad por culpa se crean incentivos para que los potenciales infractores adopten sólo aquellas precauciones que estén *cost-justified*. Dicha afirmación puede ser explicada a través

---

En estos supuestos, en efecto, se suele establecer una forma objetiva de responsabilidad que prescinde del análisis de la culpa o negligencia del autor y se caracteriza por el hecho de que las consecuencias perjudiciales del evento dañoso se imputan al *wrongdoer* por el mero hecho de haber llevado a cabo la actividad peligrosa.

<sup>1777</sup> LANDES y POSNER (1987, págs. 38 y sigs.).

de la fórmula de HAND<sup>1778</sup>, con arreglo a la cual cuando los daños esperados resultan mayores que el coste de las precauciones que el potencial infractor habría tenido que adoptar, este sujeto tendrá el deber de adoptar tales medidas; mientras que cuando los daños esperados resulten menores que los costes de las precauciones requeridas para evitarlos, no resulta eficiente (es decir, no resulta *cost-justified*) imponer sobre el potencial infractor el deber de adoptar medidas de cuidado. Por lo tanto, también la regla de responsabilidad por culpa hace que los potenciales infractores actúen a sabiendas de que tendrán que internalizar los costes sociales de su (falta de) inversión en la adopción de medidas de prevención<sup>1779</sup>.

Tomando ahora en consideración los específicos supuestos de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia, podemos antes de todo destacar que la conducta o práctica que genera un daño injusto resulta ya ilícita con arreglo a la normativa de defensa de la competencia. Al respecto, HAVU (2015, pág. 3) ha puesto de relieve que en los supuestos en que, desde el punto de vista del elemento psicológico del ilícito, resulte que el perjuicio haya sido producido de forma casi intencional o a causa de la realización de una conducta considerada ya de por sí ilícita por una determinada rama del ordenamiento jurídico, la responsabilidad extracontractual que descende de la misma puede imputarse a su autor material como si el mismo hubiera actuado de forma negligente. Dicha postura se encuentra, de forma más o menos similar, también en el ámbito de la doctrina española. En particular SANCHO GARGALLO (2009, pág. 17) textualmente afirma que: “la conducta ilícita que supone la infracción de los arts. 81 o 82 TCE ordinariamente encierra un comportamiento doloso por sus agentes, esto es, la culpa del agente es connatural a la realización de estas conductas restrictivas de la competencia, razón por la cual una vez constatada la conducta, para que prospere su acción el actor deberá sobre todo acreditar la relación de causalidad entre la referida conducta ilícita y el daño o perjuicio que pretende le sea indemnizado, sin necesidad de probar el dolo o la culpa grave”.

Evaluando esta postura con arreglo a los *economic rationales* que subyacen a los dos modelos de imputación de responsabilidad que acabamos de ilustrar, con carácter general y prescindiendo momentáneamente del análisis de su compatibilidad con la normativa comunitaria aplicable *ratione materiae*, podemos

---

<sup>1778</sup> La fórmula de HAND constituye el fundamento económico del concepto de negligencia. Dicha fórmula, en particular, representa el deber de cuidado del potencial infractor y puede ser representada a través de la siguiente función:  $B = P \times L$ . En particular, las variables que al respecto ocurre tomar en consideración, resultan las siguientes: P es la probabilidad de que ocurra el daño; L es la magnitud del daño; B es el coste de las precauciones que el potencial infractor debería adoptar para prevenir el daño. [United States et al. v. Carroll Towing Co., Inc., et al.](#), 159 F.2d 169 (2<sup>nd</sup> Cir. 1947).

<sup>1779</sup> LANDES y POSNER (1987, págs. 54-82); WERRO *et al.* (2004, págs. 3-8).

observar que la solución que aboga por la atribución *per se* de la responsabilidad extracontractual a las empresas que incumplen la normativa comunitaria de defensa de la competencia, presenta al mismo tiempo aspectos positivos y negativos. En primer lugar, dicha postura produciría un beneficio para los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial, en cuanto no se les impondrá la carga de la prueba de la culpa de las empresas infractoras que, por lo tanto, no constituirá un elemento estructural necesario para conseguir el reconocimiento judicial de la indemnización de los daños *antitrust* concretamente sufridos. La adopción de esta postura facilitaría la interposición de demandas indemnizatorias, en cuanto los potenciales demandantes no tendrán que soportar los costes asociados con la prueba del elemento psicológico, no configurándose como elemento estructural de la responsabilidad aquiliana de los *antitrust infringers*<sup>1780</sup>: se trata de un beneficio tangible, que se traduce en una disminución del nivel de las costas procesales esperadas.

En segundo lugar, la elección de un modelo de responsabilidad civil extracontractual por incumplimiento del Derecho de la competencia fundamentado sobre la culpa de las empresas infractoras, también conlleva una importante desventaja, produciendo un impacto negativo sobre la sociedad. En teoría bajo esta regla de responsabilidad las empresas infractoras tendrán más incentivos a incrementar el nivel de las inversiones en medidas de precaución, con el fin de evitar las pérdidas económicas conectadas con la interposición de demandas resarcitorias. Sin embargo, la adopción de un mayor número de medidas de precaución se traducirá en una disminución de las estrategias empresariales lícitas, si bien más agresivas, con consiguiente disminución de la presión competitiva en el mercado de referencia. Bajo este escenario, en particular, podría producirse un perjuicio para los sujetos afectados por la realización de prácticas anticompetitivas, en términos de aumento del nivel de precios, disminución de la cantidad de los productos comercializados por las empresas infractoras y de la calidad de los mismos<sup>1781</sup>.

Siempre en vía preliminar, consideramos oportuno poner de relieve que, en la práctica, la aplicación de un régimen de responsabilidad civil extracontractual por infracción del Derecho de la competencia basado sobre el principio de la culpa de las empresas infractoras, más bien que incrementar los incentivos de los autores de ilícitos concurrenciales hacia la adopción de mayores medidas de precaución, empeoraría la posición procesal de los sujetos perjudicados, en cuanto los mismos tendrán que soportar una carga probatoria más intensa. En particular, para los potenciales demandantes resulta mucho más complejo lograr la plena indemnización del daño sufrido, teniendo que demostrar también la existencia del elemento estructural de la culpa del *wrongdoer* y, por ende,

---

<sup>1780</sup> HAVU (2015, pág. 3).

<sup>1781</sup> DARI-MATTIACCI y SCHÄFER (2007, págs. 23-24); PARISI *et al.* (2007, pág. 46).

enfrentarse con un riesgo mayor respecto del resultado final del juicio indemnizatorio (sobre todo por lo que se refiere a los juicios autónomos).

Por lo que concierne al régimen de responsabilidad extracontractual vigente en el ordenamiento jurídico español, como ya hemos tenido forma de destacar con anterioridad<sup>1782</sup>, los artículos de 1902 a 1910 del Código Civil establecen que la culpa constituye un elemento estructural esencial de la responsabilidad aquiliana. En principio, puesto que el legislador español ha abogado por un régimen de responsabilidad extracontractual basado sobre el principio de culpabilidad, el *onus* de demostrar que el autor de la infracción haya actuado con dolo o negligencia recae sobre las víctimas del ilícito. Sin embargo, la jurisprudencia española ha introducido, a lo largo del tiempo y en un número siempre más elevados de supuestos, un sistema de presunción relativa de culpa, con consiguiente inversión de la distribución del *onus probandi*. El sistema de culpa presunta, en efecto, se caracteriza por el hecho de que corresponde al infractor, en razón de la inversión de la carga probatoria, demostrar en juicio que su conducta no ha sido dolosa ni negligente<sup>1783</sup>.

A nivel doctrinal, en particular, GÓMEZ POMAR (2001, págs. 1-2) ha destacado este aspecto afirmando que: “La inversión de la carga de la prueba no limita su campo de aplicación a los sectores de ‘riesgo’ o de ‘objetivación de la responsabilidad’, sino que opera con carácter más general como presunción (rebatible por prueba contraria) de culpa del causante de cualquier daño y como consecuencia, en principio, de cualquier clase de actividad. La evolución de esta doctrina de la inversión de la carga de la prueba ha sido muy bien analizada por Santiago CAVANILLAS MUGICA, 1987, pp. 65 y ss.: de una presunción judicial de hecho basada en indicios reveladores de probabilidad de culpa [STS, 1ª, 10.7.1943 (RAJ 856)] y pasando por *obiter dicta* al respecto en los años 60, se llega en los 70 a una verdadera presunción de culpa extracontractual con ámbito de aplicación potencialmente universal –no llegó a serlo en realidad, porque hubo sectores, el de accidentes médicos señaladamente, en los que el Tribunal Supremo nunca empleó tal inversión general de carga probatoria”.

Consideramos que el cambio aportado por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español asume una gran relevancia en el ámbito de nuestro análisis, en cuanto los ilícitos concurrenciales no se consideran actividades

---

<sup>1782</sup> Cfr. *supra sub* §.IV.6.2.1.

<sup>1783</sup> *Vid.* STS de 30 de junio de 1993 y STS de 12 de junio de 1994, en que se afirma que: “[...] La doctrina de la inversión de la carga de la prueba de la culpa, aunque aludida en algunas sentencias de mediados de siglo (23 de diciembre de 1952, 24 de marzo de 1953), que más bien acentúan el grado de diligencia exigible, no se consagra definitivamente hasta la de 30 de junio de 1959; en los años 60 se generaliza (Ss. 5 octubre 1979, 10 de mayo de 1982, 9 de junio 1989) y se transforma en principio permanente”. ALBALADEJO (2011, págs. 939-945).

peligrosas y, por lo tanto, en los juicios resarcitorios entablados tras el incumplimiento de la normativa *antitrust*, no sería en principio susceptible de aplicación el régimen de responsabilidad objetiva que la ley prevé para los supuestos de realización de actividades empresariales peligrosas<sup>1784</sup>. En la jurisprudencia de primera instancia, con particular referencia a los juicios resarcitorios ocasionados por el incumplimiento de la normativa española de defensa de la competencia, se encuentran posiciones favorables a la aplicación de un régimen de responsabilidad extracontractual caracterizado por la previsión de una presunción *iuris tantum* de culpa de las empresas infractoras. Esta conclusión puede sacarse, por ejemplo, de un pronunciamiento del JPI de Madrid<sup>1785</sup>, en el que se ha afirmado que: “Por tanto, la condena de la LNFP en aquella instancia, lleva a estimar, a los efectos de juzgar en ésta, que ha cometido una acción culpable de la que Antena 3 tiene la consideración de perjudicado a los efectos de lo prevenido en el artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia [...]”<sup>1786</sup>.

Al respecto, reputamos que la aplicación de una presunción relativa de culpa, en los supuestos de responsabilidad extracontractual por incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia, sea compatible<sup>1787</sup> con la normativa comunitaria (Directiva 2014/104/UE), el *case law* y los principios de derecho de la UE, y además no vaya más allá de las limitaciones previstas por este conjunto de reglas jurídicas<sup>1788</sup>. En particular, por un lado, dicha presunción *iuris tantum* de culpa constituye una medida equivalente a la medida que se aplica a las reclamaciones indemnizatorias fundadas exclusivamente sobre el incumplimiento de la normativa interna de defensa de la competencia y, por el otro, su previsión es susceptible de facilitar –más bien que hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE– la consecución de la plena indemnización de los daños y perjuicios que descienden de la realización de ilícitos concurrentes. A este último respecto podemos señalar que la presunción relativa de culpa concurre a aliviar la carga probatoria que recaería sobre los demandantes en el caso de que los mismos

---

<sup>1784</sup> PEÑA LÓPEZ (2002, págs. 235 y sigs.).

<sup>1785</sup> SJPI núm. 4 de Madrid de 7 de junio de 2005, Antena 3 de Televisión, S.A. contra Liga Nacional de Fútbol Profesional, *cit.*

<sup>1786</sup> Véase también la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 25 de mayo de 2006, Conduit Europe, S.A. contra Telefónica de España, S.A.U., 73/2006.

<sup>1787</sup> También LEFEVRE (2009, pág. 14) y SCHOORS *et al.* (2011, pág. 202) consideran necesario y adecuado que la responsabilidad aquiliana por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia se impute a las empresas infractoras sólo en el caso de que se consiga demostrar de algún modo que el daño *antitrust* provocado a los demandantes haya sido causado de forma culpable.

<sup>1788</sup> JAECKS y SÄCKER (2008, pág. 737) asumen una posición contraria sobre este aspecto, afirmando que el requisito de conducta culpable en materia de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia no resulta compatible con el Derecho de la UE.

tengan que demostrar, en el ámbito de un juicio resarcitorio y con carácter de esencialidad, este otro elemento estructural de la responsabilidad aquiliana de las empresas infractoras, con respecto al cual la normativa comunitaria no ha previsto alguna medida de armonización para facilitar el reconocimiento judicial de la indemnización de los *antitrust damages*<sup>1789</sup>.

La evaluación acerca de la compatibilidad de la presunción *iuris tantum* de culpa con el sistema de responsabilidad extracontractual por incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, sin embargo, no puede limitarse exclusivamente al análisis de los efectos que su previsión conlleva en relación a la posición de las víctimas de ilícitos concurrenciales, siendo también necesario tomar en consideración las consecuencias que la aplicación de esta presunción resulta susceptible de producir desde la perspectiva de las empresas infractoras. Lo que en particular resulta relevante a efectos de nuestro análisis es medir la probabilidad de que la previsión de una presunción relativa de culpa pueda rebatirse, tomando sobre todo en consideración las herramientas jurídicas que pueden ser empleadas por los demandantes y establecer si, en la práctica, resulta necesario denegar o circunscribir, total o parcialmente, su aplicación para evitar que se desvirtúe el régimen normativo comunitario aplicable en los supuestos de responsabilidad civil por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia<sup>1790</sup>.

En particular ocurre analizar si cabe la posibilidad de que las empresas infractoras puedan rebatir la presunción de culpa demostrando que la infracción *antitrust* fue el resultado de un error excusable genuinamente, tal y como había

---

<sup>1789</sup> La aplicación de este sistema en los juicios de seguimiento, además, hace que los sujetos perjudicados por la realización de una infracción *antitrust* gocen de un beneficio aún más consistente, en cuanto la presunción *iuris tantum* de culpa de las empresas infractoras se complementa por la medida establecida por el artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE, que atribuye eficacia vinculante a las decisiones firmes de las ANC del mismo Estado miembro al que pertenece el juez nacional ante el cual se ha entablado el juicio resarcitorio.

<sup>1790</sup> Las mismas consideraciones, en realidad, podrían realizarse también en el caso de que se optara por la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva en sentido estricto. Al respecto, sin embargo, cabe poner de relieve que bajo un régimen de responsabilidad caracterizado por la aplicación de una presunción *iuris tantum* de culpa y pese a las dificultades probatorias que encuentran los demandantes (no obstante las mismas hayan sido atenuadas a través de la introducción, por parte de la Directiva 2014/104/UE, de medidas que facilitan el acceso a la información relevante), este aspecto que *prima facie* parece facilitar la interposición con éxito favorable de demandas resarcitorias, podría obstaculizar la indemnización del daño *antitrust*. En efecto, los sujetos perjudicados por la realización de ilícitos concurrenciales, más bien que demostrar la culpa de las empresas infractoras, deberían demostrar la inadmisibilidad, irrelevancia o insubsistencia de la prueba contraria alegada por las empresas demandadas para rebatir la presunción de culpa y lograr este resultado podría ser aún más complejo en la práctica.

planteado la Comisión Europea en el Libro Blanco<sup>1791</sup>. Por lo que respecta a la admisibilidad del error excusable en el ámbito de los juicios de responsabilidad extracontractual por incumplimiento de la normativa comunitaria *antitrust*, SANCHO GARGALLO (2009, pág. 17), a la hora de comentar las medidas previstas en el Libro Blanco, ha afirmado que “[...] sin necesidad de modificación legislativa y por vía de interpretación jurisprudencial, resultaría muy prudente dar la posibilidad al agente de eximirse de responsabilidad probando que su conducta responde a un error excusable, esto es que ‘una persona que prestara un alto grado de atención no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia’”.

Por lo tanto, si el error excusable resulta en principio admisible, en concreto sólo la demostración de que la práctica anticompetitiva se haya realizado a causa de un error de hecho podría conducir a una exoneración de responsabilidad. En este sentido ya se había pronunciado el TJUE, si bien con respecto a una petición de cuestión prejudicial que concernía a la subsistencia de ilícitos concurrenciales en constancia de errores de derecho. El TJUE, en particular, había mantenido una postura negativa sobre la posibilidad de que las empresas infractoras lograsen la exoneración de culpa demostrando que habían incurrido en un error de derecho y, en ocasión de la decisión del asunto *Schenker*, afirmó que: “[...] el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una empresa que haya infringido esta disposición no puede evitar la imposición de una multa cuando dicha infracción tenga su origen en un error de la empresa sobre la licitud de su comportamiento en razón del contenido del dictamen jurídico de un abogado o de la resolución de una autoridad nacional de defensa de la competencia”<sup>1792</sup>.

Cabe además añadir que también la Comisión Europea consideró que las empresas que habían materialmente llevado a cabo una práctica anticompetitiva en constancia de un error de derecho, no pudiesen ampararse bajo este tipo de error para lograr la exoneración de responsabilidad<sup>1793</sup>. Por ejemplo, en el caso de que algunas empresas hayan estipulado un acuerdo contenente restricciones verticales en contraste con el Reglamento de exención por categorías y, además, no se consiga justificar este acuerdo aplicando la *efficiency defence* prevista por el artículo 101, apartado 3, del TFUE, a las mismas sólo quedaría la posibilidad de alegar que no tuvieron conocimiento de que su cuota de mercado excediese el umbral del 30% (*error facti*), mientras que no sería admisible ceñirse a una defensa fundamentada sobre la ignorancia del hecho de que por encima del umbral del 30% de la cuota de mercado, los acuerdos verticales no pueden estar amparados por el Reglamento de exención por categorías (*error iuris*).

---

<sup>1791</sup> Libro Blanco, *cit.*, pág. 7.

<sup>1792</sup> STJ de 18 de junio de 2013, [Bundeswettbewerbsbehörde y Bundeskartellanwalt contra Schenker & Co. AG](#), C-681/11, RJ digital, ap. 43.

<sup>1793</sup> Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 179.



Siempre por lo que concierne a los supuestos que recaen bajo la operatividad del error de hecho, cabe también interrogarse si este tipo de error se configura cuando la realización de una práctica anticompetitiva descienda de los resultados equivocados de un programa interno de *compliance* o en el caso de que los ilícitos concurrenciales traigan origen de los informes errados de los expertos a cuyo asesoramiento las empresas infractoras hayan recurrido antes de realizar una específica estrategia comercial que, no obstante el aval de los mismos, haya sido posteriormente considerada anticompetitiva. Al respecto consideramos que la respuesta haya de ser negativa en ambos casos. En primer lugar debe tenerse en consideración la circunstancia de que la Comisión Europea ya se había pronunciado de forma no favorable a la excusabilidad de este error en presencia de situaciones nuevas o complejas, pero no en el caso de que las empresas infractoras hubiesen confiado erróneamente sobre informes legales o profesionales equivocados antes de llevar a cabo unas específicas estrategias empresariales<sup>1794</sup>. En segundo lugar, el Ejecutivo comunitario había también afirmado que cuando el error haya causado la realización de las infracciones más graves del Derecho de la competencia, cuales por ejemplo los carteles secretos<sup>1795</sup>, en ningún caso habría podido reconocerse en su favor una exoneración de responsabilidad.

En definitiva, para llegar a una conclusión definitiva sobre este aspecto consideramos que sea necesario analizar conjuntamente todos los anteriores elementos. Antes de todo ocurre observar que la doctrina jurisprudencial anteriormente comentada (asunto *Schenker*) se ocupa del error como factor de mitigación de la culpa en la fase de determinación de las multas sancionadoras, y por esto asume explícita relevancia sólo con respecto a la aplicación pública del Derecho de la competencia. Los jueces comunitarios, en cambio, nunca hasta ahora se han pronunciado de forma explícita sobre la relevancia del error como factor de exclusión o mitigación de la culpa en el contexto de los juicios resarcitorios ocasionados por el incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia.

Además, el plano de la determinación del *quantum* de las multas sancionadoras es diferente del plano de la determinación de la existencia de la responsabilidad extracontractual por incumplimiento de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, en cuanto por lo que se refiere a este último ámbito la subsistencia o menos de la culpa afecta directamente la subsistencia de la responsabilidad aquiliana de las empresas infractoras, en cuanto en razón del régimen jurídico aplicable *ratione materiae*, la culpa se configura como uno de los

---

<sup>1794</sup> *Ibidem*, ap. 179, pág. 53.

<sup>1795</sup> STJ de 31 de marzo de 1993, A. Ahlström Osakeyhtiö *et al.* contra Comisión de las Comunidades Europeas, *cit.*. Commission Staff Working Paper del Libro Blanco, *cit.*, ap. 178, pág. 53.

elementos estructurales de esta responsabilidad. Además, creemos que no sea compatible con el objetivo de la plena indemnización de los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial, una solución que abogara por la mitigación del daño resarcible en el caso de que las empresas infractoras consiguieran demostrar que incurrieron en un error de hecho excusable genuinamente a la hora de llevar a cabo la práctica anticompetitiva de que se trate.

Arrancando de estas consideraciones podemos llegar a la conclusión de que no sería jurídicamente correcto permitir que las empresas infractoras puedan rebatir la presunción *iuris tantum* de culpa exclusivamente demostrando que el ilícito concurrencial del que origina la demanda indemnizatoria fue causado por un error de hecho excusable genuinamente. En efecto, la relevancia de este tipo de error en el plano de la responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia no resulta judicialmente confirmada, ni normativamente prevista –existiendo al respecto sólo algunas posiciones doctrinales favorables– de lo cual descende que, en principio, sea plausible dudar de la compatibilidad con la normativa comunitaria de un régimen nacional que admita el error de hecho como causa de superación de la presunción de culpa. Como ha puesto de relieve HAVU (2015, pág. 12), sería contrario al principio del efecto útil<sup>1796</sup> de las normas de Derecho comunitario –principio ése que constituye una de las limitaciones que encuentran los regímenes nacionales aplicables a supuestos de relevancia comunitaria y por los cuales existe y se aplica una normativa comunitaria, como en el caso de las acciones resarcitorias ocasionadas por el incumplimiento de los artículos 101 u 102 del TFUE después de la adopción de la Directiva 2014/104/UE– adoptar soluciones de Derecho interno, aunque sólo por vía interpretativa, que permitan alcanzar con gran facilidad la prueba de la ausencia de culpa, si con carácter general se prevé que ha de ser demostrada en juicio la subsistencia de la culpa para acreditar la responsabilidad extracontractual de las empresas infractoras. Este supuesto, por lo visto, se configuraría admitiendo que los demandados puedan rebatir la presunción relativa de culpa exclusivamente demostrando el hecho de haber causado el ilícito concurrencial por un error de hecho excusable genuinamente.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, puede además observarse que otro supuesto de incompatibilidad se materializaría en el caso de que el régimen nacional de responsabilidad extracontractual se fundamentara sobre el principio de la culpa del autor de la infracción y, al mismo tiempo, se impusiera sobre los demandantes (que en nuestro caso serían los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial) una carga probatoria en orden al requisito de la culpa de los *antitrust infringers* extremadamente difícil de satisfacer<sup>1797</sup>.

---

<sup>1796</sup> STJ de 14 de octubre de 1999, Adidas AG, *cit.*, ap. 24.

<sup>1797</sup> HAVU (2015, pág. 12).

Por último cabe subrayar que con respecto a algunas tipologías de infracciones *antitrust*, como por ejemplo los ilícitos concurrenciales por objeto y sobre todo los carteles secretos, resulta muy difícil que las empresas infractoras puedan lograr la exoneración de la responsabilidad extracontractual demostrando la subsistencia de un error de hecho excusable genuinamente. Por lo que concierne al abuso de posición dominante, además, es muy difícil que las empresas infractoras puedan incurrir en un error de hecho sobre la circunstancia de que se encontraban en posición dominante a la hora de realizar el ilícito concurrencial, en cuanto tales empresas siempre pueden contar con toda la información necesaria para evaluar su situación en el mercado de referencia<sup>1798</sup>. Por lo tanto, sólo el área de los ilícitos concurrenciales por efecto –sobre todo ahora que el *effect-based approach* ha asumido un mayor papel en la evaluación de los ilícitos concurrenciales– parece ser un ámbito plausible para demostrar que el error de hecho fue determinante para la realización de la infracción *antitrust* que ha causado el perjuicio reclamado en juicio, en cuanto el análisis de los efectos anticompetitivos resulta muy complejo y es susceptible de generar incertidumbre, dificultad y errores por lo que se refiere a la previsión de las consecuencias de las conductas y prácticas empresariales<sup>1799</sup>.

### **3. El estado de desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia en el ordenamiento jurídico español antes de la trasposición de la Directiva 2014/104/UE**

Antes de concluir este capítulo consideramos necesario tomar en consideración algunos datos empíricos relativos al estado de desarrollo de la aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia en el ordenamiento jurídico español y comentar algunos de los asuntos más recientes con respecto a los cuales los jueces españoles han afrontado algunos aspectos de las *antitrust damages actions* que ya fueron objeto del proceso normativo comunitario de armonización.

Al respecto, antes de todo, hemos decidido referirnos al *database* que, hasta la fecha, incorpora de forma más completa y exhaustiva el *case-law* español en esta

---

<sup>1798</sup> SCHMIDT (2008, págs. 146-149), en cambio, ha afirmado que resultaría altamente probable que una empresa en posición de dominio no sepa que se encontraba en dicha situación, en cuanto establecer que se posee una posición dominante presupone la realización de un análisis muy complejo, a partir de la correcta individuación del mercado de referencia. MONTI (2001, págs. 131-141), además, ha subrayado que sólo un análisis *ex post* puede acreditar con exactitud la existencia de una posición de dominancia colectiva, ya existente en el momento de la realización del ilícito concurrencial que ha dado lugar a la interposición de las demandas indemnizatorias.

<sup>1799</sup> MACKENRODT (2008, págs. 167-186); COLINO (2011, pág. 704).

materia, y cuya elaboración se debe al Profesor Francisco MARCOS FERNÁNDEZ<sup>1800</sup>. La creación de este *database* posee una gran utilidad científica en cuanto constituye la fuente más exhaustiva por lo que se refiere a la recopilación de litigios relacionados con la infracción de la normativa de defensa de la competencia ante los órganos jurisdiccionales españoles entre el 1 de mayo de 1999 y el 1 de mayo de 2012 (este *database* ha sido posteriormente actualizado y toma en consideración también asuntos concluidos en el año 2013<sup>1801</sup>). En efecto, cabe constatar que la fuente privilegiada para la búsqueda de los litigios nacionales en esta materia, es decir la base de datos de la Comisión Europea creada con arreglo a lo dispuesto del artículo 15, apartado 2, del Reglamento CE 1/2003<sup>1802</sup>, resulta completamente desactualizada y por lo que se refiere a los asuntos españoles no conta con la indicación de ningún litigio<sup>1803</sup>.

El único límite que cabe señalar respecto de la evaluación de los datos empíricos que pueden extraerse de este *database* respecto de la impostación de nuestro trabajo reside en la circunstancia de que la recopilación realizada por MARCOS FERNÁNDEZ no se refiere sólo a las *antitrust damages actions*, sino que también considera los asuntos relacionados con los demás remedios *antitrust* de naturaleza privada (*v.gr.* la acción de nulidad de los acuerdos o decisiones prohibidos por el artículo 101, apartado 1, del TFUE y aquéllos prohibidos por la correspondiente prohibición nacional).

En términos generales cabe poner de relieve que el *database* elaborado por MARCOS FERNÁNDEZ recoge un total de 323 casos, la mayoría de los cuales se refiere a reclamaciones *stand-alone* (94%), mientras que sólo 18 asuntos están relacionados con el ejercicio de acciones *follow-on*. Las acciones de seguimiento, en particular, se han dividido del modo siguiente: *i)* 2 reclamaciones descienden de la realización de un cártel; *ii)* 8 se refieren a restricciones plurilaterales de la competencia; *iii)* las restantes 8 a abusos de posición dominante. A este último respecto cabe además añadir que la mayoría de las acciones *follow-on* ha tenido un éxito favorable (12/18).

MARCOS FERNÁNDEZ nos proporciona también algunos porcentajes sobre la probabilidad de éxito de tales reclamaciones indemnizatorias, destacando que la

---

<sup>1800</sup> MARCOS FERNÁNDEZ (2013, págs. 1-111).

<sup>1801</sup> MARCOS FERNÁNDEZ (2014a, págs. 1-23).

<sup>1802</sup> El artículo 15, apartado 2, del Reglamento CE 1/2003 establece que: “Los Estados miembros remitirán a la Comisión una copia del texto de las sentencias de los tribunales nacionales en las que se pronuncie sobre la aplicación de los artículos 81 u 82 del Tratado. Dicha copia se remitirá sin dilación tras la notificación a las partes del texto íntegro de la sentencia”.

<sup>1803</sup> Este dato se refiere a la consultación del *database* de la Comisión Europea del 12 de octubre de 2015. Puede accederse a este *database* a través del sitio *Internet* de la DG Comp (<http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/>).

tasa general de fracaso ha sido del 73%, siendo mayor en los supuestos de restricciones multilaterales de la competencia (75,8%) que en aquéllos de abuso de posición dominante (62,8%). Por lo que concierne al grado de juicio en que se ha solucionado la mayoría de los asuntos, se subraya que las Audiencias Provinciales han decidido el 66,25% de los litigios y que un gran número de ellos ha sido decidido en el año 2011. Cabe también poner de relieve que en 105 casos la normativa *antitrust* se ha utilizado como “escudo”<sup>1804</sup> en el ámbito de litigios relacionados con la existencia de relaciones verticales entre las partes, en cuanto el demandado había opuesto en juicio la nulidad de la pretensión del demandante por el hecho de que la misma se fundamentaba sobre un contrato nulo por infracción de la normativa de defensa de la competencia.

Para concluir este cuadro preliminar hace falta subrayar dos ulteriores aspectos: en primer lugar, casi todos los asuntos incluidos en el *database* de MARCOS FERNÁNDEZ se refieren a litigios *business to business* y sólo 1 de los 323 casos que componen la muestra concierne a una reclamación de consumidores (asunto *Ausbanc contra Telefónica*<sup>1805</sup>) y, en segundo lugar, por lo que concierne a las industrias afectadas, la mayoría de los asuntos se refieren a litigios entre estaciones gasolineras y sus proveedores (49%)<sup>1806</sup>, mientras que las

---

<sup>1804</sup> FATTORI y TODINO (2010, pág. 481). Cfr. *supra sub* §.IV.1.

<sup>1805</sup> AAP de Madrid, Sección 28ª, de 30 de septiembre de 2013, Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) contra Telefónica de España, S.A.U., 139/2013. La asociación de consumidores y usuarios AUSBANC había ejercitado una acción colectiva, en representación de los titulares de líneas ADSL en España, solicitando una indemnización de daños y perjuicios que ascendía a 458 millones de euro, debido a la realización por parte de la empresa Telefónica de un abuso de posición dominante consistente en el estrechamiento de márgenes en el mercado minorista de banda ancha. Dicha práctica empresarial había sido sancionada por la Comisión Europea y la decisión del Ejecutivo comunitario había sido posteriormente confirmada por el TGUE. Cfr. DCE de 4 de julio de 2007, COMP/38.784 – Wanadoo España contra Telefónica (2008/C 83/05) y STG de 29 de marzo de 2012, [Telefónica, SA y Telefónica de España, SA contra Comisión Europea](#), T-336/07, RJ digital.

<sup>1806</sup> Se trata de litigios que traen su origen de acciones *stand-alone* ejercitadas por estaciones gasolineras, principalmente fundadas en la existencia de divergencias en la evaluación de los contratos de distribución entre estaciones gasolineras y sus proveedores, que fueron desestimadas en el 80% de los casos tomados en cuenta en la muestra (20/33). Por lo general, allí donde los jueces habían concedido la indemnización de daños y perjuicios reclamada por los demandantes, no habían directamente determinado el *quantum debeatur*, principalmente a causa de la existencia de toda una serie de relaciones entrecruzadas entre sí que dificultaban la realización de ese cálculo. Existen también supuestos en que el juez ha determinado directamente la cuantía indemnizatoria, como por ejemplo la Audiencia Provincial de las Islas Baleares en relación al asunto *Fontanet contra REPSOL*, en que se acordó al demandante una indemnización que ascendía a casi 220.000 euro. SAP de las Islas Baleares, Sección 35ª, de 1 de septiembre de 2010, E.S. Fontanet, S.L. contra REPSOL Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., 313/2010.

reclamaciones surgidas en el ámbito de relaciones contractuales de distribución en otros sectores (pan, cerveza, prensa, medicamentos, automóviles, películas, etc.) ascienden al 10% del total de los casos incluidos en la muestra<sup>1807</sup>.

### **3.1. Breve análisis de la casuística jurisprudencial española en materia de *private antitrust enforcement***

Antes de analizar brevemente la casuística jurisprudencial española en materia de *private antitrust enforcement* reputamos oportuno evidenciar que dos han sido los criterios empleados para escoger los asuntos relevantes a efectos de nuestro trabajo.

En primer lugar, puesto que a lo largo de la investigación hemos realizado también un análisis de los remedios *antitrust* de naturaleza pública y que, en particular, por lo que concierne al estudio de los remedios concretamente adoptados por la Comisión Europea nos hemos enfocado sobre las medidas remediales adoptadas en los supuestos de abuso de posición de dominio realizados por las empresas titulares de IPRs y en aquéllos llevados a cabo en la industria energética comunitaria asimismo, a la hora de escoger los litigios que han tenido lugar ante los órganos jurisdiccionales españoles, hemos decidido tomar en consideración asuntos surgidos en tales ámbitos.

En segundo lugar, hemos tratado de escoger aquellos asuntos que, al poner de relieve las principales criticidades que caracterizaban el sistema de aplicación privada del Derecho de la competencia en España, puedan emplearse para realizar algunas consideraciones ulteriores acerca del impacto esperado de las medidas normativas de la Directiva 2014/104/UE sobre el desarrollo del *private antitrust enforcement* en el ordenamiento jurídico español. A este último respecto haremos referencia a las observaciones formuladas por la doctrina sobre el estado de desarrollo de la aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia antes de la adopción de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions* y a las concretas posibilidades que las víctimas de ilícitos concurrenciales que poseen un escasísimo poder de mercado y recursos económicos muy limitados (consumidores y PYME) puedan obtener una indemnización del perjuicio antitrust concretamente sufridos.

---

<sup>1807</sup> Se hace también referencia a un 11% de reclamaciones que involucran entidades de gestión colectiva de IPRs y en relación a las cuales los demandados hayan opuesto, como “escudo”, la realización de un abuso de posición dominante por parte del demandante. MARCOS FERNÁNDEZ (2013, pág. 13); ID. (2014a, pág. 12).

### 3.1.1. Remedio indemnizatorio e ilícitos concurrenciales en la industria energética española

Por lo que concierne a los litigios *antitrust* que han tenido lugar a partir de las prácticas anticompetitivas realizadas en el ámbito de la industria energética española, cabe antes de todo destacar que los asuntos relacionados con la producción y distribución de energía eléctrica constituyen el 3% de los casos considerados para la elaboración del *database* al que nos hemos anteriormente referido (11/323). En particular, 5 de estos litigios se refieren a supuestos de acciones *stand-alone* en las que el demandante ha reclamado la nulidad del contrato estipulado con el *incumbent*, mientras que los demás 6 casos conciernen al ejercicio de acciones *follow-on*.

Empezando con el análisis de los litigios *stand-alone* cabe antes de todo ocuparse de un asunto surgido tras la interposición de una demanda indemnizatoria contra Endesa Distribución Eléctrica, S.L. por parte de un sujeto que, como consecuencia de la denegación de acceso a la red por parte de la empresa dominante, no había conseguido instalar una planta fotovoltaica y por ende entrar en el mercado. El JPI de Badajoz estimó la demanda indemnizatoria declarando que Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. había abusado de su posición de dominio al denegar injustificadamente a la demandante el acceso a su red energética y, por el efecto, condenó el *incumbent* a abonar un millón de euro en concepto de indemnización por lucro cesante<sup>1808</sup>. Esta decisión fue confirmada tanto por los jueces de segunda instancia<sup>1809</sup> que por el Tribunal Supremo<sup>1810</sup>. En el juicio de casación, en particular, por lo que se refiere a la indemnización del *lucrum cessans*, los jueces se refirieron preliminarmente a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de indemnización del lucro cesante<sup>1811</sup> y –tras haber evidenciado que los jueces de

---

<sup>1808</sup> SJPI núm. 6 de Badajoz de 5 de mayo de 2009, D<sup>a</sup>. Juana contra Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U., 527/2008.

<sup>1809</sup> SAP de Badajoz, Sección 2<sup>a</sup>, de 22 de diciembre de 2009, Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. contra D<sup>a</sup>. Juana, 402/2009.

<sup>1810</sup> STS de 12 de noviembre de 2012, Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. contra D<sup>a</sup>. Juana, 662/2012.

<sup>1811</sup> Al respecto el TS recordó que: “La jurisprudencia de esta Sala, recogida, entre otras, en la sentencia 289/2009, de 5 de mayo, entiende que ‘el art. 1.106 CC señala como concepto indemnizatorio el de ‘la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor’, o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria (sentencia 175/2009, de 16 de marzo), cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto (sentencias

primera instancia no tuvieron duda acerca de la subsistencia de una relación de causalidad entre la denegación de acceso a la red y la frustración del negocio, en cuanto el acceso constituía una condición indispensable para realizar el proyecto a la vista de lo ocurrido con otros que promovieron una planta fotovoltaica en condiciones similares de espacio y tiempo— afirmaron que: “La frustración del negocio ha provocado algo más que una pérdida de oportunidad (desaparición de la probabilidad de un suceso favorable), ha evitado una ganancia futura previsible, susceptible de ser indemnizada como lucro cesante, en atención a las circunstancias expuestas [...]”<sup>1812</sup>.

Pasando a los litigios de seguimiento, es del año 2002 el primer litigio *follow-on* en relación al cual la empresa en posición de dominio fue judicialmente condenada al pago de una cuantía en concepto de indemnización de daños y perjuicios por abuso de posición de dominio en el mercado de la venta al por menor de energía eléctrica<sup>1813</sup>, práctica ésta por la cual el TDC ya le había impuesto una multa sancionadora de 66.000 euro<sup>1814</sup>. Posteriormente, en el año 2011, la empresa dominante Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U., como consecuencia de la estimación de una demanda resarcitoria *follow-on* interpuesta por la sociedad autónoma Eléctrica Caldense, fue condenada al pago de una indemnización de más de tres millones de euro por haber abusado de su posición dominante en el mercado del suministro de electricidad de Caldes de Montbui<sup>1815</sup>, práctica ésa con respecto a la cual el TDC le había anteriormente impuesto, junto con Hidroeléctrica de Cataluña, S.A., una multa sancionadora de 186.000 euro<sup>1816</sup>.

Otros litigios *follow-on* que consideramos de interés son aquéllos que surgen de la adopción, por parte de la CNC, de cinco resoluciones a través de las cuales habían sido sancionadas cinco empresas dominantes en el mercado de la distribución de energía eléctrica en España<sup>1817</sup>. En particular, se constató que

---

274/2008, de 21 de abril)”. STS de 12 de noviembre de 2012, Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. contra D<sup>a</sup>. Juana, *cit.*, ap. 22.

<sup>1812</sup> *Ibidem*, ap. 22 *in fine*.

<sup>1813</sup> SAP de Girona, Sección 1<sup>a</sup>, de 16 de abril de 2002, Eléctrica Curós, S.A. contra Hidroeléctrica de l’Empordá, S.L.U., JUR 2002/165978.

<sup>1814</sup> RTDC de 5 de mayo de 1999, Eléctrica Curós, Expte. R 431/98.

<sup>1815</sup> SAP de Barcelona, Sección 15<sup>a</sup>, de 1 de diciembre de 2011, Eléctrica Caldense, S.A. contra Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U., EDJ 2011/386915.

<sup>1816</sup> RTDC de 19 de febrero de 1999, Eléctrica Caldense, S.A., Expte. R 473/98.

<sup>1817</sup> Resolución de la CNC de 2 de abril de 2009, Céntrica Energía, S.L.U. contra Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U., 641/2008; Resolución de la CNC de 2 de abril de 2009, Céntrica Energía, S.L.U. contra Unión Fenosa Distribución, S.L., 642/2008; Resolución de la CNC de 2 de abril de 2009, Céntrica Energía, S.L.U. contra Viesgo Distribución Eléctrica, S.L., 643/2008; Resolución de la CNC de 2 de abril de 2009, Céntrica Energía, S.L.U. contra Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A., 644/2008; Resolución de la CNC de



tales empresas habían abusado de su posición dominante por haber denegado a Céntrica Energía, S.L.U. el acceso incondicionado y masivo al sistema de información de puntos de suministro (SIPS<sup>1818</sup>) de sus respectivas redes de distribución y, sólo con respecto a algunas de ellas (cuales, por ejemplo, Endesa Distribución, S.L. y Unión Fenosa Distribución, S.L.), también por haber otorgado dicho acceso de forma discriminatoria únicamente a las empresas pertenecientes a sus respectivos grupos. La CNC dejó constancia del hecho de que el acceso incondicionado y masivo al SIPS, de haberse producido, habría aumentado tanto el número de ofertas de los comercializadores de energía eléctrica como la frecuencia de las mismas, que todas las distribuidoras eléctricas habrían tenido incentivos para obstaculizar la actividad de comercialización extra-grupo.

De los juicios de seguimiento que fueron entablados tras la adopción de las antedichas resoluciones administrativas, cabe antes de todo destacar aquéllo concerniente a la reclamación de Céntrica Energía, S.L.U.. Al respecto puede evidenciarse que el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona<sup>1819</sup> estimó la demanda indemnizatoria y, por el efecto, declaró que le negativa de Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. a la entrega de la información contenida en el SIPS constituía un abuso de posición de dominio contrario a los artículos 2 de la LDC de 2007 y 102 del TFUE, condenando a la misma al pago de una indemnización de casi 675.000 euro en concepto de daño emergente y lucro cesante en el mercado de baja tensión y a una indemnización en concepto de lucro cesante en el mercado de alta tensión, cuya cuantía habría tenido que determinarse sobre la base de los parámetros fijados en la sentencia. La decisión del juez de primera instancia fue sucesivamente confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona que desestimó el recurso de apelación interpuesto por ambas partes (mientras tanto Céntrica Energía, S.L.U. había modificado su denominación en Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U.) salvo en el punto relativo a la valoración del daño, con respecto al cual se dejó sin efecto la base de moderación que se había establecido en el fundamento vigesimooctavo de la decisión del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona<sup>1820</sup>.

Posteriormente, fue interpuesto recurso de casación por parte de Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. alegando la infracción por errónea interpretación del artículo 1902 del Código Civil y oposición a la doctrina jurisprudencial

---

22 de abril de 2009, Céntrica Energía, S.L.U. contra Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U., 645/2008.

<sup>1818</sup> El SIPS constituía una herramienta clave en el proceso de liberalización del mercado de suministro de energía eléctrica en España.

<sup>1819</sup> SJPI núm. 2 de Barcelona de 20 de enero de 2011, Céntrica Energía, S.L.U. contra Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U., 45/2010.

<sup>1820</sup> SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 19 de abril de 2012, Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. contra Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U., 425/2011.

relativa a la necesaria acreditación de la relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño en aplicación de la doctrina de la imputación objetiva. En particular, la parte recurrente estimó que el nexo de causalidad entre la práctica anticompetitiva y el daño de naturaleza anticompetitiva tenía que ser demostrado bajo un prisma de certeza y no exclusivamente sobre la base de meras conjeturas. Además, se alegó que en el supuesto de hecho de que se trataba no subsistía algún nexo de causalidad en cuanto el menor número de clientes a que se había referido la demandante fue consecuencia del déficit tarifario o diferencia entre la tarifa regulada y el coste en que incurre el comercializador independiente al suministrar electricidad a sus clientes y que, por lo tanto, no constituía consecuencia de la conducta del *incumbent*.

El Tribunal Supremo español desestimó el motivo de recurso al considerar que el juicio de casación no abre una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba efectuada por los jueces de las anteriores instancias<sup>1821</sup>. La parte interesante de esta sentencia, sin embargo, estriba en el hecho de que el Tribunal Supremo aboga expresamente por la aplicación de la doctrina de la imputación objetiva para acreditar la subsistencia de una relación de causalidad entre el acto ilícito y los *antitrust damages*<sup>1822</sup>. Como hemos anteriormente puesto de relieve<sup>1823</sup>, el concepto de causalidad constituía uno de los aspectos del *private antitrust enforcement* en que las soluciones jurídicas adoptadas a nivel de Estado miembro resultaban diferentes. Sin embargo, la Comisión Europea no consideró que los

---

<sup>1821</sup> STS de 4 de junio de 2014, Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. contra Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U., 260/2014.

<sup>1822</sup> Con respecto a la determinación de la subsistencia del nexo de causalidad, el Tribunal Supremo afirma expresamente que: “La relación de causalidad –como señaló la sentencia 815/2010, de 15 de diciembre, y las que en ella se citan– se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de la regla de la ‘condicio sine qua non’, conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; así como la de la ‘equivalencia de condiciones’, según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también. Afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, en una segunda fase se trata de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño en función de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto. Se trata, con esta segunda operación, de construir la causalidad según una visión jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos, el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción atribuya antijuricidad al comportamiento fuente de responsabilidad”. STS de 4 de junio de 2014, Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. contra Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U., *cít.*, FJ 3º-II.

<sup>1823</sup> Cfr. *supra* sub §.III.6.10.

distintos criterios de imputación de la responsabilidad podían conducir, en los supuestos de daños ocasionados por la realización de ilícitos concurrenciales, a resultados divergentes en la medida en que no obstaculizasen el ejercicio de las *antitrust damages actions* limitando el efecto directo de los artículos 101 y 102 del TFUE. En extrema síntesis puede concluirse que el Tribunal Supremo español ha considerado correcto que una vez afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, los jueces competentes tengan que hacer aplicación de criterios de imputación objetiva, cuales la valoración de los demás antecedentes causales y la consideración del bien protegido por la norma infringida.

El segundo juicio *follow-on* relacionado con las sobremencionadas resoluciones de la CNC, que consideramos útil examinar es aquéllo entablado tras el ejercicio de una acción indemnizatoria contra Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U.. En el juicio de primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao desestimó la demanda resarcitoria acogiendo la excepción de prescripción de la acción opuesta por la empresa demandada<sup>1824</sup>. Dicha sentencia fue sucesivamente confirmada por la Audiencia Provincial de Bilbao<sup>1825</sup>. Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U. recurrió en casación contra la sentencia de los jueces de segunda instancia alegando: “la vulneración del art. 1969 CC, por haber fijado erróneamente el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción. Para el recurrente, el plazo de prescripción no puede comenzar a computarse hasta que el perjudicado no tenga un pleno conocimiento del daño que ha sufrido o al menos esté en condiciones de valorar en su conjunto las consecuencias dañosas y cifrar el importe que puede reclamar. Esto sólo pudo ocurrir una vez que la demandada tuvo acceso a la información del SIPS, lo que ocurrió el 2 de junio de 2008. Computado el plazo de prescripción desde entonces, no se habría cumplido el año antes de que, el 28 de mayo de 2009, la demandante remitiera el requerimiento extrajudicial para interrumpir la prescripción”<sup>1826</sup>.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación afirmando preliminarmente que la acción de indemnización ejercitada, trayendo su origen de un abuso de posición de dominio, hace que la responsabilidad imputable a la parte recurrida posea naturaleza extracontractual y, por ende, esté sujeta al plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 1968 del Código Civil. En particular, el apartado 2 de este artículo establece una regla especial para la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción, allí donde prevé que el plazo de un año se conta desde el día en que el agraviado obtuvo conocimiento del mismo. La doctrina jurisprudencial de la Sala primera del Tribunal Supremo español ha

---

<sup>1824</sup> SJPI núm. 1 de Bilbao de 17 de julio de 2010, Céntrica Energía, S.L.U. contra Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A., 41/2010.

<sup>1825</sup> SAP de Bilbao, Sección 4ª, de 8 de julio de 2011, Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U. contra Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A., 873/2010.

<sup>1826</sup> STS de 4 de septiembre de 2013, Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U. contra Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A., 528/2013.

interpretado este precepto en el sentido de que es el conocimiento del daño sufrido lo que determina el comienzo del plazo de prescripción<sup>1827</sup>.

El Tribunal Supremo español, sobre la base de estas premisas, destacó que en el asunto en cuestión los daños y perjuicios reclamados se habían producido a causa de un abuso de posición de dominio, consistente en la denegación de acceso al SIPS de la recurrida, y que consistían en el lucro cesante. Este tipo de perjuicio, en particular, no habría podido determinarse hasta cuando el sujeto perjudicado no hubiese tenido conocimiento de la información del sistema al que la parte recurrente no le había inicialmente permitido el acceso.

El Tribunal Supremo español afirmó que esta interpretación se ajustaba a las medidas que presumiblemente se habrían introducido en el ordenamiento jurídico español después de la trasposición de la Directiva 2014/104/UE. Al respecto, en particular, se afirmó que: “Esta interpretación del comienzo del cómputo del plazo de prescripción está en la línea de las pautas marcadas por la Comisión Europea en el Libro blanco sobre ‘acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia’, de 2 de abril de 2008, que constituye el embrión de la futura Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, cuya propuesta fue aprobada el 11 de junio de 2013. Entre estas pautas se propone que ‘el plazo de prescripción no empiece a transcurrir antes de que una parte perjudicada tenga conocimiento, o se pueda esperar razonablemente que haya tenido conocimiento, de lo siguiente: [...] La anterior referencia al Libro blanco y a la propuesta de directiva la hacemos, conscientes de que no tienen carácter vinculante, para ilustrar que la interpretación realizada en el fundamento jurídico anterior se acomoda a lo que presumiblemente constituirá, en breve, el derecho armonizado de la Unión Europea en esta materia”<sup>1828</sup>.

---

<sup>1827</sup> Para respaldar esta interpretación, el Tribunal Supremo estableció también que: “Esta doctrina es coherente con la que impone interpretar restrictivamente la prescripción, al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho ( Sentencia 10/2013, de 21 de enero , que cita las anteriores SSTs 261/2007, de 14 de marzo ; 311/2009, de 6 de mayo ; y 340/2010, de 24 de mayo ), y obedece, en atención al principio de indemnidad, 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 modo alguno imputables a su persona o comportamiento ( Sentencia 10/2013, de 21 de enero , 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 y 308/2010 , de 25 de mayo)”. STS de 4 de septiembre de 2013, *Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U. contra Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.*, *cit.*, FJ 5º.

<sup>1828</sup> *Ibidem*, FJ 7º.

### 3.1.2. *Antitrust damages actions* e ilícitos concurrenciales relacionados con el ejercicio de IPRs

En el *database* del Profesor Francisco MARCOS FERRNÁNDEZ (2013, pág. 26) se hace también referencia a 4 litigios en que las reclamaciones de daños *antitrust* estaban relacionadas con acuerdos de concesión de licencias sobre IPRs<sup>1829</sup>. Sin embargo, en lugar de analizar estos asuntos, consideramos de mayor interés ocuparnos del litigio Mediagora, S.L. contra Microsoft Ibérica, S.R.L. y Microsoft Ireland Operations Limited, concerniente a un supuesto en que la reclamación indemnizatoria originaba de una conducta de abuso de posición (*tying agreements*).

Mediagora, S.L., es una empresa que se dedica a la enseñanza de informática, mientras, como es sabido, Microsoft Ireland Operations Limited, que gestiona los intereses del grupo también en el mercado español, se dedica al desarrollo y comercialización de *software* y sistemas operativos para computadoras personales y ostenta una posición de dominancia en los mercados de los sistemas operativos para computadoras personales y para servidores de grupos de trabajo. Microsoft había elaborado y comercializado un programa, “Microsoft Partner”, que ofrecía a profesionales, prestadores de servicios de enseñanza no reglada de informática, la posibilidad de adherirse y proporcionar a sus clientes soluciones y tecnologías de Microsoft. La empresa dominante había celebrado contratos con las academias de enseñanza, entre ellas la demandante Mediagora, S.L., en los cuales se preveía a cargo de las contrapartes la obligación de adquirir periódicamente un número mínimo de materiales de formación que Microsoft había creado (obligación de compra mínima) así como la obligación de entregarlos a los alumnos (obligación de entrega). El litigio surgió de la resolución de la relación contractual por obra de Microsoft que, al respecto, había invocado el incumplimiento de las obligaciones de compra mínima y entrega. Por consiguiente, Mediagora, S.L. interpuso una demanda resarcitoria alegando que los comportamientos de Microsoft constituían, *inter alia*, un supuesto de abuso de posición de dominio<sup>1830</sup>.

---

<sup>1829</sup> AAP de Zaragoza, Sección 4ª, de 10 de septiembre de 2002, Koninklijke Philips Electronics, N.V. contra Condor CD, S.L., JUR 2002\230116; SAP de Valencia, Sección 9ª, de 14 de octubre de 2005, Hasbro Iberia, S.L. *et al.* contra Juguetes Falomir, S.A., EDJ 2005/204597; SAP de Madrid, Sección 28ª, de 18 de enero de 2008, 2000, S.L. contra Koninklijke Philips Electronics, N.V. y Philips Intellectual property Standard, EDJ 2008/146525; STS de 28 de septiembre de 2007, Panini S.p.A. contra Edic. Cromosol, S.L. y E.C.S. Inmosol, S.A., 1212/2007.

<sup>1830</sup> Mediagora, S.L., con la interposición de la demanda judicial, pretendió que se declarase el carácter anticompetitivo de la práctica empresarial realizada por Microsoft, la nulidad de las cláusulas contractuales que imponían la vinculación de productos y la condena de la misma a cumplir las obligaciones contractuales.

El Juzgado de lo Mercantil de Barcelona desestimó la demanda de Mediagora, S.L.<sup>1831</sup> y lo mismo hizo en la segunda instancia la Audiencia Provincial<sup>1832</sup>. El mismo éxito se alcanzó también ante el Tribunal Supremo<sup>1833</sup>. Analizando los argumentos sobre la base de los cuales el Tribunal Supremo ha llegado a desestimar esta demanda indemnizatoria, resulta interesante destacar que el concepto de abuso empleado por los jueces de la segunda instancia fue considerado demasiado estricto, en cuanto tan solo se refería a “[...] los supuestos en que la vinculación se utiliza para extender al mercado conexo el poder de monopolio que el suministrador ostenta en el principal, sin tener en cuenta las múltiples manifestaciones que ofrece tal tipo de ilícito y, al fin, que también pueden ser abusivo el empleo de la práctica –‘tying arrangements’– para crear barreras que impidan o dificulten la concurrencia de competidores al fin de reforzar la posición de dominio que se tiene en el mercado del producto o servicio principal, o la utilización del instrumento jurídico para falsear la competencia imponiendo a los consumidores de los productos o servicios vinculados unos precios artificialmente elevados o unas condiciones inequitativas de otro tipo”<sup>1834</sup>.

En definitiva cabe poner derelieve que el Tribunal Supremo no reputó que del concepto estricto de abuso de posición dominante empleado por la Audiencia Provincial podía inferirse que Microsoft hubiese realizado algunos de los ilícitos concurrenciales *ex adverso* contestados. En particular, se subrayó que si bien el acuerdo vinculado resultaba susceptible de limitar la libertad de decisión de la recurrente en orden a la adquisición de los manuales didácticos, eso no resultaba de por sí suficiente para considerar que se habían producido efectos significativos, actuales o potenciales, en la estructura o en el funcionamiento del mercado que habrían podido afectar al comercio intracomunitario<sup>1835</sup>.

---

<sup>1831</sup> SJPI núm. 1 de Barcelona de 28 de septiembre de 2006, Mediagora, S.L. contra Microsoft Ibérica, S.R.L. y Microsoft Ireland Operations Limited, 249/2005.

<sup>1832</sup> SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 29 de mayo de 2008, Mediagora, S.L. contra Microsoft Ibérica, S.R.L. y Microsoft Ireland Operations Limited, EDJ 2009/226798.

<sup>1833</sup> STS de 26 de julio de 2012, Mediagora, S.L. contra Microsoft Ibérica, S.R.L. y Microsoft Ireland Operations Limited, 481/2012.

<sup>1834</sup> *Ibidem*, FJ 7º.

<sup>1835</sup> Por lo que concierne a las demás (supuestas) infracciones consistentes en la aplicación de precios excesivos y en el cierre de mercado, el Tribunal Supremo estableció textualmente que: “Además, y en todo caso, la fijación de precios excesivos a la demandante y a otras academias de enseñanza o la imposición a las mismas de condiciones no equitativas en la regulación de la materia contractual, descritas como fundamento del primer motivo, no pasan de constituir una realidad ajena a la declarada probada en la sentencia recurrida y, al fin, a los datos de hecho que integran el supuesto sobre el que decidir en casación. Lo propio hay que decir sobre el cierre del mercado conexo, afirmado como argumento fundamental del segundo motivo. Es más, aquí la

### 3.1.3. La aplicación del remedio indemnizatorio en los supuestos de realización de carteles secretos

Asumen particular relevancia a efectos del análisis del reciente estado de desarrollo del *private antitrust enforcement* en España dos decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo entorno a dos distintos carteles secretos, en cuanto en ocasión de las mismas se han aclarado algunos aspectos del régimen jurídico aplicable al remedio indemnizatorio.

#### a) El cártel del azúcar

En primer lugar cabe mencionar la decisión del Tribunal Supremo sobre el cártel del azúcar del año 2013<sup>1836</sup>. Los juicios indemnizatorios que fueron entablados tras la realización de esta práctica anticompetitiva presentan un carácter *follow-on*, en cuanto descienden de la resolución sancionadora adoptada por el TDC en el año 1999<sup>1837</sup>. Mediante esta resolución se había acreditado la realización, por parte de una serie de empresas productoras de azúcar, de una práctica anticompetitiva contraria al artículo 81, apartado 1, lit. a), del TCE, consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde el mes de febrero de 1995 hasta el mes de septiembre de 1996. Diferentes empresas, entre ellas Nestlé España, S.A. y otras, que habían adquirido azúcar para usos industriales de los proveedores sancionados por el TDC, decidieron interponer una demanda resarcitoria ante los órganos jurisdiccionales españoles demandando ante el JPI de Madrid a uno de los proveedores que habían participado al cartel (Ebro Puleva, S.A.). El juez de la primera instancia, sin embargo, estimó sólo parcialmente la demanda indemnizatoria, reconociendo una cantidad de daños y perjuicios inferior a aquella que se había reclamado<sup>1838</sup>. Contra esta sentencia, las empresas perjudicadas por la realización del cártel secreto interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid. También el juez de la segunda instancia desestimó este recurso, revocó la resolución del JPI de Madrid absolviendo *in toto* a Ebro Puleva, S.A. y hasta

---

recurrente incurre, abiertamente, en una petición de principio, dado que el referido efecto fue expresamente negado por el Tribunal de apelación al exponer las razones de su decisión”. STS de 26 de julio de 2012, Mediagora, S.L. contra Microsoft Ibérica, S.R.L. y Microsoft Ireland Operations Limited, *cit.*, FJ 7º *in fine*.

<sup>1836</sup> STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre de 2013, Nestlé España, S.A. *et al.* contra Ebro Puleva, S.A., Roj 5819/2013.

<sup>1837</sup> RTDC de 15 de abril de 1999, Azúcar, Expte. R 426/98.

<sup>1838</sup> SJPI núm. 50 de Madrid de 1 de marzo de 2010, Nestlé España, S.A. *et al.* contra Ebro Puleva, S.A., 59/2010.

impuso las costas procesales a las partes demandantes<sup>1839</sup>. En cambio, el Tribunal Supremo, ante el cual las empresas perjudicadas por la realización del cártel secreto impugnaron la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, estimó el recurso de casación, revocó la decisión del juez de la segunda instancia y estimó totalmente las pretensiones indemnizatorias de los recurrentes (demandante en la primera instancia).

La sentencia del Tribunal Supremo resulta de gran interés con respecto a los siguientes perfiles: *i*) el valor jurídico que debe atribuirse en el ámbito de un proceso jurisdiccional a los hechos probados en un anterior procedimiento sancionador; *ii*) los requisitos que deben subsistir para que la *passing-on defence* pueda ser eficazmente opuesta en juicio y las reglas de distribución de la correspondiente carga de la prueba; *iii*) el alcance del deber de mitigar las consecuencias dañinas que descienden del ilícito concurrencial; *iv*) el valor probatorio de los informes periciales de los expertos en la estimación del daño *antitrust*.

Por lo que concierne al aspecto relativo al valor jurídico de los hechos probados en un anterior procedimiento sancionador, el Tribunal Supremo español ha afirmado, con carácter general, que no pueden atribuirse efectos de cosa juzgada a lo decidido por otras jurisdicciones, entendiendo que en sede de reclamación indemnizatoria ante los tribunales civiles o mercantiles el principio de la *res iudicata* no se aplica con respecto a los pronunciamientos de los tribunales del orden contencioso-administrativo.

El Tribunal Supremo, sin embargo, arrancando de esta premisa general ha afirmado que la fijación de los hechos a obra de otra jurisdicción puede producir el efecto de cosa juzgada en la jurisdicción civil relativamente a la declaración de si haya tenido lugar o menos un ilícito concurrencial, vinculando los órganos jurisdiccionales ante los cuales se haya ejercitado una *antitrust damages action*. El Tribunal Supremo, al respecto, ha expresamente establecido que: “[...] la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios [...] Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas [...] esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de

---

<sup>1839</sup> SAP de Madrid, Sección 8ª, de 3 de octubre de 2011, Nestlé España, S.A. *et al.* contra Ebro Puleva, S.A., 370/2011.



forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento [...]<sup>1840</sup>.

Por esto cuando los tribunales de lo contencioso-administrativo confirman los hechos declarados probados por la ANC, tales hechos resultarán prácticamente irrefutables en el ámbito de un juicio civil por indemnización de daños y perjuicios *antitrust*, en cuanto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo deja un margen real muy estricto para que las empresas infractoras puedan conseguir proporcionar una explicación alternativa de tales hechos<sup>1841</sup>.

Estas consideraciones resultan muy relevantes por lo que se refiere al aspecto relacionado con el ejercicio de la defensa de traslación del sobreprecio por parte de las empresas infractoras (en su calidad procesal de demandadas). Al respecto, cabe antes de todo poner de relieve que la empresa infractora había alegado que los demandantes trasladaron a sus propios clientes, en el mercado aguas abajo, el sobreprecio causado por la realización del cártel secreto de que se trataba. La Audiencia Provincial había acogido este argumento afirmando que posteriormente a la finalización del ilícito el precio de los productos elaborados con azúcar había experimentado un apreciable incremento con respecto al precio practicado en el periodo inmediatamente anterior. El Tribunal Supremo no ha considerado que la solución proporcionada por el juez de la segunda instancia fuese en línea con el significado y alcance de la defensa de repercusión del

---

<sup>1840</sup> STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre de 2013, Nestlé España, S.A. *et al.* contra Ebro Puleva, S.A., *cit.*, FJ 3º.

<sup>1841</sup> Cabe añadir, sin embargo, que DÍEZ ESTELLA y ESTRADA MERAY (2014, pág. 194) han continuado a afirmar que la cuestión del valor jurídico de las decisiones de las ANC en los juicios indemnizatorios es compleja y todavía no ha encontrado un punto firme pese a la vigencia del principio establecido por el artículo 12, apartado 1, de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial](#) (BOE núm. 157 de 2 de julio de 1985), que establece que: “En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial”. También en la jurisprudencia se encuentran posiciones contraria a la vinculación de los jueces de lo civil a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. SJPI núm. 3 de Madrid de 19 de junio de 2013, Sociedad Expendidora de Gasolinas y Aceites, S.A. contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., sent. n. 140/2013 (La Ley 87492/2013).

sobrecoste en Derecho de la competencia<sup>1842</sup> en cuanto, aún reconociendo que las empresas infractoras pueden en abstracto acudir a este tipo de defensa, se ha evidenciado que: “Aunque en ocasiones, de un modo reduccionista, se habla del ‘passing-on’ como simple repercusión de precios en el sentido de incremento del precios en el mercado ‘aguas abajo’ en proporción al incremento de precios sufrido en el mercado ‘aguas arriba’, en realidad lo que debe haberse repercutido a los clientes no es el tal incremento del precio sino el perjuicio económico derivado del mismo, el daño. La elevación de los precios de los productos que elaboraban las demandantes, que a su vez habían sufrido una elevación ilícita de los precios del azúcar utilizado para fabricarlos, es un requisito necesario para que la repercusión del daño haya tenido lugar, pero no es suficiente. Lo determinante es que el comprador directo frente al que se opone la defensa no haya sufrido daño porque lo haya logrado repercutir a terceros no demandantes”<sup>1843</sup>.

Según el Tribunal Supremo, por lo tanto, lo esencial para que las empresas demandadas puedan eficazmente oponer en juicio la defensa de repercusión del sobreprecio no es la demostración que sus clientes han repercutido, en el mercado aguas abajo, el incremento de precio sufrido, sino que haya sido repercutido el perjuicio económico derivado de esta traslación, es decir, el daño *antitrust*. Esta solución, en particular, se fundamenta sobre el hecho de que un incremento de precio determina una pérdida de competitividad de la empresa que lo práctica pudiendo conducir a una disminución de las ventas: si esto ocurre el incremento de precio no resulta un medio susceptible de repercutir, total o parcialmente, el daño *antitrust* sufrido como consecuencia de la realización del cártel y, por eso, la defensa *passing-on* no tiene, total o parcialmente, cabida. El Tribunal Supremo, en particular, ha concluido que en el supuesto enjuiciado los extremos relevantes para poder estimar la defensa de traslación del sobreprecio no se habían demostrado, en cuanto la prueba propuesta y practicada solo acreditaba extremos relativos a la repercusión del aumento del precio, pero no aquéllos relativos a los otros aspectos del daño *antitrust* (*v.gr.* la reducción del volumen de ventas por retraimiento de la demanda y pérdida de imagen).

El Tribunal Supremo, además, se ha pronunciado sobre la distribución de la carga de la prueba con respecto a la oposición de la *passing-on defence*. En particular ha sido preliminarmente reconocido que: “en los trabajos realizados al respecto en la Unión Europea que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del ‘passing-on’ debe recaer sobre la empresa infractora, y que el nivel de la prueba para esta defensa no debería ser inferior al nivel impuesto al demandante para acreditar el daño” y, luego se ha afirmado que la carga de la

---

<sup>1842</sup> STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre de 2013, Nestlé España, S.A. *et al.* contra Ebro Puleva, S.A., *cit.*, FJ 5º-3.

<sup>1843</sup> *Ibidem*.

prueba de los elementos que obstan al éxito de una acción jurisdiccional recae sobre la parte que alega la existencia de estos hechos según el principio general *onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat*<sup>1844</sup>.

En las reclamaciones de daños y perjuicios de naturaleza anticompetitiva uno de los principales problemas reside en el cálculo del daño, en cuanto debe reconstruirse la situación que se habría determinado si no se hubiese realizado la práctica anticompetitiva. Las dificultades que rodean la estimación de los daños *antitrust* suelen llevar los demandantes a acudir al asesoramiento de expertos que, a través de sus informes periciales, proceden a realizar estimaciones de tales daños.

El Tribunal Supremo, en la sentencia antecitada, realiza diversas consideraciones respecto de las condiciones y requisitos que deben respetarse en las valoraciones periciales. En primer lugar, ha reconocido que en tales informes resulta prácticamente imposible “realizar una reproducción perfecta de cuál habría sido la situación si no se hubiera producido conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar”<sup>1845</sup>. Sin embargo, la dificultad derivada del recurso a un método de cálculo basado sobre la valoración de una situación hipotética contrafáctica no tiene que impedir que los sujetos perjudicados reciban una indemnización adecuada al daño sufrido: por lo tanto lo que resulta exigible al informe pericial es “que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneo”<sup>1846</sup>.

En segundo lugar el pronunciamiento concierne también a los requisitos del informe pericial de las empresas infractoras, estableciendo que no es suficiente que los mismos se limiten a poner en duda la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial de los demandantes, siendo en cambio necesario que se justifique una cuantificación alternativa mejor fundada. Esta solución, en efecto, resulta coherente con el principio jurídico que impone

---

<sup>1844</sup> *Ibidem*, FJ 5º-1 *in fine*, allí donde el Tribunal Supremo afirma expresamente que: “a falta de normativa comunitaria que regule tal cuestión, en nuestro Derecho interno los criterios han de ser similares a los expuestos, por aplicación del apartado tercero del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de hechos que impedirían la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción. Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obstan el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega”.

<sup>1845</sup> *Ibidem*, FJ 7º-3.

<sup>1846</sup> *Ibidem*. El Tribunal Supremo, en particular, no ha considerado acertada la solución del JPI, que sólo había concedido el 50% de la indemnización solicitada.

compensar los perjuicios sufridos por la actuación ilícita de otro y con la necesidad de proporcionar una tutela efectiva a los sujetos perjudicados, que resulta tal sólo cuando se les reconoce efectivamente el derecho a ser indemnizados.

Por último el Tribunal Supremo se ha también pronunciado sobre la aplicabilidad y alcance del deber de mitigar las consecuencias dañinas que descienden de la realización de un ilícito concurrencial. Al respecto, se ha afirmado que si bien los sujetos perjudicados hubiesen podido actuar de forma diferente para mitigar el daño *antitrust* sufrido como consecuencia de la realización del cártel del azúcar al que había participado la empresa demandada, sin embargo la empresa infractora sólo puede liberarse, total o parcialmente, del deber de indemnizar la parte perjudicada por el daño sufrido si demuestra que este perjuicio haya sido agravado por la víctima a causa del ejercicio de una actividad negligente<sup>1847</sup>. El Tribunal Supremo, en conclusión, ha afirmado que: “Los tribunales no pueden proteger más al infractor que voluntaria y conscientemente causa el daño que a las víctimas que no han sido suficientemente hábiles para evitarlo”<sup>1848</sup>.

## **b) El cártel del seguro decenal de daños**

En segundo lugar cabe mencionar una decisión del año 2014 del JPI núm. 12 de Madrid<sup>1849</sup>, adoptada en el ámbito de un juicio indemnizatorio entablado al hilo del cártel del seguro decenal de daños.

Al respecto, cabe preliminarmente poner de relieve que la CNC había sancionado seis compañías de seguros y reaseguros mediante la imposición de diferentes multas de importe total de casi 121 millones de euros. Las empresas infractoras habían participado a la realización de un cártel secreto de fijación de precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación en España

---

<sup>1847</sup> *Ibidem*, FJ 6º-2, allí donde expresamente se afirma que: “Incluso de ser cierto que algunos de los demandantes, si hubieran sido más sagaces, hubieran podido aumentar las importaciones de azúcar, no es razonable que se permita a quien realizó una conducta anticompetitiva que le reportó beneficios y que causó daños a otros intervinientes en el mercado, retener los beneficios ilícitamente obtenidos con base en el argumento de que los perjudicados podrían haber actuado más inteligentemente para mitigar los daños derivados de la conducta anticompetitiva del infractor. Quien causa el daño solo puede verse liberado de indemnizarlo, en todo o en parte, si se prueba que quien lo sufrió, lo agravó con su conducta negligente, lo que en el caso enjuiciado no ha sido probado”.

<sup>1848</sup> *Ibidem*.

<sup>1849</sup> SJPI núm. 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014, MUSAAT, Mutua de seguros a prima fija contra ASEFA, S.A., Compañía española de seguros y reaseguros *et al.*, sent. n. 88/2014 (La Ley 73119/2014).

durante los años 2002-2007<sup>1850</sup>. Posteriormente, sin embargo, la Audiencia Nacional había anulado las sanciones impuestas por la CNC<sup>1851</sup>. En particular, la Audiencia Nacional estimó que los hechos probados por la CNC no integraban un supuesto de infracción de los artículos 1, apartado, 1, de la LDC de 1989 y 101, apartado 1, del TFUE, en cuanto por un lado el comportamiento llevado a cabo por las compañías aseguradoras y reaseguradoras no podía considerarse un acuerdo ni un cártel secreto y, por el otro, que este comportamiento respondía a las circunstancias especiales del mercado de referencia, a las características propias del seguro decenal y a la regulación del sector asegurador.

La Administración General del Estado interpuso recurso de casación contra las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo en cuatro casos estimó los recursos, anulando las sentencias del juez de lo contencioso administrativo<sup>1852</sup> (si bien estimó parcialmente el recurso contencioso-

---

<sup>1850</sup> Resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009, Compañías de Seguro Decenal, S/0037/08. En particular, la CNC había encontrado las pruebas de que los *co-cartelists* no sólo pactaron los precios mínimos del seguro decenal de daños a la edificación mediante un acuerdo estipulado el 5 de diciembre de 2001 (acuerdo éste que constituyó el primer eslabón del cártel secreto), sino que también establecieron mecanismos para asegurar el cumplimiento y control del acuerdo anticompetitivo, cuales por ejemplo las medidas de boicot contra el competidor MUSAAT y la obstaculización de la bajada de los precios del seguro. El cartel, por lo tanto, supuso la homogeneización de las primas de las aseguradoras con respecto a un producto que los promotores inmobiliarios deben contratar obligatoriamente.

<sup>1851</sup> SAN, Sección 6ª, Sala de lo contencioso-administrativo, de 14 de diciembre de 2012, Caja de seguros reunidos Compañía de seguros y reaseguros, S.A. (CASER) contra Administración General del Estado, rec. núm. 869/2009; SAN, Sección 6ª, Sala de lo contencioso-administrativo, de 18 de diciembre de 2012, Münchener Ruckversicherungs-Gesellschaft, Sucursal España y Portugal contra Administración General del Estado, núm. 861/2009; SAN, Sección 6ª, Sala de lo contencioso-administrativo, de 18 de diciembre de 2012, SCOR Global P&C SE contra Administración General del Estado, rec. núm. 865/2009; SAN, Sección 6ª, Sala de lo contencioso-administrativo, de 4 de enero de 2013, ASEFA, S.A. Compañía española de seguros y reaseguros, S.A. contra Administración General del Estado, rec. núm. 864/09; SAN, Sección 6ª, Sala de lo contencioso-administrativo, de 20 de marzo de 2013, MAPFRE RE, Compañía de reaseguros, S.A. *et al.* contra Administración General del Estado, rec. núm. 866/2009; SAN, Sección 6ª, Sala de lo contencioso-administrativo, de 10 de abril de 2013, SWISS Reinsurance Company *et al.* contra Administración General del Estado, rec. núm. 877/2009.

<sup>1852</sup> STS, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, de 22 de mayo de 2015, Administración General del Estado contra SCOR Global P&C SE, Roj 2297/2015; STS, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, de 22 de mayo de 2015, Administración General del Estado contra SWISS Reinsurance Company *et al.*, Roj 2397/2015; STS, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, de 26 de mayo de 2015, Administración General del Estado contra Caja de seguros reunidos Compañía de seguros y reaseguros, S.A. (CASER), Roj. 2536/2015; STS, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, de 26 de mayo de 2015, Administración General

administrativo que las compañías de seguros y reaseguros habían interpuesto contra la resolución de la CNC, anulando la misma en la parte relativa a la determinación de la sanción y remitiendo su cuantificación a la CNMC), mientras que desestimó el recurso interpuesto contra la sentencia que afectaba a la posición de las compañías del grupo MAPFRE<sup>1853</sup>. Cabe además poner de relieve que la Comisión Europea, pese a la importancia y gravedad de los asuntos en cuestión, se personó como *amicus curiae* en los recursos de casación. El Tribunal Supremo no se pronunció sobre si el acuerdo de fijación de precios estipulados en el año 2001 por las empresas infractoras pudiese o menos beneficiar de una exención por categoría con arreglo al Reglamento UE 267/2010 —es decir si dicho acuerdo cabía en el ámbito de aplicación de este Reglamento comunitario<sup>1854</sup>— afirmando que las medidas de control de cumplimiento y retorsión que los *co-cartelists* habían establecido e implementado en ningún caso habrían podido quedar amparadas por una exención de este tipo<sup>1855</sup>.

Por lo que concierne a la sentencia dictada por el JPI núm. 12 de Madrid, cabe antes de todo poner de relieve que la misma se pronuncia sobre una acción resarcitoria ejercitada por la compañía aseguradora MUSAAT, un competidor *maverick* de los *co-cartelists* que no participó al cártel secreto sancionado por la CNC. Dicha empresa, en cambio, trató de implementar una estrategia de precios más competitiva de aquélla practicada por los *co-cartelists*, con el fin de incrementar su cuota de mercado aprovechando de las condiciones entonces

---

del Estado contra ASEFA, S.A. Compañía española de seguros y reaseguros, S.A., Roj. 2543/2015.

<sup>1853</sup> STS, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, de 27 de mayo de 2015, Administración General del Estado contra MAPFRE RE, Compañía de reaseguros, S.A. *et al.*, Roj. 2656/2015; STS, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, de 9 de junio de 2015, Administración General del Estado contra Münchener Ruckversicherungs-Gesellschaft, Sucursal España y Portugal, Roj. 2516/2015. Básicamente, la razón por la cual el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación con respecto a estas empresas se debe a la circunstancia de que quedó vinculado por los hechos considerados probados por la Audiencia Nacional y no pudo revisarlos. El Tribunal Supremo, además, entendió que había dos niveles, uno caracterizado por el acuerdo de fijación de precios y otro por las medidas de seguimiento, control y represalia frente a los incumplidores y, en el asunto de que se trataba, ciñó el área de lo anticompetitivo sólo a estas últimas.

<sup>1854</sup> Reglamento (UE) n° 267/2010 de 24 de marzo de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, DOUE L 83/1 de 30 de marzo de 2010.

<sup>1855</sup> Cfr., por ejemplo, la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, de 22 de mayo de 2015, Administración General del Estado contra SWISS Reinsurance Company *et al.*, *cit.*, FJ 6º, en que se afirma que: “En todo caso, aun con independencia de cuál fuese el alcance real de lo acordado en el año 2002, las referidas prácticas de seguimiento y control y, desde luego, las actividades de represalia frente a los incumplidores, son conductas anticompetitivas constitutivas por sí mismas de infracción”.

existentes. El juez de la primera instancia estimó la demanda resarcitoria interpuesta por MUSAAT y condenó a las aseguradoras ASEFA, S.A. Compañía española de seguros y reaseguros, S.A. y CASER y a la reaseguradora SCOR Global P&C SE a pagar una indemnización de casi tres millones y medio de euros por los daños y perjuicios derivados de los actos de boicot y retorsión realizados contra la demandante, por haberlos *ex se* considerados contrarios al artículo 1 de la LDC de 1989 y al artículo 101 del TFUE.

El asunto resulta particularmente interesante en cuanto el JPI se ha pronunciado sobre el mismo supuesto ya enjuiciado por la CNC, pero antes de que la resolución adoptada por esta ANC hubiese adquirido firmeza y, además, después de que la Audiencia Nacional, estimando los recursos interpuestos por los *co-cartelists*, hubiese anulado la decisión sancionadora adoptada en vía administrativa. Por esto la doctrina ha etiquetado la acción resarcitoria interpuesta por MUSAAT como una acción *follow-on* anticipada<sup>1856</sup>.

Antes de analizar los aspectos relevantes del pronunciamiento del JPI, consideramos oportuno ilustrar brevemente el escenario bajo el cual MUSAAT, que actuó como *maverick* en el mercado del seguro decenal de daños, sufrió el boicot de los *co-cartelists*. Durante el periodo en que tuvo lugar el cártel (en particular en el año 2006) MUSAAT consideró que en el mercado del seguro decenal de daños no había suficiente competencia y por esto ofreció pólizas de seguro con primas más bajas para incrementar sus ganancias y cuota de mercado. Dicha oportunidad, en particular, surgía porque el único reaseguro utilizado en aquel momento en el mercado era un “reaseguro proporcional por cuota” y MUSAAT se había planteado la posibilidad de utilizar contratos de reaseguro “no proporcional por exceso de pérdidas” para desplazar el riesgo a una compañía reaseguradora (“reaseguro bajo modalidad XL”).

Para entender este esquema contractual cabe considerar que el reaseguro es un contrato mediante el cual un reasegurador toma a su cargo un riesgo, o una parte del mismo, ya cubierto por otro asegurador. En particular, bajo el reaseguro no proporcional por exceso de pérdidas “quedan cubiertas también todas las pólizas que se suscriben en un ramo determinado durante un ejercicio, pero ya no se cede una parte proporcional del negocio, sino que se fija un importe por cada siniestro denominado ‘prioridad’, que es el que asume la aseguradora, y la cantidad que excede del mismo corre a cargo del reasegurador. Es decir, este último sólo responde cuando el riesgo o pérdida de la aseguradora en un siniestro excede de una determinada cantidad, lo que permite un menor coste de reaseguro para la cedente. La remuneración que recibe el reasegurador por parte de la aseguradora deja de ser una parte proporcional de las primas, para convertirse en un importe o precio del reaseguro que se calcula de acuerdo con

---

<sup>1856</sup> MARCOS FERNÁNDEZ (2014b, pág. 11); DÍEZ ESTELLA y ESTRADA MERAY (2014, pág. 198).

sus criterios y experiencia. No obstante, estos programas suelen implicar una menor capacidad de reaseguro, lo que exige una mayor retención de riesgo por parte de la cedente”<sup>1857</sup>.

En cambio el esquema contractual del reaseguro proporcional por cuota constituye el tipo de reaseguro más rentable para las compañías reaseguradoras, proporcionándoles un flujo de negocio continuo y equilibrado, en el que se cede una cuota parte proporcional de todas las primas, con independencia de su importe (pero también se transfiere una proporción similar de exposición al riesgo): este esquema contractual, largamente empleado en el mercado, generaba una comunidad de intereses entre reaseguradoras y reasegurados. Al respecto, la CNC puso de relieve que: “A principios de 2007 MUSAAT consiguió el reaseguro y comenzó a trabajar con tasas inferiores a las mínimas. Una vez rota la homogeneidad de las condiciones de mercado existentes desde 2002 con los nuevos precios de MUSAAT, a lo largo de 2007 algunos miembros del cártel continuaron presionando para mantener el acuerdo de primas mínimas [...]”<sup>1858</sup>.

MUSAAT interpuso la demanda resarcitoria sólo contra ASEFA, S.A. Compañía española de seguros y reaseguros, S.A. y CASER y a la reaseguradora SCOR Global P&C SE porque la CNC había establecido que sólo tales empresas habían efectivamente realizado la actividad de boicot. La demandante, en efecto, no ha fundado su reclamación sobre la existencia y los efectos directos del cártel de fijación de precios mínimos, sino tan sólo sobre los actos de retorsión en su contra. Al respecto se ha verificado una discrepancia entre la impostación de la CNC, que había considerado que el boicot formaba parte de los mecanismos auxiliares de vigilancia de cumplimiento del cártel, y la postura asumida por el JPI que, sin pronunciarse sobre el cártel secreto así como había sido individuado por la CNC, considera el boicot contrario a la normativa de defensa de la competencia.

Nosotros queremos desarrollar algunas consideraciones entorno a este aspecto de la sentencia del JPI y a la afirmación de la doctrina que, como visto, ha

---

<sup>1857</sup> Resolución de la CNC, de 12 de noviembre de 2009, Compañías de Seguro Decenal, *cit.*, ap. 2.6.

<sup>1858</sup> *Ibidem*, ap. 48. En particular, de los hechos probados por la CNC se desprende que MAPFRE se había planteado “la necesidad de convocar urgentemente a MÜNCHENER, suiza y scor para acordar con ellos posibles estrategias de actuación para defenderse de la agresiva actuación de Musaat”, ASEFA había celebrado una reunión en las oficinas de MAPFRE para establecer la estrategia de boicot, CASER había presionado a AON RE, su principal corredor de reaseguro, para que no distribuyera una oferta alternativa y SCOR había transmitido información a ASEFA sobre las ofertas que le llegaron de MUSAAT a tasas inferiores y, por consiguiente, ASEFA había presionado a entidades financieras para que no trabajasen con MUSAAT. Cfr. Resolución de la CNC, de 12 de noviembre de 2009, Compañías de Seguro Decenal, *cit.*, aps. 51-54.



calificado la acción interpuesta por MUSAAT como un acción *follow-on* anticipada. Al respecto hace falta poner de relieve que el boicot colectivo constituye una tipología de cartel secreto<sup>1859</sup> y, como tal, resulta *ex se* susceptible de vulnerar la prohibición del artículo 101 del TFUE: es decir representa de por sí un ilícito concurrencial con independencia del hecho de que esté o menos integrado en un más amplio esquema colusivo. El boicot colectivo constituye una infracción autónoma del Derecho de la competencia cada vez que se dirige a excluir otras empresas del mercado en ausencia de justificaciones objetivas<sup>1860</sup> (si bien no puede excluirse que el boicot colectivo sea accesorio respecto de la implementación de un cártel secreto<sup>1861</sup>). Puesto que cuando el JPI se ha pronunciado sobre la demanda indemnizatoria, la decisión de la CNC no había todavía adquirido firmeza, ni siquiera si la Directiva 2014/104/UE hubiese sido transpuesta el juez de la primera instancia habría encontrado el límite de la irrefutabilidad de los hechos probados por la misma, en cuanto esta previsión sólo se aplica a las acciones de seguimiento en el sentido establecido por el legislador comunitario y no a las acciones sucesivas a la decisión sancionadora de una ANC que pero hayan sido ejercitadas *medio tempore* respecto de la finalización del *iter* jurisdiccional ante los jueces de lo contencioso-administrativo.

Además, en el supuesto enjuiciado por el JPI, la autónoma connotación anticompetitiva de los actos de boicot habría en todo caso permitido estimar la subsistencia de un cártel secreto ante la realización de actos de presión y retorsión contra un competidor con el objetivo de eliminarlo del mercado. Por lo tanto la autónoma valoración del juez de primera instancia resulta extremadamente acertada puesto que el supuesto de hecho enjuiciado puede configurarse como una práctica restrictiva de la competencia ulterior al cártel de fijación de precios mínimos realizado mediante la estipulación de un acuerdo escrito entre los *co-cartelists*. Esta postura, en el caso de que hubiese sido adoptada también por la CNC, habría conducido a una ampliación del área de la responsabilidad *antitrust*, en cuanto las empresas que, al éxito del juicio de casación—que como visto ha anulado las multas sancionadoras impuestas por la CNC, confirmando las sentencias de la Audiencia Nacional— no se habían

---

<sup>1859</sup> El boicot colectivo aunque pueda asumir muchas connotaciones prácticas, resulta siempre finalizado a excluir los competidores del mercado de referencia. HOVENKAMP (1999b, pág. 207); POSNER (2001, pág. 238); GLAZER (2002, págs. 1 y sigs.).

<sup>1860</sup> FAELLA (2004, pág. 162). Por ejemplo, un grupo de empresas podría impedir la entrada de un potencial competidor en el mercado aguas abajo coordinándose para no negociar con el mismo, en su calidad de proveedor, y evitando así que pueda integrarse verticalmente. Otro ejemplo de boicot colectivo puede plantearse con respecto a un mercado oligopolístico en que las principales empresas tratan de eliminar un competidor maverick que con sus estrategias obstaculiza la colusión tácita. Véanse [Eastern States Retail Lumber Dealers' Association v. United States](#), 234 U.S. 600 (1914).

<sup>1861</sup> DCE de 21 de octubre de 1998, IV/35.691/E-4 – Cartel en el mercado de los tubos preaislados (1999/60/CE), *cit.*

considerado partes del cártel, ya no resultaban involucradas en la realización del boicot. Al respecto la CNC consideró que tales empresas sólo habían implementado medidas de vigilancia y cumplimiento accesorias al cártel secreto de fijación de precios mínimos, actos éstos distintos y prodrómicos al boicot realizado contra MUSAAT<sup>1862</sup>.

La sentencia del JPI, además, contiene otros aspectos de interés desde la perspectiva del análisis del remedio indemnizatorio. Por lo que afecta a la indemnización del daño, el JPI no concedió algún resarcimiento en concepto de lucro cesante, al considerar que la demandante no había conseguido demostrar estas pérdidas. En particular el juez de la primera instancia destacó que el mero hecho del boicot no conduce necesariamente a unas menores ganancias, como demuestra el hecho de que MUSAAT había conseguido colocar su producto en el mercado y había también mejorado su posición. Por lo que se refiere al daño emergente, en cambio, el JPI ha reconocido la subsistencia de este perjuicio y ha acordado al demandante la indemnización correspondiente, estimando que el coste adicional del reaseguro fuera una consecuencia del boicot en cuanto la realización del ilícito concurrencial había forzado la demandante a estipular contratos de reaseguro para poder ofrecer su producto al mercado y que, además, tales contratos habían resultado más caros de los que habrían podido razonablemente estipularse en ausencia del boicot colectivo.

Además, resulta interesante poner de relieve que el JPI se ha pronunciado también sobre el alcance de los informes periciales, estableciendo expresamente que: “no es objeto de la pericia el acreditar y valorar la concurrencia de la relación de causalidad sobre la conducta ilícita y el daño. Sin embargo ésta ha de abarcar la realidad o no de los daños reclamados y su valoración, acudiendo cuando ello sea posible a elementos objetivos [-beneficios netos habituales en el mercado, evolución histórica de ingresos empresariales del sector o de la propia empresa, comportamiento del sector en anteriores crisis cíclicas, etc.-] para valorar las esperanzas, expectativas, previsiones y perspectivas económicas y de mercado futuras”<sup>1863</sup>.

Por último cabe mencionar que el JPI se ha pronunciado también sobre los criterios que sirven para individuar el *dies a quo* del plazo de prescripción de las *antitrust damages actions*. Al respecto se ha confirmado la aplicación de un criterio subjetivo, estableciéndose que dicho plazo no empieza a correr hasta cuando el sujeto perjudicado no haya podido razonablemente tener conocimiento de que la

---

<sup>1862</sup> Resolución de la CNC, de 12 de noviembre de 2009, Compañías de Seguro Decenal, *cit.*, ap. 51. En realidad, estas medidas ya formaba parte del boicot y resulta artificioso y muy complejo distinguir las diferentes formas de boicot colectivo que los *co-cartelists* pueden practicar en concreto.

<sup>1863</sup> SJPI núm. 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014, MUSAAT, Mutua de seguros a prima fija contra ASEFA, S.A., Compañía española de seguros y reaseguros *et al.*, *cit.*, FJ 13º-11.

práctica de que se trata constituye una infracción del Derecho de la competencia, que la misma le haya provocado un daño y cual es la identidad de los infractores. Al respecto, en la sentencia se estima que el hecho de que MUSAAT haya sufrido los actos de boicot y retorsión a finales de 2006 y durante el año 2007 no supone que el *dies a quo* ya haya comenzado a correr. El *dies a quo*, en particular, se ha hecho coincidir con la adopción de la resolución de la CNC, en cuanto sólo a partir de este momento la empresa perjudicada habría podido razonablemente considerarse en condiciones de conocer la existencia de la infracción, el daño y la identidad de los infractores.

#### 4. Conclusiones

1. Para concluir este capítulo hemos decidido tomar en consideración algunas observaciones sobre el estado de aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia en el ordenamiento jurídico español formuladas en los años 2013 y 2014 por MARCOS FERNÁNDEZ<sup>1864</sup>. Arrancando del análisis empírico de los asuntos incluidos en el *database* de este autor y, a la luz de las medidas previstas por la Directiva 2014/104/UE y de los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales que hemos anteriormente analizado, trataremos de averiguar si y en qué medida los obstáculos al ejercicio de las *antitrust damages actions* hayan sido o resultan susceptibles de ser eliminados.
2. Las observaciones formuladas por este autor afectan a los siguientes aspectos de las acciones indemnizatorias por incumplimiento de la normativa *antitrust*: *i*) la relación que media entre las reclamaciones privadas y las decisiones administrativo-sancionadoras de la CNMC; *ii*) el grado de utilización, por parte de los órganos jurisdiccionales, de técnicas de estimación económica para el cálculo de los daños *antitrust*; *iii*) el régimen jurídico aplicable a las *antitrust damages actions* y su recaída sobre el cómputo del plazo de prescripción; *iv*) la casi total ausencia de reclamaciones colectivas por parte de los consumidores negativamente afectados por la realización de ilícitos concurrenciales; *v*) un número exiguo de litigios en que los jueces españoles han reconocido la indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa *antitrust*; *vi*) admisibilidad de la defensa de repercusión del sobreprecio.
3. Por lo que concierne a la relación entre el ejercicio de las *follow-on antitrust damages actions* y las resoluciones administrativo-sancionatorias en materia *antitrust* adoptadas por la CNC (ahora CNMC), emergía una cierta falta de coordinación entre *public* y *private antitrust enforcement*<sup>1865</sup>, en cuanto *ratione*

---

<sup>1864</sup> MARCOS FERNÁNDEZ (2014a, págs. 14-18).

<sup>1865</sup> COLOMER (2008, págs. 461-463); DíEZ-PICAZO (2008b, págs. 55-56).

*temporis* no existía alguna específica regla, interna o comunitaria, que los jueces de lo mercantil pudiesen utilizar como brújula para orientar sus decisiones en los supuestos en que la acción indemnizatoria se hubiese ejercitado después de la adopción, por parte de la Autoridad de la competencia española, de una resolución sancionadora. Este aspecto ha sido objeto de una expresa intervención normativa por parte del legislador comunitario y también la jurisprudencia española ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el mismo. El artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE tiene que ser interpretado en el sentido de que los jueces nacionales, con respecto a los juicios *follow-on*, deberán considerar irrefutable la constatación positiva contenida en las resoluciones administrativas firmes anteriormente adoptadas por la ANC del mismo Estado miembro en que se halla el órgano jurisdiccional procedente. Sin embargo, el alcance de esta medida normativa no se extiende hasta el punto de otorgar una eficacia vinculante absoluta a las resoluciones firmes de la CNMC. El Tribunal Supremo<sup>1866</sup> ya ha tenido forma de pronunciarse sobre este aspecto estableciendo que si, por un lado, es cierto que los pronunciamientos judiciales contradictorios contrastan con el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva, por el otro, los órganos judiciales no deben aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados probados por otra jurisdicción, pudiendo realizar una distinta, si bien motivada, apreciación de los mismos. Cabe además poner de relieve que la medida prevista por el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2014/104/UE no resulta susceptible de solucionar los eventuales problemas de coordinación que surgen en el caso de que los sujetos perjudicados por un ilícito concurrencial ejerciten una acción *follow-on* anticipada<sup>1867</sup>, puesto que desde un punto de vista objetivo esta previsión normativa sólo será de aplicación en los supuestos en que la resolución administrativo-sancionadora haya adquirido firmeza (técnicamente las acciones *follow-on* ejercitadas *medio tempore*, no representan verdaderas acciones de seguimiento). En estos supuestos, la única medida que puede, de forma eficaz, evitar la producción de conflictos reales entre las decisiones de distintos órganos jurisdiccionales, reside en la suspensión facultativa del juicio indemnizatorio establecida por el artículo 434, apartado 3, de la LEC.

4. Otra observación formulada por MARCOS FERNÁNDEZ concierne a las tipologías de técnicas empleadas por los jueces españoles para calcular el *quantum* de la indemnización. Al respecto, analizando los pronunciamientos jurisdiccionales se desprende que los jueces españoles resultan plenamente conscientes del hecho de que este cálculo puede exigir la realización de

---

<sup>1866</sup> Cfr., por ejemplo, la STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre de 2013, Nestlé España, S.A. *et al.* contra Ebro Puleva, S.A., *cit.*, FJ 3º.

<sup>1867</sup> Cfr., por ejemplo, la SJPI núm. 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014, MUSAAT, Mutua de seguros a prima fija contra ASEFA, S.A., Compañía española de seguros y reaseguros *et al.*, *cit.*

complejos análisis económicos y que para llevarlos a cabo pueden ser asesorados por expertos y requerir la ayuda de las Autoridades de la competencia<sup>1868</sup>. Por ejemplo, en el asunto *Conduit contra Telefónica*<sup>1869</sup> la Audiencia Provincial de Madrid contestó la metodología de cálculo adoptada por el experto que asesoraba a la empresa demandante, sobre el presupuesto de que en el informe pericial se había comparado la posición que la misma poseía en el mercado español, en el que actuaba como un *newcomer*, con aquélla que poseía en el mercado británico, en que operaba desde mucho más tiempo. Además, la Audiencia Provincial puso de relieve que existían otros elementos –como por ejemplo el gasto en publicidad que Conduit habría podido realizar para difundir hacia los consumidores su número de directorio telefónico– que habrían tenido que ser considerados para determinar la cuota de mercado de la empresa demandante. La existencia de factores exógenos a la práctica anticompetitiva, en definitiva, llevó los jueces de la segunda instancia a rehusar la indemnización del lucro cesante.

5. Además, cabe recordar que la Comisión Europea ha previsto que los Estados miembros faculten a sus órganos jurisdiccionales nacionales para estimar el importe del perjuicio *antitrust*. Contestualmente a la Propuesta de Directiva, el Ejecutivo comunitario ha adoptado las Directrices sobre la cuantificación de los *antitrust damages* y una específica Guía práctica que ofrece una explicación detallada de los principales métodos y técnicas que pueden emplearse para estimar el daño *antitrust*, comparando la situación de mercado existente tras la realización de la práctica anticompetitiva, con una situación hipotética contrafáctica. La jurisprudencia española más reciente ha considerado admisible la posibilidad de calcular el daño *antitrust* mediante el utilizzo de

---

<sup>1868</sup> *Vid.* el artículo 15, apartado 1, lit. *c*), de la LDC de 2007 y el artículo 15 del Reglamento CE 1/2003.

<sup>1869</sup> SAP de Madrid, Sección 28ª, de 25 de mayo de 2006, *Conduit Europe, S.A. contra Telefónica de España, S.A.U.*, *cit.*. Este asunto estaba relacionado con el suministro de datos para los servicios de directorio telefónico. Como se ha anteriormente mencionado (*vid. supra sub §.IV.6.3.1*) para calcular el *lucrum cessans*, la parte demandante había realizado una estimación para establecer la cuota de mercado que habría logrado si Telefónica le hubiese puntualmente suministrado los datos. A estos fines Conduit comparó el mercado español con el mercado británico en el que también operaba. Al respecto vale también la pena mencionar otro asunto (SAP de Madrid, Sección 25ª, de 8 de 5 de 2007, 3C Communications España, S.A. contra Telefónica de España, S.A.U., 235/2007) que se caracterizaba por el hecho de que, para calcular los beneficios perdidos como consecuencia de la realización del ilícito concurrencial, la parte demandante (un competidor de Telefónica) había realizado una serie de suposiciones en orden a la duración media de la demora de suministro de las líneas, al número medio de terminales que habría podido instalar en ausencia de la práctica infractora y las ganancias netas por terminal y día. Sin embargo, los jueces no se acogieron a la estimación del demandante, prefiriendo emplear una estimación propia, de carácter más conservador.

técnicas estimatorias y el recurso al asesoramiento de expertos<sup>1870</sup>. Al respecto, además, se ha también puesto de relieve que el hecho de que sea prácticamente imposible realizar una reproducción perfecta de la situación que habría existido si no se hubiera realizado el ilícito concurrencial (método de cálculo basado sobre la valoración de una situación hipotética contrafáctica), no tiene que impedir el reconocimiento de una indemnización adecuada del daño sufrido por las víctimas de prácticas anticompetitivas: de esto descende que los expertos deben formular hipótesis razonables y técnicamente fundadas sobre datos contrastables y no erróneos<sup>1871</sup>.

6. Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a las *antitrust damages actions* y su recaída sobre el cómputo del plazo de prescripción, cabe destacar que el Tribunal Supremo ha claramente establecido que dichas acciones se rigen por un régimen de responsabilidad extracontractual. En efecto, en el fundamento de derecho decimosegundo de la sentencia relativa al asunto *Acor*, surgido en el ámbito del cártel del azúcar<sup>1872</sup>, el Tribunal Supremo ha aclarado que: “a los efectos de identificar el régimen de prescripción extintiva de la acción, ante la dualidad de responsabilidades, la contractual y la extracontractual –a las que los anglosajones se refieren como ‘the law of contract’ y ‘the law of torts’–, hay que entender con la recurrente que nos hallamos en el ámbito de la segunda”. Por esto, las acciones de indemnización por daños y perjuicios a las que se aplica el régimen de responsabilidad extracontractual prescribían al año desde que la víctima fue consciente del daño (artículo 1968, apartado 2, del Código Civil) o desde que pudieron ejercitarse (artículo 1969 del Código Civil). La Directiva 2014/104/UE ha expresamente introducido unas medidas normativas sobre el plazo de prescripción, previendo que: “[l]os Estados miembros velarán por que el plazo para el ejercicio de una acción por daños sea de al menos cinco años”<sup>1873</sup> y ha también abogado por la introducción de un criterio de carácter subjetivo para la individuación del *dies a quo*, estableciendo una serie de parámetros que deben tenerse en cuenta para

---

<sup>1870</sup> Una parte de la jurisprudencia, además, se ha pronunciado sobre el alcance y los límites de las pericias en el ámbito de los juicios indemnizatorios, aclarando que no constituye objeto de las mismas el acreditar y valorar la concurrencia de la relación de causalidad sobre la conducta ilícita y el daño. Cfr. SJPI núm. 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014, MUSAAT, Mutua de seguros a prima fija contra ASEFA, S.A., Compañía española de seguros y reaseguros *et al.*, *cit.*.

<sup>1871</sup> STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre de 2013, Nestlé España, S.A. *et al.* contra Ebro Puleva, S.A., *cit.*.

<sup>1872</sup> STS de 8 de junio de 2012, Acor, Sociedad Cooperativa General Agropecuaria contra Galletas Gullón, S.A. *et al.*, 344/2012.

<sup>1873</sup> Artículo 10, apartado 3, Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, *cit.*

determinar en concreto cuándo empieza a correr el plazo de prescripción de estas acciones indemnizatorias<sup>1874</sup>.

7. Por lo que concierne a la observación relativa a la ausencia de reclamaciones colectivas de los consumidores ante la realización de ilícitos concurrenciales, cabe considerar que si bien el ordenamiento español contempla estas herramientas de tutelas y las mismas hayan sido empleadas con éxito en otras tipologías de litigios<sup>1875</sup>, en cambio en materia de Derecho de la competencia sólo en el asunto *Ausbanc contra Telefónica*<sup>1876</sup>, la asociación de consumidores y usuarios AUSBANC inició una acción colectiva, en representación de los titulares de líneas ADSL en España, solicitando una indemnización de 458 millones de euro contra la empresa que había abusado de posición de dominio (*margin squeeze*). Las principales razones a las cuales puede imputarse la casi total ausencia de recurso al remedio indemnizatorio colectivo residen en el hecho de que los consumidores individuales y las pequeñas empresas sufren en la mayoría de los casos un daño de leve entidad y, pese a la incertidumbre, los riesgos y las costas relacionadas con este tipo de litigio, no poseen adecuados incentivos para reclamar en juicio la indemnización de tales perjuicios. Además, como se ha anteriormente subrayado (*vid. supra sub §.V.1.3.1*) la Comisión Europea ha optado por no introducir herramientas de tutela colectiva con específica referencia a las infracciones del Derecho de la competencia y, por consiguiente, ha abogado por una solución más amplia (*horizontal scope*) que se aplique a todos los supuestos en que una infracción del Derecho comunitario afecte negativamente a los intereses económicos de los ciudadanos de la UE<sup>1877</sup>.
8. Una ulterior observación concierne al hecho de que los jueces españoles han reconocido la indemnización de los perjuicios *antitrust* en muy pocos litigios, limitándose en la mayoría de los supuestos sólo a declarar la naturaleza anticompetitiva de la práctica empresarial enjuiciada y la nulidad de los contratos estipulados con las empresas infractoras. Analizando algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes puede observarse que ha tenido ciertamente lugar un incremento de las indemnizaciones en favor de las víctimas de ilícitos concurrenciales. Para averiguar si en el ordenamiento español se ha generado un cambio significativo, respecto del anterior nivel de aplicación del remedio indemnizatorio, es necesario esperar la trasposición de

---

<sup>1874</sup> Véase también la SJPI núm. 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014, MUSAAT, Mutua de seguros a prima fija contra ASEFA, S.A., Compañía española de seguros y reaseguros *et al.*, *cit.*.

<sup>1875</sup> La referencia es a los litigios sobre cláusulas abusivas en la contratación *business to consumer*. GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA (2008, pág. 12).

<sup>1876</sup> AAP de Madrid, Sección 28ª, de 30 de septiembre de 2013, Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) contra Telefónica de España, S.A.U., *cit.*.

<sup>1877</sup> Cfr. *supra sub §.V.1.3.1*.

la Directiva 2014/104/UE y luego analizar si las soluciones normativas en ella previstas surten o menos el efecto de generar un mayor ejercicio de acciones resarcitorias, sobre todo de tipo *follow-on*, y si las mismas conducirán efectivamente al reconocimiento judicial de las indemnizaciones reclamadas.

9. Por último, además, cabe poner de relieve que los jueces españoles ya han tenido modo de afrontar algunos problemas relacionados con la defensa de repercusión del sobre coste en el ámbito de los juicios indemnizatorios por daños *antitrust*. Al respecto es preliminarmente oportuno recordar que el legislador comunitario, a través de la Directiva 2014/104/UE, ha introducido una serie de medidas para regular dos distintos aspectos de esta cuestión: *i)* los supuestos en que la traslación del sobre coste es utilizada en juicio por las empresas demandadas como excepción a la demanda resarcitoria de los compradores directos y de las demás empresas supuestamente perjudicadas por el ilícito concurrencial que no sean consumidores finales (*passing-on defence*); *ii)* los supuestos en que los compradores indirectos recurren a la traslación del sobre coste para interponer una demanda resarcitoria contra los autores del ilícito concurrencial (*offensive passing-on*).
10. De estas dos cuestiones, en particular, la jurisprudencia española ha tenido ocasión de ocuparse expresamente sólo de aquélla concerniente a la defensa de traslación del sobre precio. En particular, el Tribunal Supremo español ha adoptado una postura idéntica a aquélla del legislador comunitario que, en el artículo 13 de la Directiva relativa a las *antitrust damages actions*, ha establecido que las empresas demandadas pueden contrastar las demandas de indemnización por daños y perjuicios *antitrust* oponiendo en juicio la excepción de que los sujetos supuestamente perjudicados hayan repercutido, total o parcialmente, el sobre coste resultante del ilícito concurrencial. El Tribunal Supremo, por un lado, ha reconocido que la carga de la prueba de la traslación del sobre coste recaiga sobre la empresa demandada y que, por el otro, para que esta defensa pueda prosperar, lo que resulta necesario demostrar no es que los demandantes hayan repercutido, en el mercado aguas abajo, el incremento de precio sufrido como consecuencia de la realización, en el mercado aguas arriba, de un ilícito concurrencial, sino que estos sujetos hayan repercutido el perjuicio económico derivado del mismo, es decir el daño *antitrust*<sup>1878</sup>.

---

<sup>1878</sup> STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre de 2013, Nestlé España, S.A. *et al.* contra Ebro Puleva, S.A., *cit.*





## CONCLUSIONES

1. La aplicación pública del Derecho de la competencia y, en particular, la imposición de medidas remediales por parte de la Comisión Europea, es susceptible de incidir sobre otros intereses jurídicos, afectando a su régimen de protección. En efecto, la realización de prácticas anticompetitivas genera un conflicto entre un interés supraindividual (la tutela del régimen competitivo en el mercado) y una serie de intereses individuales que recaen en la esfera jurídica de las empresas infractoras cuales, por ejemplo, los intereses conectados con la protección de la propiedad de bienes tangibles y aquéllos relacionados con la protección de la propiedad intelectual de bienes inmateriales.
2. Puesto que ante este conflicto asume una relevancia preeminente la salvaguardia del interés supraindividual al mantenimiento de condiciones de competencia en el mercado, la intervención administrativa de *public antitrust enforcement* de la Comisión Europea resulta susceptible de generar una compresión de la tutela originariamente acordada a los demás intereses individuales en juego. Por ejemplo, si tomamos en consideración los intereses relacionados con la propiedad de bienes tangibles en los supuestos en que su titular haya realizado una infracción de la normativa *antitrust*, la intervención administrativa dirigida a la tutela de la competencia determina un cambio en el grado e intensidad de la protección que el ordenamiento jurídico acuerda a tales bienes. En estos supuestos, en efecto, la necesidad de salvaguardar un interés supraindividual como la competencia conduce a una modificación del estatuto jurídico-propietario aplicable a los bienes tangibles relacionados con la infracción *antitrust*, con el consiguiente aflojamiento de la protección exclusiva que el ordenamiento suele normalmente acordar a los mismos.
3. De estas consideraciones puede inferirse que la subsistencia de un sistema normativo de tutela de la competencia, y la predisposición de un sistema de *public antitrust enforcement* de carácter no meramente represivo, genera una ampliación del área de las excepciones al ordinario régimen jurídico de protección de la propiedad privada. En particular, cuando un monopolista titular de un derecho de propiedad sobre una infraestructura o un recurso esencial para competir en un mercado secundario, ejerce las facultades que su derecho le otorga, como por ejemplo el derecho de impedir que terceros accedan a la infraestructura o la asunción de la decisión de no contratar con las empresas que solicitan el suministro de este *input*, deben tomarse en consideración dos aspectos: por un lado, desde un punto de vista concurrencial, el ejercicio de estas facultades determina una ilícita obstaculización de la actividad empresarial de los competidores y, por el otro, desde el punto de vista del ejercicio y salvaguardia de los intereses individuales conectados con el derecho de propiedad, una intervención de la Comisión Europea dirigida a encontrar un remedio al problema de competencia que acabamos de mencionar, es difícil de conciliar con un principio de intangibilidad absoluta de la propiedad —este segundo aspecto,

además, presenta ulteriores elementos problemáticos si se toman en consideración los supuestos en que la infraestructura esencial resulta protegida por un IPR—.

4. Para analizar correctamente las implicaciones de esta cuestión cabe preliminarmente distinguir los supuestos en que la adquisición de una posición de dominancia sea el producto de una elección legislativa (*v.gr.* pese a la existencia de un monopolio natural) de aquéllos en que sea el resultado de una mayor eficiencia empresarial (*v.gr.* la obtención de dicha posición descende de los resultados de las inversiones en I+D). En el primer supuesto la intangibilidad de la propiedad privada sobre una infraestructura esencial (por ejemplo un puerto o una red de ferrocarriles gestionada de forma exclusiva en virtud de una concesión administrativa) resultaría susceptible de afectar injustificadamente el régimen de competencia que podría existir en un mercado secundario y, por consiguiente, la negativa de acceso a los competidores por parte del monopolista legal sería difícilmente justificable a la luz de razones meramente propietarias. En el segundo supuesto, en cambio, la adquisición de una posición de monopolio por parte de la empresa titular de la infraestructura esencial constituye el resultado del mérito empresarial y de su mayor eficiencia respecto de los competidores. Ahora bien, puesto que la normativa *antitrust* presupone un concepto de competencia entendida como *competition on the merits*, el impacto de la acción de *public enforcement* de la Comisión Europea sobre otros intereses jurídicamente relevantes, cuales por ejemplo aquéllos conectados con la tutela de la propiedad, depende de la medida en que se decida premiar el mérito empresarial y la mayor eficiencia de la empresa que ha logrado alcanzar una posición de dominio en el mercado primario, frente a los costes que la sociedad debería soportar si no se permitiera el desarrollo de la competencia en un mercado secundario en que, en un tiempo razonable, las empresas existentes puedan devenir eficientes como el monopolista.
5. Al respecto cabe considerar que la tutela de la propiedad privada no retrocede en todo caso frente a la exigencia de salvaguardar la competencia, sino que sólo lo hace cuando subsisten determinadas condiciones cuales, por ejemplo, el carácter indispensable de la infraestructura para competir en un mercado secundario (*essential facility doctrine*). Esto quiere decir que la acción de *public antitrust enforcement* de la Comisión Europea debería ser realizada sólo en el caso de que la infraestructura de la empresa dominante sea realmente esencial para competir en el mercado secundario y no que sea sólo más conveniente dejar que los competidores accedan a la misma (este supuesto ha concretamente tenido lugar en el asunto *Microsoft*). Si esto fuera así el Ejecutivo comunitario ya no estaría solucionando una alteración del régimen competitivo contraria a la normativa de defensa de la competencia, sino que estaría más bien regulando un mercado, fijando las modalidades de acceso y el correspondiente precio.

6. Si complicamos el análisis e introducimos la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, podemos observar que en los supuestos relacionados con el ejercicio abusivo de IPRs, abogar por el empleo de una regla de propiedad bajo un modelo estático significa limitarse a considerar sólo algunos aspectos de la cuestión, es decir sólo aquéllos relativos a los incentivos a invertir en I+D bajo un escenario *ex ante*. Bajo este modelo, en efecto, el gran límite que encuentran los remedios calibrados sólo con respecto a una *property rule* consiste en no tomar en consideración los aspectos relacionados con el escenario *ex post* cuales, por ejemplo, el impacto sobre los incentivos en invertir en innovación subsiguiente y los beneficios que este desarrollo tecnológico generaría para la sociedad. Por lo tanto la aplicación del modelo estático de CALABRESI y MELAMED no parece proporcionar respuestas plenamente satisfactorias a la intervención remedial pública.
7. Para superar estas criticidades, consideramos oportuno acudir al modelo dinámico de BELL y PARCHOMOVSKY y aplicar las *pliability rules* con el fin de imponer remedios *antitrust* más eficientes. Por ejemplo, la imposición de remedios *antitrust* de naturaleza pública en los supuestos en que se aplica la doctrina de las infraestructuras esenciales constituye una hipótesis de recurso a una *classic pliability rule*. Eso descende del hecho de que, no obstante la realización de una infracción *antitrust* (*v.gr.* negativa de acceso) la empresa propietaria de la infraestructura esencial permanece titular de la misma, si bien tenga que dejar que los competidores que actúan en un mercado secundario accedan a la misma por un precio colectivamente establecido<sup>1879</sup>. Al respecto cabe añadir que el precio resulta colectivamente establecido también cuando las infraestructuras esenciales gozan de la protección de un IPR (*v.gr.* una patente tecnológica) y el *antitrust enforcer* haya previsto que las *royalties* que deben pagarse en favor de la empresa dominante deban fijarse en términos FRAND: en estos casos, en particular, si bien la determinación del precio del acceso a la infraestructura esencial sea el resultado de un acuerdo entre las empresas destinatarias del remedio *antitrust*, la concreta fijación de las *royalties* puede siempre contestarse ante la autoridad jurisdiccional si se asume que no respete los términos FRAND.
8. Ante la realización de tales ilícitos concurrenciales, consideramos que el recurso a una *classic pliability rule* constituya, desde el punto de vista *antitrust*, el remedio jurídico más eficiente. En efecto, la aplicación de este tipo de regla de protección de la competencia resulta particularmente adecuada porque permite mantener tanto las ventajas que descenderían de la exclusiva aplicación de una regla de propiedad —es decir el control exclusivo de la infraestructura con consiguiente ausencia de impacto negativo sobre los incentivos del titular a realizar inversiones y, además, reducción de la

---

<sup>1879</sup> BELL y PARCHOMOVSKY (2002, págs. 35-38).

incidencia de los costes de transacción— como aquéllas relacionadas con el utilizzo de una regla de responsabilidad con respecto a la solución del problema concurrencial que surge de la oposición de una negativa de acceso —disminución de la pérdida irrecuperable de eficiencia relacionada con la posibilidad de que, en ausencia de la imposición de un remedio *antitrust*, el titular de la infraestructura esencial deje sí que los competidores accedan a la misma, pero a costa de la imposición de un precio de monopolio—. La combinación de una regla de propiedad y una de responsabilidad mediante el recurso a una *classic pliability rule* proporciona, por lo tanto, una tutela remedial eficiente no sólo garantizando el mantenimiento de los beneficios de la economía de escala asociados al control exclusivo de la infraestructura esencial, sino también impidiendo que a través de la fijación de un precio de acceso supracompetitivo se esterilice la competencia en el mercado secundario.

9. En realidad, retomando las consideraciones anteriormente desarrolladas con referencia a la competencia entendida como *competition on the merits* y a la exigencia de considerar ilícitos concurrenciales sólo aquellos supuestos en que la oposición de una negativa de acceso recaiga sobre una infraestructura esencial para competir en un mercado secundario y que la Comisión Europea no estime únicamente que sea conveniente conceder a los competidores el acceso a la misma, podemos afirmar que cuando no cabe aplicar la *essential facility doctrine* y la estructura del mercado no es un monopolio legal, el Ejecutivo comunitario debería abstenerse de realizar una actividad de *enforcement* del Derecho de la competencia, en cuanto la misma terminaría siendo una actividad de regulación para fomentar más bien que salvaguardar la competencia en un mercado secundario. Además, la gestión de los supuestos de *convenient essential facilities*, en que la infraestructura está protegida mediante IPRs, a través de la imposición del remedio de las licencias obligatorias FRAND no resultaría adecuado si no fuera precedido de un análisis de impacto de tales licencias. En efecto, en ausencia de este tipo de análisis no podría establecerse, desde una perspectiva *ex ante*, que tipo de impacto tendrá la imposición de este remedio sobre la competencia y que beneficios podría obtener la sociedad (por ejemplo, la imposición de estas licencias podría desincentivar los incentivos futuros del titular de los IPRs). Por estas razones resultaría más eficiente que en tales supuestos interviniera directamente el regulador, que es mejor situado respecto de la Autoridad de la competencia, para establecer los criterios que sirven para determinar bajo qué condiciones una infraestructura puede considerarse esencial para competir en un mercado secundario y aquéllos relativos a la determinación del precio del acceso a la misma. Las soluciones del regulador deberían preferirse, en virtud de su mayor competencia técnica y porque el mismo a través de la realización de análisis de impacto podría adoptar soluciones más eficientes y modular el precio del acceso de forma más ajustada a los intereses en juego.
10. Además, por lo que concierne a los asuntos *antitrust* relacionados con los (supuestos) abusos de posición de dominio realizados en la industria

energética comunitaria<sup>1880</sup>, podemos antes de todo observar que los límites normativamente establecidos a la imposición de medidas remediales *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003, no habrían permitido a la Comisión Europea tutela la competencia de manera eficiente. Este resultado, en cambio, se ha concretamente alcanzado recurriendo a la imposición “negociada” de medidas remediales, a través de las cuales el Ejecutivo comunitario ha aplicado, anticipadamente, las medidas regulatrias que el legislador ya había previsto en una serie de cuerpos normativos comunitarios. Cabe también subrayar que en la consecución de este resultado ha jugado un papel muy relevante el hecho de que la aplicación del principio de proporcionalidad responde, en sede de adopción de *commitment decisions*, a criterios menos estrictos de aquéllos que informan la imposición de remedios *antitrust* mediante decisiones sancionadoras. La eficiencia de la opción de *enforcement* escogida por la Comisión Europea en este ámbito reside, por un lado, en el hecho de que la imposición del remedio negociado de la separación propietaria ha solucionado el problema del acceso de los *newcomers* y, por el otro, ha resuelto el ulterior problema de la simultánea confluencia de la propiedad y gestión de las infraestructuras sobre los monopolistas legales verticalmente integrados en los mercados aguas abajo. Esta solución, en particular, fomenta una gestión más eficaz de la infraestructura y neutraliza, de cara al futuro, el riesgo de reincidencia de las mismas ilícitas prácticas empresariales.

11. Si recurrimos a las *pliability rules* también para analizar estos remedios estructurales, podemos constatar que la transferencia de la propiedad de la infraestructura en favor de la *newco* determina la sustitución de una *property rule* con otra *property rule* en favor de una entidad jurídica dotada de una propia autonomía. En estos supuestos, por lo tanto, la solución de los problemas de competencia detectados por la Comisión Europea en su análisis preliminar se realiza mediante el recurso a una *title shifting pliability rule*.
12. Otra cuestión muy controvertida con respecto al análisis de los remedios *antitrust* de naturaleza pública concierne a la individuación de los límites a la discrecionalidad de la Comisión Europea en la determinación del contenido de las medidas impuestas a las empresas destinatarias de la decisión administrativa. Esta cuestión, en particular, afecta sobre todo a la imposición de medidas remediales mediante el recurso a la herramienta procedimental de los compromisos, puesto que por lo menos teóricamente el legislador concede al Ejecutivo comunitario un margen de maniobra mucho más amplio, si bien la posibilidad de finalizar un procedimiento convirtiendo en obligatorios los compromisos propuestas por las empresas involucradas es por lo general limitada a los supuestos en que la Comisión Europea no se

---

<sup>1880</sup> Cfr. *supra* sub §.III.2.

disponga a imponer una multa sancionadora (Considerando 13º del Reglamento CE 1/2003). En efecto, por un lado, la jurisprudencia comunitaria ha proporcionado una interpretación menos restrictiva del principio de proporcionalidad aplicable a las *commitment decisions* – esencialmente calibrado en función del parámetro de la eliminación de las complejidades concurrenciales detectadas en sede de análisis preliminar de las prácticas empresariales– y, por el otro, el contenido de los compromisos resulta, formalmente, el producto de determinaciones voluntariamente asumidas por las empresas involucradas en un expediente administrativo-sancionador, aún en el caso de que la versión definitiva de los mismos sea el resultado de negociaciones con la Comisión Europea.

13. Cabe además poner de relieve que en los supuestos de aplicación de medidas remediales mediante compromisos se quiebra el inescindible lazo jurídico que une el área de la responsabilidad con el área de lo remedial y constituye uno de los rasgos caracterizantes del *antitrust enforcement*, tanto si consideramos la imposición de remedios de naturaleza pública mediante la adopción de una decisión sancionadora, como si nos fijamos en la concesión de remedios indemnizatorios por parte de los jueces nacionales, puesto que en ambos casos el presupuesto jurídico para la aplicación de las medidas remediales es la constatación de la realización de un ilícito concursal. Este peculiar aspecto descende, como ya hemos subrayado, del hecho de que para adoptar una decisión sobre compromisos la Comisión Europea no necesita pronunciarse entorno a la anticompetitividad de las prácticas empresariales enjuiciadas, siendo su acción administrativa sólo limitada a encontrar la forma de remediar a los supuestos problemas de competencia que, sobre la base de los resultados del análisis preliminar, se reconectan a tales prácticas.
14. A la luz de las anteriores consideraciones podemos destacar que el punto crucial de la cuestión, desde la óptica del *discretionary remedialism*, es el siguiente: si el interés jurídico protegido por el Derecho de la competencia posee naturaleza supraindividual y consiste en la salvaguardia del correcto funcionamiento del mercado, los remedios aplicables en los supuestos de vulneración, presunta o constatada, de la normativa *antitrust* deberían limitarse, en todo caso, al restablecimiento del equilibrio de mercado anteriormente existente o podrían ir más allá, introduciendo un diferente equilibrio de mercado con consiguiente instauración de un régimen más competitivo del anterior.
15. Las diferencias existentes entre los criterios y las condiciones de aplicabilidad de los dos vehículos procedimentales a los que la Comisión Europea puede recurrir en el marco de un procedimiento administrativo en materia *antitrust*, nos llevan a tratar por separado el problema de los límites a la discrecionalidad del Ejecutivo comunitario en la determinación del contenido de los remedios públicos. Si analizamos las decisiones sancionadoras podemos observar que la Comisión Europea está facultada a imponer remedios *antitrust* en cuanto ha previamente constatado la existencia de una

infracción de la normativa de defensa de la competencia. Puesto que en estos supuestos es la subsistencia de una responsabilidad *antitrust* lo que justifica la imposición de remedios públicos, resultaría difícilmente sostenible afirmar que el margen de discrecionalidad del Ejecutivo comunitario pueda extenderse hasta abarcar medidas que no sólo pongan fin a la infracción, sino que también permitan alcanzar un nuevo y mejor equilibrio competitivo en el mercado afectado por el ilícito concurrencial: al respecto se suele afirmar que las decisiones *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003 poseen un carácter *backward-looking*.

16. Adoptando una solución diferente, es decir una solución en que se admita que la Comisión Europea goce de un margen de discrecionalidad más amplio en la determinación del contenido de las medidas remediales, se quebraría el nexo con el ámbito de la responsabilidad y, por ende, se generaría un contraste con el principio de proporcionalidad. En efecto, la búsqueda de un mejor equilibrio competitivo por vía remedial es incompatible con la función normativa asignada a los remedios que pueden imponerse a través de decisiones sancionadoras, siendo la misma limitada a la cesación de la práctica infractora y al restablecimiento de las condiciones de competencia anteriormente existentes. La Comisión Europea, por lo tanto, posee un margen de discrecionalidad muy reducido en cuanto, si bien no tenga que determinar el contenido de los remedios basándose sobre las opciones incluidas en catálogos taxativos, debe individuar la categoría remedial aplicando los criterios y los mecanismos establecidos por el legislador comunitario —que por lo general ha asignado un *favor* para los remedios de comportamiento— y, además, debe respetar el principio de proporcionalidad, en su triple vertiente de proporcionalidad en sentido estricto, idoneidad y necesidad, calibrando su acción de *enforcement* a los objetivos cesación de la práctica infractora y al restablecimiento de las condiciones de competencia anteriormente existentes. Estos vínculos se repercuten irremediabilmente sobre el contenido que los remedios *ex* artículo 7 del Reglamento CE 1/2003 pueden asumir, limitando el *range* de las soluciones eligibles, sobre todo a la luz del concreto impacto que un determinado contenido puede tener sobre las condiciones de competencias alteradas por el ilícito concurrencial y que la intervención administrativa mira a restablecer.
17. En cambio, la solución que puede adoptarse con respecto a las decisiones sobre compromisos es diferente y, por lo menos en línea de principio, puede afirmar se que la Comisión Europea estaría facultada a imponer medidas remediales que no sólo se limiten a restablecer las condiciones de competencia existentes antes de la realización de la infracción de la normativa *antitrust*, sino que permitan alcanzar un nuevo y mejor equilibrio competitivo en el mercado. En favor de esta solución juegan varios elementos, cuales el carácter voluntario de las medidas propuestas, la necesidad de satisfacer de manera menos restrictivas las exigencias subyacentes a la aplicación del principio de proporcionalidad, la diferente finalidad asignada por el legislador comunitario a la herramienta procedimental de los compromisos y la ausencia



de constatación de la infracción *antitrust*. De lo anterior descende que en la imposición de medidas remediales mediante *commitment decisions* el Ejecutivo comunitario posee un mayor grado de flexibilidad y no debe limitarse a satisfacer exigencias de justicia correctiva, contrariamente a lo que sucede, por un lado, en los supuestos en que los remedios se impongan a través de decisiones sancionadoras y, por el otro, con respecto a la concesión, por parte de los jueces nacionales y en favor de los sujetos perjudicados por la realización de un ilícito concurrencial, de un remedio indemnizatorio.

18. No puede pasarse por alto que abogar por una significativa dilatación del margen de discrecionalidad en la determinación del contenido de las medidas remediales que la Comisión Europea puede imponer adoptando decisiones sobre compromisos, conlleva el riesgo de que la actividad de *public antitrust enforcement* desarrollada por el Ejecutivo comunitario termine siendo sólo una actividad de control del mercado y se convierta también en una actividad regulativa. Al respecto, sin embargo, cabe subrayar que este aspecto no debería suscitar muchas preocupaciones en cuanto, a diferencia del papel de las ANC que aún cuando adoptan decisiones sobre compromisos (allí donde la normativa nacional prevea esta posibilidad) deben limitarse a realizar una mera actividad de *enforcement*, la Comisión Europea juega también un rol institucional, a nivel europeo, con respecto a la determinación de la política comunitaria de la competencia. Por esto, resulta muy reducido el riesgo de que el Ejecutivo comunitario, a través de la actividad de *public antitrust enforcement* desarrolle una política de la competencia que se ponga en contraste con la política general de desarrollo del mercado interior.
19. A pesar de la solución adoptada con respecto a la cuestión de los límites a la discrecionalidad administrativa en la determinación del contenido de las medidas remediales impuestas a través de las *commitment decisions*, cabe añadir que un excesivo recurso a dicha herramienta de *enforcement* puede generar problemas muy graves tanto desde el punto de vista de la efectividad del *public antitrust enforcement*, como desde la óptica de la eficacia de la aplicación privada del Derecho de la competencia. Por lo que concierne al primer perfil, en efecto, la instauración de una praxis en que los procedimientos administrativos en materia *antitrust* suelen finalizarse con la adopción de una decisión *ex* artículo 9 del Reglamento 1/2003, podría afectar negativamente a la función disuasoria del sistema público de *enforcement* así como a la efectividad de los programas de clemencia, con la consecuencia de que disminuirían aún más las probabilidades de detección de los carteles secretos. Por lo que concierne al segundo perfil, además, la maciza adopción de *commitments decisions* resulta susceptible de perjudicar el ejercicio de acciones indemnizatorias por parte de las víctimas de ilícitos concurrenciales, puesto que las mismas no podrían gozar de las ventajas procesales que descenden de las medidas armonizadas aplicables en los supuestos de *follow-on actions*.
20. Por último, por lo que concierne al remedio indemnizatorio, cabe antes de todo poner de relieve que la adopción de la Directiva 2014/104/UE puede

considerarse un giro copernicano<sup>1881</sup> para el desarrollo del *private antitrust enforcement*, en cuanto introduce una serie de mejoras susceptibles de incrementar, respecto de la situación anteriormente existente en la casi totalidad de los Estados Miembros, el recurso al ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del Derecho comunitario de la competencia. En efecto hasta el año 2012 las *antitrust damages actions* se habían ejercitado sólo en relación al 25% de las decisiones adoptadas por la Comisión Europea respecto de la infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE y que la casi totalidad de las mismas había sido ejercitada en el Reino Unido, Alemania y Países Bajos<sup>1882</sup>. Esta situación, al menos por lo que concierne al ordenamiento español, ha sido superada, como se desprende de los estudios empíricos realizados por MARCOS FERNÁNDEZ<sup>1883</sup> y de los pronunciamientos de la jurisprudencia más reciente<sup>1884</sup>. De estos últimos, en particular, emerge que la cultura del *private antitrust enforcement* se está vía vía arraigando en el ámbito jurisdiccional y esto ha determinado un significativo avance del *enforcement* del Derecho de la competencia en el sistema jurídico español. Por esto los resultados logrados por la aplicación privada de la normativa comunitaria de defensa de la competencia en España hacen que las medidas de armonización establecidas por la Directiva 2014/104/UE encuentren un terreno fértil para incrementar aún más el ejercicio de las acciones indemnizatorias en los supuestos de responsabilidad extracontractual por ilícito *antitrust*<sup>1885</sup>.

21. Sin embargo, las medidas previstas por el legislador comunitario no parecen haber efectivamente resuelto todos los problemas conectados con la existencia de obstáculos al ejercicio de las *antitrust damages actions*. Antes de todo es oportuno señalar que habría sido particularmente relevante prever un régimen armonizado en materia de acciones colectivas, abogando por la introducción de un modelo *opt-in* que se caracteriza por un mecanismo con arreglo al cual es necesario que los sujetos perjudicados por el ilícito concurrencial manifiesten expresamente su voluntad de adherir a la acción colectiva. Este modelo de acción representativa resulta perfectamente en línea con el objetivo principal de la Directiva 2014/104/UE, en cuanto impide que

---

<sup>1881</sup> CANTOS *et al.* (2013, págs. 33 y sigs.).

<sup>1882</sup> Véase el discurso del Director General de Competencia de la Comisión Europea, Alexander ITALIANER “[Competition Law within a framework of rights and the Commission’s proposal for a Directive on antitrust damage actions](#)”, 12ª Conferencia Anual de la Asociación de Jueces Europeos de Derecho de la Competencia (AECLJ), Luxemburgo 14 de junio de 2013.

<sup>1883</sup> MARCOS FERNÁNDEZ (2013, págs. 1-111); ID. (2014a, págs. 1-23). Cabe subrayar que las demandas indemnizatorias fueron igualmente muy escasas respecto del número de asuntos *antitrust* decididos por la entonces CNC.

<sup>1884</sup> Cfr. *supra* sub §.V.3.1.1 y §.V.3.1.3.

<sup>1885</sup> DÍEZ ESTELLA y ESTRADA MERAY (2014, pág. 192).

el ejercicio de las acciones colectivas conduzca a situaciones en que no sea posible resarcir totalmente el daño liquidado en juicio, en cuanto existe un cierto número de perjudicados que no es posible identificar –esto puede ocurrir, por ejemplo, adoptando el modelo *opt-out*, en que sobre los sujetos perjudicados recae la carga de disociarse expresamente para no terminar siendo representados por la clase que ha ejercitado la acción colectiva–. La adopción del modelo *opt-in* impide que el ejercicio de las acciones colectivas pueda tener finalidades represivas y de disuasión, persiguiendo únicamente finalidades resarcitorias. En efecto bajo este modelo cabe la posibilidad de que parte del resarcimiento no pueda liquidarse a los perjudicados y se emplee para perseguir objetivos de carácter público como la promoción de los intereses de los consumidores mediante la financiación de la actividad de la asociación de categoría que haya entablado el juicio indemnizatorio colectivo. La introducción de esta herramienta de *enforcement* y la armonización del correspondiente régimen normativo, en particular, habría podido proporcionar una considerable contribución con respecto a la solución de uno de los principales problemas de la aplicación privada del Derecho de la competencia, constituido por la escasa aplicación del remedio indemnizatorio, así como como se desprende también del estado de desarrollo del *private antitrust enforcement* en el ordenamiento español.

22. Las medidas de potenciación de las facultades probatorias de las partes y del juez ni siquiera resultan significativamente incisivas para facilitar la prueba de la infracción antitrust en los supuestos de ejercicio de acciones *stand-alone*. Por ejemplo, si tomamos en consideración la exhibición de las pruebas podemos observar que con respecto a los carteles secretos tales medidas resultan casi del todo ineficientes, en cuanto los *co-cartelists* no tienen algún incentivo a producir la prueba de la existencia del cártel y, además, es muy probable que las partes nunca posean pruebas suficientes para que el juez ordene a las empresas demandadas la exhibición de las pruebas pertinentes que tenga en su poder. Por lo que afecta a los abusos, en cambio, existe una mayor probabilidad de que el demandante pueda indicar los documentos necesarios a demostrar el abuso, por ejemplo en el caso de que la empresa dominante haya realizado una práctica de predación del precio, el demandante podría solicitar al juez que ordene a la empresa infractora la exhibición de los documentos contenentes los datos relativos a su estructura de costes.
23. Ni siquiera las medidas relativas al acceso al expediente de la Autoridad de la competencia en las acciones *follow-on* resultan satisfactorias. En particular, por lo que concierne a la prueba de la subsistencia del ilícito concurrencial, dichas medidas casi nunca pueden resultar útiles, en cuanto el legislador comunitario ya ha previsto que las decisiones firmes de las ANC poseen un efecto vinculante en sede indemnizatoria. Con respecto a la cuantificación del daño, además, casi nunca el expediente de las Autoridades de la competencia puede contener elementos relevantes para establecer la cuantía del daño sufrido por un determinado sujeto perjudicado por la realización de la infracción *antitrust* (este caso podría darse en los supuestos de boicot colectivo, si bien el dato

haya de ser integrado tomando en cuenta el coste de oportunidad del competidor negativamente afectado). En realidad, si se hubiese potenciado la herramienta de las acciones colectivas, la medida prevista por el artículo 6 de la Directiva habría podido ser de mayor utilidad, en cuanto del expediente de las Autoridades de la competencia muy a menudo pueden extraerse datos que permiten establecer la cuantía agregada del daño *antitrust* producido por la infracción, lo que constituye un *mark-up* fiable del daño sufrido por una determinada categoría de sujetos perjudicados (pero nunca constituye un *mark-up* útil para estimar el daño sufrido por un único perjudicado).

24. Por lo que concierne al efecto irrefutable asignado a las resoluciones firmes de las ANC, dicha medida no resulta útil para aquéllos Estados miembros en cuyas jurisdicciones ya se había formado una doctrina de la prueba privilegiada que presentaba la ventaja de que los jueces competentes a conocer las demandas indemnizatorias habrían podido utilizar de inmediato las decisiones sancionadoras de las ANC, sin esperar que se concluyera la fase contencioso-administrativa. La medida introducida por el legislador comunitario, en cambio, resulta susceptible de generar un problema de dilatación de los tiempos procesales, en cuanto ante acciones *follow-on* anticipadas podrían ser incentivados a suspender el juicio civil con el fin de esperar la definición del contencioso entorno a la resolución administrativa. Esta medida, además, presenta la ulterior desventaja de que incentiva las empresas infractoras a constatar la legitimidad de las resoluciones de las ANC ante los jueces de lo contencioso-administrativo con el fin de evitar que tales resoluciones se conviertan en *rei indicatae* y puedan explicar en sede indemnizatoria la eficacia prevista por el artículo 9 de la Directiva 201/104/UE –esto podría incrementar excesivamente el contencioso sobre las resoluciones de las ANC, porque crea incentivos a impugnar también las decisiones sancionadoras en que no se haya impuesto una sanción pecuniaria pese a la novedad de la cuestión o a la escasa gravedad de la infracción–. En todo caso, la eficacia irrefutable del contenido de las resoluciones sancionatorias de las ANC no es absoluta, como ha expresamente afirmado el Tribunal Supremo español en su pronunciamiento sobre el cártel del azúcar<sup>1886</sup>.

25. Por último cabe relevar que ni siquiera la medida que introduce una atenuación de la carga probatoria en favor de los compradores indirectos que hayan ejercitado una acción indemnizatoria a causa del perjuicio sufrido por la traslación del sobreprecio a lo largo de la cadena de suministro (*offensive passing-on*) resulta adecuada y eficiente. La adopción de esta medida, en efecto, conduce a una inversión de la carga probatoria, gravando el demandado del *onus* de demostrar la subsistencia de un hecho negativo (la no traslación del

---

<sup>1886</sup> Cfr. STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre de 2013, Nestlé España, S.A. *et al.* contra Ebro Puleva, S.A., *cit.*, FJ 3º.

sobrecoste) que no recae bajo su control, constituyendo una decisión conectada con las estrategias comerciales de los operadores intermedios que actúan en los demás eslabones de la cadena de suministro. Dicha atenuación de la carga probatoria impone sobre las empresas demandadas la obligación de hacer frente a una *probatio diabolica* casi completamente imposible de demostrar. Dicha posición puede conducir, además, a situaciones de enriquecimiento injusto en favor de los compradores indirectos cuando el sobrecoste no les es íntegramente trasladado, que se ponen en abierto contraste con el principio de la plena indemnización del daño *antitrust*. Cabe también añadir que no existe razón económica alguna para justificar la introducción de esta medida, que impone sobre el demandado una carga probatoria que no puede satisfacer porque no es el sujeto mejor situado y no posee los elementos para establecer si ha tenido lugar o meno, y en qué medida, la traslación del sobrecoste a lo largo de la cadena de suministro hacia los compradores indirectos que han ejercitado la *antitrust damages action* en el caso concreto.

26. Finalmente cabe poner de relieve que la potenciación del *private antitrust enforcement* que seguirá la transposición de la Directiva 2014/104/UE en los distintos Estados miembros, resulta susceptible de afectar negativamente a la uniforme aplicación, en sentido sustancial, del Derecho comunitario de la competencia<sup>1887</sup>. En efecto, el fomento de la cultura de la aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia conlleva incrementa de forma exponencial el riesgo de que, a nivel nacional, los jueces puedan asumir decisiones contradictorias tanto con respecto a las resoluciones de la Comisión Europea, como con respecto a las resoluciones de las ANC. Para solucionar este importante problema resulta necesario que la Comisión Europea potencie el recurso a los mecanismos de cooperación establecidos como aquello previsto por el artículo 16, apartado 3, del Reglamento CE 1/2003 que prevé la participación como *amicus curiae* del Ejecutivo comunitario (también) en el juicio indemnizatorio, estableciendo que: “Cuando la aplicación coherente de los artículos 81 u 82 del Tratado lo requiera, la Comisión, por propia iniciativa, podrá presentar observaciones por escrito a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Con la venia del correspondiente órgano jurisdiccional podrán presentar también observaciones verbales”.
27. La Comisión Europea, sin embargo, deberá organizar bien sus recursos, en cuanto está sujeta a un problema de *budget constraints*. La multiplicación exponencial de los litigios a lo largo de todos los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, debería inducir el Ejecutivo comunitario a intervenir

---

<sup>1887</sup> ORTIZ BAQUERO (2011, pág. 583).

en los supuestos más relevantes o ante las jurisdicciones superiores o de última instancia.

## A. Tablas de jurisprudencia citada

### I. SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES COMUNITARIOS Y DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

#### *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref. (RJ)</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
5.2.1963	1963/3	Ch.L. Hammes	<i>NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend &amp; Loos c Administración fiscal holandesa</i>
15.7.1963	1963/199	R. Rossi	<i>Plaumann &amp; Co. c Comisión de la Comunidad Económica Europea</i>
7.6.1966	1966/199	R. Lecourt	<i>Société anonyme des laminoirs, hauts fourneaux, forges, fonderies et usines de la Providence et al. c Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero</i>
30.6.1966	1966/337	R. Lecourt	<i>Société Technique Minière (L.T.M.) c Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)</i>
13.7.1966	1966/429	A. Trabucchi	<i>Établissements Consten S.à.R.L. y Grundig-Verkaufs-GmbH c Comisión de la Comunidad Económica Europea</i>
12.12.1967	1967/525	R. Lecourt	<i>Brasserie de Haecht c Consorts Wilkin-Janssen</i>
3.4.1968	1968/211	W. Strauß	<i>Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH c Hauptzollamt Paderborn</i>
4.4.1968	168/326	W. Strauß	<i>Firma Gebrüder Lück c Hauptzollamt Köln-Rheinau</i>
13.2.1969	1969/1	A. Trabucchi	<i>Walt Wilhelm et al. c Bundeskartellamt</i>
9.7.1969	1969/295	W. Strauß	<i>Franz Völk c S.P.R.L. Ets J. Vervaecke</i>
6.10.1970	1970/825	A.M. Donner	<i>Franz Grad c Finanzamt Traunstein</i>
8.6.1971	1971/487	R. Monaco	<i>Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c Metro-SB-Großmärkte GmbH &amp; Co. KG</i>
25.9.1971	1971/949	H. Kutscher	<i>Béguelin Import Co. c S.A.G.L. Import Export</i>
6.2.1973	1973/77	A.M. Donner	<i>SA Brasserie de Haecht c Wilkin-Janssen</i>
21.2.1973	1973/215	R. Monaco	<i>Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
30.1.1974	1974/51	A.J. Mackenzie Stuart	<i>Belgische Radio en Televisie y société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c SV SABAM y NV Fonior</i>

6.3.1974	1974/223	A.M. Donner	<i>Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corp. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
31.10.1974	1974/1147	M. Sørensen	<i>Centrafarm BV y Adriaan de Peijper contra Sterling Drug Inc.</i>
31.10.1974	1974/1183	M. Sørensen	<i>Centrafarm BV y Adriaan de Peijper contra Winthrop BV</i>
12.12.1974	1974/1405	J. Mertens de Wilmars	<i>B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch c Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie y Federación Española Ciclismo</i>
28.10.1975	1975/1219	P. Pescatore	<i>Rolland Rutili c Ministerio del Interior</i>
13.11.1975	1975/1367	M. Sørensen	<i>General Motors Continental NV c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
16.12.1975	1975/1663	A.M. Donner	<i>Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et al. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3.2.1976	1976/111	A.J. Mackenzie Stuart	<i>SA Fonderies Roubaix Wattrelos c Société nouvelle des Fonderies A. Roux y Société des Fonderies JOT</i>
8.4.1976	1976/455	A. O'Keefe	<i>Gabrielle Defrenne c Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena</i>
2.6.1976	1976/I/711	H. Kutscher	<i>Kurt Kampffmeyer Mühlenvereinigung KG et al. c Comisión y Consejo de las Comunidades Europeas</i>
16.12.1976	1976/693	A.J. Mackenzie Stuart	<i>Rewe-Zentralfinanz eG y Rewe-Zentral AG c Landwirtschaftskammer für das Saarland</i>
16.12.1976	1976/2043	J. Mertens de Wilmars	<i>Comet BV c Produktschap voor Siergewassen</i>
2ª, 14.02.1978	1978/I/207	M. Sørensen	<i>United Brands Company et al. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
9.3.1978	1978/629	P. Pescatore	<i>Amministrazione delle Finanze dello Stato c SpA Simmenthal</i>
25.5.1978	1978/I/1209	G. Bosco	<i>Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH &amp; Co. KG et al. c Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas</i>
29.6.1978	1978/1513	A. O'Keefe	<i>Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV et al. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
13.02.1979	1979/I/461	J. Mertens de Wilmars	<i>Hoffmann-La Roche &amp; Co. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
4.10.1979	1979/2955	M. Sørensen	<i>Ireks-Arkady GmbH c Comunidad Económica Europea</i>
17.1.1980	1980/119	O. Due	<i>Camera Care Ltd. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>



10.7.1980	1980/I/2327	A.J. Mackenzie Stuart	<i>Procureur de la République et al. c Bruno Giry y Guerlain SA et al.</i>
10.7.1980	1980/I/2481	T. Koopmans	<i>Anne Marty SA c Estée Lauder SA</i>
18.5.1982	1982/I/417	G. Bosco	<i>AM &amp; S Europe Limited c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2.3.1983	1983/I/91	P. Pescatore	<i>Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
7.6.1983	1983/1825	P. Pescatore	<i>SA Musique Diffusion française et al. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 21.9.1983	1983/661	Y. Galmot	<i>Deutsche Milchkontor GmbH et al. c República Federal de Alemania</i>
09.11.1983	1983/3461	P. Pescatore	<i>NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin et al. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
9.11.1983	1983/3595	O. Due	<i>Amministrazione dello Stato c SpA San Giorgio</i>
17.1.1984	1984/I/19	A. O'Keeffe	<i>De Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, y Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
28.2.1984	1984/1129	E. Everling	<i>Ford of Europe Incorporated y Ford-Werke Aktiengesellschaft c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
28.3.1984	1984/I/1679	G. Bosco	<i>Compagnie royale asturienne des mines SA y Rheinzink GmbH c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
10.4.1984	1984/1891	O. Due	<i>Sabine von Colson y Elisabeth Kamann c Land Nordrhein-Westfalen</i>
4ª, 13.12.1984	1984/4209	P. Pescatore	<i>Sermide SpA c Cassa congraglio zucchero et al.</i>
5ª, 3.10.1985	1985/3261	U. Everling	<i>A Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) contra SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) y SA Information publicité Benelux (IPB)</i>
15.1.1986	1986/I/89	F. Schockweiler	<i>Comisión de las Comunidades Europeas c Reino de Bélgica</i>
28.1.1986	1986/353	O. Due	<i>Pronuptia de Paris GmbH c Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis</i>
15.5.1986	1986/I/1651	T.F. O'Higgins	<i>Marguerite Johnston c Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary</i>
5ª, 24.6.1986	1986/I/1965	O. Due	<i>AKZO Chemie BV y AKZO Chemie UK Ltd c Comisión de las Comunidades Europeas</i>

3ª, 18.12.1986	1986/I/4071	J.C. Moitinho de Almeida	<i>VAG France SA c Établissements Magne SA</i>
25.2.1988	1988/1099	Y. Galmot	<i>Les Fils de Jules Bianco SA y J. Girard Fils SA c Directeur général des douanes et droits indirects</i>
2ª, 8.3.1988	1988/I/1491	K. Bahlmann	<i>Anthony McNicholl Ltd et al. c Ministro de Agricultura</i>
28.4.1988	1988/I/2321	U. Everling	<i>J. Mulder contra Ministro de Agricultura y Pesca</i>
17.5.1988	1988/2605	K. Bahlmann	<i>Warner Brothers Inc. y Metronome Video ApS contra Erik Viuff Christiansen</i>
5.10.1988	1988/6039	K. Bahlmann	<i>Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli y Maxicar c Régie nationale des usines Renault</i>
5.10.1988	1988/6211	T. Koopmans	<i>AB Volvo c Erik Veng (UK) Ltd</i>
5ª, 11.7.1989	1989/I/2237	M. Zuleeg	<i>Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH &amp; Co. KG c Hauptzollamt Gronau</i>
13.7.1989	1989/2811	M. Diez de Velasco	<i>Francois Lucazeau et al. c Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) et al.</i>
6ª, 11.1.1990	1990/I/45	F. Grévisse	<i>Sandoz prodotti farmaceutici SpA c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
19.6.1990	1990/I/2433	F. Grévisse	<i>The Queen c Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et al.</i>
5ª, 13.11.1990	1990/I/4023	R. Joliet	<i>The Queen c Ministro de Agricultura, Fisheries and Food y The Secretary of State for Health, ex parte Fedesa et al.</i>
6ª, 13.11.1990	1990/I/4135	T.F. O'Higgins	<i>Marleasing SA c La Comercial Internacional de Alimentacion SA</i>
21.2.1991	1991/I/415	F. Grévisse	<i>Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c Hauptzollamt Itzehoe y Zuckerfabrik Soest GmbH c Hauptzollamt Paderborn</i>
28.2.1991	1991/I/935	M. Diez de Velasco	<i>Stergios Delimitis c Henninger Bräu AG</i>
5ª, 3.7.1991	1991/I/3359	R. Joliet	<i>AKZO Chemie BV c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
19.11.1991	1991/I/5357	J.C. Moitinho de Almeida	<i>Andrea Francovich y Danila Bonifaci et al. c República Italiana</i>
5ª, 13.12.1991	1991/I/5941	J.C. Moitinho de Almeida	<i>Régie des télégraphes et des téléphones c GB-Inno-BM SA</i>
19.5.1992	1992/I/3061	C.N. Kakouris	<i>J. M. Mulder et al. y Otto Heinemann contra Consejo de las Comunidades Europeas y Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 31.3.1993	1993/I/1307	M. Zuleeg	<i>A. Ahlström Osakeyhtiö et al. c</i>

			<i>Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2.8.1993	1993/I/4367	J.L. Murray	<i>M. Helen Marshall c Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority</i>
2.3.1994	666/I/1994	F. Grévisse	<i>Hilti A.G. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
13.4.1994	1994/I/1209	G.F. Mancini	<i>H. J. Banks &amp; Co. Ltd c British Coal Corporation</i>
15.6.1994	1994/I/2555	G.F. Mancini	<i>Comisión de las Comunidades Europeas c BASF AG, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, DSM NV, DSM Kunststoffen BV, Hüls AG, Elf Atochem SA, Société artésienne de vinyle SA, Wacker Chemie GmbH, Enichem SpA, Hoechst AG, Imperial Chemical Industries plc, Shell International Chemical Company Ltd y Montedison SpA</i>
5ª, 5.10.1994	1994/I/4863	J.C. Moitinho de Almeida	<i>Antonio Crispoltoni c Fattoria Autonoma Tabacchi y Giuseppe Natale y Antonio Pontillo c Donatab Srl.</i>
7.3.1995	1995/I/415	F. Schockweiler	<i>Fiona Sbevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd c Presse Alliance SA.</i>
6.4.1995	1995/I/743	G.C. Rodríguez Iglesias	<i>Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
6ª, 6.4.1995	1995/I/865	P.J.G. Kapteyn	<i>BPB Industries plc y British Gypsum Ltd c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
14.12.1995	1995/I/4599	G.F. Mancini	<i>Peterbroeck, Van Campenbout &amp; Cie SCS c Estado belga</i>
14.12.1995	1995/I/4705	J.C. Moitinho de Almeida	<i>Jeroen van Schijndel y Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c Stichting Pensioenfondsvoor Fysiotherapeuten</i>
5.3.1996	1996/I/1029	G.C. Rodríguez Iglesias	<i>Brasserie du pêcheur, Bundesrepublik Deutschland y The Queen, Secretary of State for Transport, ex parte Factortame et al.</i>
25.3.1996	1996/I/1611	P. Jann	<i>Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid et al. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
12.11.1996	1996/I/5755	J.C. Moitinho de Almeida	<i>Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte c Consejo de la Unión Europea</i>
14.1.1997	1997/I/165	D.A.O.	<i>Comateb et al. c Directeur général des</i>

		Edward	<i>douanes et droits indirects</i>
18.3.1997	1997/I/1503	M. Wathelet	<i>Guérin automobiles contra Comisión de las Comunidades Europeas</i>
13.5.1997	1997/I/2405	P.J.G. Kapteyn	<i>República Federal de Alemania c Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea</i>
5ª, 10.7.1997	1997/I/4025	M. Wathelet	<i>Rosalba Palmisani c Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)</i>
6ª, 17.7.1997	1997/I/4411	H. Ragnemalm	<i>Ferriere Nord S.p.a. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
14.10.1997	1997/I/165	D.A.O. Edward	<i>Comateb et al. c Directeur général des douanes y droits indirects</i>
5ª, 12.2.1998	1998/I/533	M. Wathelet	<i>Silvano Raso et al.</i>
5.5.1998	1998/I/2211	L. Sevón	<i>The Queen, Ministro de Agricultura, Fisheries and Food y Commissioners of Customs &amp; Excise, ex parte National Farmers' Union et al.</i>
5.5.1998	1998/I/2265	L. Sevón	<i>Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 28.5.1998	1998/I/3111	L. Sevón	<i>John Deere Ltd c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 28.5.1998	1998/I/3175	L. Sevón	<i>New Holland Ford Ltd c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 16.7.1998	1998/I/4767	P. Jann	<i>Oelmühle Hamburg AG e Jb. Schmidt Söhne GmbH &amp; Co. KG c Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung</i>
6ª, 26.11.1998	1998/I/7791	R. Schintgen	<i>Oscar Bronner GmbH &amp; Co. KG c Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH &amp; Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH &amp; Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH &amp; Co. KG</i>
17.12.1998	1998/I/8597	J.C. Moitinho de Almeida	<i>Società italiana petroli SpA (IP) c Borsana Srl</i>
5ª, 4.3.1999	1999/I/1341	M. Wathelet	<i>Union française de l'express (Ufex), anteriormente Syndicat français de l'express international (SFEI), DHL International y Service CRIE c Comisión de las Comunidades Europeas y May Courier</i>
1.6.1999	1999/I/3055	J.C. Moitinho de Almeida	<i>Eco Swiss China Time Ltd c Benetton International NV</i>
6ª, 8.7.1999	1999/I/4125	G.F. Mancini	<i>Comisión de las Comunidades Europeas c Anic Partecipazioni SpA</i>
5ª, 14.10.1999	1999/I/7081	M. Wathelet	<i>Adidas AG</i>
6ª, 27.1.2000	2000/I/203	G. Hirsch	<i>J.M. Mulder, W.H. Brinkhoff, J.M.M. Muskens, T. Twijnstra y Otto Heinemann c Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas</i>

28.3.2000	2000/I/1935	P. Jann	<i>Dieter Krombach c André Bamberski</i>
21.9.2000	2000/I/7145	P.J.G. Kapteyn	<i>Kapniki Michailidis AE c Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA)</i>
5ª, 16.11.2000	2000/I/9693	M. Wathelet	<i>Cascades SA c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 30.11.2000	2000/I/1049 7	D.A.O. Edward	<i>Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst c Republik Österreich</i>
14.12.2000	2000/I/1136 9	L. Sevón	<i>Masterfoods Ltd c HB Ice Cream Ltd.</i>
5ª, 11.1.2001	2001/I/277	P. Jann	<i>Siples Srl, en liquidación, c Ministero delle Finanze y Servizio della Riscossione dei Tributi - Concessione Provincia di Genova - San Paolo Riscossioni Genova SpA.</i>
12.7.2001	2001/I/5689	L. Sevón	<i>H. Jippes, Afdeling Groningen van de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Dieren y Afdeling Assen en omstreken van de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Dieren c Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij</i>
20.9.2001	2001/I/6297	M. Wathelet	<i>Courage Ltd c Bernard Crehan y Bernard Crehan c Courage Ltd et al.</i>
9.10.2001	2001/I/7079	J.-P. Puissochet	<i>Reino de los Países Bajos c Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea</i>
6ª, 6.12.2001	2001/I/9687	R. Schintgen	<i>Clean Car Autoservice GmbH c Stadt Wien y Republik Österreich</i>
1ª, 15.1.2002	2002/I/501	M. Wathelet	<i>Gerald Weidacher c Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft</i>
6ª, 2.7.2002	2002/I/6031	J.-P. Puissochet	<i>Comisión de las Comunidades Europeas c Reino de España</i>
10.12.2002	2002/I/1135 5	R. Schintgen	<i>Comisión de las Comunidades Europeas c Camar Srl y Tico Srl</i>
10.12.2002	2002/I/1145 3	A. La Pergola	<i>The Queen c Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd y Imperial Tobacco Ltd</i>
1ª, 19.6.2003	2003/I/6471	A. Rosas	<i>Ministero delle Finanze c Eribrand SpA</i>
30.9.2003	2003/I/1023 9	C.W.A. Timmermans	<i>Gerhard Köbler c Republik Österreich</i>
5ª, 2.10.2003	2003/I/1072 5	P. Jann	<i>Eurofer ASBL c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 2.10.2003	2003/I/1076 1	P. Jann	<i>Salzgitter AG c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 2.10.2003	2003/I/1100 5	P. Jann	<i>Siderúrgica Aristrain Madrid SL c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 2.10.2003	2003/I/1136 5	P. Jann	<i>Weber's Wine World Handels-GmbH et al. c Abgabenberufungskommission Wien</i>
5ª, 2.10.2003	2003/I/1142 1	P. Jann	<i>International Power plc, British Coal Corporation, PowerGen (UK) plc y Comisión de las Comunidades Europeas c</i>

			<i>National Association of Licensed Opencast Operators (NALOO)</i>
PL, 6.1.2004	2004/I/23	D.A.O. Edward	<i>Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV y Comisión de las Comunidades Europeas c Bayer AG</i>
5ª, 7.1.2004	2004/I/123	D.A.O. Edward	<i>Aalborg Portland A/S (C-204/00 P), Irish Cement Ltd (C-205/00 P), Ciments français SA (C-211/00 P), Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P) y Cementir - Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
1ª, 28.1.2004	2004/I/1177	P. Jann	<i>Reino de los Países Bajos c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
16.3.2004	2004/I/2493	S. von Bahr	<i>AOK Bundesverband et al.</i>
5ª, 29.4.2004	2004/I/5039	P. Jann	<i>IMS Health GmbH &amp; Co. OHG c NDC Health GmbH &amp; Co. KG</i>
GS, 12.7.2005	2005/I/6451	K. Lenaerts	<i>The Queen, a instancia de Alliance for Natural Health y Nutri-Link Ltd c Secretary of State for Health (C-154/04) y The Queen, a instancia de National Association of Health Stores y Health Food Manufacturers Ltd c Secretary of State for Health y National Assembly for Wales (C-155/04)</i>
2ª, 29.6.2006	2006/I/5859	R. Silva de Lapuerta	<i>Shova Denko KK c Comisión de las Comunidades Europeas et al.</i>
2ª, 29.6.2006	2006/I/5977	R. Silva de Lapuerta	<i>SGL Carbon AG c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 13.7.2006	2006/I/6619	S. von Bahr	<i>Vincenzo Manfredi c Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c Fondiaria Sai SpA y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo c Assitalia SpA</i>
2ª, 7.9.2006	2006/I/7529	C.W.A. Timmermans	<i>Laboratoires Boiron SA contra Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon, que se subroga en los derechos y obligaciones de Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)</i>
3ª, 23.11.2006	2006/I/1112 5	A.Ó Caoimh	<i>Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)</i>
2ª, 8.2.2007	2007/I/1331	R. Silva de Lapuerta	<i>Groupe Danone c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
GS, 13.3.2007	2007/I/2271	K. Lenaerts	<i>Unibet (London) Ltd y Unibet (International) Ltd c Justitiekanslern</i>
GS, 26.6.2007	2007/I/5305	E. Juhász	<i>Ordre des barreaux francophones et germanophone et al. c Conseil des ministres</i>

GS, 11.12.2007 3	2007/I/1089	M. Ilešič	<i>Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c Ente tabacchi italiani - ETI SpA et al. y Philip Morris Products SA et al. c Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato et al.</i>
GS, 29.1.2008	2008/I/271	J. Malenovský	<i>Productores de Música de España (Promusicae) c Telefónica de España SAU</i>
3ª, 14.2.2008	2008/I/581	J.N. Cunha Rodrigues	<i>Varec SA c Estado belga</i>
4ª, 22.5.2008	2008/I/81	M.G. Arestis	<i>Evonik Degussa GmbH c Comisión de las Comunidades Europeas et al.</i>
GS, 16.9.2008	2008/I/7139	K. Lenaerts	<i>Sot. Lélou kai Sia EE et al. c GlaxoSmithKline AEEVE Farmakeftikon Proïonton</i>
3ª, 20.11.2008	2008/I/8637	P. Lindh	<i>Competition Authority c Beef Industry Development Society Ltd y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd</i>
1ª, 19.3.2009	2009/I/1843	E. Levits	<i>Archer Daniels Midland Co. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
1ª, 2.4.2009	2009/I/2369	A. Tizzano	<i>France Télécom c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 6.10.2009	2009/I/9291	J. Klučka	<i>GlaxoSmithKline Services Unlimited c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
GS, 8.6.2010	2010/I/4999	T. von Danwitz	<i>The Queen, a instancia de Vodafone Ltd et al. c Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform</i>
GS, 29.6.2010	2010/I/5885	G. Arestis	<i>Comisión Europea c Technische Glaswerke Ilmenau GmbH</i>
GS, 29.6.2010	2010/I/5949	K. Schiemann	<i>Comisión Europea c Alrosa Company Ltd</i>
GS, 29.6.2010	2010/I/6055	E. Juhász	<i>Comisión Europea c The Bavarian Lager Co. Ltd</i>
4ª, 8.7.2010	2010/I/7027	P. Kūris	<i>Afton Chemical Limited c Secretary of State for Transport</i>
GS, 14.9.2010	2010/I/8301	R. Silva de Lapuerta	<i>Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd c Comisión Europea</i>
GS, 21.9.2010	2010/I/8533	A. Tizzano	<i>Reino de Suecia contra Association de la presse internationale ASBL (API) y Comisión Europea (C-514/07 P), Association de la presse internationale ASBL (API) c Comisión Europea (C-528/07 P) y Comisión Europea c Association de la presse internationale ASBL (API) (C-532/07 P)</i>
14.10.2010	2010/I/9555	A.Ó Caoimh	<i>Deutsche Telekom AG c Comisión Europea</i>
GS, 7.12.2010 1	2010/I/1247	E. Juhász	<i>Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerders (VEBIC) VZW</i>

17.2.2011	2011/I/527	A. Tizzano	<i>Konkurrensverket c TeliaSonera Sverige AB</i>
GS, 3.5.2011	2011/I/3055	E. Juhász	<i>Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia S.A.</i>
GS, 14.6.2011	2011/I/5161	E. Juhász	<i>Pfleiderer AG c Bundeskartellamt</i>
GS, 27.3.2012	RJ digital	A.Ó Caoimh	<i>Post Danmark A/S c Konkurrenserådet</i>
4ª, 29.3.2012	RJ digital	K. Schiemann	<i>Interserob Scrap and Metal Trading GmbH c Sonderabfall-Management-Gesellschaft Rheinland-Pfalz mbH (SAM)</i>
28.6.2012	RJ digital	E. Juhász	<i>Comisión Europea c Éditions Odile Jacob SAS</i>
3ª, 28.6.2012	RJ digital	E. Juhász	<i>Comisión Europea c Agrofert Holding a.s.</i>
GS, 6.11.2012	RJ digital	A. Arabadjiev	<i>Europese Gemeenschap c Otis NV et al.</i>
2ª, 13.12.2012	RJ digital	U. Löhmus	<i>Expedia Inc. c Autorité de la Concurrence et al.</i>
1ª, 6.6.2013	RJ digital	A. Tizzano	<i>Bundswettbewerbsbehörde c Donau Chemie AG et al.</i>
GS, 18.6.2013	RJ digital	E. Juhász	<i>Bundswettbewerbsbehörde y Bundeskartellamt c Schenker &amp; Co. AG</i>
5ª, 17.10.2013	n. p.	E. Juhász	<i>Herbert Schaible c Land Baden-Württemberg</i>
5ª, 14.11.2013	RJ digital	T. von Danwitz	<i>Liga para a Protecção da Natureza (LPN) y República de Finlandia c Comisión Europea</i>
3ª, 27.2.2014	RJ digital	A. Ó Caoimh	<i>Comisión Europea c EnBW Energie Baden-Württemberg AG</i>
5ª, 5.6.2014	RJ digita	A. Rosas	<i>Kone AG et al. c ÖBB-Infrastruktur AG</i>

### ***Sentencias del Tribunal General (ya Tribunal de Primera Instancia)***

<b><i>Sala y fecha</i></b>	<b><i>Ref. (RJ)</i></b>	<b><i>Magistrado Ponente</i></b>	<b><i>Partes</i></b>
2ª, 10.7.1991	1991/II/485	J. Biancarelli	<i>Radio Telefís Eireann c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
12.7.1991	1991/II/653	R. García-Valdecasas	<i>Automobiles Peugeot SA y Peugeot SA c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2ª, 12.12.1991	1991/II/1439	A. Saggio	<i>Hilti AG c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
1ª, 24.1.1992	1992/II/1	H. Kirschner	<i>La Cinq SA c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
18.9.1992	1992/II/2223	R. Schintgen	<i>Automec S.r.l. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
15.7.1994	1994/II/595	C.P. Briët	<i>Matra Hachette SA c Comisión de las Comunidades Europeas</i>



2ª, 6 .10.1994	1994/II/755	A. Kalogeropoulos	<i>Tetra Pak International SA c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2ª, 27.10.1994	1994/II/905	A. Saggio	<i>Fiatagri UK Ltd y New Holland Ford Ltd c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2ª, 8.6.1995	1995/II/1611	D.P.M. Barrington	<i>Schöller Lebensmittel GmbH &amp; Co. KG c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2ª, 24.1.1995	1995/II/147	D.P.M. Barrington	<i>Bureau européen des médias de l'industrie musicale c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
1ª, 6.4.1995	1995/II/1165	C.W. Bellamy	<i>G. B. Martinelli c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2ª, 8.6.1995	1995/II/1533	A. Saggio	<i>Langnese Iglo GmbH c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2ª, 8.6.1995	1995/II/1611	A. Saggio	<i>Schöller Lebensmittel GmbH &amp; Co. KG c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
18.9.1996	1996/II/921	A. Kalogeropoulos	<i>Postbank NV c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 8.10.1996	1996/II/1201	C.W. Bellamy	<i>Compagnie maritime belge transports SA y Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH &amp; Co. y Nedlloyd Lijnen BV c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2ª, 12.6.1997	1997/II/923	A. Kalogeropoulos	<i>Tiercé Ladbroke SA c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 14.5.1998	1998/II/1129	C.P. Briet	<i>BPB de Eendracht NV c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 14.5.1998	1998/II/1439	J.D. Cooke	<i>Sarrió SA c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2ª, 15.9.1998	1998/II/3141	C.W. Bellamy	<i>European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anteriormente European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) y Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2ª, 11.3.1999	n.p.	A. Potocki	<i>Eurofer ASBL c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 7.10.1999	1999/II/2969	J. Azizi	<i>Irish Sugar plc c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
4ª, 15.3.2000	2000/II/491	K. Lenaerts	<i>Cimenteries CBR et al. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
1ª, 13.9.2000	2000/II/3011	M. Vilaras	<i>Denkavit Nederland BV c Comisión de las Comunidades Europeas</i>

5ª, 30.11.2000	2000/II/3755	J.D. Cooke	<i>Industrie des Poudres Sphériques SA c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
4ª, 12.7.2001	2001/II/2035	R.M. Moura Ramos	<i>Tate &amp; Lyle plc, British Sugar plc y Napier Brown &amp; Co. Ltd c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2ª, 8.10.2002	2002/II/3805	P. Mengozzi	<i>Métropole Télévision SA (M6) (T-185/00), Antena 3 de Televisión, SA (T-216/00), Gestevisión Telecinco, SA (T-299/00) y SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA (T-300/00) c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 19.3.2003	2003/II/913	J. Azizi	<i>CMA CGM et al. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 30.9.2003	2003/II/3275	M. Jaeger	<i>Atlantic Container Line AB et al. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 10.3.2005	2005/II/817	F. Dehousse	<i>IMS Health, Inc. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2ª, 26.4.2005	2005/II/1429	S. Papasavvas	<i>José María Sísón c Consejo de la Unión Europea</i>
4ª, 6.10.2005	2005/II/4065	P. Mengozzi	<i>Sumitomo Chemical Co. Ltd y Sumika Fine Chemicals Co. Ltd c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 17.10.2005	2005/II/4119	M. Jaeger	<i>First Data Corp., FDR Ltd e First Data Merchant Services Corp. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 25.10.2005	2005/II/4407	M.E. Martins Ribeiro	<i>Groupe Danone c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
4ª, 15.3.2006	2006/II/497	P. Mengozzi	<i>BASF AG c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
2ª, 30.5.2006	2006/II/1429	N.J. Forwood	<i>Bank Austria Creditanstalt AG c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 27.9.2006	2006/II/3255	M. Jaeger	<i>Archer Daniels Midland Co. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 27.9.2006	2006/II/3435	M. Jaeger	<i>Jungbunzlauer AG c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
4ª, 11.7.2007	2007/II/2601	E. Moavero Milanesi	<i>Alrosa Company Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas</i>
GS, 17.9.2007	2007/II/3601	M. Jaeger	<i>Microsoft Corp. c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 12.10.2007	2007/II/4225	E. Cremona	<i>Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 18.6.2008	2008/II/881	F. Dehousse	<i>Hoechst GmbH c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
3ª, 8.7.2008	2008/II/1333	V. Tiili	<i>BPB plc c Comisión de las Comunidades Europeas</i>

3ª, 8.7.2008	2008/II/120	V. Tiili	<i>Lafarge SA c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
5ª, 8.10.2008	2008/II/2661	M. Prek	<i>Le Carbone-Lorraine c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
8ª, 30.4.2009	2009/II/975	N. Wahl	<i>Nintendo Co., Ltd y Nintendo of Europe GmbH c Comisión de las Comunidades Europeas</i>
6ª, 17.12.2009	2009/II/4621	V. Vadapalas	<i>Solvay SA c Comisión Europea</i>
8ª, 16.6.2011	2011/II/3729	A. Dittrich	<i>Putters International NV c Comisión Europea</i>
3ª, 30.11.2011	2011/II/7953	I. Labucka	<i>Quinn Barlo Ltd, Quinn Plastics NV y Quinn Plastics GmbH c Comisión Europea</i>
8ª, 29.3.2012	RJ digital	M.E. Martins Ribeiro	<i>Telefónica, SA y Telefónica de España, SA c Comisión Europea</i>
6ª, 13.9.2013	RJ digital	S. Soldevila Fragoso	<i>Reino de los Países Bajos c Comisión Europea</i>

### ***Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos***

<b><i>Fecha</i></b>	<b><i>Número</i></b>	<b><i>Asunto</i></b>
16.12.1992	13710/88	<i>Niemietz c Alemania</i>
20.7.2001	30882/96	<i>Pellegrini</i>
27.9.2011	43509/08	<i>Menarini Diagnostics Srl c Italia</i>

### ***Decisiones de la Comisión Europea***

<b><i>Fecha</i></b>	<b><i>Ref. (DOCE/DOUE)</i></b>	<b><i>Asunto</i></b>
9.12.1971	L 7/25, 8.1.1972	<i>IV/26.811 – Continental Can Company (72/21/CEE)</i>
14.12.1972	L 299/51, 31.12.1972	<i>IV/26.911 – Zoja/C.S.C.-ICI (72/457/CEE)</i>
17.12.1975	L 95/1, 9.4.1976	<i>IV/26.699 – Chiquita (76/353/CEE)</i>
9.6.1976	L 223/27, 16.8.1976	<i>IV/29.020 – Vitaminas (76/642/CEE)</i>
19.4.1977	L 117/1, 23.5.1977	<i>IV/28.841 – ABG contra Empresas petrolíferas que operan en los Países Bajos (77/327/CEE)</i>
7.10.1981	L 353/33, 9.12.1981	<i>IV.29.491 – Bandengrootbandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (81/969/CEE)</i>
25.11.1981	L 54/36, 25.2.1982	<i>IV/428 – VBBB/VBVB (82/123/CEE)</i>
18.4.1984	L 118/24, 4.5.1984	<i>IV/30.849 – IBM personal computer (84/233/CEE)</i>

14.12.1985	L 374/1, 31.12.1985	IV/30.698 – ECS/AKZO <i>Chemie</i> (85/609/CEE)
22.12.1987	L 65/19, 11.3.1988	IV/30.787 y 31.488 – Eurofix-Banco contra <i>Hilti</i> (88/138/CEE)
18.7.1988	L 284/41, 19.10.1988	IV/30.178 – Napier Brown/British Sugar (88/518/CEE)
12.12.1988	L 22/12, 26.1.1989	IV/27.393 y IV/27.394 – Publishers Association – Net Book Agreements (89/44/CEE)
21.12.1988	L 78-743, 21.3.1989	IV/31.851 – Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE (89/205/CEE)
24.7.1991	L 72/1, 18.3.1992	IV/31.043 – Tetra Pak II (92/163/CEE)
23.12.1992	L 20/23, 28.1.1993	IV/32.745 – Astra (93/50/CEE)
23.12.1992	L 34/20, 10.2.1993	IV/32.448 y IV/32.450 – Ceval, Comac y Ukwal (93/82/CEE)
21.12.1993	L 15/8, 18.1.1994	IV/34689 – Sea Containers contra Stena Sealink – medidas provisionales (94/19/CE)
21.12.1993	L 55/52, 26.2.1994	Decisión de la Comisión relativa a la negativa de acceso a las instalaciones del puerto de Redby (94/119/CE)
13.7.1994	L 243/1, 19.9.1994	IV/C/33.833 – Cartoncillo (94/601/CE)
17.7.1996	L 239/23, 19.9.1996	IV/35.337 – Atlas (96/546/CE)
14.1.1998	L 72/30, 11.3.1998	IV/34.801 FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG (98/190/CE)
28.1.1998	L 124/60, 25.4.1998	IV/35.733 – VW/Audi (98/273/CE)
11.3.1998	L 246/1, 4.9.1998	IV/34.395, IV/34.073 y IV/35.436 – Van den Bergh Foods Ltd (98/531/CE)
17.6.1998	L 252/47, 12.9.1998	IV/36.010-F3 – Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (98/538/CE)
16.9.1998	L 95/1, 9.4.1999	IV/35.134 – Trans-Atlantic Conference Agreement (1999/243/CE)
21.10.1998	L 24/1, 30.1.1999	IV/35.691/E-4 – Pre-Insulated Pipe Cartel (1999/60/CE)
14.7.1999	L 30/1, 4.2.2000	IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways (2000/74/CE)
20.3.2001	L 125/27, 5.5.2001	COMP/35.141 – Deutsche Post AG (2001/354/CE)
20.6.2001	L 143/45, 31.5.2002	COMP/E-2/36.041/PO – Michelin (2002/405/CE)
3.7.2001	No publicada en el DOCE	COMP/D3/38.044 NDC Health/IMS Health: Medidas cautelares (2002/165/CE)
5.12.2001	L 61/32, 2.3.2002	COMP/37.859 – De Post-La Poste (2002/180/CE)

5.12.2001	L 200/1, 7.8.2003	<i>IV/37.614/F3 – PO/Interbrew y Alken-Maes (2003/569/CE)</i>
30.10.2002	L 255/33, 8.10.2003	<i>COMP/35.587 – PO Video Games; COMP/35.706 – PO Nintendo Distribution; COMP/36.321 – Omega – Nintendo (2003/675/CE)</i>
13.8.2003	L 268/69, 18.10.2003	<i>D3/38.044 – NDC Health/IMS Health (2003/741/CE)</i>
24.3.2004	L 32/23, 6.2.2007	<i>COMP/C-3/37.792 – Microsoft (2007/53/CE)</i>
30.4.2004	L 171/28, 2.7.2005	<i>COMP/D2/32.448 y 32.450 Compagnie Maritime Belge SA (2005/480/CE)</i>
24.6.2004	No publicada en el DOUE.	<i>COMP/38.549 – PO/Barème d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges</i>
9.12.2004	L 302/69, 19.11.2005	<i>COMP/M.3440 – EDP/ENI/GDP (2005/801/CE)</i>
19.1.2005	L 134/46, 27.5.2005 (resumen)	<i>COMP/C-2/37.214 – Venta conjunta de los derechos mediáticos del campeonato de fútbol alemán Bundesliga (2005/396/CE)</i>
13.6.2005	C 144/13, 14.6.2005	<i>COMP/B-1/39.172 (electricidad) y 39.173 (gas) (2005/C 144/07)</i>
22.6.2005	L 253/21, 29.9.2005	<i>COMP/A.39.116/B2 – Coca-Cola (2005/670/CE)</i>
22.3.2006	C 7/18, 12.1.2008 (resumen)	<i>COMP/C-2/38.173 – Venta conjunta de los derechos de difusión de la FA Premier League por los medios de comunicación (2008/C 7/10)</i>
29.3.2006	C 219/11, 28.8.2008 (resumen)	<i>COMP/E-1/38.113 – Prokent/Tomra (2008/C 219/12)</i>
12.4.2006	L 176/104, 30.6.2006 (resumen)	<i>COMP/B-1/38.348 – Repsol CPP (2006/446/CE)</i>
13.9.2006	L 196/40, 28.7.2007	<i>COMP/F/38.456 – Betún (NL) (2007/534/CE)</i>
4.10.2006	L 296/27, 15.11.2007 (resumen)	<i>COMP/C2/38.681 – Acuerdo ampliado de Cannes (2007/735/CE)</i>
4.7.2007	C 83/6, 2.4.2008	<i>COMP/38.784 – Wanadoo España contra Telefónica (2008/C 83/05)</i>
11.10.2007	C 9/8, 15.1.2008 (resumen)	<i>COMP/B-1/37.966 – Distrigaz (2008/C 9/05)</i>
17.10.2007	C 183/12, 5.8.2009	<i>COMP/38.606 – Groupement des Cartes Bancaires (2009/C 183/07)</i>
19.12.2007	C 264/8, 6.11.2009	<i>COMP/34.579 – MasterCard; COMP/36.518 – EuroCommerce; COMP/38.580 – Commercial Cards (2009/C 264/04)</i>
12.11.2008	C 173/13, 25.7.2009	<i>COMP/39.125 – Vidrio para automóviles</i>

<i>(2009/C 173/08)</i>		
26.11.2008	C 36/8, 13.2.2009 (resumen)	<i>COMP/39.388 – Mercado eléctrico mayorista alemán y COMP/39.389 – Mercado eléctrico de ajustes alemán (2009/C 36/08)</i>
13.5.2009	C 227/13, 22.9.2009 (resumen)	<i>COMP/C-3/37.990 – Intel (2009/C 227/07)</i>
18.3.2009	C 133/8, 12.6.2009 (resumen)	<i>COMP/39.387 – RWE exclusión de los mercados del gas (2009/C 133/06)</i>
8.7.2009	C 248/5, 16.10.2009 (resumen)	<i>COMP/39.401 – E.ON/GDF (2009/C 248/05)</i>
3.12.2009	C 57/13, 9.3.2010 (resumen)	<i>COMP/39.316 – GDF (2010/C 57/09)</i>
9.12.2009	C 30/17, 6.2.2010 (resumen)	<i>COMP/38.636 – RAMBUS (2010/C 30/09)</i>
17.3.2010	C 133/5, 22.5.2010 (resumen)	<i>COMP/39.386 – Contratos a largo plazo en Francia (2010/C 133/05)</i>
14.4.2010	C 142/28, 14.4.2010 (resumen)	<i>COMP/39.351 – Swedish interconnectors (2010/C 142/08)</i>
4.5.2010	C 278/9, 15.10.2010 (resumen)	<i>COMP/39.317 – E.ON Gas (2010/C 278/06)</i>
29.9.2010	C 352/8, 23.12.2010 (resumen)	<i>COMP/39.315 – ENI (2010/C 352/10)</i>
22.6.2011	C 324/7, 9.11.2011	<i>COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska (2011/C 324/07)</i>
12.12.2012	No publicada en el <i>DOUE.</i>	<i>COMP/39.847 – E-books (C(2012) 9288)</i>
25.7.2013	No publicada en el <i>DOUE</i>	<i>COMP/39.847 – E-books (C(2013) 4750)</i>
10.12.2014	C 74/5, 3.3.2015 (resumen)	<i>AT.39780 — Sobres (2015/C 74/05)</i>

## II. SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE Y DECISIONES DE LAS ANC

### A) JURISDICCIÓN ALEMANA

#### *Auto del Amtsgericht*

<i>Tribunal, Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
Bonn, 18.1.2012	Gs 53/09	<i>Pfleiderer II</i>

### B) JURISDICCIÓN AUSTRIACA

#### *Sentencia del Oberlandesgericht*

<i>Tribunal, Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
Düsseldorf, 22.8.2012	V-4 Kart 5 + 6/11 (OWi)	[El Tribunal no ha indicado las partes del juicio]

### C) JURISDICCIÓN BELGA

#### *Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas*

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
28.9.2004	----	<i>Eddy Lodyso v. La SPRLU Monde</i>

### D) JURISDICCIÓN BRITÁNICA

#### *Sentencias de la Cámara de los Lores*

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
21.1.1964	AC 1129	<i>Rookes v. Barnard</i>
15.3.1969	AC 625	<i>Morris v. Redland Bricks Ltd.</i>
23.2.1972	AC 1027	<i>Broome v. Cassell</i>
7.6.2001	UKHL 29	<i>Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary</i>

#### *Sentencia del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales*

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
19.1.2011	[2011] EWCA Civ 2	<i>Enron Coal Services (in liquidation) v. English Welsh and Scottish Railway</i>

#### *Sentencias de la England and Wales High Court*

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
6.5.2003	[2003] EWHC 961	<i>Provimi Ltd. v. Aventis Animal Nutrition SA, et al.</i>
4.4.2012	[2012] EWHC 869	<i>National Grid Electricity Transmission Plc v. ABB Ltd, et al.</i>

#### *Sentencias del Competition Appeal Tribunal del Reino Unido*

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
25.9.2008	[2008] CAT 24	<i>BCL Old Co. Ltd., et al. v. BASF AG, et al.</i>
28.4.2008	[2008] CAT 8	<i>Emerson Electric Co., et al. v. Morgan</i>

## E) JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

*Sentencias del Tribunal Supremo – Sala de lo Civil*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
1ª, 30.6.1993	La Ley 959-5/1993	Teófilo Ortega Torres	<i>Alejandro P.F. c Alejandro Rafael P.B. et al.</i>
1ª, 30.12.1993	9902	Pedro González Poveda	<i>Isidoro R. S.A. et al. c CAMPSA</i>
1ª, 1.4.1997	2724	Pedro González Poveda	<i>Ángel M. c Jaime R. y “La Caixa”</i>
3ª, 16.12.1997	8786	Juan Antonio Xiol	<i>Ana María S. c Administración General del Estado</i>
3ª, 29.10.1998	8421	José Manuel Sicira	<i>Herminia P. c Ayuntamiento de Suances</i>
1ª, 4.11.1999	8001	José Menéndez Hernández	<i>United International Pictures y Cía., SRC c Joseph S.S. y Salsas Hermanos, S.A.</i>
1ª, 30.11.1999	8251	Pedro González Poveda	<i>Nissan</i>
1ª, 2.6.2000	5092	Francisco Marín Castán	<i>José Carlos C.C. c Distribuidora Industrial, S.A. y Procalda España, S.A.</i>
1ª, 23.2.2001	2549	Francisco Marín Castán	<i>Telefónica de España, S.A. c Antonio L., Manuel M. y Feliciana F.</i>
1ª, 15.3.2001	5980	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	<i>Gabai S.A. c Petróleos del Norte, S.A.</i>
2ª, 5.9.2001	8340	Joaquín Delgado García	<i>Magdalena c José, José Antonio, Moisés, Pedro Antonio, ASEMAS, MUSSAT y La Equitativa, S.A.</i>
1ª, 11.4.2002	335	Xavier O’Callaghan Muñoz	<i>D. Miguel Angel P. R. c Instituto Nacional de la Salud</i>
1ª, 22.4.2002	3312	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	<i>Antonio c Inés, Diego, Pilar y General Ibérica de Protección e Instalaciones Industriales, S.A.</i>



3ª, 8.4.2003	3683	Francisco González Navarro	<i>Pilar F.F. c Ayuntamiento de Gijón</i>
1ª, 17.3.2004	1926	Pedro González Poveda	<i>Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c Compañía de Hidrocarburos, S.A.</i>
1ª, 2.4.2004	2051	Román García Varela	<i>Esteban c Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.</i>
1ª, 12.5.2004	2736	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	<i>Claudia c Lázaro</i>
2ª, 26.9.2005	La Ley 6369	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	<i>MF y acusación particular c Víctor M. y Rafael</i>
1ª, 28.9.2007	1212/2007	Francisco Marín Castán	<i>Panini S.p.A. c Edic. Cromosol, S.L. y E.C.S. Inmosol, S.A.</i>
1ª, 8.6.2012	344/2012	José Ramón Ferrándiz Gabriel	<i>Acor, Sociedad Cooperativa General Agropecuaria c Galletas Gullón, S.A. et al.</i>
1ª, 26.7.2012	481/2012	José Ramón Ferrándiz Gabriel	<i>Mediagora, S.L. c Microsoft Ibérica, S.R.L. y Microsoft Ireland Operations Limited</i>
1ª, 12.11.2012	662/2012	Ignacio Sancho Gargallo	<i>Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. c Dª. Juana</i>
1ª, 4.9.2013	528/2013	Ignacio Sancho Gargallo	<i>Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U. c Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.</i>
1ª, 7.11.2013	651/2013	Rafael Saraza Jimena	<i>Nestlé España, S.A. et al. c Ebro Puleva, S.A.</i>
1ª, 4.6.2014	260/2014	José Ramón Ferrándiz Gabriel	<i>Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. c Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U.</i>

### ***Sentencias del Tribunal Supremo – Sala de lo Contencioso***

<b><i>Sala y fecha</i></b>	<b><i>Referencia</i></b>	<b><i>Magistrado Ponente</i></b>	<b><i>Partes</i></b>
3ª, 22.5.2015	Roj 2297/2015	José Manuel Brandes Sánchez-Cruzat	<i>Administración General del Estado c SCOR Global P&amp;C SE</i>
3ª, 22.5.2015	Roj 2397/2015	Eduardo Calvo Rojas	<i>Administración General del Estado c SWISS Reinsurance Company et al.</i>
3ª, 26.5.2015	Roj. 2536/2015	María Isabel Perello Domenéch	<i>Administración General del Estado c Caja de seguros reunidos Compañía de seguros y reaseguros,</i>

			<i>S.A. (CASER)</i>
3ª, 26.5.2015	Roj. 2543/2015	María Isabel Perello Domenéch	<i>Administración General del Estado c ASEFA, S.A. Compañía española de seguros y reaseguros, S.A.</i>
3ª, 27 2015	Roj. 2656/2015	Eduardo Espín Templado	<i>Administración General del Estado c MAPFRE RE, Compañía de reaseguros, S.A. et al.</i>
3ª, 9.6.2015	Roj. 2516/2015	Pedro José Yagüe Gil	<i>Administración General del Estado c Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft, Sucursal España y Portugal</i>

***Sentencias de la Audiencia Nacional – Sala de lo contencioso-administrativo***

<b><i>Sección, Fecha</i></b>	<b><i>Número recurso</i></b>	<b><i>Asunto</i></b>
6ª, 14.12.2012	869/2009	<i>Caja de seguros reunidos Compañía de seguros y reaseguros, S.A. (CASER) c Administración General del Estado</i>
6ª, 18.12.2012	861/2009	<i>Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft, Sucursal España y Portugal c Administración General del Estado</i>
6ª, 18.12.2012	865/2009	<i>SCOR Global P&amp;C SE c Administración General del Estado</i>
6ª, 4.1.2013	864/09	<i>ASEFA, S.A. Compañía española de seguros y reaseguros, S.A. c Administración General del Estado</i>
6ª, 20.3.2013	866/2009	<i>MAPFRE RE, Compañía de reaseguros, S.A. c Administración General del Estado</i>
6ª, 10.4.2013	877/2009.	<i>SWISS Reinsurance Company et al. c Administración General del Estado</i>

***Autos/Sentencias de la Audiencia Provincial***

<b><i>Tribunal, Sección, Fecha</i></b>	<b><i>Número sentencia Referencia</i></b>	<b><i>Asunto</i></b>
SAP de Girona, 1ª, 16.4.2002	JUR 2002/165978	<i>Eléctrica Cúros, S.A. c Hidroeléctrica de l'Empordá, S.L.U.</i>
AAP de Zaragoza, 4ª, 10.9.2002	JUR 2002\230116	<i>Koninklijke Philips Electronics, N.V. c Condor CD, S.L.</i>
SAP de Valencia, 9ª, 14.10.2005	EDJ 2005/204597	<i>Hasbro Iberia, S.L. et al. c Juguetes Falomir, S.A.</i>

SAP de Madrid, 28ª, 25.5.2006	73/2006	<i>Conduit Europe, S.A. c Telefónica de España, S.A.U.</i>
SAP de Madrid, 25ª, 8.5.2007	235/2007	<i>3C Communications España, S.A. c Telefónica de España, S.A.U.</i>
SAP de Madrid, 28ª, 18.1.2008	EDJ 2008/146525	<i>2000, S.L. c Koninklijke Philips Electronics, N.V. y Philips Intellectual property Standard</i>
SAP de Barcelona, 15ª, 29.5.2008	EDJ 2009/226798	<i>Mediagora, S.L. c Microsoft Ibérica, S.R.L. y Microsoft Ireland Operations Limited</i>
SAP de Badajoz, 2ª, 22.12.2009	402/2009	<i>Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. c Dª. Juana</i>
SAP de las Islas Baleares, 35ª, 1.9.2010	313/2010	<i>E.S. Fontanet, S.L. c REPSOL Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.</i>
SAP de Bilbao, 4ª, 8.7.2011	873/2010	<i>Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U. c Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.</i>
SAP de Madrid, 8ª, 3.10.2011	370/2011	<i>Nestlé España, S.A. et al. c Ebro Puleva, S.A.</i>
SAP de Barcelona, 15ª, 1.12.2011	EDJ 2011/386915	<i>Eléctrica Caldense, S.A. c Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U.</i>
SAP de Barcelona, 15ª, 19.4.2012	425/2011	<i>Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. c Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U.</i>
AAP de Madrid, 28ª, 30.9.2013	139/2013	<i>Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) c Telefónica de España, S.A.U.</i>

### **Sentencias del Juzgado de Primera Instancia**

<b><i>Tribunal, Número, Fecha</i></b>	<b><i>Referencia</i></b>	<b><i>Asunto</i></b>
SJPI de Sevilla, 13, 26.9.2003	1351/2002	<i>Juan C. R. c Cristina H. P. y Trajana Producciones, S.L.</i>
SJPI de Madrid, 4, 7.6.2005	172/2006	<i>Antena 3 de Televisión, S.A. c Liga Nacional de Fútbol Profesional</i>
SJPI de Madrid, 5, 11.11.2005	36/2005	<i>Conduit Europe, S.A. c Telefónica de España, S.A.U.</i>
SJPI de Barcelona, 1, 28.9.2006	249/2005	<i>Mediagora, S.L. c Microsoft Ibérica, S.R.L. y Microsoft Ireland Operations Limited</i>
SJPI de Badajoz, 6, 5.5.2009	527/2008	<i>Dª. Juana c Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U.</i>
SJPI de Madrid, 50, 1.3.2010	59/2010	<i>Nestlé España, S.A. et al. c Ebro Puleva, S.A.,</i>

SJPI de Bilbao, 1, 17.7.2010	41/2010	<i>Céntrica Energía, S.L.U. c Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.</i>
SJPI de Barcelona, 2, 20.1.2011	45/2010	<i>Céntrica Energía, S.L.U. c Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U.</i>
SJPI de Madrid, 3, 19.6.2013	La Ley 87492/2013	<i>Sociedad Expendedora de Gasolinas y Aceites, S.A. c Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.</i>
SJPI de Madrid, 12, 9.5.2014	La Ley 73119/2014	<i>MUSAAT, Mutua de seguros a prima fija c ASEFA, S.A., Compañía española de seguros y reaseguros et al.</i>

### ***Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia***

<b><i>Fecha</i></b>	<b><i>Referencia</i></b>	<b><i>Asunto</i></b>
19.2.1999	473/98	<i>Eléctrica Caldense</i>
15.4.1999	426/98	<i>Azúcar</i>
5.5.1999	431/98	<i>Eléctrica Curós</i>
22.7.2002	508/02	<i>Pepsi-Cola c Coca-Cola</i>

### ***Resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia***

<b><i>Fecha</i></b>	<b><i>Referencia</i></b>	<b><i>Asunto</i></b>
2.4.2009	641/2008	<i>Céntrica Energía, S.L.U. c Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U.</i>
2.4.2009	642/2008	<i>Céntrica Energía, S.L.U. c Unión Fenosa Distribución, S.L.</i>
2.4.2009	643/2008	<i>Céntrica Energía, S.L.U. c Viesgo Distribución Eléctrica, S.L.</i>
2.4.2009	644/2008	<i>Céntrica Energía, S.L.U. c Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.</i>
22.4.2009	645/2008	<i>Céntrica Energía, S.L.U. c Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U.</i>
12.11.2009	S/0037/08	<i>Compañías de Seguro Decenal</i>

## **F) JURISDICCIÓN ITALIANA**

### ***Sentencias del Tribunal Supremo italiano (Corte di Cassazione)***

<b><i>Fecha</i></b>	<b><i>Referencia</i></b>	<b><i>Asunto</i></b>
9.12.2002	17475/2002	<i>Società Axa assicurazioni c ISVAP et al.</i>
7.2.2005	2207/2005	<i>Compagnia Assicuratrice UNIPOL S.p.A. c R.M.</i>

### ***Decisiones de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato***

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
28.7.2000	8546/2000	Rc Auto

### III. DECISIONES DE LOS TRIBUNALES NORTEAMERICANOS

#### *Sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
14.3.1904	193 U.S. 197	<i>Northern Securities Co. v. United States</i>
22.4.1912	224 U.S. 383	<i>United States v. Terminal Railroad Association</i>
22.6.1914	234 U.S. 600	<i>Eastern States Retail Lumber Dealers' Association v. United States</i>
25.2.1946	327 U.S. 251	<i>Bigelow v. RKO Radio Pictures</i>
13.1.1947	329 U.S. 495	<i>Hickman v. Taylor</i>
10.3.1958	356 U.S. 1	<i>Northern Pacific Railway Co. v. United States</i>
25.6.1962	370 U.S. 294	<i>Brown Shoe Co., Inc. v. United States</i>
24.5.1965	381 U.S. 311	<i>Minnesota Mining and Manufacturing Co. v. New Jersey Wood Finishing Co.</i>
8.5.1967	386 U.S. 714	<i>Fleishmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co.</i>
20.5.1968	391 U.S. 244	<i>United States v. United Shoe Machinery Corp.</i>
17.6.1968	392 U.S. 481	<i>Hanover Shoe Co., Inc. v. United Shoe Machinery Corp.</i>
10.6.1968	392 U.S. 134	<i>Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.</i>
19.5.1969	395 U.S. 100	<i>Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.</i>
29.3.1972	405 U.S. 562	<i>Ford Motor Co. v. United States</i>
28.5.1974	417 U.S. 116	<i>F.D. Rich Co., Inc. v. United States ex rel. Industrial Lumber Co.</i>
12.5.1975	421 U.S. 240	<i>Alyeska Pipeline Service Co. v. The Wilderness Society</i>
25.1.1977	429 U.S. 477	<i>Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.</i>
9.6.1977	431 U.S. 720	<i>Illinois Brick Co. v. Illinois</i>
11.6.1979	442 U.S. 330	<i>Reiter v. Sonotone Corp.</i>
26.5.1981	451 U.S. 630	<i>Texas Industries v. Radcliff Materials, Inc.</i>
18.6.1982	457 U.S. 332	<i>Arizona v. Maricopa County Medical Society</i>
21.6.1982	457 U.S. 465	<i>Blue Shield of Virginia v. McCready</i>
22.2.1983	459 U.S. 519	<i>Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters</i>
20.3.1984	465 U.S. 752	<i>Monsanto Co. v. Spray-Rite Services Corp.</i>
19.6.1984	467 U.S. 752	<i>Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.</i>
2.6.1984	468 U.S. 85	<i>National Collegiate Athletic Association v.</i>

		<i>Board of Regents of the University of Oklahoma</i>
26.3.1986	475 U.S. 574	<i>Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.</i>
9.12.1986	479 U.S. 104	<i>Cargill Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.</i>
18.4.1989	490 U.S. 93	<i>California v. ARC America Corp.</i>
14.5.1990	495 U.S. 328	<i>Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.</i>
8.6.1992	504 U.S. 451	<i>Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services et al.</i>
21.6.1993	509 U.S. 209	<i>Brooke Group Ltd. v. Brown &amp; Williamson Tobacco Corp.</i>
26.2.2002	534 U.S. 506	<i>Swierkiewicz v. Sorema NA</i>
13.5.2002	535 U.S. 467	<i>Verizon Communications Inc. V. FCC</i>
13.1.2004	540 U.S. 398	<i>Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP</i>
21.5.2007	550 U.S. 544	<i>Bell Atlantic Corp. et al. v. Twombly et al.</i>

#### *Sentencias de los Tribunales de Apelación de Estados Unidos*

<i>Circuito, Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
8°, 18.5.1928	28 F.2d 233	<i>Guardian Trust Co. et al. v. Kansas City Southern RY. Co.</i>
2°, 8.2.1943	134 F.2d 694	<i>Associated Industries of New York State, Inc. v. Ickes, Secretary of the Interior, et al.</i>
2°, 9.1.1947	159 F.2d 169	<i>United States et al. v. Carroll Towing Co., Inc., et al.</i>
9°, 6.9.1963	323 F.2d 1	<i>Walker Distributing Co. et al. v. Lucky Lager Brewing Co.</i>
9°, 28.4.1980	621 F.2d 323	<i>Royal Printing Co., Haythornbrite Enterprises and on Behalf of All Others Similarlysituated v. Kimberly-Clark Corp., et al.</i>
7°, 18.7.1988	852 F.2d 891	<i>State of Illinois ex rel. Neil F. Hartigan, Attorney General of the State of Illinois v. Panhandle Eastern Pipeline Co.</i>
7°, 16.3.1995	51 F.3d 1293	<i>In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc., et al.</i>
11°, 9.6.1999	177 F.3d 1228	<i>Doug Lowell, Mackey Nolte, et al. v. American Cyanamid Co.</i>
3°, 30.12.2008	552 F.3d 305	<i>In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation</i>

#### *Sentencias de los Tribunales de Distrito de Estados Unidos*

<i>Distrito, Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
------------------------	-------------------	---------------

New York, 28.3.1979	467 F. Supp. 1016	<i>Julius Nasso Concrete Corp. v. DIC Concrete Corp.</i>
California, 24.12.1981	----	<i>Warehouse Wines &amp; Spirits v. Safeway Inc.</i>
Virginia, 23.10.1997	982 F. Supp. 1138	<i>Dee-K Enterprises, Inc., et al. v. Heveafil Sdn. Bhd., et al.</i>





## B. BIBLIOGRAFÍA

### I ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

- AYRES, Ian (1998), “[Protecting Property with Puts](#)”, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 32º, núm. 3, págs. 793-831.
- AYRES, Ian y BALKIN, Jack M. (1998), “[Legal Entitlements as Auctions: Property Rules, Liability Rules, and Beyond](#)”, *Yale Law Journal*, Vol. 106º, núm. 3, págs. 703-750.
- BAKER, Matthew y MICELI Thomas J. (2000), “Statutes of Limitations for Accident Cases: Theory and Evidence”, *Research in Law and Economics*, Vol. 19º, núm. 1, págs. 47-67.
- BEBCHUK, Lucian A. (2003), “Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of the Cathedral”, *Michigan Law Review*, Vol. 100º, núm. 3, págs. 601-639.
- BEBCHUK, Lucian A. y KAPLOW, Louis (1993), “[Optimal Sanctions and Differences in Individuals’ Likelihood of Avoiding Detection](#)”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 13º, núm. 2, págs. 217-224.
- BECKER, Gary S. (1968), “[Crime and Punishment: An Economic Approach](#)”, *The Journal of Political Economy*, Vol. 76º, núm. 2, págs. 169-217.
- BECKER, Gary S. y STIGLER, George J. (1974), “Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 3º, núm. 1, págs. 1-18.
- BELL, Abraham y PARCHOMOVSKY, Gideon (2002), “[Pliability Rules](#)”, *Michigan Law Review*, Vol. 101º, núm. 1, págs. 1-79.
- BEN-SHAHAR, Omri (2000), “[Causation and Foreseeability](#)”, en BOUCKAERT, Boudewijn y DE GEEST, Gerrit (eds.) *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 2º – Civil Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, págs. 644-668.
- BRAEUTIGAM, Ronald, OWEN, Bruce y PANZAR, John (1984), “An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 47º, núm. 1, págs. 173-185.
- BROOKS, Richard R. W. (2003), “[The Relative Burden of Determining Property Rules and Liability Rules: Broken Elevators in the Cathedral](#)”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 97º, núm. 1, págs. 267-317.
- BUCHANAN, James M. (1975), “[A Contractarian Paradigm for Applying Economic Theory](#)”, *The American Economic Review*, Vol. 65º, núm. 2, págs. 225-230.
- CALABRESI, Guido (1970), *The Cost of Accidents*, Yale, Yale University Press.
- (1997), “Remarks: The Simple Virtues of *The Cathedral*”, *Yale Law Journal*, Vol. 106º, núm. 7, págs. 2201-2207.
- CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas A. (1972), “[Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral](#)”, *Harvard Law Review*, Vol. 85º, núm. 6, págs. 1089-1128.
- COASE, Ronald H. (1960), “[The Problem of Social Cost](#)”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3º, núm. 1, págs. 1-44.

- CONNOR, John M. (2007), "Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence", en KIRKWOOD, John B. (ed.) *Research in Law and Economics*, Vol. 22°, págs. 59-153.
- DANA, James D. y SPIER, Kathryn E. (1993), "Expertise and Contingency Fees: The Role of Asymmetric Information in Attorney Compensation", *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 9°, núm. 2, págs. 349-367.
- DARI-MATTIACCI, Giuseppe y SCHÄFER, Hans-Bernd (2007), "The Core of Pure Economic Loss", *International Review of Law and Economics*, Vol. 27°, núm. 1, págs. 8-28.
- DAVIS, Michael L. (1994), "The Value of Truth and the Optimal Standard of Proof in Legal Disputes", *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 10°, núm. 2, págs. 343-359.
- DEMSEZT, Harold (1969), "Information and Efficiency: Another Viewpoint", *Journal of Law and Economics*, Vol. 12°, núm. 1, págs. 1-22.
- DIRLAM, Joel B. y KAHN, Alfred E. (1954), *Fair Competition: The Law and Economics of Antitrust Policy*, Ithaca, Cornell University Press.
- EHRlich, Isaac y POSNER, Richard A. (1974), "[An Economic Analysis of Legal Rulemaking](#)", *Journal of Legal Studies*, Vol. 3°, núm. 1, págs. 257-286.
- ELZINGA, Kenneth G. y BREIT, William (1976), *The Antitrust Penalties: A Study in Law and Economics*, New Haven y Londres, Yale University Press.
- EMONS, Winand (2006), "Playing It Safe with Low Conditional Fees versus Being Insured by High Contingent Fees", *American Law and Economics Review*, Vol. 8°, núm. 1, págs. 20-32.
- EPSTEIN, Richard A. (1998), "Protecting Property Rights with Legal Remedies: A Common Sense Reply to Professor Ayres", *Valparaiso University Law Review*, Vol. 32°, núm. 3, págs. 833-853.
- FARNSWORTH, Ward (2007), *The Legal Analyst: A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago y Londres, University of Chicago Press.
- FRIEDMAN, David (1984), "Efficient Institutions for the Private Enforcement of Law", *Journal of Legal Studies*, Vol. 13°, núm. 2, págs. 379-397.
- GOULD, John P. (1973), "The Economics of Legal Conflicts", *Journal of Legal Studies*, Vol. 2°, núm. 2, págs. 279-300.
- HAY, Bruce y SPIER, Kathryn (1997), "[Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Analysis](#)", *Journal of Legal Studies*, Vol. 26°, núm. 2, págs. 413-431.
- HELLAND, Eric A. y TABARROK, Alexander T. (2003), "Contingency Fees, Settlement Delay and Low Quality Litigation: Empirical Evidence from Two Datasets", *Journal of Law, Economics and Organizations*, Vol. 19°, núm. 2, págs. 517-542.
- HYLTON, Keith N. (1993a), "Fee Shifting and Incentives to Comply with the Law", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 46°, núm. 5, págs. 1069-1128.
- (1993b), "[Litigation Cost Allocation Rules and Compliance with the Negligence Standard](#)", *Journal of Legal Studies*, Vol. 22°, núm. 2, págs. 457-476.
- (2003), *Antitrust Law – Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge, Cambridge University Press.

- (2006), "Property Rules and Liability Rules, Once Again", *Review of Law and Economics*, Vol. 2º, núm. 2, págs. 137-191.
- JOSKOW, Paul. L. (2002), "Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies", *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 18º, núm. 1, págs. 95-116.
- KAHAN, Dan M. (1999), "The Secret Ambition of Deterrence", *Harvard Law Review*, Vol. 113, núm. 2, págs. 419-500.
- KAPLOW, Louis (1992a), "The Optimal Probability and Magnitude of Fines for Acts that Definitely are Undesirable", *International Review of Law and Economics*, Vol. 12º, núm. 1, págs. 3-11.
- (1992b), "Rules versus Standards: An Economic Analysis", *Duke Law Journal*, Vol. 42º, núm. 3, págs. 557-629.
- (1994), "The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis", *Journal of Legal Studies*, Vol. 23º, núm. 1, págs. 307-401.
- KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven (1996), "Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis", *Harvard Law Review*, Vol. 109º, núm. 4, págs. 713-790.
- KATZ, Avery Wiener (2000), "Indemnity of Legal Fees", en BOUCKAERT, Boudewijn y DE GEEST, Gerrit (eds.) *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, págs. 63-94.
- KRAAKMAN, Reinier H. (1984), "Corporate Liability Strategies and the Cost of Legal Controls", *Yale Law Journal*, Vol. 93º, núm. 5, págs. 857-888.
- KRIER, James E. y SCHWAB, Stewart J. (1995), "Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light", *New York University Law Review*, Vol. 70º, núm. 2, págs. 440-483.
- LANDES, William M. (1971), "An Economic Analysis of the Courts", *Journal of Law and Economics*, Vol. 14º, núm. 1, págs. 61-107.
- (1983), "Optimal Sanctions for Antitrust Violations", *University of Chicago Law Review*, Vol. 50º, núm. 2, págs. 652-678.
- LANDES, William M. y POSNER, Richard A. (1975), "The Private Enforcement of Law", *Journal of Legal Studies*, Vol. 4º, núm. 1, págs. 1-46.
- LEVMORE, Saul (1997), "Unifying Remedies: Property Rules, Liability Rules, and Startling Rules", *Yale Law Journal*, Vol. 106º, núm. 7, págs. 2149-2173.
- MALLOR, Jane P. (1983), "Punitive Attorneys' Fees for Abuses of the Judicial System", *North Carolina Law Review*, Vol. 61º, núm. 4, págs. 613-654.
- MELAMED, Douglas A. (1997), "Remarks: A Public Law Perspective", *Yale Law Journal*, Vol. 106º, núm. 7, págs. 2209-2213.
- MCALFEE, R. Preston, MIALON, Hugo M. y MIALON, Sue H. (2008), "Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis", *Journal of Public Economics*, Vol. 92º, núms. 10-11, págs. 1863-1875.
- MORRIS, Madeline (1993), "The Structure of Entitlements", *Cornell Law Review*, Vol. 78º, núm. 5, págs. 822-898.
- OGUS, Anthony (1999), "Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48º, núm. 2, págs. 405-418.

- (2005), *Limitation of actions: Justified or Unjustified Complexities?*, Draft Paper presentado al Seminario del 12 de diciembre de 2005 ante el Amsterdam Center for Law and Economics.
- PARKER, Jeffrey S. (1989), "Criminal Sentencing Policy for Organizations: The Unifying Approach of Optimal Penalties", *American Criminal Law Review*, Vol. 26°, núm. 3, págs. 513-604.
- PARISI, Francesco, PALMER, Vernon Valentine y BUSSANI, Mauro (2007), "The Comparative Law of Economics of Pure Economic Loss", *International Review of Law and Economics*, Vo. 27°, núm. 1, págs. 29-48.
- POLINSKY, A. Mitchell (1980a), "Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies", *Stanford Law Review*, Vol. 32°, núm. 6, págs. 1075-1112.
- (1980b), "Private versus Public Enforcement of Fines", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9°, núm. 1, págs. 105-127.
- POLINSKY, A. Mitchell y RUBINFELD, Daniel L. (1988), "The Welfare Implications of Costly Litigation for the Level of Liability", *Journal of Legal Studies*, Vol. 17°, núm. 1, págs. 151-164.
- POLINSKY, A. Mitchell y SHAVELL, Steven (1979), "The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines", *American Economic Review*, Vol. 69°, núm. 5, págs. 880-891.
- (1989), "Legal Error, Litigation, and the Incentive to Obey the Law", *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 5°, núm. 1, págs. 99-108.
- (2007), "The Theory of Public Enforcement of Law", en POLINSKY, A. Mitchell y SHAVELL, Steven (eds.) *Handbook of Law and Economics*, Vol. 1°, Elsevier B.V., págs. 403-454.
- POSNER, Richard A. (1971), "Taxation by Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2°, núm. 1, págs. 22-50.
- (1972), *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown and Company.
- (1981), *The Economics of Justice*, Harvard, Harvard University Press.
- (1985), "An Economic Theory of the Criminal Law", *Columbia Law Review*, Vol. 85°, núm. 6, págs. 1193-1209.
- (1992), *Economic Analysis of Law*, 4ª ed., Boston, Toronto y Londres, Little Brown and Company.
- (1998a), "Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law", *Stanford Law Review*, Vol. 50°, núm. 5, págs. 1551-1575.
- (1998b), *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., Boston, Toronto y Londres, Little Brown and Company.
- (1999), "An Economic Approach to the Law of Evidence", *Stanford Law Review*, Vol. 51°, núm. 6, págs. 1477-1546.
- (2003), *Economic Analysis of Law*, 6ª ed., Nueva York, Aspen Publishers.
- (2007), *El Análisis Económico del Derecho*, Suárez, Eduardo L. (trad.), Traducción de la sexta edición de la obra *Economic Analysis of Law*, 2ª ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica.
- ROSE, Carol M. (1997), "The Shadow of The Cathedral", *Yale Law Journal*, Vol. 106°, núm. 7, págs. 2175-2200.

- ROSENBERG, David y SHAVELL, Steven (1985), "Model in Which Suits Are Brought for Their Nuisance Value", *International Review of Law and Economics*, Vol. 5º, núm. 1, págs. 3-13.
- RUBINFELD, Daniel L. y SAPPINGTON, David (1987), "Efficient Awards and Standards of Proof in Judicial Proceedings", *RAND Journal of Economics*, Vol. 18º, núm. 2, págs. 308-315.
- SALOP, Steven C. y WHITE, Lawrence J. (1986), "Economic Analysis of Private Antitrust Litigation", *Georgetown Law Journal*, Vol. 74º, núm. 4, págs. 1001-1064.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, PIÑEIRO SALGUERO, José y RUBÍ PUIG, Antoni (2003), "Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (*Law enforcement*)", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4/2003, págs. 1-25.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, TERRA IBÁÑEZ, Antoni, VEGA GARCÍA, Alberto, GINÈS I FABRELLAS, Anna y GÁLVEZ DURAN, Sergi (2014), "Deberes de eficiencia y libertad de actuar", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4/2014, págs. 1-46.
- SANCHIRICO, Chris W. (1997), "The Burden of Proof in Civil Litigation: A Simple Model of Mechanism Design", *International Review of Law and Economics*, Vol. 17º, núm. 3, págs. 431-447.
- SHAVELL, Steven (1982), "The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System", *Journal of Legal Studies*, Vol. 11º, núm. 2, págs. 333-339.
- (1985), "Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent", *Columbia Law Review*, Vol. 85º, núm. 7, págs. 1232-1262.
- (1992), "A Note on Marginal Deterrence", *International Review of Law and Economics*, Vol. 12º, núm. 3, págs. 345-355.
- (1998), "Causation", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, T. I, Nueva York, Stockton Press.
- STIGLER, George J (1970), "The Optimum Enforcement of Laws", *Journal of Political Economy*, Vol. 78º, núm. 3, págs. 526-536.
- (1971), "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2º, núm. 1, págs. 3-21.
- VAN DEN BERGH, Roger y CAMESASCA, Peter D. (2001), *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Groningen y Oxford, Antwerp.
- (2006), *Economic Analysis of Competition Law*, Groningen y Oxford, Antwerp.
- WILLIAMSON, Oliver E. (1964), *The Economics of Discretionary Behavior: Managerial Objectives in a Theory of the Firm*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall.
- (1979), "Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", *Journal of Law and Economics*, Vol. 22º, núm. 2, págs. 233-261.
- (1999), "Public and Private Bureaucracies: A Transaction Cost Economics Perspective", *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 15º, núm. 1, págs. 306-342.
- (2010), "Transaction Cost Economics: The Natural Progression", *The American Economic Review*, Vol. 100º, núm. 3, págs. 673-690.

WILS, Wouter P. J. (2006a), "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice", *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 29°, núm. 2, págs. 183-208.

## II ARBITRAJE INTERNACIONAL

- BROWN, Alexis C. (2001), "Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration", *American University International Law Review*, Vol. 16°, núm. 4, págs. 969-1025.
- BUCHER Andreas y TSCHANZ, Pierre-Yves (1988), *International Arbitration in Switzerland*, Basilea, Lyceum Books.
- COLLINS, Michael (1995), "Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings", *Arbitration International*, Vol. 11°, núm. 3, págs. 321-336.
- GAILLARD, Emmanuel (1987), *Le principe de la confidentialité de l'arbitrage commercial international*, París, Dalloz.
- MANTILLA SERRANO, (2005), *Ley de arbitraje: Una perspectiva internacional*, Madrid, Iustel.
- MÜLLER, Cristoph (2005), "La confidentialité en arbitrage commercial international: un trompe-l'œil?", *ASA Bulletin*, Vol. 23°, núm. 2, págs. 216-240.
- NEILL, Patrick (1996), "Confidentiality in Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 12°, núm. 3, págs. 287-317.
- RAJOO, Sundra (2003), "Privacy and Confidentiality in Arbitration", *Malayan Law Journal*, Vol. 40°, núm. 1, págs. 2-23.

## III BEHAVIORAL ECONOMICS

- KOROBKIN, Russell B. y ULEN, Thomas S. (2000), "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", *California Law Review*, Vol. 88°, núm. 4, págs. 1051-1144.
- SIMON, Herbert A. (1947), *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, Nueva York, Free Press.
- SLOVIC, Paul, FISCHHOFF, Baruch y LICHSTENSTEIN, Sarah (1982), "Facts Versus Fears: Understanding Perceived Risk", en KAHNEMAN, Daniel, SLOVIC, Paul y TVERSKY, Amos (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SUNSTEIN, Cass R. (1996), "On the Expressive Function of the Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144°, núm. 5, págs. 2021-2053.
- SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David y KAHNEMAN, Daniel (2000), "Do People Want Optimal Deterrence?", *Journal of Legal Studies*, Vol. 29°, núm. 1, págs. 237-253.
- TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel (1973a), "On the Psychology of Prediction", *Psychological Review*, Vol. 80°, núm. 4, págs. 237-251.
- (1973b), "Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability", *Cognitive Psychology*, Vol. 5°, núm. 2, págs. 207-232.
- (1974), "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Science*, Vol. 185°, núm. 4157, págs. 1124-1131.

- TYLER, Tom R. (1990), *Why People Obey the Law*, New Heaven y Londres, Yale University Press.
- WEINSTEIN, Neil D. (1989), “Optimistic Biases About Personal Risks”, *Science*, Vol. 246°, núm. 4935, págs. 1232-1233.

## IVDERECHO CIVIL Y COMERCIAL

### a. Derecho alemán

- KUMMER, Max (1960), *Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtsätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb*, Berna, Stämpfli.
- MAGNUS, Ulrich y SEHER, Gerhard (2005), “Fault under German Law”, en WIDMER, Pierre (ed.) *Unification of Tort: Fault*, La Haya, Kluwer Law International, págs. 101-122.
- OERTMANN, Paul (1933), *Introducción al Derecho Civil*, SANCHO SERAL, Luis (trad.), 3ª ed., Barcelona, Labor.
- TRAEGER, Ludwig (1904), *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, Keip.
- VON BURI, Maximilian (1873), *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Lipsia, Gebhardt.
- VON GIERKE, Otto Friedrich (1895), *Deutsches Privatrecht*, Tomo I, Leipzig, Duncker & Humblot.
- VON KRIES, Johannes (1886), *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, Tubinga, Mohr.
- VON RÜMELIN, Max (1900), “Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht”, *Zivilrecht Archiv*, Vol. 90°, págs. 171-344.

### b. Derecho español

- ALBALADEJO, Manuel (2011), *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, 14ª ed., Madrid, Edisofer.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (1991), “Competencia desleal por infracción de normas”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 22, págs. 667-730.
- BARONA VILAR, Silvia (2004), “Artículo 24”, en BARONA VILAR, Silvia (coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, Civitas, págs. 910-912.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (2009), “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 2°, núm. 2, págs. 335-378.

### c. Derecho italiano

- DI MAJO, Adolfo (2003), *La tutela civile dei diritti*, Milán, Giuffrè.
- JAEGER, Pier Giusto (1970), “Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale”, *Rivista di Diritto Industriale*, Vol. 1°, págs. 5-149.

PAGNI, Ilaria (2004), *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milán, Giuffrè.

ROPPO, Vincenzo (2014), *Diritto Privato*, 4ª ed., Turín, Giappichelli.

## V DERECHO DE DAÑOS

### a. Estados Unidos

ABRAHAM, Kenneth (2002), *The Forms and Functions of Tort Law*, 2ª ed., Nueva York, Foundation Press.

BAKER, Lynn A. (2002), "Facts about Fees: Lessons for Legal Ethics", *Texas Law Review*, Vol. 80º, núm. 7, págs. 1985-1996.

BREGER, Marshall J. (1984), "Compensation Formulas for Court Awarded Attorney Fees", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 47º, núm. 1, págs. 249-268.

BRENNAN, Troyen A. (1988), "Causal Chains and Statistical Links: The Role of Scientific Uncertainty in Hazardous-Substance Litigation", *Cornell Law Review*, Vol. 73º, núm. 3, págs. 469-533.

BRICKMAN, Lester (2003), "The Market for Contingency Fee-Financed Tort Litigation: Is It Price Competitive?", *Cardozo Law Review*, Vol. 25º, núm. 1, págs. 68-128.

CLERMONT, Kevin M. y CURRIVAN John D. (1978), "Improving on the Contingency Fee", *Cornell Law Review*, Vol. 63º, núm. 4, págs. 529-639.

DERFNER, Mary F. y WOLF, Arthur D. (1992), *Court Awarded Attorney Fees*, Nueva York, Matthew Bender.

DOBBS, Dan B. (1993), *Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*, 2ª ed., St. Paul, West Publishing Co.

FAIRMAN, Christopher M. (2003), "The Myth of Notice Pleading", *Arizona Law Review*, Vol. 45º, núm. 4, págs. 987-1065.

FARNSWORTH, Ward (2014), *Restitution: Civil Liability for Unjust Enrichment*, Chicago, University of Chicago Press.

FLEMING JR., James y PERRY, Roger F. (1951), "Legal Cause", *Yale Law Journal*, Vol. 60º, núm. 5, págs. 761-811.

FLEMING, John G. (1998), *The Law of Torts*, 9ª ed., Sidney, Sweet & Maxwell.

FRIEDMAN, Rebecca (2009), "The Lodestar Ranger: Calculating Attorneys' Fee Awards in *Perdue v. Kenny A.*", *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy Sidebar*, Vol. 5º, núm. 1, págs. 58-79.

GOTANDA, John Y. (2007), "Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 45º, núm. 2, págs. 507-528.

HERSCH, Philip L. (1990), "Indemnity, Settlement, and Litigation: Comment and Extension", *Journal of Legal Studies*, Vol. 19º, núm. 1, págs. 235-241.

HOHFELD, Wesley Newcomb (1913), "Some Fundamental Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, Vol. 23º, núm. 1, págs. 16-59.



- KRENT, Harold J. (1993), "Explaining One-Way Fee Shifting", *Virginia Law Review*, Vol. 79º, núm. 8, págs. 2039-2089.
- KRITZER, Herbert M. (1998), "The Wages of Risk: The Returns of Contingency Fee Legal Practice", *DePaul University Law Review*, Vol. 47º, núm. 2, págs. 267-319.
- (2001), "Litigation", en SMELSER, Neil J. y BALTES, Paul B. (eds.) *International Encyclopedia of the Social and Behavioural Sciences*, Vol. 13º, págs. 8989-8995.
- (2002), "Seven Dogged Myths Concerning Contingency Fees", *Washington University Law Quarterly*, Vol. 80º, núm. 3, págs. 739-794.
- LAYCOCK, Douglas (2002), *Modern American Remedies: Cases & Materials*, 3ª ed., Nueva York, Aspen Publishers.
- MALONE, Wex S. (1956), "Ruminations on Cause in Fact", *Stanford Law Review*, Vol. 9º, núm. 1, págs. 60-99.
- MAUSE, Philip J. (1969), "Winner Takes All: A Re-Examination of the Indemnity System", *Iowa Law Review*, Vol. 55º, núm. 1, págs. 26-55.
- MAXEINER, James R. (2010), "Cost and Fee Allocation in Civil Procedure", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 58º – Suplemento, págs. 195-221.
- MCLACHLIN, Beverley M. (1998), "Negligence Law-Proving the Connection", en MULLANY, Nicholas J. y LINDEN, Allen M. (eds.) *Torts Tomorrow. A Tribute to John Fleming*, Sidney, LBC Information Services, págs. 16-36.
- MILLER, Arthur R. (2010), "From *Conley* to *Twombly* to *Iqbal*: A Double Play on the Federal Rules of Civil Procedure", *Duke Law Journal*, Vol. 60º, núm. 1, 1-130.
- MONROE, Phyllis A. (1981), "Comment, Financial Barriers to Litigation: Attorney Fees and the Problem of Legal Access", *Albany Law Review*, Vol. 46º, núm. 1, págs. 148-173.
- PARKER, Kellis E. (1975), *Modern Judicial Remedies: Cases and Materials*, Boston, Little Brown.
- POSNER, Richard A. (1981), "The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law", *Journal of Legal Studies*, Vol. 10, núm. 1, págs. 187-206.
- PROSSER, William Lloyd, KEETON, W. Page, DOBBS, Dan B., KEETON, Robert E. y OWEN, David G. (1984), *Prosser and Keeton on Torts*, 5ª ed., St. Paul, West Publishing Co.
- RENDLEMAN, Doug (2000), "Remedies: The Law School Course", *Brandeis Law Journal*, Vol 39º, núm. 2, págs. 535-540.
- RESKE, Henry J. (1992), "Tinkering with Procedure: Federal Committee Backs Automatic Disclosure, Restrained Rule 11", *American Bar Association Journal*, Vol. 78º, núm. 9, págs. 14, 20-21.
- ROWE JR., Thomas D. (1982), "The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview", *Duke Law Journal*, Vol. 31º, núm. 4, págs. 651-680.
- (1989), "American Law Institute Study on Paths to a 'Better Way': Litigation, Alternatives, and Accommodation", *Duke Law Journal*, Vol. 38º, núm. 4, págs. 824-902.

- SILVER, Charles (2002), "Does Civil Justice Cost Too Much?", *Texas Law Review*, Vol. 80º, núm. 7, págs. 2073-2121.
- SMITH, Jeremiah (1911), "Legal Cause in Actions of Tort", *Harvard Law Review*, Vol. 25º, núm. 2, págs. 103-128.
- VARGO, John F. (1993), "The American Rule of Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice", *American University Law Review*, Vol. 42º, núm. 4, págs. 1567-1636.
- WRIGHT, Charles A. (1994), *Law of Federal Courts*, 5ª ed., St. Paul, West Publishing Co.
- WRIGHT, Richard W. (1985), "Causation in Tort Law", *California Law Review*, Vol. 73º, núm. 6, págs. 1741-1828.
- (1988), "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts", *Iowa Law Review*, Vol. 73º, núm. 5, págs. 1001-1077.
- YARROW, Stella (2001), "Conditional Fees", *Hume Papers on Public Policy*, Vol. 8º, núm. 1, págs. 1-10.

## **b. Europa**

- BENSON, Peter (2004), "Disgorgement for Breach of Contract and Corrective Justice: An Analysis in Outline", en NEYERS, Jason W., MCINNES, Mitchell y PITEL, Stephen G. A. (eds.) *Understanding Unjust Enrichment*, Oxford, Hart Publishing, págs. 311-330.
- BIRKS, Peter (1985), *An introduction to the Law of Restitution*, Clarendon Press, Oxford.
- (2000), "Rights, Wrongs and Remedies", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20º, núm. 1, págs. 1-37.
- CANE, Peter (1993), *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 5ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio (2000), *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- DURANT, Isabel C. (2000), "Causation", en KOZIOL, Helmut y SCHULZE, Reiner (eds.) *Tort Law of the European Community*, Viena, Springer, págs. 47-80.
- EDELMAN, James (2002), *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford, Hart Publishing.
- FUMERTON, Richard y KRESS, Ken (2001), "Causation and the Law: Preemption, Lawful Sufficiency, and Causal Sufficiency", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64º, núm. 1, págs. 83-106.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos (2013), "Benefit to the Defendant as a Measure for Relief: Towards a Specific Rule in European Contract Law?", *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, Vol. 2º, núm. 2, págs. 387-396.
- GOMÉZ POMAR, Fernando (2001), "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2001, págs. 1-17.
- HARLOW, Carol (2000), "A Common European Law of Remedies?", en KILPATRICK, Claire, NOVITZ, Tonia y SKIDMORE, Paul (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, Hart Publishing, págs. 69-86.

- JOLOWICZ, John A. (1980), “Da mihi factum, dabo tibi jus: A Problem of Demarcation in English and French Law”, en FEUERSTEIN, Peter y PARRY, Clive (eds.) *Multum Non Multa, Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg y Karlsruhe, Müller Juristischer Verlag, págs. 79-99.
- (2003), “Adversarial and inquisitorial models of civil procedure”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52º, núm. 2, págs. 281-295.
- LAITHIER, Yves-Marie (2005), “The French Law of Remedies for Breach of Contract”, en COHEN, Nili y MCKENDRICK, Ewan (eds.) *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford, Hart Publishing, págs. 103-122.
- MARKESINIS, Basil S. (1990), *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1990), “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 1561-1591.
- (1993), “Comentario al art. 1902 CC”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (dirs.) *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, págs. 1971-2003.
- SALVADOR CODERCH, Pablo (2000), “[Punitive Damages](#)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, núm. 4/2000, págs. 139-152
- SALVADOR CODERCH, Pablo, GAROUPA, Nuno y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos (2005), “[El círculo de responsables: La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva](#)”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4/2005, págs. 1-34.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio (2006), “[Causalidad y responsabilidad](#)”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2006, págs. 1-25.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (2014), “Las cuatro reglas básicas de responsabilidad”, en SALVADOR CODERCH, Pablo (ed.) *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños: Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, Capítulo 2º, 3ª ed., Barcelona, disponible en *InDret, Revista para el análisis del Derecho* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), págs. 38-49.
- TOTH, Akos G. (1997), “The Concepts of Damage and Causality as Elements of Non-Contractual Liability”, en HEUKELS, Ton y MCDONNELL, Alison (eds.) *The Action for Damages in Community Law*, La Haya, Kluwer Law International, págs. 179-198.
- TRIMARCHI, Pietro (1967), *Causalità e danno*, Milán, Giuffrè.
- (1994), “L’arricchimento da atto illecito”, en CENDON, Paolo (ed.) *Scritti in Onore di Sacco*, T. II, Milán, Giuffrè, págs. 1149 y sigs.
- VON BAR, Christian (2000), “Causation or Attribution”, *The Common European Law of Torts*, T. II, Oxford, Oxford University Press, págs. 433-498.
- WADDAMS, Stephen M. (1983), “Remedies as a Legal Subject”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 3º, núm. 1, págs. 113-121.

- WEINRIB, Ernest J. (2000), “Restitutionary Damages as Corrective Justice”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 1º, núm. 1, págs. 1-37.
- WERRO, Franz, PALMER, Vernon Valentine y HAHN, Anne-Catherine (2004), “Strict Liability in European Tort Law: An Introduction”, en WERRO, Franz y PALMER, Vernon Valentine (eds.) *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Durham y Bruselas, Carolina Academic Press, págs. 3-36.
- ZAKRZEWSKI, Rafal (2005), *Remedies Reclassified*, Oxford, Oxford University Press.

## VI DERECHO DE LA COMPETENCIA

### 1. EUROPA

#### a. Derecho alemán

- BECKER, Florian y KAMMIN, Julian (2011), “Die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen: Rahmenbedingungen und Reformansätze”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Vol. 22º, núm. 13º, págs. 503-510.
- BORNKAMM, Joachim (2006), “Art. 33 GWB”, en LANGEN, Eugen y BUNTE, Hermann-Josef (dirs.) *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 10ª ed., Neuwied.
- BÖGE, Ulf y OST, Konrad (2006), “Up and Running, or is it? Private enforcement – The Situation in Germany and Policy Perspectives”, *European Competition Law Review*, Vol. 27º, núm. 4, págs. 197-205.
- BUCHNER, Herbert (1971), *Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz*, Múnich, Beck.
- FIKENTSCHER, Wolfgang (1958), *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz: Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung*, Múnich y Berlín, Beck.
- HELLWIG, Martin (2006), “Private Damage Claims and the Passing-on Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist’s Perspective”, *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2006/22*, págs. 1-29.
- JUNGBLUTH, Armin (2001), “Art. 83 GWB”, en LANGEN, Eugen y BUNTE, Hermann-Josef (dirs.) *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 9ª ed., Neuwied.
- MÖSCHEL, Wernhard (1995), “Law and Market Organization: The Historical Experience in Germany From 1900 to the Law Against Restraints of Competition (1957) – Comment”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 151º, núm. 1, págs. 21-25.
- SCHRÖTER, Helmut (2003), “Art. 83 GWB”, en VON DER GROEBEN, Hans y SCHWARZE, Jürgen (dirs.) *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6ª ed., Baden-Baden.
- STURHAHN, Detlef-Holger (2005), “Art. 83 GWB”, en LOEWENHEIM, Ulrich, MEESSEN, Karl M. y RIESENKAMPFF, Alexander (dirs.) *Kartellrecht, Band 1: Europäisches Recht*, Múnich, C. H. Beck.

## b. Derecho británico

- ARMSTRONG, Mark, COWAN, Simon y VICKERS, John Stuart (1986), *Regulatory Reform: Economic Analysis of British Experience*, Cambridge, MIT Press.
- BALMAIN, Charles y COUGHLAN, Vera (2011), “More Haste Less Speed: The Evolving Practice in Competition Damages Actions in the UK”, *Global Competition Law Review*, Vol. 4º, núm. 4, págs. 147-153.
- FARRELL, Lesley e INCE, Sarah (2008), *Private enforcement in the UK* ([www.mondaq.com](http://www.mondaq.com)).
- FINGLETON, John (2006), “De-Monopolising Ireland”, en EHLERMANN, Claus-Dieter y ATANASIU, Isabela (eds.) *European Competition Law Annual 2003, What Is an Abuse of a Dominant Position?*, Oxford y Portland, Hart Publishing, págs. 53-68.
- LAWSON, Frederick H. (1980), *Remedies of English Law*, 2ª ed., Londres, Lexis Law Publishing.
- LEWIS, Clive Q. C. (2008), *Judicial Remedies in Public Law*, 4ª ed., Londres, Sweet & Maxwell.
- RODGER, Barry J. (2003), “Private Enforcement and the Enterprise Act: An Exemplary System of Awarding Damages”, *European Competition Law Review*, Vol. 24º, núm. 3, págs. 103-113.
- ROWE, Michael y CASTLEDINE, Scott (2012), “[English High Court Grants Disclosure of Leniency Materials in Antitrust Follow-on Damages Claims](#)”, publicación del despacho de abogados *Slaughter & May*.
- STOHERS, Christopher, GARDNER, Mark y HINCHLIFFE, Sue (2011), “Forum Shopping and ‘Italian Torpedoes’ in Competition Litigation in the English Court”, *Global Competition Law Review*, Vol. 4º, núm. 2, págs. 67-73.

## c. Derecho comunitario

- ADAM, Michael y MAIER-RIGAUD, Frank (2011), “[The Law and Economics of Article 82 EC and the Commission Guidance Paper on Exclusionary Conduct](#)”, *Journal of Competition Law*, núm. 1, págs. 131-146.
- AFFERNI, Giorgio (2007), “Case: ECJ – Manfredi v Lloyd Adriatico”, *European Review of Contract Law*, Vol. 3º, núm. 2, págs. 179-190.
- AHLBORN, Christian y EVANS, David S. (2009), “The *Microsoft* Judgment and its Implications for Competition Policy Towards Dominant Firms in Europe”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 75º, núm. 3, págs. 887-932.
- AHLBORN, Christian, EVANS, David S. y PADILLA, Jorge (2004), “The Logic and Limits of the Exceptional Circumstances Test in *Magill* and *IMS Health*”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 28º, núm. 4, págs. 1109-1156.
- AKMAN, Pinar (2009), “Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29º, núm. 2, págs. 267-303.
- (2012), *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Oxford, Hart Publishing.
- (2014a), “The Role of Freedom in EU Competition Law”, *Legal Studies*, Vol. 34º, núm. 2, págs. 183-213.

- (2014b), “Period of Limitations in Follow-on Competition Cases: When Does a ‘Decision Become Final?’”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 2º, núm. 2, págs. 389-421.
- AL-AMEEN, Abayomi (2010), “[Antitrust Fines – Seeking Justice](#)”, *Competition Law Review*, Vol. 7º, núm. 1, págs. 83-104.
- ALBORS-LLORENS, Albertina (2002), “Courage V. Crehan: Judicial Activism or Consistent Approach?”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 61º, núm. 1, págs. 38-41.
- ALEXIADIS, Peter y SEPENDA, Elsa (2013), “Structural Remedies under European Union Antitrust Rules”, *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, núm. 2, págs. 21-26.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús y REHER, Tim (2010), “[Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition Law: Is the Time Ripe?](#)”, *European Antitrust Review*, págs. 43-46.
- ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael (2009), “Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 7, págs. 83-95.
- ALLEWELDT, Frank, GÓMEZ POMAR, Fernando, BINEVA, Valentina, KARA, Senda, BÉTEILLE, Rémi y BUCCINO, Sara (2008), [Study Regarding the Problems Faced by Consumers in Obtaining Redress for Infringements of Consumer Protection Legislation, and the Economic Consequences of Such Problems](#), Final report ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)).
- ALLEWELDT, Frank, TESSLER, Andrew, ROTT, Peter, Kara, Senda, BÉTEILLE, Rémi y BUCCINO, Sara (2008), [Evaluation of the Effectiveness and Efficiency of Collective Redress Mechanisms in the European Union](#), Final report ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)).
- ALONSO GARCÍA, Ricardo (1990), “La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de la CEE por órganos administrativos y judiciales españoles”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. XVII. 2º, págs. 437-478.
- ALONSO SOTO, Ricardo (2005), “El interés público en la defensa de la competencia”, en MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÒ JUAN, Amadeo (dirs.) *La modernización del Derecho de la competencia en España y la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, págs. 31-46.
- AMATO, Giuliano (1997), *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, Hart Publishing.
- ANDERMAN, Steven (2002), “EC Competition Law and Intellectual Property Rights in the New Economy”, *Antitrust Bulletin*, Vol. 47º, núms. 2-3, págs. 285-308.
- (2004), “Does the *Microsoft* Case offer a New Paradigm for the ‘Exceptional Circumstances’ Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?”, *Competition Law Review*, Vol. 1º, núm. 2, págs. 7-22.
- ANDRIYCHUK, Oles (2010), “[Rediscovering the Spirit of Competition: On the Normative Value of the Competitive Process](#)”, *European Competition Journal*, Vol. 6º, núm. 3, págs. 575-610.

- ASHTON, David y HENRY, David (2013), *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- AUBERT, Michel, BROUSSY, Emmanuelle, CASSAGNABÈRE, Hervé (2013), “Chronique de jurisprudence de la CJUE. La Cour fait une application positive de sa jurisprudence *Pfleiderer* de 2011 en jugeant que le principe d’effectivité du droit de l’Union s’oppose au droit autrichien en ce qu’il subordonne à l’accord de toutes les parties l’accès au dossier d’une procédure de clémence des concurrents qui envisagent une action civile en réparation, et ce, sans possibilité de mise en balance des intérêts par le juge”, *L’Actualité Juridique – Droit administratif 2013*, págs.1691-1692.
- BASEDOW, Jürgen (1996), “Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht - Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Vol. 4º, págs. 570-586.
- (2001), “Who Will Protect Competition in Europe? From Central Enforcement to Authority Networks and Private Litigation”, *European Business Organization Law Review*, Vol. 2, núms. 3-4, págs. 443-468.
- (2006), “Das Kartelldeliktsrecht und der ‘More Economic Approach’”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Vol. 17º, núm. 4, págs. 97-128.
- BASSO, Leonardo J. y ROSS, Thomas W. (2010), “Measuring the True Harm from Price-Fixing to Both Direct and Indirect Purchasers”, *Journal of Industrial Economics*, Vol. 58º, núm. 4, págs. 895-927.
- BASTIANON, Stefano (2012), “La tutela privata antitrust in Europa: dove siamo e dove stiamo andando”, en BASTIANON, Stefano (dir.) *La tutela privata antitrust: Italia, Unione Europea e Nord America*, Milán, Giuffré, págs. 1-24.
- (2014), “La Proposta di Direttiva sulle azioni risarcitorie antitrust e le prospettive di ricorso ai *consensual settlements*”, *Concorrenza e Mercato*, Volumen único, págs. 331-341.
- BAVASSO, Antonio (2003), *Communications in EU Antitrust Law: Market Power and Public Interest*, 1ª ed., La Haya, Kluwer Law International.
- BELLAMY, Christopher, CHILE, Graham y PICAÑOL, Enric (1992), *Derecho de la competencia en el mercado común*, Madrid, Civitas.
- BENTLEY, Philip y HENRY, David (2014), “Antitrust Damages Actions: Obtaining Probative Evidence in the Hands of Another Party”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 37º, núm. 3, págs. 271-292.
- BEUMER, A. Elsbeth y KARPETAS, Agis (2012), “The Disclosure of Files and Documents in EU Cartel Cases: Fairytale or Reality?”, *European Competition Journal*, Vol. 8º, núm. 1, págs. 123-151.
- BISHOP, Simon y WALKER, Mike (2010), *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3ª ed., Londres, Sweet & Maxwell.
- BLAKE, Stephen y SCHNICHELS, Dominik (2004), “Leniency Following Modernisation: Safeguarding Europe’s Leniency Programmes”, *European Competition Law Review*, Vol. 25º, núm. 12, págs. 765-770.
- BORNKAMM, Joachim (2003), “Die Masterfoods-Entscheidung des EuGH: Bindung der Zivilgerichte an Kommissionsentscheidungen – Lehren für das neue Kartellverfahren?”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, núm. 1, págs. 73-86.

- BORNKAMM, Joachim y BECKER, Mirko (2005), “Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, núm. 3, págs. 213-236.
- BOS, Iwan y SCHINKEL, Marten (2006), “On the Scope for the European Commission’s 2006 Fining Guidelines under the Legal Fine Maximum”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 2º, núm. 4, págs. 673-682.
- BOTTEMAN, Yves y PATSA, Agapi (2013), “Towards a More Sustainable Use of Commitment Decisions in Article 102 TFEU Cases”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1º, núm. 1, págs. 1-28.
- BOUGETTE, Patrice y MARTY, Frédéric (2012), “Quels remèdes pour les abus de position dominante? Une analyse économique des décisions de la Commission européenne”, *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, núm. 3, págs. 30-45.
- BOYER, Marcel y KOTCHONI, Rachidi (2011), “The Econometrics of Cartel Overcharges”, *CIRANO – Scientific Publication No. 2011s-35*, págs. 1-59.
- BRUZZONE, Ginevra y BOCCACCIO, Marco (2008), “Taking Care of Modernisation After the Start-up: A View from a Member State”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 31º, núm. 1, págs. 89-111.
- BULST, Friedrich Wenzel (2006a), “Private Antitrust Enforcement at a Roundabout”, *European Business Organization Law Review*, Vol. 7º, núm. 3, págs. 725-746.
- (2008), “Of Arms and Armour – The European Commission’s White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law”, *Bucerius Law Journal*, Vol. 2º, núm. 2, págs. 81-95.
- BURKHARD, Hess, PFEIFFER, Thomas, MERTENS, Mitja y SABANOULLARI, Levent (2010), *Evaluation of Contributions to the Public Consultation and Hearing: ‘Towards a Coherent European Approach to Collective Redress’*, Study JUST/2010/JCIV/CT/0027/A4 ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)).
- CAFAGGI, Fabrizio y MUIR WATT, Horatia (2007), “The Making of European Private Law: Regulation and Governance Design”, *European Governance Papers (EUROGOV)*, núm. 7/02, págs. 1-52.
- CAMILLI, Enrico Leonardo, CAPRILE, Paolo, PARDOLESI, Roberto y RENDA, Andrea (2008), “Il libro bianco sul danno antitrust: l’anno che verrà”, *Mercato Concorrenza Regole*, Vol. 10º, núm. 2, págs. 229-282.
- CAMERON, Peter D. (2005), “The Internal Market in Energy: Harnessing the New Regulatory Regime”, *European Law Review*, Vol. 30º, núm. 5, págs. 631-648.
- CAMILLI, Enrico Leonardo (2006), “Optimal Fines in Cartel Cases and the Actual EC Fining Policy”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 29º, núm. 4, págs. 575-605.
- CARPAGNANO, Michele (2007), “El *private enforcement* del derecho comunitario de la competencia en acción: Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C 295-298/04”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2007, págs. 1-21.
- (2014), “Le regole (proposte) sul *passing-on* e azione degli acquirenti indiretti”, *Concorrenza e Mercato*, Volumen único, págs. 273-278.



- CASTELLI, Laura (2014), “Risarcibilità delle conseguenze dannose subite in virtù di ‘umbrella effects’: si pronuncia la Corte di giustizia”, *Corriere Giuridico*, núm. 11, págs. 1334-1340.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando (2001), “Decisiones de la Comisión Europea en materia de política de competencia ante los tribunales nacionales: la sentencia *Masterfoods*”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 213, págs. 29-44.
- CAUFMANN, Caroline (2012), “Access to Leniency Related Documents after *Pfleiderer*”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 34º, núm. 4, págs. 597-615.
- CAVICCHI, Piero (2011), “[The European Commission’s Discretion as to the Adoption of Article 9 Commitment Decisions: Lessons from Alrosa](#)”, *Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration Discussion Paper núm. 3/2011*, págs. 1-15.
- CHAGNY, Muriel (2006), “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles: la Cour de justice invitée au débat sur le Livre vert”, *Revue Lamy de la Concurrence, droit, économie, régulation*, núm. 9, págs. 86-89.
- CLARK, Emily, HUGHES, Mat y WIRTH, David (2004), “[Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages](#)”, *Ashurst Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules*, págs. 1-69 ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)).
- COOK, Cristopher J. (2006), “Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 29º, núm. 2, págs. 209-228.
- COOKE, John D. (2001), “Centralised Subsidiarity: The Reform of Competition Law Enforcement”, *Irish Journal of European Law*, Vol. 10º, núm. 1, págs. 4-21.
- CROCIONI, Pietro y VELJANOSKI, Cento (2003), “[Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law: Principles and Guidelines](#)”, *Journal of Network Industries*, Vol. 4º, núm. 1, págs. 28-60.
- CSERES, Katalin Judit (2005), *Competition Law and Consumer Protection*, La Haya, Kluwer Law International.
- (2007), “[The Controversies of the Consumer Welfare Standard](#)”, *Competition Law Review*, Vol. 3º, núm. 2, págs. 121-173.
- CUMMING, George A. (2002), “*Courage Ltd v. Crehan*”, *European Competition Law Review*, Vol. 23º, núm. 4, págs. 199-204.
- DAVIES, Stephen y LYONS, Bruce (2007), *Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition*, Cheltenham y Northampton, Edward Elgar Publishing.
- DAYAGI-EPSTEIN, Orit (2009), “The Evolution of the Notion of Consumer Interest in Light of the Modernisation of Article 82 EC”, en EZRACHI, Ariel (ed.) *Article 82 EC: Reflections on Its Recent Evolution*, Oxford, Hart Publishing, págs. 67-86.
- DESOGUS, Claudia (2014), “L’estensione della ‘regola di convergenza’ europea alle norme nazionali sulle condotte unilaterali”, *Giurisprudenza commerciale*, Vol. 41º, núm. 1, págs. 133-157.

- DE SMIJTER, Eddy, STROPP, Constanze y WOODS, Donnadh (2006), “Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”, *EC Competition Policy Newsletter*, núm. 1, págs. 1-3.
- DE STEFANO, Gianni (2012), “Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario”, *Global Competition Litigation Review*, núm. 3, págs. 95-110.
- DEKEYSER, Kris, BECKER, Rainer y CALISTI, Daniele (2010), “Impact of Public Enforcement on Antitrust Damages Actions: Some Likely Effects of Settlements and Commitments on Private Actions for Damages”, en EHLERMANN, Claus-Dieter y MARQUIS, Mel (eds.) *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, Oxford y Portland, Hart Publishing, págs. 677-686.
- DIATHESOPOULOS, Michael D. (2010), “From Energy Sector Inquiry to Recent Antitrust Decisions in European Energy Markets: Competition Law as a Means to Implement Sector Regulation”, *SSRN Electronic Journal* 7/2010, págs. 1-29.
- DIEHL, Kevin A. (2015), “Europe’s New Directive on Antitrust Damages”, *Global Competition Litigation Review*, núm. 1/2015, págs. 34-36.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando (2006), “Abusos mediante precios: los precios excesivos”, en MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÒ JUAN, Amadeo (dirs.) *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, Marcial Pons, págs. 251-272.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, Margarita (2010), “El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones: Comentario a la Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38.784-Wanadoo España contra Telefónica”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 2, págs. 219-238.
- DREXL, Josef (2007), “Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: A ‘More Economic Approach’ to Competition by Imitation and Competition by Substitution”, en EHLERMANN, Claus-Dieter y ATANASIU, Isabela (eds.) *European Competition Law Annual 2005: The Relationship between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford, Hart Publishing, págs. 647-664.
- (2010), “Competition Law as Part of the European Constitution”, en VON BOGDANDY-BAST, Armin y BAST, Jürgen (eds.) *Principles of European Constitutional Law*, 2ª ed., Oxford y Múnich, Hart Publishing, págs. 659-698.
- DUBOW, Ben (2003), “The Passing on Defence: An Economist’s Perspective”, *European Competition Law Review*, Vol. 24º, núm. 6, págs. 238-240.
- DURNER, Wolfgang (2004), “Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt - Zu den Loyalitätspflichten nationaler Gerichte gegenüber der EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts”, *Zeitschrift Europarecht*, núm. 4, págs. 547-575.
- EDWARD, David A. O. (1978), “Confidentiality and Privilege in the EEC Context”, *New Law Journal*, Vol. 128º, núm. 6, págs. 1208 y sigs.
- EDWARDS, Kirsten y PADILLA, A. Jorge (2010), “Antitrust Settlements in the EU: Private Incentives and Enforcement Policy”, en EHLERMANN, Claus-

- Dieter y MARQUIS, Mel (eds.) *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, Oxford y Portland, Hart Publishing, págs. 661-676.
- EILMANSBERGER, Thomas (2007), “The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules and Beyond: Reflections on the Utility and Feasibility of Stimulating Private Enforcement through Legislative Action”, *Common Market Law Review*, Vol. 44º, núm. 2, págs. 431-478.
- ELLIG, Jerry y LIN, Daniel (2001), “A Taxonomy of Dynamic Competition Theories”, en ELLIG, Jerry (ed.) *Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation, and Antitrust Issues*, Cambridge, Cambridge University Press, págs. 16-44.
- EZRACHI, Ariel y MAGGIOLINO, Mariateresa (2012), “European Competition Law, Compulsory Licensing, and Innovation”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 8º, núm. 3, págs. 595-614.
- FABIEN, Zivy (2006), “Il faudra encore attendre un peu pour en savoir plus”, *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, núm. 4, págs. 118-119.
- FAELLA, Gianluca (2008), “The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4º, núm. 2, págs. 375-410.
- FARRE MUNOZ, Silvia (2008), “Follow-on Actions: The Lessons to Be Learnt from the Emerson Case”, *Competition Law Insight*, Vol. 7º, núm. 8, págs. 8-9.
- FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali (2007), *The EC Law of Competition*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel (1997), “Aplicación jurisdiccional de los arts. 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia”, *Anuario de Defensa de la Competencia*.
- FERNÁNDEZ VICIÉN, Cani y GONZÁLEZ-ESPEJO, Paloma (2002), “Actions for Damages Based on Community Competition Law: New Case Law on Direct Applicability of Articles 81 and 82 by Spanish Civil Courts”, *European Competition Law Review*, Vol. 23º, núm. 4, págs. 163-171.
- FINE, Frank L. (2004), “[European Community Compulsory Licensing Policy: Heresy versus Common Sense Symposium on European Competition Law](#)”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 24º, núm. 3, págs. 619-646.
- FORRESTER, Ian S. (2010), “Creating New Rules or Closing Easy Cases? Policy Consequences for Public Enforcement of Settlements under Article 9 of Regulation 1/2003”, en EHLERMANN, Claus-Dieter y MARQUIS, Mel (eds.) *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, Oxford y Portland, Hart Publishing, págs. 637-660.
- FORT, Paul W. (2008), “Access to Evidence-The Conflict between Leniency and Private Antitrust Litigation”, *Global Competition Litigation Review*, Vol. 1º, núm. 1, págs. 24-31.
- GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, Rafael (2008), “La revisión judicial de los remedios y compromisos en procedimientos sancionadores”, en MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÓ JUAN, Amadeo (dirs.) *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, págs. 299-318.

- GEIGER, Andreas (2011), “The End of the EU Cartel Leniency Programme”, *European Competition Law Review*, Vol. 32º, núm. 10, págs. 535-536.
- GERADIN, Damien y HENRY, David (2005), “The EC Fining Policy for Violation of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts Judgements”, *Global Competition Law Centre Working Paper Series*, College of Europe, núm. 3, págs. 1-58.
- GERADIN, Damien y GIRGENSON, Ianis (2011), “The Counterfactual Method in EU Competition Law: The Cornerstone of the Effects-Based Approach”, *SSRN Electronic Journal 12/2011*, págs. 1-24.
- GERADIN, Damien y O'DONOGHUE, Robert (2005), “The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 1º, núm. 2, págs. 355-425.
- GERBER, David J. (2001), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- GHIDINI, Gustavo (1978), “L'intérêt des consommateurs comme intérêt ‘diffus’, et sa défense”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. 76º, núm. 1-2, págs. 33-40.
- GIACOBBO-PEYRONNEL, Valérie y SINGER, Philippe (2009), “Quelques réflexions et interrogations au sujet de l'effet dissuasif des amendes en droit communautaire de la concurrence”, *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, núm. 4, págs. 74-89.
- GIPPINI-FOURNIER, Eric (2005), “Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 28º, núm. 4, págs. 967-1048.
- (2008), “Institutional Report: The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003”, en KOECK, Heribert Franz y KAROLLUS, Margit Maria (eds.) *The Modernisation of European Competition Law: Initial Experiences with Regulation 1/2003 – FIDE XXIII Congress Linz 2008*, Viena, Nomos, págs. 401-530.
- GODDIN, Gaëtane (2012), “The Pfleiderer Judgment on Transparency”, *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 3º, núm. 1, págs. 40-42.
- GOMÉZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian (2008), *Evaluation of the Effectiveness and Efficiency of Collective Redress Mechanisms in the European Union – Country Report: Spain*, SANCO/2007/B4/004, págs. 1-79 ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)).
- GONZÁLEZ DE ZÁRATE CATÓN, Pablo (2013), “Disclosure of Leniency Materials: A Bridge between Public and Private Enforcement of Antitrust Law”, *College of Europe Research Paper in Law 8/2013*.
- GRANIERI, Massimiliano (2012), “I diritti di proprietà intellettuale”, en FRIGNANI, Aldo y BARIATTI, Stefania (coords.) *Disciplina della concorrenza nella UE – Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Vol. 64º, págs. 763-828.

- GRASSANI, Stefano (2013), “The Increasing (Ab)use of Commitments in European Antitrust Law: Stockholm Syndrome”, *CPI Antitrust Chronicle*, Vol. 3º, núm. 1. Págs. 2-6.
- GRILLO, Michele y NOCE, Alessandro (2010), “Infrastrutture energetiche e integrazione dei mercati in Europa”, en BARUCCI, Emilio, DE VINCENTI, Claudio y GRILLO, Michele (eds.) *Idee per l'Italia – Mercato e Stato*, Francesco Brioschi Editore, Milán, págs. 27-40.
- HARDING, Christopher y JOSHUA, Julian (2003), *Regulating Cartels in Europe, A Study of Legal Control of Economic Delinquency*, Oxford, Oxford University Press.
- HARSDORF ENDERNDORF, Natalie y MAIERHOFER, Nathalie (2013), “The Road after *Pfleiderer*: Austrian Preliminary Reference Raises New Questions on Access to File by Third Parties in Cartel Proceedings”, *European Competition Law Review*, Vol. 34º, núm. 2, págs. 78-83.
- HANCHER, Leigh y DE HAUTECLOQUE, Adrien (2010), “[Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice](#)”, *EUI Working Papers – RSCAS 2010/1*, págs. 1-16.
- HAVU, Katri (2015), “Fault in EU Competition Law Damages Claims”, *Global Competition Litigation Law Review*, Vol. 8º, núm. 1, págs. 1-13.
- HEINEMANN, Andreas (2003), “Immaterialgüterrecht und Kartellrecht: Konflikt oder Koexistenz?”, en BAUDENBACHER, Carl y SIMON, Jürg (eds.) *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Immaterialgüterrecht*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, págs. 177-218.
- (2005), “Compulsory Licences and Product Integration in European Competition Law – Assessment of the European Commission’s *Microsoft* Decision”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 36º, núm. 1, págs. 63-82.
- HELLSTRÖM, Per, MAIER-RIGAUD, Frank y BULST, Friedrich W. (2009), “[Remedies in European Antitrust Law](#)”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 76º, núm. 1, págs. 43-63.
- HENRY, David y WERNER, Philipp (2013), “[EU’s Top Court Rules that Blanket Ban on Access to Leniency Documents is not Permitted](#)”, publicación del despacho de abogados *McDermott Will & Emery*, OTS.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen (2006), *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley.
- HIRSCH, Günther, MONTAG, Frank y SÄCKER, Franz-Jürgen (2008), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Londres, Sweet & Maxwell.
- HJELMENG, Erling (2013), “Competition Law Remedies: Striving for Coherence or Finding New Ways?”, *Common Market Law Review*, Vol. 50º, núm. 4, págs. 1007-1037.
- HODGES, Cristopher (2006), “Competition Enforcement, Regulation and Civil Justice: What is the Case?”, *Common Market Law Review*, Vol. 43º, núm. 5, págs. 1381-1407.
- HOSEINIAN, Foad (2005), “Passing-on Damages and Community Antitrust Policy — An Economic Background”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 28º, núm. 1, págs. 3-23.

- HOWARD, Anneli (2014), "The Draft Directive on Competition Law Damages – What Does it Mean for Infringers and Victims", *European Competition Law Review*, Vol. 35º, núm. 2, págs. 51-55.
- HOWARD, Anneli, ROSE, Vivien y ROTH, Peter (2008), "The Enforcement of the Competition Rules in the Member States", en ROSE, Vivien y ROTH, Peter (eds.) *Bellamy & Child European Community Law of Competition*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, págs. 1371-1496.
- ISRAEL, Marc y ROBERTS, Felix (2007), "Making Commitments. Diamonds (Supply Agreements) Are (not Suspended) Forever: A Look at the Recent Alrosa Judgment by the CFI", *Competition Law Insight*, Vol. 6º, núm. 9, pp. 6-7.
- JACOBS, Francis G. y DEISENHOFER, Thomas (2003), "Procedural Aspects of the Effective Private Antitrust Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective", en EHLERMANN, Claus-Dieter y ATANASIU, Isabela (eds.), *European Competition Law Annual 2001*, Oxford y Portland, Hart Publishing, págs. 185-226.
- JAECKS, Jörg y SÄCKER, Franz Jürgen (2008), "Article 81(2) EC & Civil Law Effects", en HIRSCH, Günther, MONTAG, Frank y SÄCKER, Franz Jürgen (eds.) *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Londres, Sweet & Maxwell, págs. 675-753.
- JAEGER, Thomas (2007), "Gemeinschaftskompetenz 'private enforcement'? Zur Zulässigkeit einer Harmonisierung der Zivilrechtsdurchsetzung des Wettbewerbsrechts", *Juristische Blätter*, Vol. 129º, núm. 6, págs. 349-369.
- JONES, Alison y BEARD, Daniel (2002), "Co-Contractors, Damages and Article 81: The ECJ finally Speaks", *European Competition Law Review*, Vol. 23º, núm. 5, págs. 246-255.
- JONES, Alison y SUFRIN, Brenda E. (2004), *EC Competition Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- JONES, Clifford A. (2004), "Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check", *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 27º, núm. 1, págs. 13-24.
- JONES, Clifford A. y SHARPSTONE, Eleanor (1997), "Beyond Delimitis: Pluralism, Illusions, and Narrow Constructionism in Community Antitrust Litigation", *Columbia Journal of European Law*, Vol. 3º, núm. 1, págs. 85-108.
- KELLERBAUER, Manuel (2011), "Playground instead of Playpen: The Court of Justice of the European Union's Alrosa Judgment on Art. 9 of Regulation 1/2003", *European Competition Law Review*, Vol. 32, núm. 1, págs. 1-8.
- (2014), "The Recent Case Law on the Disclosure of Information Regarding EU Competition Law Infringements to Private Damages Claimants", *European Competition Law Review*, Vol. 35º, núm. 2, págs. 56-62.
- KERSE, Christopher y KHAN, Nicholas (2012), *EU Antitrust Procedure*, Londres, Sweet & Maxwell.
- KJØLBYE, Lars (2002), "Case C-344/98, Masterfoods v. HB Ice Cream", *Common Market Law Review*, Vol. 39º, núm. 1, págs. 175-184.
- KLEES, Andreas (2005), *Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren*, Köln, Berlín y Múnich, Carl Heymanns Verlag.

- KOCH, H. J. (1959), “Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum GWB”, *BetriebsBerater*, Vol. 3º, págs. 241-287.
- KOLSTAD, Olav (2008), “Competition Law and Intellectual Property Rights – Outline of an Economics-Based Approach”, en DREXEL, Josef (ed.) *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham y Northampton, Edward Elgar Publishing, págs. 3-26.
- KOMNINOS, Assimakis (2002), “New Prospect for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage vs Crehan and the Community Right Damages”, *Common Market Law Review*, Vol. 39º, núm. 3, págs. 447-487.
- (2006), “Public and Private Enforcement in Europe: Complement? Overlap?”, *Competition Law Review*, Vol. 3º, núm. 1, págs. 2-26.
- (2007), “Effect of Commission Decisions on Private Antitrust Litigation: Setting the Story Straight”, *Common Market Law Review*, Vol. 44º, núm. 5, págs. 1387-1428.
- (2008a), *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford, Hart Publishing.
- (2008b), “The EU White Paper for Damages Actions: A First Appraisal”, *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, núm. 2, págs. 84-92.
- (2009), “Civil Antitrust Remedies between Community and National Law”, en BARNARD, Catherine y ODUDU, Okeoghene (2009) *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, Hart Publishing, págs. 363-400.
- (2014), “The Relationship between Public and Private Enforcement: *quod Dei Deo, quod Caesaris Caesar?*”, en LOWE, Philip y MARQUIS, Mel (eds.) *European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies*, Oxford y Portland, Hart Publishing, págs. 141-157.
- KORAH, Valentine (1996), *Technology Transfer Agreements and the EC Competition Rules*, Oxford, Oxford University Press.
- (2000), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Londres, Hart Publishing.
- KORTMANN, Jeroen y SWAAK, Christof (2009), “The EC White Paper on Antitrust Damage Actions: Why the Member States are (Right to be) Less Than Enthusiastic”, *European Competition Law Review*, Vol. 30º, núm. 7, págs. 340-351.
- KORTMANN, Jeroen y WESSELING, Rein (2013), “Two Concerns Regarding the European Draft Directive on Antitrust Damage Actions”, *CPI Antitrust Chronicles*, Vol. 8º, núm. 1, págs. 3-5.
- KRAUSKOPF, Patrick L. y BABEY, Fabio (2012), “Competition Law: Private Enforcement and Forum Shopping”, en BASTIANON, Stefano (dir.) *La tutela privata antitrust: Italia, Unione Europea e Nord America, Atti del Convegno. Università di Bergamo*, 11 aprile 2011, Milán, Giuffrè, págs. 145-159.
- KRAUSKOPF, Patrick L. y TKACIKOVA, Andrea (2011), “Competition Law Violations and Private Enforcement: Forum Shopping Strategies”, *Global Competition Litigation Review*, Vol. 4º, núm. 1, págs. 26-38.
- LACRESSE, Alexandre (2013), “Actions en dommages et interest: La Cour de Justice de l’Union européenne ouvre largement le droit d’accès des victims

- de pratiques anticoncurrencielles aux éléments recueillis dans le cadre d'une procédure de clémence (Donau Chemie)", *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, núm. 3, págs. 140-142.
- LEFÈVRE, Françoise (2009), "Les actions en responsabilité pour infraction au droit de la concurrence. Questions actuelles et perspectives d'évolutions futures", *Revue de la Concurrence Belge*, Vol. 2°, núm. 1, págs. 4-22.
- LÉVÊQUE, François (2000), "The Conduct vs. Structural Remedies Controversy: An Irrelevant Dichotomy of Antitrust Policy Instruments", *CERNA, Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris Working Paper*, págs. 1-5.
- (2004a), "The Application of Essential Facility and Leveraging Doctrines to Intellectual Property in EU: The Microsoft's Refusal to License on Interoperability", *CERNA, Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris Working Paper*, págs. 1-42.
- (2004b), "Que lest le prix raisonnable d'une licence obligatoire", *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, núm. 1, págs. 16-20.
- (2005), "Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case", *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 28°, núm. 1, págs. 71-91.
- LIANOS, Ioannis (2007), *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruselas, Bruylant.
- (2008), "A Regulatory Theory of IP: Implications for Competition Law", *CLES Working Paper Series*, núm. 1, págs. 1-54.
- (2011), "Competition Law Remedies. In Search of a Theory", *CLES Working Paper Series*, núm. 3, págs. 1-36.
- (2013a), "Competition Law Remedies in Europe. Which Limits for Remedial Discretion?", *CLES Working Paper Series*, núm. 2, págs. 1-81.
- (2013b), "Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law", *CLES Working Paper Series*, núm. 3, págs. 1-65.
- (2015), "Causal Uncertainty and Damages Claims for the Infringement of Competition Law in Europe", *CLES Research Paper Series*, núm. 2, págs. 1-60.
- LOVDAHL GORMSEN, Liza (2007), "The Concept between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC", *European Competition Journal*, Vol. 3°, núm. 2, págs. 329-344.
- (2010a), *A Principle Approach to Abuse of Dominance*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (2010b), "Why the European Commission's Enforcement Priorities on Article 82 EC should be Withdrawn", *European Competition Law Review*, Vol. 31°, núm. 2, págs. 45-51.
- LOWE, Philip y MAIER-RIGAUD, Frank (2008), "Quo Vadis Antitrust Remedies", en HAWK, Barry E. (ed.) *Fordham Competition Law Institute – International Antitrust Law & Policy*, Huntington, Juris Publishing, págs. 597-611.
- LUGARD, Paul y MÖLMANN, Martin (2013), "The European Commission's Practice under Article 9 Regulation 1/2003: A Commitment a Day Keeps the Court Away?", *CPI Antitrust Chronicle*, núm. 13, págs. 1-5



- MACKENRODT, Mark-Oliver (2008), “Private Incentive, Optimal Deterrence and Damage Claims for Abuses of Dominant Positions – The Interaction between the Economic Review of the Prohibition of Abuses of Dominant Positions and Private Enforcement”, en MACKENRODT, Mark-Oliver, CONDE GALLEGO, Beatriz y ENCHELMAIER, Stefan (eds.) *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Múnich, Springer, págs. 165-190.
- MAIER-RIGAUD, Frank (2012), “On the Normative Foundations of Competition Law – Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete”, en ZIMMER, Daniel (ed.) *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, págs. 132-168.
- (2013), “Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law”, en LOWE, Philip, MARQUIS, Mel y MONTI, Giorgio (eds.) *European Competition Law Annual 2013: Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law*, Oxford, Hart Publishing (en curso de publicación), págs. 1-20 del borrador consultable en [SSRN Electronic Journal 6/2014](#).
- MAKHKAMOVA, Lola, GUNNAR, Niels y CASANOVA, Jordi (2008), “¿Quién sufrió los daños económicos?. La defensa del passing on en el Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 5, págs. 43-49.
- MALFERRARI, Luigi (2001), “Neues zur Kompetenzverteilung zwischen Kommission und nationaler Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Wettbewerbs und zum Verhältnis zwischen der Nichtigkeitsklage und dem Vorabentscheidungsverfahren: Anmerkungen zum Urteil des EuGH in der Rechtssache *Masterfoods*”, *Zeitschrift Europarecht*, núm. 4, págs. 605-616.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco y SÁNCHEZ GRAELLS, Alberto (2008), “Towards an European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonising Tort Law Through the Back Door?”, *European Review of Private Law*, Vol. 16º, núm. 3, págs. 469-488.
- MARIANI, Cristina y PIERI, Simone (2014), “Lobbying Activities and EU Competition Law: What Can be Done and How?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol 5º, núm. 7, págs. 423-435.
- MARINO, Silvia (2014), “Alcune novità nel *private enforcement* del diritto della concorrenza”, *Contratto e impresa. Europa*, Vol. 19º, núm. 1, págs. 75-99.
- MARKERT, Kurt (1971), “Wettbewerb und Wirtschaftspolitik in der EWG”, en NIJHOFF, Martinus (ed.) *La Constitution économique européenne*, Lieja, La Haye, págs. 207-236.
- MÄSCH, Gerald (2003), “Private Ansprüche bei Verletzung des europäischen Kartellverbots – ‘Courage’ und die Folgen”, *Zeitschrift Europarecht*, núm. 2, págs. 825-846.
- MEIJ, Arjen W. H. y NISSENS, Harold (2002), “Analysis of the ECJ’s and the CFI’s Case-Law in the Field of Competition Law (2000-2001)”, en BAUDENBACHER, Carl y SIMON, Jürg (eds.) *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Achtes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2001*, Basilea, Genf y Múnich, Helbing Lichtenhahn Verlag.

- MILUTINOVIĆ, Veljko (2010), *The “Right to Damages” under EU Competition Law: From Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond*, European Monographs núm. 73, Alphen aan den Rijn, Wolter Kluwer International.
- MONTEMAGGI, Stefano (2007), “Dalla Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Vol. 23°, núm. 6, págs. 634-645.
- MONTI, Giorgio (2001), “The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC”, *Common Market Law Review*, Vol. 38°, núm. 1, págs. 131-157.
- (2008), “[Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law](#)”, *Competition Law Review*, Vol. 4°, núm. 2, págs. 123-145.
- (2010), “EU Competition Law and European Private Law”, en TWIGG-FLESNER, Christian (ed.) *Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, págs. 286-297.
- NASCIMBENE, Bruno (2013), “Interaction between Leniency Programmes and Damages Actions in Antitrust Law: Perspectives for Collective Redress”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 36°, núm. 2, págs. 269-283.
- NAZZINI, Renato (2004), *Concurrent Proceedings in Competition Law: Procedure, Evidence and Remedies*, Oxford, Oxford University Press.
- (2011), *The Foundations of European Union Competition Law – The Objective and Principles of Article 102*, Oxford, Oxford University Press.
- NEBBIA, Paolisa (2007), “The Double Life of Effectiveness”, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 10°, núm. 1, págs. 287-302.
- NIHOUL, Paul (2012), “Freedom of Choice: The Emergence of a Powerful Concept in European Competition Law”, *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, núm. 3, págs. 55-70.
- NOBLE, Robin y PILSBURY, Simon (2008), “Is 10 per cent the Answer? The Role of Legal Presumptions in Private Competition Litigation”, *Global Competition Litigation Review*, núm. 3, págs. 124-132.
- NOCE, Alessandro (2011), “Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia”, *Mercato Concorrenza Regole*, Vol. 13°, núm. 2, págs. 333-358.
- O'DONOGHUE, Robert y PADILLA, A. Jorge (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2ª ed., Oxford y Portland, Hart Publishing.
- O'KEEFFE, Siún (2001), “First among Equals: The Commission and the National Courts as Enforcers of EC Competition Law”, *European Law Review*, Vol. 26°, núm. 3, págs. 301-311.
- ORTIZ BAQUERO, Ingrid S. (2011), *La aplicación privada del Derecho de la competencia: Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Madrid, La Ley.
- PACE, Lorenzo F. (2007), *Diritto europeo della concorrenza*, Padua, Cedam.
- PALLOTTA, Oreste (2007), “Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi”, *Il diritto dell'Unione Europea*, Vol. 12°, núm. 2, págs. 305-326.
- PARLAK, Süleyman (2010), “Passing-on Defence and Indirect Purchaser Standing: Should the Passing-on Defence Be Rejected Now the Indirect

- Purchaser Has Standing after *Manfredi* and the White Paper of the European Commission?”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 33º, núm. 1, págs. 31-54.
- PAULIS, Emil (2008), “Article 82 EC and Exploitative Conduct”, en EHLERMANN, Claus-Dieter y MARQUIS, Mel (eds.) *European Competition Law Annual 2007 – Session Three: Exploitative Conduct and the Remedies*, Oxford y Portland, Hart Publishing, págs. 515-524.
- PAULIS, Emil y GAUER, Céline (2003), “La réforme des règles d’application des articles 81 et 82 du Traité”, *Journal trimestriel de droit européen*, Vol. 11º, núm. 1, págs. 65-73.
- PETTIT, Nicolas y RATO, Miguel (2009), “From Hard to Soft Enforcement of EC Competition Law: A Bestiary of ‘Sunshine’ Enforcement Instruments”, en GHEUR, Charles y PETTIT, Nicolas (dirs.) *Alternative Enforcement Techniques in EC Competition Law: Settlements, Commitments and other Novel Instruments*, págs. 183-220.
- PETRUCCI, Carlo (2008), “The Issues of the Passing-on Defence and Indirect Purchasers’ Standing in European Competition Law”, *European Competition Law Review*, Vol. 29º, núm. 1, págs. 33-42.
- PHEASANT, John (2006), “[Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The European Commission’s Green Paper](#)”, *European Competition Law Review*, Vol. , núm. 6, págs. 365-381.
- PICOD, Fabrice (2013), “Accès aux documents d’un programme de clémence”, *La Semaine Juridique- édition générale 2013*, núm. 25, pag. 1229.
- PIKE, Richard y RICHMOND, Francesca (2012), “Disclosure of Leniency Materials by EU Competition Authorities: Protection in the Face of Civil Damages Claims”, *Global Competition Law Review*, Vol. 5º, núm. 4, págs. 136-37.
- PLEATSIKAS, Christopher y TEECE, David (2001), “New Indicia for Antitrust Analysis in Markets Experiencing Rapid Innovation”, en ELLIG, Jerry (ed.) *Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation, and Antitrust Issues*, Cambridge, Cambridge University Press, págs. 95-137.
- POHLMANN, Petra (1999), *Der Unternehmensverbund im Europäischen Kartellrecht*, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Vol. 123º, Berlín, Duncker & Humblot GmbH.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús (2011), “Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: Lo común y lo especial”, en VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A., HERRERO SUÁREZ, Carmen y GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier (dirs.) *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, págs. 479-493.
- RAHNASTO, Ilkka (2003), *Intellectual Property Rights, External Effects and Anti-trust Law*, Oxford, Oxford University Press.
- RAMSAUER, Thomas (2004), “[Just Another Brick? El Tribunal Europeo de Justicia, entre el Derecho de la competencia europeo y la propiedad intelectual \(IMS Health contra NDC Health, 29 de abril de 2004\)](#)”, *e.Boletín de derecho de autor*, abril-junio 2004, págs. 1-11.

- REHER, Tim (2009), "The Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules", *The European Antitrust Review*, Volumen único, págs. 38-41.
- RENDA, Andrea (coord.), PEYSNER, John, RILEY, Alan J., RODGER, Barry J., VAN DEN BERGH, Roger J., KESKE, Sonja, PARDOLESI, Roberto, CAMILLI, Enrico Leonardo y CAPRILE, Paolo (2007), *Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios*, Final Report for the European Commission, Contract DG COMP/2006/A3/012, Bruselas, Roma y Rotterdam, ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)).
- RIDYARD, Derek (2004), "Compulsory Access under EC Competition Law: A New Doctrine of 'Convenient Facilities' and the Case for Price Regulation", *European Competition Law Review*, Vol. 25º, núm. 11, págs. 669-673.
- RIFFAULT-SILK, Jacqueline (2014), "The Binding Effect of National Competition Authorities Decisions – Observations on Article 9 of the Commission Proposal of Directive on Antitrust Damages", *Concorrenza e Mercato*, Volumen único, pág. 549-560.
- RILEY, Alan (2005), "Beyond Leniency: Enhancing the Enforcement of EC Antitrust Litigation", *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 28º, núm. 3, págs. 377-400.
- RILEY, Alan y PEYSNER, John (2006), "Damages in EC Antitrust Actions: Who Pays the Piper?", *European Law Review*, Vol. 31º, núm. 5, págs. 748-761.
- RITTER, Lennart y BRAUN, W. David (2005), *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 3ª ed., Londres, Aspen Publishers.
- RIVAS, José y ECLAIR-HEATH, Georgina (2014), "Striking the Balance between Public and Private Enforcement: The Case for Consensual Compensation as a Mitigating Circumstance in Setting Fines for Violations of EU Competition Law", *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, núm. 1, art. 62572.
- RIZZUTO, Francesco (2011), "The Procedural Implication of *Pfleiderer* for the Private Enforcement of European Union Competition Law in Follow-up Actions for Damages", *Global Competition Law Review*, Vol. 4º, núm. 3, págs. 116-124.
- (2012), "Leniency and Damages Actions: The Impact of Recent European Union Court Jurisprudence", *Global Competition Law Review*, Vol. 5º, núm. 1, págs. 1-13.
- RODGER, Barry J. (2004), "The Big Chill for National Courts: Reflections on Market Foreclosure and Freezer Exclusivity under Article 81", *Irish Journal of European Law*, Vol. 11º, núm. 1, págs. 77-116.
- RÖLLER, Lars-Hendrik (2007), "Exploitative Abuses", *12th Annual Competition Law and Policy Workshop Robert Schuman Centre*, 8-9 de junio de 2007 EUI, Florencia, págs. 1-7.
- ROUSSEVA, Ekaterina (2010), *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oxford y Portland, Hart Publishing.
- RÜGGERBERG, Jacob y SCHINKEL, Maarten P. (2006), "Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in Line with Efficient Private

- Enforcement”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 29º, núm. 3, págs. 395-420.
- SADOWSKA, Malgorzata (2011), “Energy Liberalization in Antitrust Straitjacket: A Plant Too Far?”, *World Competition, Law and Economics Review*, Vol. 34º, núm. 3, págs. 449-476.
- SANDERS, Michael, JORDAN, Elizabeth, DIMOULIS, Charalampos, SCHWEDT, Kirstin, DI LUIGI, Brenda y VAN WISSEN, Maikel (2013), “Disclosure of Leniency Materials in Follow-on Damages Actions: Striking ‘the Right Balance’ between the Interests of Leniency Applicants and Private Claimants?” *European Competition Law Review*, Vol. 34º, núm. 4, págs. 174-182.
- SCHAUB, Alexander (2001), “Die Reform der Europäischen Wettbewerbspolitik”, en BAUDENBACHER, Carl y SIMON, Jürg (eds.) *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Achtes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2001*, Basilea, Genf y Múnich, Helbing Lichtenhahn Verlag, págs. 2-19.
- SCHINKEL, Maarten Pieter y RÜGGERBERG, Jakob (2006), “Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement”, *World Competition, Law and Economics Review*, Vol. 29º, núm. 3, págs. 395-420.
- SCHMIDT, Hedvig K. S. (2008), “Private Enforcement: Is Article 82 EC Special?”, en MACKENRODT, Mark-Oliver, CONDE GALLEGO, Beatriz y ENCHELMAIER, Stefan (eds.) *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Múnich, Springer, págs. 137-163.
- SCHNELLE, Ulrich (2012), “Litigants’ Access to EU and National Institution Documents in Anti-Trust Law”, en HAWK, Barry E. (dir.) *International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law 2012*, págs. 17-33.
- SCHOORS, Tom, BAEYENS, Tinneke y DEVROE, Wouter (2011), “Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken”, *Nieuw Juridisch Weekblad*, Vol. 10º, núm. 2, págs. 199-213.
- SCHURMANS, Christine (2004), “Le rôle du juge dans la mise en oeuvre du droit européen de la concurrence”, en NIHOUL, Paul (ed.) *La décentralisation de l’application du droit de la concurrence, Un rôle accru pour le praticien?*, Bruselas y Louvain-la-Neuve, Bruylant, págs. 89-103.
- SCHWAB, Andreas (2014), “Finding the Right Balance – the Deliberations of the European Parliament on the Draft Legislation Regarding Damage Claims”, *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 5º, núm. 2, págs. 65-68.
- SEGAL, Ilya R. y WHINSTON, Michael D. (2007), “Public vs Private Enforcement of Antitrust Law: A Suvey”, *European Competition Law Review*, Vol. 28º, núm. 5, págs. 306-315.
- SEITZ, Claudia (2006), “Ein gegen nationales Wettbewerbsrecht verstoßendes Kartell von Versicherern kann gleichzeitig gegen Art. 81 EG verstoßen, wenn es in diesem Staat den Abschluss von Versicherungen durch Angehörige anderer Mitgliedstaaten beeinflussen kann”, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, Vol. 17º, núm. 9, págs. 416-418.

- SILBYE, Frederik (2012), "A Note on Antitrust Damages and Leniency Programs", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 33º, núm. 3, págs. 691-699.
- SIMONSSON, Ingeborg (2010), *Legitimacy in EU Cartel Control*, Oxford y Portland, Hart Publishing.
- SINGH, Amit K. (2014), "Pfleiderer: Assessing its Impact on the Effectiveness of the European Leniency Programme", *European Competition Law Review*, Vol. 35º, núm. 3, págs. 110-123.
- SIRAGUSA, Mario (2014), "L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: La Proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano", *Concorrenza e Mercato*, Volumen único, págs. 297-315.
- SIRAGUSA, Mario y GUERRI, Erika (2004), "L'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione del Regolamento 1/2003", *Il Diritto Industriale*, Vol. 12º, núm. 4, págs. 348-366.
- STENNEK, Johan y VERBOVEN, Frank (2001), "Merger Control and Enterprise Competitiveness – Empirical Analysis and Policy Recommendations", *The Research Institute of Industrial Economics, Working Paper No. 556*, págs. 1-94.
- STEWART, Stephen y VAUGHAN, David (1975), "Does Legal Professional Privilege Exist in the EEC?", *Law Society's Gazette*, Vol. 72º, págs. 1111 y sigs.
- STRAND, Magnus (2010), "The Defence of Passing On: Loss, Gain and the Award of Damages in Private Enforcement of Competition Law", *Uppsala Faculty of Law Working Paper*, núm. 5, págs. 1-22.
- (2014), "Indirect Purchasers, Passing-on and the New Directive on Competition Law Damages", *European Competition Journal*, Vol. 10º, núm. 2, págs. 361-386.
- STÜRNER, Rolf (2007), "Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law", en BASEDOW, Jürgen (ed.) *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, págs. 163-192.
- SUDEROW, Julia (2011), "Nota sobre la sentencia del TJCE Akzo Nobel y otros de 14 de septiembre de 2010: Límites al privilegio legal de las comunicaciones entre abogados y sus clientes", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3º, núm. 1, págs. 316-325.
- SWANSON, Daniel J. y BAUMOL, William J. (2005), "Reasonable and Non-Discriminatory (RAND) Royalties, Standard Selection, and Control of Market Power", *Antitrust Law Journal*, Vol. 73º, núm. 1, págs. 1-58.
- TAPIA, Javier y MANTZARI, Despoina (2013), "The Regulation/Competition Interaction", en LIANOS, Ioannis y GERADIN, Damien (eds.) *Handbook on European Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, págs. 588-628.
- TEMPLE LANG, John (1984), "EEC Competition Actions in Member States' Courts – Claims for Damages, Declarations and Injunctions for Breach of Community Antitrust Law", en HAWK, Barry E. (ed.) *Antitrust and Trade*

- Policies of the European Economic Community 1983, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Nueva York, Juris.
- (2005a), “Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law”, en HAWK, Barry E. (ed.), *International Antitrust Law and Policy*, Nueva York, Fordham Corporate Law Institute, págs. 265-324.
- (2005b), “The Application of the Essential Facility Doctrine to Intellectual Property Rights under European Competition Law”, en LÉVÊQUE, François y SHELANSKI, Howard A. (eds.) *Antitrust, Patents and Copyright – EU and US Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, págs. 56-84.
- (2009), “Commitment Decisions under Regulation 1/2003”, en GHEUR, Charles y PETIT, Nicolas (eds.), *Alternative Enforcement Techniques in EC Competition Law*, Bruselas, Bruylant, págs. 121-146.
- TODINO, Mario y BOTTI, Elisabetta (2013), “Azioni risarcitorie per illecito antitrust: Recenti sviluppi e interazione con il public enforcement”, en RAFFAELLI, Enrico Adriano (coord.) *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea – X Convegno, 17-18 maggio 2012, Casa dei Carraresi, Treviso*, Bruselas, Bruylant, págs. 85-120.
- URIBE PIEDRAHITA, Carlos Andrés (2013), “La innovación subsiguiente como límite económico para la valoración del comportamiento de abuso de posición dominante relacionado con las negativas a contratar o licenciar”, *Vniversitas*, núm. 126, págs. 269-298.
- VAN BAEL, Ivo (1986), “The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission” *Common Market Law Review*, Vol. 23º, núm. 1, págs. 61-90.
- VAN BAEL, Ivo y BELLIS, Jean-François (2009), *Competition Law of the European Community*, 5ª ed., Bruselas, Kluwer Law International.
- VAN DEN BERGH, Roger y KESKE, Sonja (2007), “Private Enforcement of European Competition Law: Quo Vadis?”, *European Review of Contract Law*, Vol. 3º, núm. 4, págs. 468-486.
- VAN DIJK, Theon y VERBOVEN, Frank (2009), “Cartel Damages Claims and the Passing-On Defence”, *Journal of Industrial Economics*, Vol. 57º, núm. 3, págs. 457-491.
- VAN GERVEN, Walter (2005), “Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules before National Courts”, en EHLERMANN, Claus-Dieter y ATANASIU, Isabela (eds.), *European Competition Law Annual 2001*, Oxford y Portland, Hart Publishing, págs. 53-94.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio y HERRERO SUÁREZ, Carmen (2011), “La ‘passing-on defence’, ¿un falso dilema?”, en VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A., HERRERO SUÁREZ, Carmen y GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier (dirs.) *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, págs. 593-604.
- VENIT, James S. (2003), “Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty”, *Common Market Law Review*, Vol. 40º, núm. 3, págs. 545-580.

- VEZZOSO, Simonetta (2006), “The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A Pro-Innovation ‘Economics-Based’ Approach?”, *European Competition Law Review*, Vol. 27º, núm. 7, págs. 382-390.
- VICKERS, John (2005), “Abuse of Market Power”, *Economic Journal*, Vol. 115º, núm. 504, págs. F244-F261.
- VOILLEMOT, Dominique (2005), *Gérer la clémence*, Bruselas, Bruylant.
- VÖLCKER, Sven B. (2012), “Case C-360/09, Pflaiderer AG v. Bundeskartellamt, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 14 June 2011”, *Common Market Law Review*, Vol. 49º, núm. 2, págs. 695-720.
- VON ROSENBERG, (2009), “Unbundling through the Back Door... The Case of Network Divestiture as a Remedy in the Energy Sector”, *European Competition Law Review*, Vol. 30º, núm. 5, págs. 237-254.
- WÄELBROECK, Denis (1986), “New Forms of Settlement of Antitrust Cases and Procedural Safeguards: Is Regulation 17 Falling into Abeyance?”, *European Law Review*, Vol. 11º, núm. 4, págs. 268-280.
- (2009), “The Development of a New ‘Settlement Culture’ in Competition Cases”, GHEUR, Charles y PETIT, Nicolas (eds.), *Alternative Enforcement Techniques in EC Competition Law*, Bruselas, Bruylant, págs. 221-260.
- WÄELBROECK, Denis, SLATER, Donald y EVEN-SHOSHAN, Gil (2004), *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules*, Ashurst ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)).
- WAGNER-VON PAPP, Florian (2012), “Best and Even Better Practices in Commitment Procedures After *Alrosa*: The Dangers of Abandoning the ‘Struggle for Competition Law’”, *Common Market Law Review*, Vol. 49º, núm. 3, págs. 929-970.
- WALLER, Spencer Weber (2006), “Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law”, *European Competition*, Vol. 29º, núm. 3, págs. 367-381.
- WARDHAUGH, Bruce (2012), “Leniency, Effective Compensation and *Pflaiderer*: The Inherent Tensions Exposed”, *The Society of Legal Scholars*, Bristol Conference, págs. 1-18.
- WEIDT, Christopher F. (2014), “The Directive on Actions for Antitrust Damages after Passing the European Parliament”, *European Competition Law Review*, Vol. 35º, núm. 9, págs. 438-444.
- WERDEN, Gregory J. (2006), “Competition Policy on Exclusionary Conduct. Towards an Effect-Based Analysis”, *European Competition Journal*, Special Supplement, págs. 53-67.
- WHISH, Richard y BAILEY, David (2012), *Competition Law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- WILS, Wouter P. J. (2003a), “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 26º, núm. 3, págs. 472-488.
- (2003b), “The Principle of ‘Ne Bis in Idem’ in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol 26º, núm. 2, págs. 131-148.



- (2003c), “The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A legal and Economic Analysis”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 27º, núm. 2, págs. 201-224.
  - (2005), *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford y Portland, Hart Publishing.
  - (2006b), “Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 29º, núm. 3, págs. 345-366.
  - (2008a), *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford y Portland, Hart Publishing.
  - (2008b), “The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 31º, núm. 3, págs. 335-352.
  - (2009), “[The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages](#)”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 32º, núm. 1, págs. 3-26.
- WISKING, Stephen, DIETZEL, Kim y HERRON, Molly (2014), “European Commission Finally Publishes Measures to Facilitate Competition Law Private Actions in the European Union”, *European Competition Law Review*, Vol. 35º, núm. 4, págs. 185-196.
- WOODS, Donncadh, SINCLAIR, Ailsa y ASHTON, David (2004), “[Private Enforcement of Community Competition Law: Modernisation and the Road Ahead](#)”, *Competition Policy Newsletter*, núm. 2/2004, págs. 32-37.
- ZENGER, Hans y WALKER, Mike (2012), “Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report”, en BOURGEOIS, Jacques y WAELBROECK, Denis (eds.) *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law: State of Play and Perspectives*, Bruselas, Bruylant, págs. 185-210.

#### **d. Derecho español**

- ALONSO SOTO, Ricardo (2010), “Derecho de la Competencia (I)”, en Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Angel José ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, págs. 277-307.
- CASES PALLARÈS, Lluís (1995), *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid, Marcial Pons.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (2008), “La tutela judicial de la defensa de la competencia”, en PAREJO ALFONSO, Luciano y PALOMAR OLMEDA, Alberto (dirs.) *Derecho de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia*, Las Rozas, La Ley, págs. 441-615.
- DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L. (2001), *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial: Resarcimiento del daño causado al competidor*, Madrid, Civitas.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando (2008), “Remedios, condiciones y obligaciones impuestas al término de un expediente sancionador”, en MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÓ JUAN, Amadeo (dirs.) *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, págs. 103-134.

- DÍEZ ESTELLA, Fernando y ESTRADA MERAY, Clara (2014), “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: Análisis de jurisprudencia reciente”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 15, págs. 189-200.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María (2008b), “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España”, en *1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia (Libro Marrón)*, Madrid, Círculo de Empresarios, págs. 53-74.
- FERNÁNDEZ, Cani (2012), “Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 29, págs. 11-22.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón (2002), “Aplicación del Derecho de la competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil”, *Cuadernos de Derecho Judicial: Competencia desleal y defensa de la competencia*, núm. 11º, págs. 29-50.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, María Jesús (2007), “La aplicación privada de las normas de competencia en España y su regulación en la Ley 15/2007”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 28, págs. 257-276.
- GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, Tomás (2015), “Spain”, en KNABLE GOTTS, Ilene (ed.) *The Private Competition Enforcement Review*, 8ª ed., Londres, Law Business Research Ltd, págs. 355-369.
- IGARTUA ARREGUI, Fernando (2001), “Should the Competition Authorities Be Authorized to Intervene in Competition-related Problems, when they Are Handled in Court? If so, what Should Form the Basis of their Powers of Intervention? National Report from Spain”, *LIDC Questions 2001/2002*, disponible en [www.ligue.org](http://www.ligue.org).
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco (2013), “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Working Paper IE Law School – AJ8-202*, consultable en *SSRN Electronic Journal 9/2013*, págs. 1-111.
- (2014a), “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los jueces y tribunales españoles”, *Working Paper IE Law School – AJ8-212*, consultable en *SSRN Electronic Journal 10/2014*, págs. 1-23.
- (2014b), “Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz del cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la Sentencia del Juzgado Mercantil no 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014 (MUSSAT v. ASEFA, CASER y SCOR)”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 16, págs. 1-16.
- MARTÍNEZ MULERO, Víctor (2005), “Defensa de la competencia y daños”, *Revista de Derecho Mercantil*, Vol. 255º, págs. 111-142.
- MASSAGUER FUENTES, José (1990), “Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, *Revista general de Derecho*, núms. 544-545, págs. 245-263.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando (2002), *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito “antitrust”*, Granada, Comares.

PETTIBÒ JUAN, Amadeo y BERENGUER FUSTER, Luis (1998), “La aplicación del derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos”, *Anuario de la competencia*, núm. 1, págs. 25-70.

SANCHO GARGALLO, Ignacio (2009), “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2009, págs. 1-35.

#### e. Derecho francés

CLAY, Thomas (2001), *L'arbitre*, París, Dalloz.

GALAND-CARVAL, Suzanne (2005), “Fault under French Law”, en Pierre WIDMER (ed.) *Unification of Tort: Fault*, La Haya, Kluwer Law International, págs. 89-100.

PICOD, Fabrice (2011), “Communication de documents fournis en vertu d'un programme national de clémence”, *La Semaine Juridique- édition générale 2011*, núm. 25, pág. 1214.

#### f. Derecho italiano

ASCARELLI, Tullio (1960), *Teoria della concorrenza e dei beni materiali. Istituzioni di diritto industriale*, 3ª ed., Milán, Giuffrè.

BALLADORE PALLIERI, Giorgio (1959), “Il mercato comune europeo e la legislazione italiana antimonopolistica”, *Diritto internazionale*, Vol. 3º, núm. 3, págs. 407-435.

BUCCIROSSI, Paolo (2014), “Riflessioni intorno alla Guida Pratica per la quantificazione del danno”, *Concorrenza e Mercato*, Volumen único, págs. 323-329.

FAELLA, Luca (2004), “Boicottaggio collettivo, risarcimento del danno e tutela giurisdizionale”, *Il Diritto industriale*, Vol. 12º, núm. 2, págs. 157-177.

FATTORI, Piero y TODINO, Mario (2010), *La disciplina della concorrenza in Italia*, nueva edición, Bolonia, Il Mulino.

LIBERTINI, Mario (2004), “Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust”, *Danno e Responsabilità*, Vol. 9º, núm. 10, págs. 933-941.

---- (2006), “Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli”, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, Vol. 6º, Milán, Giuffrè.

---- (2010), “La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni”, en RABITTI BEDOGNI, Carla y BARUCCI, Piero (eds.) *20 Anni di antitrust: L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Tomo I, Turín, Giappichelli, págs. 97-120.

PARDOLESI, Roberto (2006), “Diritto antitrust: questioni generali”, *Il Diritto*, Vol. 3º, Milán, Il Sole-24 Ore.

---- (2008), “Privatizzare l'antitrust?: Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza”, en BRUZZONE, Ginevra (dir.) *Poteri e garanzie nel Diritto antitrust, l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Urbino, Il Mulino, págs. 199-221.

---- (2009), “Private Enforcement: Da com'eravamo alle prospettive di un futuro incisivo”, en BENACCHIO, Gian Antonio y CARPAGNANO, Michele

- (coords.), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: Ruolo e competenze dei giudici nazionali, Atti del II convegno di studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 8-9 maggio*, Padua, Cedam.
- TESAURO, Giuseppe (2007), “Illecito antitrust: sanzioni e altri rimedi”, en *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Vol. 3º, Nápoles, Editoriale Scientifica, págs. 1599-1612.
- TOFFOLETTO, Alberto (1996a), *Il risarcimento del danno nel diritto antitrust*, Milán, Giuffrè.
- (1996b), *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milán, Giuffrè.

## 2. ESTADOS UNIDOS

- AREEDA, Phillip E. (1989), “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58º, núm. 3, págs. 841-853.
- AREEDA, Phillip E. y HOVENKAMP, Herbert (2000), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 2ª ed., Nueva York, Aspen Publisher.
- (2004), *Fundamentals of Antitrust Law*, 3ª ed., Nueva York, Aspen Publisher.
- (2007), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 3ª ed., Nueva York, Aspen Publisher.
- AVERITT, Neil W. y LANDE, Robert H. (1997), “Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 65º, núm. 3, págs. 713-756.
- BAKER, Donald I. (2004), “[Revisiting History – What Have We Learned about Private Antitrust Enforcement that We Would Recommend to Others](#)”, *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 16º, núm. 4, págs. 379-408.
- BAKER, Jonathan B. (2002), “A Preface to Post-Chicago”, en CUCINOTTA, Antonio, PARDOLESI, Roberto, VAN DEN BERGH, Roger (eds.) *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham y Northampton, Edward Elgar Publishing, págs. 60-75.
- BARNETT, Thomas O. (2007), “Section 2 Remedies: A Necessary Challenge” en HAWK, Barry E. (ed.) *XXXIV Annual Fordham Competition Law Institute Conference on International Antitrust Law & Policy*, Nueva York, Juris Publishing Inc.
- BAUER, Joseph P. (2001), “[The Stealth Assault on Antitrust Enforcement: Raising the Barriers for Antitrust Injury and Standing](#)”, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 62º, núm. 3, págs. 437-452.
- BAUMOL, William J. y ORDOVER, Janusz A. (1985), “Use of Antitrust to Subvert Competition”, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 28º, núm. 2, págs. 247-265.
- BECKER, Gary S. (1983), “[A Theory of Competition among Pressure Group and Political Influence](#)”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98º, núm. 3, págs. 371-400.
- BENSTON, George J. (1986), “Indirect Purchaser’ Standing to Claim Damages in Price Fixing Antitrust Actions: A Benefit/Cost Analysis of Proposal to

- Change the Illinois Brick Rule”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 55°, núm. 1, págs. 213-249.
- BLAIR, Roger D., HERNDON, Jill B. y LOPATKA, John E. (2005), “Resale Price Maintenance and the Private Antitrust Plaintiff”, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 83°, núm. 3, págs. 657-723.
- BLOCK, Michael K. y SIDAK, Joseph G. (1980), “The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then?”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 68°, núm. 5, págs. 1131-1139.
- BORK, Robert H. (1966), “Legislative Intent and the Policy of Sherman Act”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 9, núm. 1, págs. 7-48.
- (1967), “The Goals of Antitrust Policy”, *The American Economic Review*, Vol. 57°, núm. 2, págs. 242-253.
- (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Nueva York, Basic Books.
- BOWMAN JR., Ward S. (1957), “Tying Arrangements and the Leverage Problem”, *Yale Law Journal*, Vol. 67°, núm. 1, págs. 19-36.
- BREIT, William y ELZINGA, Kenneth G. (1985), “Private Antitrust Enforcement: The New Learning”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 28°, núm. 2, págs. 405-443.
- BRODLEY, Joseph F. (1987), “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress”, *New York University Law Review*, Vol. 62°, núm. 5, págs. 1020-1053.
- (1995), “Antitrust Standing in Private Merger Cases: Reconciling Private Incentives and Public Enforcement Goals”, *Michigan Law Review*, Vol. 94°, núm. 1, págs. 1-108.
- BURLING, James C., LEE, William F. y KRUG, Anita K (1999), “The Antitrust Duty to Deal and Intellectual Property Rights”, *Journal of Corporation Law*, Vol. 24°, núm. 3, págs. 527-552.
- BUXBAUM, Hannah L. (2007), “Private Enforcement of Competition Law in the United States: Of Optimal Deterrence and Social Costs”, en BASEDOW, Jürgen (dir.) *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer International, págs. 41-60.
- CARLTON, Dennis W. (2001), “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal: Why Aspen and Kodak are Misguided”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 68°, núm. 3, págs. 659-683.
- (2007), “Does Antitrust Need to Be Modernized?”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21°, núm. 1, págs. 155-178.
- CAVANAGH, Edward D. (2002), “Pleading Rules in Antitrust Cases: A Return to Fact Pleading”, *Review of Litigation*, Vol. 21°, núm. 1, págs. 1-24.
- (2005), “Antitrust Remedies Revisited”, *Oregon Law Review*, Vol. 84°, núm. 1, págs. 147-225.
- (2010), “The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience”, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 41°, núm. 3, págs. 629-649.

- CHOI, Jay Pil y STEFANADIS, Christodoulos (2001), “Tying, Investment, and the Dynamic Leverage Theory”, *Rand Journal of Economics*, Vol. 32º, núm. 1, págs. 52-71.
- CLARK, Homer (1954), “The Treble Damage Bonanza: New Doctrines of Damages in Private Antitrust Suits”, *Michigan Law Review*, Vol. 52º, núm. 2, págs. 363-413.
- COFFEE JR., John C. (1981), “No Soul to Damn: No Body to Kick’: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”, *Michigan Law Review*, Vol. 79º, núm. 3, págs. 386-459.
- (1983), “[Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter Is Not Working](#)”, *Maryland Law Review*, Vol. 42º, núm. 2, págs. 215-288.
- CONNOR, John M. y LANDE, Robert H. (2005), “How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines”, *Tulane Law Review*, Vol. 80º, núm. 4, págs. 513-570.
- (2008), “Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines”, en WALLER, Spencer W. (ed.) *Issues in Competition Law and Policy*, Vol. 3º, Capítulo 88, págs. 2203-2218.
- COOTER, Robert (1981), “[Passing on the Monopoly Overcharge: A Further Comment on Economic Theory](#)”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 129º, núm. 6, págs. 1523-1532.
- CRANE, Daniel A. (2008), “[Antitrust Antifederalism](#)”, *California Law Review*, Vol. 96º, núm. 1, págs. 1-62.
- DAVIS, Joshua P. y LANDE, Robert H. (2013), “[Toward an Empirical and Theoretical Assessment of Private Antitrust Enforcement](#)”, *Seattle University Law Review*, Vol. 36º, núm. 6, págs. 1269-1335.
- DAVIS, Ronald W. (2003), “Standing on Shaky Ground: The Strangely Elusive Doctrine of Antitrust Injury”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 70º, núm. 3, págs. 697-776.
- DENOZZA, Francesco (1988), “Chicago, l’efficienza e il diritto antitrust”, *Giurisprudenza commerciale*, Vol. 5º, págs. 1-34.
- EASTERBROOK, Frank H. (1982), “[Is There a Ratchet in Antitrust Law?](#)”, *Texas Law Review*, Vol. 60º, págs. 705-717.
- (1985), “Detrebling Antitrust Damages”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 28º, núm. 2, págs. 445-467.
- (1986), “[Workable Antitrust Policy](#)”, *Michigan Law Review*, Vol. 84º, págs. 1696-1713.
- ELHAUGE, Einer R. (2003a), “[Defining Better Monopolization Standard](#)”, *Stanford Law Review*, Vol. 56º, núm. 2, págs. 253-344.
- (2003b), “[Why Above-Cost Price Cuts to Drive out Entrants Are Not Predatory—and the Implications for Defining Costs and Market Power](#)”, *Yale Law Journal*, Vol. 112º, núm. 4, págs. 681-827.
- (2009), “[Disgorgement as an Antitrust Remedy](#)”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 76º, núm. 1, págs. 79-95.

- ELZINGA, Kenneth G. (1977), “The Goals of Antitrust: Other than Competition and Efficiency, What Else Counts?”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 125º, núm. 6, págs. 1191-1213.
- EVANS, David S. y PADILLA, A. Jorge (2004), “Designing Antitrust Rules For Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 72º, núm. 1, págs. 73-98.
- FIRST, Harry (1996), “Is Antitrust ‘Law?’”, *Antitrust*, Vol. 10º, núm. 1, págs. 9-12.
- FLYNN, John J. (1983), “‘Reaganomics’ and Antitrust Enforcement: A Jurisprudential Critique”, *Utah Law Review*, Vol. 27º, núm. 2, págs. 269-312.
- FOX, Eleanor M. (1981), “The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium”, *Cornell Law Review*, Vol. 66º, núm. 6, págs. 1140-1192.
- (2000), “Antitrust and Regulatory Federalism: Races up, Down, and Sideways”, *New York University Law Review*, Vol. 75º, núm. 6, págs. 1781-1807.
- (2002), “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 70º, núm. 2, págs. 371-412.
- GAVIL, Andrew I. (2009), “Thinking Outside the Illinois Brick Box: A Proposal for Reform”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 76º, núm. 1, págs. 167-203.
- GAVIL, Andrew I., KOVACIC, William E. y BAKER, Jonathan B. (2008), *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, 2ª ed., Washington, Thomson and West.
- GINSBURG, Douglas H. (2006), “An Introduction to Bork (1966)”, *Competition Policy and International Journal*, Vol. 2º, núm. 1, págs. 225-240.
- GLAZER, Kenneth L. (2002), “Concerted Refusal to Deal under Section 1 of the Sherman Act”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 70º, núm. 1, págs. 1-65.
- HARRINGTON JR., Joseph E. (2004), “Post-Cartel Pricing During Litigation”, *Journal of Industrial Economics*, Vol. 52º, núm. 2, págs. 517-533.
- HARRIS, Robert G. y A. SULLIVAN, Lawrence (1980), “Passing-On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 128º, núm. 2, págs. 269-360.
- (1981), “More on Passing on: A Reply to Cooter and to Viton and Winston”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 129º, núm. 6, págs. 1533-1540.
- HOVENKAMP, Herbert (1981), “Distributive Justice and the Antitrust Laws”, *The George Washington Law Review*, Vol. 51º, núm. 1, págs. 1-31.
- (1985), “Antitrust Policy After Chicago”, *Michigan Law Review*, Vol. 84º, núm. 1, págs. 213-284.
- (1990), “The Indirect Purchaser Rule and Cost Plus Sales”, *Harvard Law Review*, Vol. 103º, núm. 7, págs. 1717-1731.
- (1999a), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 2ª ed., St. Paul Minnesota, Thomson West Publishing.
- (1999b), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Nueva York, Wolters Kluwer.

- (2002), “The Reckoning of Post-Chicago Antitrust”, en CUCINOTTA, Antonio, PARDOLESI, Roberto y VAN DEN BERGH, Roger (eds.) *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, págs. 1-33.
- (2005a), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 3ª ed., St. Paul Minnesota, Thomson West Publishing.
- (2005b), *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard, Harvard University Press.
- (2008a), *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, 2ª Ed., Harvard, Harvard University Press.
- (2008b), “The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm”, en PITOFISKY, Robert (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis of U.S. Antitrust*, Oxford, Oxford University Press, págs. 108-122.
- HOVENKAMP, Herbert y BOHANNAN, Christina (2012), *Creation without Restraint. Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, Oxford University Press, Oxford.
- JACOBS, Michael S. (1995), “An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics”, *North Carolina Law Journal*, Vol. 74º, núm. 1, págs. 219-265.
- JAMES, Charles A. (2001), “The Real Microsoft Case and Settlement”, *Antitrust*, Vol. 16º, núm. 1, págs. 58-66.
- KAPLOW, Louis (1984), “The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal”, *Harvard Law Review*, Vol. 97º, núm. 8, págs. 1813-1892.
- KARON, Daniel R. (2004), “[Your Honour, Tear Down That Illinois Brick Wall! The National Movement Toward Indirect Purchaser Antitrust Standing and Consumer Justice](#)”, *William Mitchell Law Review*, Vol. 30º, núm. 4, págs. 1351-1402.
- KATZ, Ariel (2007), “Intellectual Property, Antitrust, and the Presumption of Market Power: Making Sense of Alleged Nonsense”, *Arizona Law Review*, Vol. 49º, núm. 4, págs. 837-910.
- KELLY, Kevin F. (1972), “[Attorneys' Fees in Individual and Class Action Antitrust Litigation](#)”, *California Law Review*, Vol. 60º, núm. 6, págs. 1656-1682.
- KIRKWOOD, John B. y LANDE, Robert H. (2008), “[The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency](#)”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 84º, núm. 1, págs. 191-243.
- KOVACIC, William E. (1999), “Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct”, *The Connecticut Law Review*, Vol. 31º, núm. 5, págs. 1285-1319.
- KRATTENMAKER, Thomas G. y SALOP, Steven C. (1986), “Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power Over Price”, *Yale Law Journal*, Vol. 96º, núm. 2, págs. 209-299.
- LANDE, Robert H. (1982), “[Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged](#)”, *Hastings Law Journal*, Vol. 34º, núm. 1, págs. 65-151.



- (1993), “[Are Antitrust ‘Treble’ Damages Really Single Damages?](#)”, *The Ohio State University Law Journal*, Vol. 54º, núm. 1, págs. 115-174.
- (2001), “[Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust](#)”, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 62º, núm. 3, págs. 503-525.
- (2006), “[Five Myths about Antitrust Damages](#)”, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 40º, núm. 3, págs. 651-673.
- (2014), “[The Proposed Damages Directive: The Real Lessons from the United States](#)”, *University of Baltimore Legal Studies Research Paper No. 2014-19*, págs. 1-13.
- LANDE, Robert H. y DAVIS, Joshua P. (2008a), “[Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases](#)”, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 42º, págs. 879-918.
- (2008b), “[Benefits from Private Antitrust Enforcement: Forty Individual Case Studies](#)”, *University of San Francisco Law Research Paper No. 2011-22*, págs. 1-244.
- (2012), “[Toward an Empirical and Theoretical Assessment of Private Antitrust Enforcement](#)”, *Seattle University Law Review*, Vol. 36º, núm. 6, págs. 1269-1335.
- (2013), “[Defying Conventional Wisdom: The Case For Private Antitrust Enforcement](#)”, *Georgia Law Review*, Vol. 48º, núm. 1, págs. 1-81.
- LANDES, William M. y POSNER, Richard A. (1979), “[Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick](#)”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 46º, núm. 2, págs. 602-635.
- LEMLEY, Mark A. (2007), “[A New Balance Between IP and Antitrust](#)”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, Vol. 13º, núm. 2, págs. 237-256.
- LESLIE, Christopher R. (2004), “[Trust, Distrust and Antitrust](#)”, *Texas Law Review*, Vol. 82º, núm. 3, págs. 515-680.
- LOPATKA, John E. y PAGE, William H. (1999), “[A \(Cautionary\) Note on Remedies in the Microsoft Case](#)”, *Antitrust*, vol. 13º, págs. 25-29.
- (2001), “[Who Suffered Antitrust Injury in the Microsoft Case](#)”, *George Washington Law Review*, Vol. 69º, núms. 5-6, págs. 829-859.
- (2003), “[Indirect Purchaser Suits and the Consumer Interest](#)”, *Antitrust Bulletin*, Vol. 48º, núm. 3, págs. 531-570.
- LOVELL, Michael C. (1982), “[Are Treble Damages Double Damages?](#)”, *Journal of Economics and Business*, Vol. 34º, núm. 3, págs. 263-268.
- MCAFEE, R. Preston y VAKKUR, Nicholas V. (2004), “[The Strategic Abuse of the Antitrust Laws](#)”, *Journal of Strategic Management Education*, Vol. 1, núm. 1, págs. 1-17.
- MCCONNELL, Thomas C. (1955), “[The Treble Damage Issue: A Strong Dissent](#)”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 50º, núm. 1, págs. 305-346.
- MELAMED, A. Douglas (2009), “[Afterword: The Purpose of Antitrust Remedies](#)”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 76º, núm. 1, págs. 359-368.

- MUELLER, Charles E. (2008), “Antitrust Economics and ‘The Flying Dutchman’: How Economics Ruined Antitrust in Reagan’s 1980s”, *Antitrust Law and Economics Review*, Vol. 34º, núm. 2, págs. 1-18.
- MYERS, Gary (1992), “[Litigation As A Predatory Practice](#)”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 80º, núm. 3, págs. 565-630.
- ORBACH, Barak Y. (2011), “[The Antitrust Consumer Welfare Paradox](#)”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 7º, núm. 1, págs. 133-164.
- PAGE, William H. (2005), “[Class Certification in the Microsoft Indirect Purchaser Litigation](#)”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 1º, núm. 2, págs. 303-338.
- PAGE, William H. y BLAIR, Roger D. (1992), “Controlling the Competitor Plaintiff in Antitrust Litigation”, *Michigan Law Review*, Vol. 91º, núm. 1, págs. 111-123.
- PATTERSON, Mark R. (2000), “[When is Property Intellectual?: The Leveraging Problem](#)”, *Southern California Law Review*, Vol. 73º, núm. 6, págs. 1133-1160.
- PERITZ, Rudolph J. R. (2002), “Dynamic Efficiency and US Antitrust Policy”, en CUCINOTTA, Antonio, PARDOLESI, Roberto y VAN DEN BERGH, Roger (eds.) *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham y Northampton, Edward Elgar Publishing, págs. 108-128.
- PITOFSKY, Robert (1979), “[The Political Content of Antitrust](#)”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127º, núm. 4, págs. 1051-1075.
- (2002), “Antitrust at the Turn of the Twenty-First Century: The Matter of Remedies”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 91º, núm. 1, págs. 169-181.
- POLLOCK, Earl E. (1962), “The ‘Injury’ and ‘Causation’ Elements of a Treble-Damage Antitrust Action”, *New York University Law Review*, Vol. 57º, núm. 3, págs. 691-707.
- PORAT, Ariel y STEIN, Alex (1997), “Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable”, *Cardozo Law Review*, Vol. 18º, núm. 6, págs. 1891-1969.
- POSNER, Richard A. (1976), *Antitrust Law. An Economic Perspective*, 1ª ed., Chicago, University of Chicago Press.
- (2001), *Antitrust Law*, 2ª ed., Chicago, University of Chicago Press.
- PRICHARD, John Robert S. (1979), “Private Enforcement and Class Actions”, en PRICHARD, John Robert S., STANBURY, William T. y NIELSON, W. (eds.) *Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics*, Toronto, Butterworths, págs. 217-237.
- RICOLFI, Marco (2006), “[Is There an Antitrust Antidote Against IP Overprotection within TRIPs?](#)”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 10º, núm. 2, págs. 305-367.
- ROACH, Kent y TREBILCOCK, Michael J. (1997), “[Private Enforcement of Competition Laws](#)”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 34º, núm. 3, págs. 461-508.
- RUBINFELD, Daniel L. y HOVEN, John (2001), “Innovation and Antitrust Enforcement”, en ELLIG, Jerry (ed.) *Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation, and Antitrust Issues*, Cambridge, Cambridge University Press, págs. 65-94.

- SALOP, Steven C. (2006), “[Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard](#)”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 73º núm. 2, págs. 311-374.
- SALOP, Steven C. y ROMAINE, Craig R. (1999), “Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft”, *George Mason Law Review*, Vol. 7º, núm. 1, págs. 617-671.
- SCHAEFER, Elmer J. (1975), “[Passing-On Theory in Antitrust Treble Damage Actions: An Economic and Legal Analysis](#)”, *William and Mary Law Review*, Vol. 16º, núm. 4, págs. 883-936.
- SCHINKEL, Maarten Pieter, TUINSTRA, Jan y RÜGGERBERG, Jakob (2005), “[Illinois Walls: How Barring Indirect Purchaser Suits Facilitates Collusion](#)”, *Tinbergen Institute Discussion Paper TI 2005-049/1*, págs. 1-48.
- SCHWARZ, Warren F. (1980), “An Overview of the Economics of Antitrust Litigation”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 68º, núm. 4, págs. 1075-1102.
- (1981), *Private Enforcement of the Antitrust Laws: An Economic Critique*, Washington y Londres, American Enterprise Institute for Public Policy Research.
- SHELANSKI, Howard A. (2007), “Panel Discussion on Remedies and Sanctions for Unlawful Unilateral Conduct”, en HAWK, Barry E. (ed.) *XXXIV Annual Fordham Competition Law Institute Conference on International Antitrust Law & Policy*, Nueva York, Juris Publishing Inc.
- SNYDER, Edward A. y KAUPER, Thomas E. (1991), “Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor Plaintiff”, *Michigan Law Review*, Vol. 90º, núm. 3, págs. 551-603.
- SOSNICK, Stephen H. (1958), “A Critique of Concepts of Workable Competition”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 72º, núm. 3, págs. 380-423.
- SPIVACK, Gordon B. (1983), “The Chicago School Approach to Single Firm Exercises of Monopoly Power: A Response”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 52º, núm. 4, págs. 651-674.
- THORELLI, Hans B. (1955), *The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition*, Baltimore, The John Hopkins Press.
- TIMBERLAKE, E. Compton (1961), “The Legal Injury Requirements and Proof of Damages in Treble Damage Actions Under the Antitrust Laws”, *George Washington Law Review*, Vol. 30º, págs. 231-284.
- VITON, Philip A. y WINSTON, Clifford M. (1981), “[Passing on the Monopoly Overcharge: The Welfare Implications](#)”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 129º, núm. 6, págs. 1516-1522.
- WERDEN, Gregory J. y SCHWARTZ, Marius (1984), “Illinois Brick and the Deterrence of Antitrust Violations: An Economic Analysis”, *Hastings Law Journal*, Vol. 35º, núm. 4, págs. 629-668.
- WHINSTON, Michael D. (1990), “[Tying, Foreclosure and Exclusion](#)”, *American Economic Review*, Vol. 80º, núm. 4, págs. 837-859.
- WRIGHT, Robert M. (1967), “Legal Cause in Treble Damage Actions Under the Clayton Act”, *Maryland Law Review*, Vol. 27º, núm. 3, págs. 275-290.

## VII DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

- BAR-GILL, Oren y PARCHOMOVSKY, Gideon (2003), "The Value of Giving Away Secrets", *Virginia Law Review*, Vol. 89°, núm. 8, págs. 1857-1895.
- BENTLY, Lionel y SHERMAN, Brad (2009), *Intellectual Property Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- BREYER, Stephen (1970), "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies and Computer Programs", *Harvard Law Review*, Vol. 84°, núm. 2, págs. 281-351.
- DAM, Kenneth W. (1994), "The Economic Underpinnings of Patent Law", *Journal of Legal Studies*, Vol. 23°, núm. 1, págs. 247-271.
- DAVIES, D. Seaborne (1934), "The Early History of the Patent Specification", *Law Quarterly Review*, Vol. 50°, núm. 1, págs. 86-109.
- DOLMANS, Maurits (2002), "Standards for Standards", *Fordham International Law Journal*, Vol. 26°, núm. 1, págs. 163-208.
- DRAHOS, Peter (1996), *A Philosophy of Intellectual Property (Applied Legal Philosophy)*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co.
- FISHER, Matthew (2005), "Classical Economics and Philosophy of the Patent System", *Intellectual Property Quarterly*, Vol. 1°, núm. 1, págs. 1-24.
- GORDON, Wendy J. (1989), "An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent and Encouragement Theory", *Stanford Law Review*, Vol. 41°, núm. 6, págs. 1343-1469.
- HURT, Robert M. y SCHUCHMAN, Robert N. (1966), "The Economic Rationale for Copyright", *American Economic Review*, Vol. 56°, núm. 2, págs. 421-432.
- KITCH, Edmund W. (1977), "The Nature and Function of the Patent System", *Journal of Law and Economics*, Vol. 20°, núm. 2, págs. 265-290.
- (2000), "Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 53°, núm. 6, págs. 1727-1741.
- LANDES, William M. y POSNER, Richard A. (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard, Harvard University Press.
- (1989), "An Economic Analysis of Copyright Law", *Journal of Legal Studies*, Vol. 18°, núm. 2, págs. 325-363.
- (2003), *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Massachusetts y Londres, Belknap Press of Harvard University Press.
- MACHLUP, Fritz y PENROSE, Edith (1950), "The Patent Controversy in the Nineteenth Century", *Journal of Economic History*, Vol. 10°, núm. 1, págs. 1-29.
- MASKUS, Keith E. (2000), *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Washington, Institute for International Economics.
- MEINERS, Roger E. y STAAF, Robert J. (1990), "Patents, Copyrights, and Trademarks: Property or Monopoly?", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 13°, núm. 3, págs. 911-947.
- MERGES, Robert P. (2011), *Justifying Intellectual Property*, Harvard, Harvard University Press.

- PESSACH, Guy (2003), "Copyright Law as a Silencing Restriction on Non-Infringing Materials: Unveiling the Scope of Copyright's Diversity Externalities", *Southern California Law Review*, Vol. 76°, núm. 6, págs. 1067-1104.
- RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, Clara (2012), *Las obras del espíritu y su originalidad*, Madrid, Reus.
- SMITH, Henry E. (2007), "Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information", *Yale Law Journal*, Vol. 116°, núm. 8, págs. 1742-1822.
- TAYLOR, C. T. y SILBERSTON, Z. A. (1973), *The Economic Impact of Patent System: A Study of the British Experience*, Cambridge, Cambridge University Press.

## VIII DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ARNULL, Anthony (2011), "The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: An Unruly Horse?", *European Law Review*, Vol. 36°, núm. 1, págs. 51-70.
- BIONDI, Andrea (2010), "In Praise of *Francovich*", en POIARES MADURO, Miguel y AZOULAI, Loïc (eds), *The Past and Future of EU Law*, Oxford, Hart Publishing, págs. 413-417.
- CHITI, Mario P. (2004), *Diritto amministrativo europeo*, Milán, Giuffrè.
- CLAES, Monica (2006), *The National Court's Mandate in the European Constitution*, Oxford y Portland, Hart Publishing.
- CRAIG, Paul P. (2012), *EU Administrative Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- CRAIG, Paul P. y DE BÚRCA, Gráinne (2008), *EU Law: Text, Cases and Materials*, 4ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- (2011), *EU Law: Text, Cases and Materials*, 5ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- DOUGAN, Michael (2004), *National Remedies Before the Court of Justice: Issues of Harmonisation and Differentiation*, Oxford, Hart Publishing.
- (2011), "The Vicissitudes of Life at the Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law before the National Courts", en CRAIG, Paul P. y DE BÚRCA, Gráinne (eds.) *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, págs. 412-421.
- EMILIOU, Nicholas (1996), *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Londres, Kluwer Law International.
- FALLON, Marc (2002), *Droit matériel général de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve, Academia.
- GALETTA, Diana-Urania (2011), *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the "Functionalized Procedural Competence" of EU Member States*, Heidelberg y Nueva York, Springer.
- HARTKAMP, Arthur (2010), "The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law", *European Review of Private Law*, Vol. 18°, núm. 3, págs. 527-548.

- HIMSWORTH, Cristopher (1997), “Things Fall Apart: The Harmonisation of Community Judicial Procedural Protection Revisited”, *European Law Review*, Vol. 22º, núm. 4, págs. 291-311.
- HODGES, Cristopher (2008), *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*, Oxford, Hart Publishing.
- HOSKINS, Mark (1996), “Tilting The Balance: Supremacy And National Procedural Rules”, *European Law Review*, Vol. 21º, núm. 5, págs. 365-377.
- MCKENDRICK, John (2000), “Modifying Procedural Autonomy: Better Protection for Community Rights”, *European Review of Private Law*, Vol. 8º, núm. 4, págs. 565-587.
- MOTTARD, Yves, PARTSCH, Philippe-Emmanuel, PITTIE, Marc y STRUYS, Michel L. (2001), “Chronique semestrielle de droit communautaire”, *Journal des Tribunaux*, Vol. 120º, núm. 6030, págs. 809-815.
- PRECHAL, Sacha (1997), “EC Requirements for an Effective Remedy”, en LONBAY, Julian y BIONDI, Andrea (eds.) *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, Wiley.
- RACLET, Arnaud (2002), *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, París, Dalloz.
- REICH, Norbert (2007), “Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights”, *Common Market Law Review*, Vol. 44º, núm. 3, págs. 705-742.
- RENDA, Andrea (2006), “Impact Assessment in the EU: The State of the Art and the Art of the State”, *CEPS Paperbacks*, págs. 1-164.
- ROSS, Malcolm (2006), “Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality?”, *European Law Review*, Vol. 31º, núm. 4, págs. 474-496.
- VAN DAMME, Eric E. C. (2006), *The Review of the EC Electronic Communications Framework of the Recommendation on Relevant Markets*, Contribution of the Tilburg Law and Economics Center (TILEC) on the Commission’s Call for Input Regarding the Review of the EC Electronic Communications Framework and of the Recommendation on Relevant Markets, págs. 1-27.
- VAN GERVEN, Walter (2006), “Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level”, en CAFAGGI, Fabrizio (ed.) *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, págs. 37-78.
- WEILER, Joseph H. H. (1999), *The Constitution of Europe: Essays on the Ends and Means of European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press.

## **IX DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO DE LA COMPETENCIA**

- BACHES OPI, Sergio y DÍEZ ESTELLA, Fernando (2006), “La aplicación del Derecho antitrust al ejercicio unilateral de los derechos de propiedad intelectual e industrial: El estado de la cuestión en la Unión Europea y en los EE.UU.”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 260, págs. 641-680.
- BULST, Friedrich Wenzel (2006b), *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht – Zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-*

- amerikanischem Recht*, Europäisches Wirtschaftsrecht, núm. 45, Nomos, C. H. Beck.
- CANGIANO, Raffaele (2007), “Il patto di quota lite negli ordinamenti italiano e statunitense”, *Mercato, Concorrenza, Regole*, Vol. 9º, núm. 2, págs. 255-276.
- CANTOS, Francisco, CARRERA, Enrique y GONZALO, Pablo (2013), “La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 36, págs. 33-53.
- CATALANO, Nicola (1962), “Relazione tra regole di concorrenza stabilite dal trattato istitutivo della CEE e le legislazioni degli Stati Membri”, *Rivista di Diritto europeo*, Vol. 3º, núm. 2, págs. 335-352.
- CENGIZ, Firat (2007), “[Passing-on Defense and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: what can the EC learn from the US?](#)”, *CCP Working Paper 07-21*, págs. 1-42.
- COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo (2010), “[American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins](#)”, *I-CON International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8º, núm. 2, págs. 263-286.
- COLINO, Marco S. (2011), *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regime*, Oxford y Portland, Hart Publishing.
- CONDE GALLEGO, Beatriz (2008), “Unilateral Refusal to License Indispensable Intellectual Property Rights – US and EU Approaches”, en DREXL, Josef (ed.) *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham y Northampton, Edward Elgar Publishing, págs. 215-238.
- CRANE, Daniel A. (2009), “Private Enforcement against International Cartels in Latin America: A US Perspective”, en FOX, Eleanor M. y SOKOL, D. Daniel (eds.) *Competition Law and Policy in Latin America*, Oxford, Hart Publishing, págs. 325-350.
- DABBAH, Maher M. (2004), *EC and UK Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ECONOMIDES, Nicholas y LIANOS, Ioannis (2009), “The Quest for Appropriate Remedies in the EC Microsoft Cases: A Comparative Appraisal”, en RUBINI, Luca (ed.) *Microsoft on Trial: Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case*, Cheltenham y Northampton, Edward Elgar Publishing, págs. 393-462.
- ELHAUGE, Einer R. y GERADIN, Damien (2007), *Global Antitrust Law and Economics*, Oxford, Hart Publishing.
- FERRARI, Franco (2002), “‘Forum Shopping’ despite International Uniform Contract Law Conventions”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51º, núm. 3, págs. 689-707.
- FISHER, Franklin M. (2006), “[Economic Analysis and Antitrust Damages](#)”, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 29º, núm. 3, págs. 383-394.
- FOX, Eleanor M. (1986), “Monopolization and Dominance in the US and the EC: Efficiency, Opportunity and Fairness”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 61º, págs. 981-1020.

- (2005), “Remedies and the Courage of Convictions in a Globalized World: How Globalization Corrupts Relief?”, *Tulane Law Review*, Vol. 80º, núm. 2, págs. 571-594.
- GAVIL, Andrew I. (2007), “The Challenges of Economic Proof in a Decentralized and Privatized European Competition Policy System: Lessons from the American Experience”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4º, núm. 1, págs. 177-206.
- GEORGIEV, George Stephanov (2007), “Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law”, *Utah Law Review*, núm. 4, págs. 971-1037.
- GINSBURG, Douglas H. (2005), “Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 1º, núm. 3, págs. 427-439.
- GUZMAN, Andrew T. (2001), “Antitrust and International Regulatory Federalism”, *New York University Law Review*, Vol. 76º, núm. 4, págs. 1142-1163.
- HAMMOND (2004), “Cornerstones of an Effective Leniency Program”, presentado en el curso del *ICN Workshop on Leniency Programs*, Sidney, ([www.justice.gov](http://www.justice.gov)).
- HANSEN, Marc, CROCCO, Luca y KENNEDY, Susan (2012), “Challenges to International Cartel Enforcement and Multi-Jurisdictional Leniency Applications – Disclosure of Leniency Applicant Statements and Materials”, trabajo presentado al *ABA International Cartel Workshop*, Vancouver, págs. 1-22.
- HARLOW, Carol (2002), “Voices of Difference in a Plural Community”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 50º, núm. 2, págs. 339-368.
- HOLMES, Katherine (2004), “Public Enforcement or Private Enforcement? Enforcement of Competition Law in the EC and UK”, *European Competition Law Review*, Vol. 25º, núm. 1, págs. 25-36.
- JONES, Clifford A. (1999), *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK, and USA*, Oxford, Oxford University Press.
- (2003), “A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the US”, en Claus-Dieter EHLERMANN e Isabela ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2001*, Oxford y Portland, Hart Publishing, págs. 95-108.
- JOSHUA, Julian y CAMESASCA, Peter (2004), “EC Fining Policy against Cartels after the Lysine Rulings: The Subtle Secrets of X”, *Global Competition*, Vol. 5º, núm. 1, págs 5-10.
- LEISTNER, Matthias (2005), “Intellectual Property and Competition Law: The European Development from Magill to IMS Health Compared to Recent German and US Case Law”, *ZWeR – Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, núm. 2, págs. 138-162.
- MESTERMÄCKER, Ernst-Joachim (2011), “The Development of German and European Competition Law with Special Reference to the EU Commission’s Article 82 Guidance of 2008”, en PACE, Lorenzo Federico



- (ed.) *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, págs. 25-62.
- MOTTA, Massimo y POLO, Michele (2003), "Leniency Programs and Cartel Prosecution", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 21º, núm. 3, págs. 347-379.
- MOTTA, Massimo, POLO, Michele y VASCONCELOS, Helder (2003), "Merger Remedies in the European Union: An Overview", en LÉVÊQUE, François y SHELANSKI, Howard A. (eds.) *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing.
- NAZZINI, Renato (2006), "Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust: Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni", *Rivista dell'Unione Europea*, Vol. 11º, núm. 1, págs. 97-135.
- O'CONNOR, John M. (2007), "[Optimal Deterrence and Private International Cartels](#)", *SSRN Electronic Journal* 4/2007, págs. 1-42.
- PAULWEBER, Michael (2000), "The End of a Success Story?: The European Commission's White Paper on the Modernisation of the European Competition Law: A Comparative Study about the Role of the Notification of Restrictive Practices within the European Competition and the American Antitrust Law", *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 23º, núm. 2, págs. 3-48.
- RODGER, Barry J. y MACCULLOCH, Angus (2001), *Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom*, 2ª ed., Londres y Sidney, Routledge-Cavendish.
- RIDYARD, Derek (1996), "Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law", *European Competition Law Review*, Vol. 17º, núm. 8, págs. 438-452.
- SHALEV, Gabriela y ADAR, Yehuda (2008), "[The Law of Remedies in a Mixed Jurisdiction: The Israeli Experience](#)", *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 12º, núm. 1, págs. 1-24.
- SIRAGUSA, Mario (1998), "Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza", en RAFFAELLI, Enrico Adriano (dir.) *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Bruselas y Milán, Giuffrè, págs. 145-209.
- SLOT, Piet Jan (2013), "Does the *Pfleiderer* Judgment Make the Fight against International Cartels More Difficult", *European Competition Law Review*, Vol. 34º, núm. 4, págs. 197-206.
- STADLER, Astrid y MOM, Andreas (2006), "Tu felix Austria? – Neue Entwicklungen im kollektiven Rechtsschutz im Zivilprozess in Österreich", *Recht der internationalen Wirtschaft*, Vol. 52º, núm. 3, págs. 199-205.
- STEPHAN, Paul B. (2005), "[Global Governance, Antitrust, and the Limits of International Cooperation](#)", *Cornell International Law Journal*, Vol. 38º, núm. 1, págs. 173-218.
- SULLIVAN, E. Thomas (2003), "Antitrust Remedies in the U.S. and EU: Advancing a Standard of Proportionality", *The Antitrust Bulletin*, Vol. 48º, núm. 2, págs. 377-425.

WEBER WALLER, Spencer (2012), "Access and Information Remedies in High-Tech Antitrust", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 8°, núm. 3, págs. 575-593.

## **X ECONOMÍA Y ORGANIZACIÓN INDUSTRIAL**

ALCHIAN, Armen A. (1950), "Uncertainty, Evolution, and Economic Theory", *Journal of Political Economy*, Vol. 58°, núm. 3, págs. 211-221.

ARROW, Kenneth J. (1968), "The Economics of Moral Hazard: Further Comment", *American Economic Review*, Vol. 58°, núm. 3, págs. 537-539.

ASCH, Peter (1983), *Industrial Organization and Antitrust Policy*, ed. rev., Nueva York, John Wiley & Sons Inc.

BAIN, Joe Staten (1956), *Barriers to New Competition*, Harvard, Harvard University Press.

BATOR, Francis M. (1958), "The Anatomy of Market Failure", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 72°, núm. 3, págs. 351-379.

BAUMOL, William J, ORDOVER, Janusz A. y WILLIG, Robert D. (1997), "Parity Pricing and Its Critics: A Necessary Condition for Efficiency in the Provision of Bottleneck Services to Competitors", *Yale Journal on Regulation*, Vol. 14°, núm. 1, págs. 145-164.

CHAMBERLIN, Edward H. (1933), *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, Harvard University Press.

CLARK, John M. (1940), "Toward a Concept of Workable Competition", *The American Economic Review*, Vol. 30°, núm. 2, págs. 241-256.

COASE, Ronald H. y WILLIAMS JR., Ernest W. (1964), "The Regulated Industries: Discussion", *The American Economic Review*, Vol. 54°, núm. 3, págs. 192-197.

CREW, Michael A. y KLEINDORFER, Paul R. (1986), *The Economics of Public Utility Regulation*, Cambridge MA, MIT Press.

HANDLER, Milton (1932), "Industrial Mergers and the Anti-Trust Laws", *Columbia Law Review*, Vol. 32°, núm. 1, págs. 179-271.

HICKS, John R. (1939), "The Foundations of Welfare Economics", *The Economic Journal*, Vol. 49°, núm. 196, págs. 696-712.

HOGG, Robert V., MCKEAN, Joseph W. y CRAIG, Allen T. (2012), *Introduction to Mathematical Statistics*, 7ª ed., Londres, Pearson.

JEVONS, William S. (1871), *Theory of Political Economy*, Londres, Macmillan and Co.

KALDOR, Nicholas (1939), "Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", *The Economic Journal*, Vol. 49°, núm. 145, págs. 549-552.

KRUGMAN, Paul y WELLS, Robin (2009), *Economics*, 2ª ed., Nueva York, Worth Publishers.

LERNER, Abba P. (1934), "The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power", *The Review of Economic Studies*, Vol. 1°, núm. 3, págs. 157-175.

- MAKOVSKI, Louis y OSTROY, Joseph M. (2001), "Perfect Competition and the Creativity of the Market", *Journal of Economic Literature*, Vol. 39°, núm. 2, págs. 479-535.
- MARSHALL, Alfred (1890), *Principles of Economics*, 8ª ed., 1920, Londres, Macmillan and Co.
- MASON, Edward S. (1939), "Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise", *The American Economic Review*, Vol. 29° – Suplemento, págs. 61-74.
- MENGER, Carl (1871), *Principles of Economics*, DINGWALL, James y HOSELITZ, Bert F. (trads.), 1981, Nueva York, New York University Press.
- MILGROM, Paul R. y ROBERTS, John (1992), *Economics, Organization and Management*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall.
- MILL, John Stuart (1859a), *On Liberty*, Nueva York, Classics of Liberty Library.
- (1859b), *A System of Logic Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, Longmans, Harper & Brothers.
- MOTTA, Massimo (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press.
- NELSON Richard R. y WINTER, Sidney G. (1982), *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Harvard, Harvard University Press.
- NEVEN, Damien J. y RÖLLER, Lars-Hendrik (2005), "Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23°, págs. 829-848.
- PARETO, Vilfredo (1909), *Manuel d'Économie Politique*, París, Giard and Brière.
- PHILLIPS, Almarin (1970), "Structure, Conduct, and Performance, and Performance, Conduct, and Structure", en MARKHAM, Jesse W. y PAPANEEK, Gustav (eds.), *Industrial Organization and Economic Development*, Nueva York, Houghton Mifflin, págs. 26-37.
- ROBBINS, Lionel (1932), *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, Londres, Macmillan.
- ROBINSON, Joan (1933), *The Economics of Imperfect Competition*, Londres, Macmillan and Co.
- SCHERER, Frederic M. y ROSS, David R. (1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, Houghton Mifflin Co.
- SCHOTTER, Andrew (1990), *Free Market Economics: A Critical Appraisal*, 2ª ed., Nueva York, Wiley-Blackwell.
- SCHUMPETER, Joseph A. (1942), *Capitalism, Socialism and Democracy*, Londres y Nueva York, Routledge.
- SCOTCHMER, Suzanne (2004), *Innovation and Incentives*, Cambridge MA, MIT Press.
- SIDGWICK, Henry (1901), *The Principles of Political Economy*, 3ª ed., Londres, Macmillan and Co.
- SMITH, Adam (1776), *The Wealth of Nations*, Londres, W. Strahan and T. Cadell.
- SPULBER, Daniel F. (2003), "Entry Barriers and Entry Strategies", *Journal of Strategic Management Education*, Vol. 1°, núm. 1, págs. 55-80.

- SRAFFA, Piero (1926), “The Laws of Returns under Competitive Conditions”, *The Economic Journal*, Vol. 36º, núm. 144, págs. 535-550.
- SUTTON, John (1991), *Sunk Costs and Market Structure: Price Competition, Advertising, and the Evolution of Concentration*, Cambridge MA, MIT Press.
- VARIAN, Hal R. (2011), *Microeconomía intermedia: Un enfoque actual*, RABASCO, María Esther y TOHARIA, Luis (trads.), 8ª ed., Barcelona, Bosch.
- VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. y VERNON, John M. (2005), *Economics of Regulation and Antitrust*, 4ª ed., Cambridge MA y Londres, MIT Press.
- VON HAYEK, Friedrich (1948), “The Meaning of Competition”, en VON HAYEK, Friedrich (ed.) *Individualism and Economic Order*, Chicago, University of Chicago Press, págs. 92-106.
- WALRAS, Léon (1874), *Éléments d'économie politique pure, ou théorie de la richesse sociale*, 1926, París, R. Pichon et R. Durand-Auzias Editeurs.
- WOLF JR., Charles (1978), “A Theory of Non-Market Failure: Framework for Implementation Analysis”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 22º, núm. 1, págs. 107-139.

## XI TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y OTRAS RAMAS DEL DERECHO

- ANDERSON, Elizabeth (1993), *Value in Ethics and Economics*, Londres, Harvard University Press.
- BENTHAM, Jeremy (1823), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Hafner Press, 2ª ed. (1948).
- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant G. (1978), “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective”, *Buffalo Law Review*, Vol. 27º, núm. 1, págs. 181-292.
- DÍEZ, José Antonio y MOULINES, Carlos Ulises (1997), *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, Barcelona, Ariel.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María (2008a), *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- DUFF, R. Antony (1986), *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ENGISCH, Karl (1931), *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- FEINBERG, Joel (1965), “The Expressive Function of Punishment”, *The Monist*, Vol. 49º, núm. 3, págs. 397-423.
- HART, Herbert L. A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- HART, Herbert L. A. y HONORÉ, Tony (1959), *Causation in the Law*, 1ª ed., Oxford, Clarendon Press.
- HILL, Alfred (1969), “Constitutional Remedies”, *Columbia Law Review*, Vol. 69º, núm. 7, págs. 1109-1161.
- JELLINEK, Georg (1905), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, J. C. B. Mohr.

- KOHLER, Josef (1901), "Substanzrecht und Wertrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 91º, págs. 155-172.
- LEVINE, David I., JUNG, David J. y THOMAS, Tracy A. (2009), *Remedies: Public and Private*, 5ª ed., St. Paul, West Academic Publishing.
- OLIVECRONA, Karl (1969, pág. 177), "The Concept of a Right According to Grotius and Pufendorf", en NOLL, Peter y STRATENWERTH, Günther (coords.), *Rechtsfindung Beiträge zur juristischen Methodenlehre, Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80*, Berna, Stampfli & Cie, págs. 175-197.
- ROBERTS, Julian V. y STALANS, Loretta J. (1997), *Public Opinion, Crime, and Criminal Justice*, Boulder, Westview Press.
- ROSS, Alf (1958), *On Law and Justice*, Berkley, University of California Press.
- SCHAUER, Frederick F. (1991), *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press.
- THON, August (1878), *Rechtsnorm und subjectives Recht: Untersuchungen Zur Allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, H. Böhlau.
- VON JHERING Rudolf (1852), *Geist des römischen Rechts: auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Lipsia, Breitkopf und Härtel.
- WINDSCHEID, Bernhard (1875), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, Buddeus.
- ZEUNER, Albrecht (1983), "Historische Linien in der Entwicklung des Rechts am Gewerbebetrieb des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Verkehrssicherungspflichten", *Jahre Karlsruher Forum: Beiträge zum Haftungs- und Versicherungsrecht*, Vol. 25º, págs. 196 y sigs.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein (1998), *An Introduction to Comparative Law*, WEIR, Tony (trad.), 3ª ed., Oxford, Oxford University Press.

## **XII OTROS ÁMBITOS CIENTÍFICOS**

- GOODMAN, Nelson (1955), *Fact, Fiction, and Forecast*, 1ª ed., Cambridge MA, Harvard University Press.