

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.

Michele Carpagnano

Facultad de Derecho
Universidad de Trento y Universidad Autónoma de Madrid

410

*Abstract**

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Manfredi reafirma el derecho de los particulares a obtener la indemnización del daño patrimonial sufrido en consecuencia de una violación de los artículos 81 y 82 del Tratado. Además, a falta de una normativa comunitaria que regule en detalle la materia, el Tribunal ha solucionado algunos de los aspectos procesales más relevantes acerca de la aplicación privada (private enforcement) de las reglas comunitarias de competencia (como la legitimación activa, la determinación del daño, el cómputo del plazo de prescripción de la acción y los daños punitivos o ejemplares) aplicando los consolidados principios comunitarios de efectividad, equivalencia y proporcionalidad. Este artículo analiza críticamente cada una de las soluciones adoptadas por el Tribunal de Justicia a la luz del llamado proceso de modernización del derecho antitrust comunitario.

Sumario

1. Introducción
2. La aplicación del artículo 81 CE a una violación del derecho nacional de competencia (primera cuestión en los asuntos C-295/04 a C-298/04)
3. La legitimación activa para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 81 CE y para solicitar la reparación del perjuicio (segunda cuestión en los asuntos C-295/04 a C-297/04 y tercera cuestión en el asunto C-298/04)
4. La compatibilidad con el derecho comunitario del artículo 33.2 de la ley italiana de defensa de competencia (segunda cuestión en el asunto C-298/04)
5. El plazo de prescripción de las acciones fundadas en el derecho comunitario de la competencia (tercera cuestión en los asuntos C-295/04 a C-297/04 y cuarta cuestión en el asunto C-298/04)
6. La determinación del daño causado por una conducta anticompetitiva (cuarta cuestión en los asuntos C-295/04 a C-297/04 y quinta cuestión en el asunto C-298/04)
7. Conclusiones
8. Tabla de sentencias citadas
9. Bibliografía

* Michele Carpagano: Doctorando en *Studi Giuridici Comparati ed Europei* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento (Italia) y en *Derecho Mercantil* en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. El presente artículo es parte de un *paper* presentado por el Autor en la I Jornada de Estudio Derecho y Economía de la Competencia, Universidad Antonio de Nebrija Madrid, 26 de Octubre de 2006. El autor desea expresar su sincero agradecimiento al Prof. J.Alfaro

1. Introducción

En las reseñas de jurisprudencia de la mayoría de los Estados miembros sigue siendo difícil encontrar decisiones de tribunales que apliquen el derecho comunitario de competencia. Este simple hecho confirma una triste realidad: el *private enforcement* del derecho comunitario *antitrust* no ha alcanzado en los Estados miembros un nivel de efectividad adecuado como para que se le pueda considerar un remedio judicial viable a disposición de las empresas y de los consumidores en el mercado común. No existe, de hecho, una normativa comunitaria uniforme que discipline las acciones judiciales fundadas en una violación de las normas comunitarias de competencia. Y aunque se perciba, desde ya un par de años, una clara voluntad política de las Instituciones comunitarias – en primer lugar de la Comisión- para poner en marcha un proceso legislativo, se desconocen, al momento, tanto los instrumentos que se utilizaran para regular la materia como los tiempos concretos de la intervención del legislador¹. Mientras tanto, las acciones judiciales fundadas en una violación de los artículos 81 y 82 CE quedan reguladas en su mayor parte por las normas procesales del Estado miembro en donde hayan sido propuestas y sólo en menor medida por algunas normas-marco de derecho comunitario². Consecuentemente, el resultado de dichas acciones queda condicionado y en algunos caso hasta perjudicado por las características propias de las normas nacionales que rigen los procesos civiles en cada Estado miembro. *Rebus sic stantibus* hasta la clara indemnización del daño padecido por un consumidor como consecuencia de un acuerdo contrario al artículo 81 CE depende, de hecho, de la cultura procesal del Estado miembro en el que la acción judicial ha sido incoada y del mayor o menor grado de compatibilidad de ésta con el sistema *antitrust* comunitario.

El reciente estudio comparado sobre las acciones de daño promovido por la Comisión Europea (informe *Ashurst*) revela las normas nacionales sobre determinados aspectos del proceso civil -y las diferencias entre ellas (como las limitaciones a la legitimación activa, las normas en materia de prueba, la posibilidad de acciones colectivas, las modalidades del computo del plazo de prescripción, la posibilidad del juez de conceder los daños punitivos o ejemplares)- condicionan negativamente la afirmación del *private enforcement* como útil instrumento de reacción a las ilícitas distorsiones de la competencia en el mercado común.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2006, en los asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04³, tiene por objeto la interpretación del artículo 81 CE respecto a algunas cuestiones de carácter procesal relativas a las acciones privadas fundadas sobre el derecho comunitario de la competencia. Dicha sentencia contribuye a la afirmación del *private enforcement* como efectivo remedio judicial a disposición de quien, también como consumidor, haya sido perjudicado por una violación de los artículos 81 y 82 CE. A falta de una normativa comunitaria de detalle, la

¹ El funcionario de la Comisión europea DE SMITJER ha expresado dicha incertidumbre en el seminario de estudio “El Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por el incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia” organizado en Madrid el 30 de marzo de 2006.

² Para un cuadro completo de las diferencias existentes entre los Estados miembros sobre las acciones de daños y perjuicio fundadas en el derecho comunitario de competencia véase el estudio comparado citado en nota al pie n. 8.

³ STJCE de 13.7.2006 (MP: S. von Bahr).

sentencia filtra algunos de los aspectos más controvertidos referentes a las acciones privadas fundadas sobre el derecho comunitario de competencia: las limitaciones a la legitimación activa, la normas en materia de prueba, las modalidades del cómputo del plazo de prescripción y la posibilidad por el juez de conceder los daños punitivos o ejemplares. Dichos aspectos han sido también recientemente analizados en el Libro Verde de la Comisión sobre las acciones de daño por violación de las normas comunitarias *antitrust*⁴. Efectivamente, las cuestiones analizadas por el Tribunal se sitúan idealmente en el trazado de las reformas procedimentales del derecho comunitario de competencia cuya finalidad, como es sabido, es la descentralización de la aplicación de las normas y una mayor efectividad del sistema *antitrust* en su conjunto. Destaca un único *fil rouge* en la sentencia aquí comentada que parte de la decisión del Tribunal en el caso *Courage*⁵ y pasa por el Reglamento 1/2003⁶, por la promoción de programas específicos de formación destinados a los jueces nacionales sobre el derecho comunitario de la competencia⁷, por la publicación del estudio comparado promovido por la Comisión sobre las acciones de daño⁸ así como por la antes mencionada publicación del Libro Verde⁹ y por los Comentarios a dicho Libro Verde¹⁰.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por el Giudice di Pace di Bitonto (Italia) *ex* artículo 234 CE. Las cuestiones tienen por objeto la interpretación del artículo 81 CE y se suscitaron en el marco de tres distintos recursos de indemnización interpuestos por algunos asegurados contra sus respectivas aseguradoras. Los asegurados pidieron al Giudice que se condenase a las compañías aseguradoras a restituir los incrementos en las primas del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los siniestros causados por automóviles (RCA) que fueron abonados a causa de los incrementos aplicados por dichas empresas en virtud de un acuerdo declarado ilegal por la Autoridad nacional de defensa de la competencia (Autorità garante della concorrenza e del mercato, en lo sucesivo, "AGCM"). La conducta anticompetitiva, contraria al artículo 2 de la Ley italiana n. 287/90 (Ley de competencia), consistió en un complejo intercambio de información comercial entre competidores llevado a cabo a través de una base de datos (Rc Log). La Autorità estableció que dicha práctica había tenido el efecto de aumentar artificialmente del precio de las primas del seguro RCA en el mercado italiano.

El Giudice italiano ha preguntado a la Corte si una práctica contraria al derecho nacional de competencia puede también violar el artículo 81 CE¹¹ y le ha planteado cuatro cuestiones de

⁴ Libro Verde sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, Bruselas, 19.12.2005 COM (2005) 672.

⁵ STJCE de 20.9.2001 (MP: M. Wathelet) p. I- 6297. Véase el comentario de PALMIERI Y PARDOLESI (2002, p. 75).

⁶ Reglamento (CE) del Consejo de 16 de diciembre de 2002, n. 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (GU L 1 del 4.1.2003, p.1).

⁷ Véase *Convocatoria de propuestas para proyectos de formación de los jueces nacionales en derecho de la competencia comunitario y cooperación judicial entre jueces nacionales*.

Véase <http://ec.europa.eu/comm/dgs/competition/proposals2/>.

⁸ WAELBROECK, SLATER Y EVEN-SHOSHAN (2004).

⁹ Véase nota al pie n. 4.

¹⁰ Los *Comentarios al Libro Verde* están publicados en la página web de la Comisión. Véase http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp_contributions.html.

¹¹ Es la primera cuestión en los asuntos C-295/04 a C-298/04.

carácter procesal cuyo objeto es respectivamente: la legitimación para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos y para solicitar la reparación del perjuicio¹²; la compatibilidad del artículo n. 33.2 de la Ley italiana de defensa de competencia con el derecho comunitario¹³; el plazo de prescripción de la acción de indemnización basada en el artículo 81 CE¹⁴; la obligatoriedad por el juez nacional de otorgar indemnizaciones de daños y perjuicios de carácter punitivo¹⁵.

Sin analizar en detalle las consecuencias específicas en el derecho italiano de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Giudice di Pace, cabe destacar que dichas cuestiones se sitúan en el contexto de la larga *querelle* que, entre las decisiones de la Corte di Cassazione n. 1811 del 1999 y S.U. n. 2207 del 2005, ha animado el debate doctrinal a propósito de la configuración en el sistema italiano *antitrust* de la legitimación activa del consumidor - y no solo del empresario competidor- para proponer una acción de daños y perjuicios fundada en un ilícito anticompetitivo¹⁶. La exacta determinación de la ley aplicable al cártel RCA es determinante también para la individuación del juez nacional competente a decidir sobre la acción privada. En efecto, la ley italiana de defensa de competencia establece en favor de la Corte d'Appello una reserva de competencia exclusiva para decidir los pleitos fundados sobre las violaciones del derecho nacional de competencia¹⁷. A falta de una explicitada previsión del legislador, las acciones de los particulares fundadas en una violación del derecho comunitario de competencia deberán ser decididas por el juez que resultará competente según las ordinarias reglas en materia de competencia establecidas en la ley procesal civil.

La compatibilidad de este sistema de repartición interna de los pleitos *antitrust* con el derecho comunitario se analizará más adelante siendo objeto de una cuestión específica planteada al Tribunal por el juez remitente¹⁸.

2. La aplicación del artículo 81 CE a una violación del derecho nacional de competencia (primera cuestión en los asuntos C-295/04 a C-298/04)

El Tribunal ha resuelto la cuestión sobre la base de la diversidad de las finalidades perseguidas por las normas comunitarias de competencia y las nacionales: “mientras que los artículos 81 CE y 82 CE contemplan [las prácticas restrictivas] en razón de los obstáculos que de ellas pueden derivarse para el comercio entre los Estados miembros, las legislaciones internas, inspiradas por consideraciones propias a cada una de ellas, valoran las prácticas restrictivas solamente en ese

¹² Es la segunda cuestión en los asuntos C-295/04 a C-297/04 y la tercera cuestión en el asunto C-298/04.

¹³ Es la segunda cuestión en el asunto C-298/04.

¹⁴ Es la tercera cuestión en los asuntos C-295/04 a C-297/04 y la cuarta cuestión en el asunto C-298/04.

¹⁵ Es la cuarta cuestión en los asuntos C-295/04 a C-297/04 y la quinta cuestión en el asunto C-298/04.

¹⁶ Véase: DELLI PRISCOLI (2006); PARDOLESI (2004); PALMIERI, PARDOLESI, (2005). Sobre la cuestión de la configuración de la acción de daños y perjuicios en el ordenamiento italiano véase: SCODITTI (2003); BASTIANON (2003); CALVO (2005); CASTRONOVO (2004); COLANGELO (2003); LIBERTINI (2004); NEGRI (2003).

¹⁷ Según la previsión contenida en el artículo 33.2 de la legge 287/90. Para un exhaustivo análisis de las cuestiones relacionadas al art. 33, véase PASCUZZI (1993); PAGNI (2005).

¹⁸ Es la segunda cuestión en el asunto C-298/04.

marco”¹⁹. Por el Tribunal de Justicia, es la íntima diversidad de las finalidades perseguidas la que permite en el sistema *antitrust* la aplicación paralela del derecho comunitario y del derecho nacional de competencia. Según el precepto del Tratado, como es sabido, para poder aplicar el derecho comunitario a una práctica anticompetitiva es necesario que ésta tenga capacidad de afectar al comercio entre los Estado miembros. Además, la constante jurisprudencia comunitaria ha individuado en el perjuicio «sensible» al comercio entre los Estados un umbral mínimo que, una vez alcanzado, permite considerar cualquier práctica anticompetitiva de relieve comunitario²⁰. Dicho criterio funciona como si fuese un separador para distinguir el derecho comunitario y el derecho nacional de competencia, que insistiendo sobre idénticas factispecies sustanciales, acabarían, en caso contrario, solapándose y confundiéndose. Para poder explicar porqué la práctica sancionada a nivel nacional sea también contraria al derecho comunitario, el Tribunal ha utilizado el argumento de la diversidad de las finalidades, al que reconduce también la interpretación y la aplicación del criterio de los efectos sobre el comercio entre los Estados²¹. En este sentido una práctica que sea idónea a incidir sobre la libertad de comercio entre los Estados y que pueda perjudicar la realización de los objetivos del mercado único, “aislando los mercados nacionales o modificando la estructura de la competencia en el mercado común”, siempre será contraria al derecho comunitario de competencia²².

Una vez colocada de forma estable la separación entre el derecho comunitario y el nacional de competencia sobre la diversidad de las finalidades de sus respectivas normas, el Tribunal ha resuelto la cuestión sin añadir nada a su firme jurisprudencia. Para integrar el requisito del perjuicio al comercio entre los estados, es necesario que resulte con un grado suficiente de probabilidad que la práctica pueda tener una influencia directa o indirecta, actual o potencial, sobre el comercio entre los Estados miembros, de manera que se pueda temer que dicha práctica pueda obstaculizar la realización del mercado único²³. Dicha influencia, que ha de ser cuantificada por el análisis de elementos objetivos de derecho o de hecho, no debe ser insignificante²⁴.

Quizás la parte más interesante de la solución de la primera cuestión es la evaluación de los elementos utilizados por el Tribunal para verificar la idoneidad del cártel RCA a perjudicar el

¹⁹ Sentencia C-295-298/04, apartado 38. Véanse también la sentencias: 13 de febrero de 1969, asunto 14/68, *Wilhelm y o.*, Racc. p. 1, apartado 3; 10 de julio 1980, asuntos acumulados 253/78, 1/79-3/79, *Giry y Guerlain y o.*, Racc. p. 2327, apartado 15; 9 de septiembre de 2003, C-137/00, *Milk Marque e National Farmers' Union*, Racc. p. I-7975, apartado 61.

²⁰ Véase *Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty*, GU C101 de 27.4.2004, p. 81, apartados 12 e 13. Véanse también: asunto 22/71, *Béguelin*, Racc. 1971, p. 949, punto 16; asuntos acumulados 56/64 y 58/64, *Consten e Grundig*, Racc. 1996, p. 458 y asuntos acumulados 6/73 e 7/73, *Commercial Solvents*, Racc. 1974, p. 223.

²¹ Sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 41. Véanse también las Conclusiones del Abogado General, de 26 de enero de 2006, apartado 33.

²² Véase sentencias de 31 de mayo de 1979, causa 22/78, *Hugin/Commissione*, Racc. p. 1869, punto 17, y de 25 de octubre de 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Racc. p. I-8089, punto 47. Véanse también *Guidelines on the effect on trade*, citadas, apartado 35.

²³ Véase sentencia de 11 de julio de 1985, causa 42/84, *Remia y o./Comisión*, Racc. p. 2545, punto 22, y *Ambulanz Glöckner*, citada, punto 48.

²⁴ Véase sentencia 28 abril 1998, C-306/96, *Javico*, Racc. p. I-1983, punto 16.

comercio intracomunitario. Como suele pasar en estos casos, la configuración del requisito mínimo es el resultado de la combinación de varios elementos que si fuesen considerados singularmente no hubieran sido determinantes²⁵. La circunstancia que la práctica anticompetitiva ha sido sancionada por la Autorità a causa de su contraste con el derecho nacional de competencia está incluida entre los elementos relevantes²⁶. Como es sabido, no se puede excluir *prima facie* el relieve comunitario de una práctica que es contraria al derecho nacional de competencia. De hecho, en presencia de determinados elementos, la contrariedad al derecho nacional puede ser un claro índice de su idoneidad a afectar el comercio entre los Estados. En efecto, una práctica que se extiende por todo el territorio de un Estado miembro tiene por naturaleza el efecto de consolidar la segmentación de los mercados a nivel nacional, obstaculizando así la integración económica²⁷.

De la actividad investigadora llevada a cabo por la Autorità ha resultado que las diez mayores empresas en el sector auto y cuatro de las segundas diez más grandes compañías activas en el mercado italiano de los seguros han participado en la práctica ilícita y que entre ellas figuran también empresas no italianas²⁸. El dato sobre la participación a la práctica aunque no es por sí mismo decisivo para demostrar la relevancia comunitaria de la violación constituye, por decirlo en palabras del Abogado General, “un fuerte indicio de la incidencia sobre el comercio entre los Estados miembros, por lo menos cuando se combine con la participación en la práctica de empresas no italianas”²⁹. La participación activa de operadores no italianos indicaría, en efecto, un cierto margen de permeabilidad del mercado de los seguros RCA por los operadores extranjeros. Normalmente en un mercado permeable a las prestaciones de servicios, las empresas adherentes a un acuerdo nacional en materia de precios conservan su propia cuota de mercado sólo si se tutelan contra la competencia externa³⁰. La idoneidad de tales acuerdos a compartimentar el mercado interno se debe al hecho de que las empresas participantes en los cárteles en un solo Estado miembro deben adoptar medidas para excluir a los competidores procedentes de otros Estados miembros³¹.

No obstante las fuertes barreras a la entrada en el mercado italiano RCA, la presencia de

²⁵ Véanse sentencias *Bagnasco e a.*, citada, punto 47, y de 29 de abril de 2004, causa C 359/01 P, *British Sugar/Commissione*, Racc. p. I 4933, punto 27.

²⁶ Véase Decisión de la Autorità Garante della Concorrenza e Mercato n. 8546, de 28 de julio 2000.

²⁷ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, par.45. Véase también *Guidelines on the effect on trade*, citadas, apartado 78. Y las sentencias 17 octubre 1972, causa 8/72, *Vereeniging va Cementhandelaren/Commissione*, Racc. p. 977, punto 29; *Remia e a./Commissione*, citada, punto 22, e 18 junio 1998, causa C-35/96, *Commissione/Italia*, Racc. p. I-3851, punto 48. Para un ejemplo reciente véase la sentencia 19 febrero 2002, causa C 309/99, *Wouters*, Racc. p. I 1577, punto 95. Véase también sentencias de 4 de mayo de 1988, causa 30/87, *Bodson*, Racc. p. 2479, punto 24, y *Ambulanz Glöckner*, citada, punto 49. También el Abogado General sigue la misma línea interpretativa en sus Conclusiones, apartado 35.

²⁸ Véase Decisión AGCM, citada, apartado 126.

²⁹ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 44. Véase Conclusiones Abogado General, apartados 37 y 38. Es interesante subrayar que la Autorità italiana, a la hora de definir el mercado geográfico relevante consideró que “la circunstancia de que en el mercado estén empresas extranjeras no incide en la dimensión geográfica del mismo, porque para poder operar en el sector, las empresas deben disponer de una red de distribución y de liquidación en Italia, y conformarse a la normativa italiana en materia de seguro obligatorio”, Decisión AGCM, citada, apartado 194 (traducido por el autor).

³⁰ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 49.

³¹ Véase causa 246/86, *Belasco*, Racc. 1989, p. 2117, apartados 32-38. Véase ALFARO (2004).

operadores extranjeros es otro indicio de la dimensión comunitaria de la práctica anticompetitiva. Dichas barreras -que según la Autorità fueron puestas principalmente para garantizar una red eficaz de distribución y de liquidación de los daños en todo el territorio nacional- aunque no puedan considerarse como “absolutas”, a causa de la presencia de operadores no italianos, seguramente han dificultado a estos la prestación del servicio de seguro en la rama RCA³². En casos similares, cuando las barreras a la entrada no son absolutas pero sí dificultan las actividades transfronterizas, es muy importante asegurarse de que los acuerdos y las prácticas no obstaculicen ulteriormente dichas actividades; en efecto los acuerdos que determinan tales consecuencias son normalmente idóneos para perjudicar el comercio entre los Estados miembros.

Según el Tribunal de Justicia, debe ser el juez remitente el que decida si se considera suficientemente probable que la existencia de la práctica concordada haya podido tener una influencia disuasoria (directa o indirecta, actual o potencial) en la venta de las primas del seguro RCA en el mercado italiano por parte de los operadores de otros Estados miembros y que dicha influencia no haya sido insignificante. Si el Giudice non considere satisfecho este criterio, o no consigue demostrarlo adecuadamente, la práctica anticompetitiva deberá ser considerada, para la resolución de las controversias principales, contraria únicamente al derecho nacional de la competencia.

Para “orientar al órgano jurisdiccional nacional en su interpretación” el Tribunal de Justicia ha aportado algunas precisiones destinadas a apoyar el argumento de la configuración en el caso RCA del perjuicio sensible al comercio intracomunitario. El Tribunal ha subrayado que el efecto disuasorio del cártel habría afectado a las compañías aseguradoras de otros Estados miembros que no ejercen actividades en Italia. En particular, el cártel RCA, coordinando el comportamiento de los competidores habría determinado que las primas del seguro de responsabilidad civil de automóviles sean fijadas a un nivel en el que su venta no hubiera sido rentable para dichas compañías³³. El efecto del cártel no parece *prima facie* disuasorio a la entrada en el mercado de un nuevo operador. Al contrario, el nuevo entrante habría tenido muchos incentivos para entrar en el mercado italiano precisamente a causa del precio elevado artificialmente. Éste, aplicando sus tarifas más baratas, habría ganado importantes cuotas de mercado. En efecto, los precios del cártel RCA (que según la Autorità eran más altos con respecto al precio de mercado) no eran precios predatorios, es decir no eran tan bajos como para excluir ilícitamente la competencia externa. Un precio mantenido muy alto de forma artificial y por tanto tiempo (por lo menos entre el 1994 y el 1999) es un claro índice de elevados márgenes de ganancia. Lo cual habría debido atraer, a causa de la permeabilidad del mercado, desde cualquier lugar y en muy poco tiempo capitales en búsqueda de elevadas rentas. En principio, el nuevo entrante no coludido habría podido establecer su precio autónomamente respecto a sus competidores coludidos pero -y aquí está la barrera implícita- no habría podido tener acceso a las informaciones estratégicas relativas a las reales condiciones del mercado. La falta de acceso a dichas informaciones comerciales (las únicas disponibles eran aquellas de *RC Log*, la base de datos puesta al centro de la colusión)

³² Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 50.

³³ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartados 47 e 51. Véase, sentencia de 17 de octubre 2002, causa C-79/01, *Payroll e a.*, Racc. p. I-8923, punto 29; y la sentencia *British Sugar*, antes citada, apartados 29 y 30.

habría evidentemente hecho la entrada peligrosísima en el mercado para el nuevo operador desde un punto de vista financiero. Además debe tenerse en cuenta que la Autorità ha establecido que la participación de una nueva compañía en los servicios de la base de datos *RC Log* quedaba condicionada por la aceptación de las otras empresas participantes³⁴.

Según la jurisprudencia comunitaria, el comercio entre Estados puede ser perjudicado si los participantes en un cártel nacional reducen la presión competitiva ejercitada por los competidores procedentes de otros Estados induciéndolos a adherirse al acuerdo restrictivo, si su exclusión pone a los competidores en una situación de desventaja competitiva³⁵. En casos similares el acuerdo impide a los competidores excluidos explotar las ventajas competitivas de las que disponen (en el caso RCA la capacidad potencial de ofrecer un precio más bajo) o aumenta sus costes con un consecuente impacto negativo en su competitividad (el elevado riesgo financiero asociado a la falta de información comercial estratégica). En ambos casos el acuerdo obstaculiza la actividad de los competidores procedentes de otros Estados miembros en el mercado nacional.

La influencia ilícita de la práctica anticompetitiva sobre los flujos comerciales entre los Estados miembros se habría camuflado en el intercambio de información comercial estratégica, con el efecto de organizar las actividades para compartimentar el mercado común y obstaculizar la libre prestación de servicios.

El Tribunal ha resuelto la primera cuestión estableciendo que un acuerdo o una práctica concordada entre aseguradoras, consistente en un intercambio recíproco de información que permite un incremento de las primas del seguro de responsabilidad civil de automóviles no justificado por las condiciones del mercado, y que vulnera las normas nacionales de defensa de la competencia, puede constituir también una infracción del artículo 81 CE. Siempre y cuando teniendo en cuenta las características del mercado nacional en cuestión exista un grado suficiente de probabilidad de que el acuerdo o práctica concertada pueda ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en la venta de pólizas de este seguro en el Estado miembro de que se trate por parte de empresas establecidas en otros Estados miembros y de que esta influencia no sea insignificante³⁶.

3. La legitimación activa para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 81 CE y para solicitar la reparación del perjuicio (segunda cuestión en los asuntos C-295/04 a C-297/04 y tercera cuestión en el asunto C-298/04)

La cuestión es de especial interés porque afronta dos importantes consecuencias de las conductas anticompetitivas frente a terceros. En particular, el juez remitente ha preguntado al Tribunal si el

³⁴ Véase Decisión AGCM, citada, apartado 128.

³⁵ Véase *Guidelines on the effect on trade*, citadas, apartado 82. Véase causa 45/85 *Verband der Sachversicherer*, Racc. 1987, p. 405, punto 50 y causa C-7/95 P, *John Deere*, Racc. 1998, p. I-3111.

³⁶ Véase sentencia en los asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 52.

artículo 81 CE debe ser interpretado de forma que legitime a cualquiera a invocar en un juicio la nulidad de una práctica prohibida por el artículo 81 CE y a solicitar la reparación del perjuicio. El Tribunal ha resuelto la cuestión de manera afirmativa fundando su argumentación en la consolidada jurisprudencia en materia de efectos directos. Como es sabido, ya a partir de mitad de los años setenta, el Tribunal ha reconocido la eficacia directa en las relaciones horizontales de las prohibiciones previstas en los artículos 81 e 82 CE y su capacidad de atribuir derechos a los particulares, que los jueces nacionales están obligados a tutelar³⁷.

El artículo 81 n. 2 del Tratado sanciona con la plena nulidad cualesquiera acuerdo, práctica y decisión contraria al número 1 del mismo artículo. Según una reiterada jurisprudencia, la nulidad de un acuerdo o de una práctica anticompetitiva puede ser invocada en juicio por cualquiera y se impone al juez nacional cuando recorren los presupuestos para la aplicación del derecho comunitario de la competencia y cuando, naturalmente, dicho acuerdo no justifique la concesión de una exención ex artículo 81, n. 3, CE³⁸. La Corte, resolviendo la primera parte de la cuestión, ha reconocido sin ninguna perplejidad que cualquier sujeto de derecho está legitimado para invocar la nulidad de una práctica prohibida por el artículo 81 CE³⁹.

La solución de la segunda parte de la cuestión (relativa a la proposición de la acción de daños y perjuicios) ha sido construida por el Tribunal en la sólida jurisprudencia relativa al efecto útil del artículo 81 n. 1 CE y en particular sobre la decisión del caso *Courage*, que ya es *leading case* en materia⁴⁰. En ausencia de un artículo del Tratado que configure expresamente la acción de daños y perjuicios como instrumento procesal de reacción a los ilícitos anticompetitivos, el Tribunal de Justicia ha debido de confeccionar este remedio partiendo de la efectividad del artículo 81 CE. Según el Tribunal la plena eficacia de la prohibición del artículo 81 n. 1 CE estaría condicionada a la concreta disponibilidad por parte los afectados de las acciones de daños y perjuicios causados por un acuerdo o una práctica anticompetitiva delante de los jueces nacionales. Éstos, institucionalmente encargados de aplicar las normas de derecho comunitario, están llamados a garantizar la plena eficacia del artículo 81 CE y a tutelar los derechos atribuidos por éste a los individuales⁴¹.

El Tribunal ha solucionado la cuestión, como en el caso *Courage*, afirmando que la plena eficacia del artículo 81 del Tratado y en particular su efecto útil “se vería 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 que pueda restringir o falsear el juego de la competencia”⁴². El derecho a pedir al juez nacional la compensación del daño reforzaría la efectividad de las normas

³⁷ Véanse sentencias de 30 de enero de 1974, causa 127/73, *BRT e SABAM*, conocida como «BRT/I», Racc. p. 51, punto 16; de 18 de marzo de 1997, causa C-285/95 P, *Guérin automobiles/Commissione*, Racc. p. I-1503, punto 39, y de 20 setiembre 2001, causa C-453/99, *Courage et Crehan*, Racc. p. I-6297, punto 23. Véase BENACCHIO (2004).

³⁸ Véase la sentencia en los asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 57. Véase en particular, la sentencia 9 de julio de 1969, causa 10/69, *Portelange*, Racc. p. 309, punto 10.

³⁹ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 59.

⁴⁰ Véase sentencia *Courage e Crehan*, antes citada.

⁴¹ Véanse en particular las sentencias de 9 de marzo de 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, Racc. p. 629, punto 16; de 19 de junio de 1990; causa C 213/89, *Factortame*, Racc. p. I 2433, punto 19; sentencia *Courage*, citada, punto 25.

⁴² Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 60. Véase sentencia *Courage e Crehan*, citada, punto 26.

de competencia comunitarias e incrementaría el efecto de prevención general del sistema *antitrust* en su conjunto. Las acciones privadas, paralelamente a aquellas administrativas de la Comisión y de las Autoridades nacionales pueden contribuir, según el Tribunal, al mantenimiento de una efectiva competencia en el mercado único⁴³. Precisamente por esta razón debe ser reconocido a cualquiera el derecho de pedir a un juez nacional la indemnización del daño padecido como consecuencia de una conducta contraria al derecho comunitario de la competencia siempre y cuando se cumplan, en el caso concreto, los requisitos sustanciales establecidos en el caso *Courage* y exista un nexo causal entre el daño y la práctica anticompetitiva⁴⁴.

Por lo que se refiere a la disciplina de las modalidades procedimentales para el ejercicio en concreto del derecho a la indemnización del daño y la aplicación de la noción jurídica de «nexo causal», el Tribunal, en ausencia de una disciplina comunitaria en materia, ha reenviado necesariamente al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro⁴⁵. Dicho reenvío sin embargo no es incondicionado: las modalidades de derecho interno deben respetar el principio de equivalencia -no pudiendo ser menos favorables de aquéllas que se refieren a los recursos internos análogos - y el principio de efectividad -no pudiendo rendir prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos atribuidos por el ordenamiento jurídico comunitario⁴⁶.

Los principios de equivalencia, de efectividad y de la primacía del derecho comunitario constituyen, como describiremos a continuación, la *chiave di volta* sobre la que el Tribunal ha fundado la solución de las otras cuestiones de carácter procesal remitidas por el Giudice di pace de Bitonto⁴⁷.

4. La compatibilidad con el derecho comunitario del artículo 33.2 de la ley italiana de defensa de competencia (segunda cuestión en el asunto C-298/04)

El juez remitente ha preguntado al Tribunal si el artículo 81 CE se opone a una norma nacional que establece la competencia para decidir las acciones de daño fundadas sobre la ley nacional de defensa de la competencia en favor de un juez distinto de aquel ordinariamente competente para decidir los casos de igual valor. El artículo 33 apartado II de la ley italiana 287/1990 establece en favor de la Corte d'Appello una reserva exclusiva de competencia para decidir las acciones de nulidad y de daños y perjuicios fundadas en una violación de las disposiciones sobre los

⁴³ Véase JONES (1999); WILS (2006). Acerca de la propuesta de introducir en el ordenamiento comunitario los "double damages" para las violaciones del derecho de competencia véase el *Libro Verde* citado, Cuestiones E y F. Cabe destacar que el pasado uno de septiembre han sido publicadas las *Líneas Directrices adoptadas por la Comisión Europea en materia de sanciones pecuniarias por violación de los artículos 81 y 82 CE en aplicación del artículo 23(2)(a) del Reglamento 1/2003*. Véase CARPAGNANO (2006) y LOWE (2006).

⁴⁴ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartados 61-63.

⁴⁵ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 64.

⁴⁶ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartados 62 e 63. Véase, sentencias 10 julio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, Racc. p. I-4025, punto 27, e *Courage e Crehan*, citada, punto 29.

⁴⁷ Para un análisis de los principios de equivalencia, efectividad y del primado del derecho comunitario véase BENACCHIO (2004, pp. 20 y 99-144).

acuerdos y prácticas restrictivas, el abuso de posición de dominio y las operaciones de concentración⁴⁸. Dicha previsión se aplica exclusivamente a las acciones fundadas en una violación del derecho nacional de la competencia⁴⁹. En cambio, las acciones fundadas en el derecho comunitario, a falta de una específica previsión normativa, están reguladas por las ordinarias reglas establecidas por el código procesal en materia de competencia. En el ordenamiento jurídico italiano destaca por lo tanto una distinta repartición del contencioso según la derivación nacional o comunitaria de las normas en las que están fundadas las demandas judiciales. Las acciones fundadas en el derecho nacional de competencia deben ser propuestas en primera instancia a la Corte d'Appello (que normalmente es juez de segunda instancia), mientras que las acciones fundadas sobre el derecho comunitario deberán ser propuestas al Giudice di Pace o al Tribunale según el valor del pleito. Como es sabido, el Reglamento n. 1/2003 impone a los jueces nacionales la aplicación también de las normas comunitarias de competencia cuando resuelven una controversia fundada en el derecho nacional, por lo menos cuando esté satisfecho el criterio de la incidencia en el comercio entre los Estados miembros. De esta manera el litigante, debido a la estrategia procesal que considere más adecuada, podría fundar su acción no sólo *exclusivamente* en la violación del derecho nacional o *exclusivamente* del derecho comunitario sino en la violación del derecho nacional y *también* del derecho comunitario⁵⁰. El juez competente a recibir el recurso cambiará según la estrategia procesal del actor.

Para evaluar la compatibilidad de esta reserva de competencia con el ordenamiento comunitario es necesario tomar como referencia el principio comunitario de equivalencia. Dicho principio implica que las reglas válidas para una acción fundada en el derecho comunitario no resulte menos favorable de aquéllas que se aplican a las acciones análogas propuestas en la base del derecho interno. En el ordenamiento jurídico italiano, por lo que se refiere a las acciones de daño basadas en el derecho comunitario de la competencia, no parece darse una lesión de tal principio. De hecho, los que promueven una acción basada en una violación del artículo 81 CE reciben un trato más "favorable" respecto a los que promueven la misma acción fundada en el derecho nacional de la competencia. Es la estructura misma del sistema procesal italiano la que avala esta diferencia de trato. En efecto, aunque no se considerara la endémica lentitud de los procesos civiles, los procesos incoados en la Corte d'Appello son normalmente más largos en términos absolutos de tiempo, más caros en términos económicos y conllevan un mayor esfuerzo profesional respecto a los incoados en el Giudice di pace o en el Tribunale. Además, algunos elementos estructurales como por ejemplo la disponibilidad del doble grado de jurisdicción juegan en favor de la acción fundada en el artículo 81 CE. Dicha acción, siendo propuesta en primera instancia, puede ser analizada también en un juicio de apelación mientras que la acción fundada en la ley nacional está necesariamente limitada a un solo grado de juicio⁵¹.

El Tribunal de Justicia, sobre la base de estas consideraciones, ha establecido que el juez nacional

⁴⁸ Véase el art. 33 apartados II de la Legge 287/90.

⁴⁹ Véase sentencia de la Corte di Cassazione de 4 febrero 2005, n. 2207, citada. Véase también el apartado 66 de la sentencia aquí comentada.

⁵⁰ En cuyo caso sería competente la Corte d'Appello que, siendo juez nacional, deberá aplicar el derecho comunitario de la competencia según lo establecido por el Reglamento n. 1/2003.

⁵¹ Véase Conclusiones Abogado General, apartado 42.

llamado a verificar el respeto de los principios de equivalencia y de efectividad en relación con el artículo 33 de la ley italiana de competencia debe constatar que la situación jurídica fundada en el derecho comunitario está más tutelada respecto a aquélla fundada en el derecho nacional⁵². Además, también en el caso de que la acción fundada en el derecho comunitario fuera propuesta en Corte d'Appello, recibiría, en principio, un trato idéntico a una acción basada en el derecho nacional de competencia. Según el Tribunal, no parece seriamente configurable en este caso una violación ni del principio de equivalencia ni tampoco del principio de efectividad.

Por lo que se refiere a las acciones fundadas exclusivamente en una violación del derecho comunitario de competencia e incoadas delante del Giudice di pace en aplicación del criterio del valor, tampoco parece relevante el problema de la eventual duración del proceso ni siquiera aquél del coste del juicio y por lo tanto, el principio de proporcionalidad no parece estar perjudicado. Está claro que en caso contrario, como ha subrayado *ad abundantiam* el Abogado General, si la duración del proceso o sus costes resultan desproporcionados, el ejercicio de los derechos atribuidos a los particulares por el ordenamiento comunitario se vería en entredicho⁵³.

El Tribunal ha resuelto la cuestión estableciendo que, a falta de una disciplina comunitaria en materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar a los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo confiere a los justiciables; siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a la indemnización de los daños y perjuicios conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario⁵⁴.

5. El plazo de prescripción de las acciones fundadas en el derecho comunitario de la competencia (tercera cuestión en los asuntos C-295/04 a C-297/04 y cuarta cuestión en el asunto C-298/04)

El juez remitente ha preguntado al Tribunal si el artículo 81 CE se opone a una norma nacional que establece que el plazo de prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 81CE se computa a partir del día en que comienza el acuerdo o práctica prohibidos. El plazo de prescripción, regulando el acceso a las Cortes de Justicia en relación con el pasar del tiempo, es uno de los elementos procesales que más condiciona en negativo la efectividad de las acciones privadas fundadas en el derecho comunitario de la competencia. La cuestión planteada por el Giudice di Pace es de especial interés porque a falta de una normativa comunitaria uniforme que regule el régimen de prescripción aplicable a las acciones privadas, expone peligrosamente el sistema comunitario *antitrust* a la variedad de soluciones vigentes en los distintos ordenamientos jurídicos de los

⁵² Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 67.

⁵³ Véase Conclusiones Abogado General, apartados 49-51.

⁵⁴ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 72.

Estados miembros, perjudicando la efectividad del mismo⁵⁵. Hay que considerar que un plazo de prescripción demasiado corto perjudicaría gravemente la efectividad del sistema de *private enforcement* del derecho comunitario de la competencia en su conjunto. Véanse por ejemplo las acciones de daño “gemelas”: dichas acciones son propuestas en juicio individualmente por varios afectados, normalmente después de que se haya publicado una sentencia favorable a un primer actor que viene a ser un verdadero *tester* de la bondad de la demanda. En este caso, un plazo de prescripción demasiado breve podría perjudicar la proposición de las sucesivas acciones gemelas por haber vencido el plazo de prescripción durante el proceso “piloto”.

El plazo de prescripción releva, evidentemente, también para conseguir una eficaz interacción entre *public* y *private enforcement* del derecho de la competencia y en particular para una efectiva proposición de las acciones *follow-on*. En este sentido, un plazo de prescripción breve podría perjudicar la proposición de las acciones fundadas en una decisión de condena de la Autoridad (comunitaria o nacional) de competencia principalmente si ésta ha tardado mucho en activarse o en acabar su actividad de investigación. Un término de prescripción largo puede, por lo tanto, favorecer la proposición de acciones *follow-on* y, en principio, garantizar una mayor efectividad del sistema *antitrust* en su conjunto. Un plazo de prescripción breve llevaría a una situación paradójica donde, una vez que la Autoridad administrativa competente haya publicado la decisión de condena, la acción del afectado fundada en la misma ya no podría ser admisible por el vencimiento del plazo para la proposición de la acción⁵⁶. Además, sobre todo en aquellos ordenamientos donde el plazo de prescripción para el acceso a las pruebas está acompañado de la carga de presentar las pruebas relativas a la presunta conducta anticompetitiva en el momento de la proposición de la acción, un término de prescripción breve podría afectar gravemente la efectiva proposición de las acciones⁵⁷. Es interesante notar que existe una gran variedad de soluciones vigentes en los Países de la Unión con respecto a la disciplina del plazo de prescripción de las acciones de daño. Como emerge del estudio comparado *Ashrust* dichas diferencias relevan tanto a la hora de definir el *dies a quo*, como en el establecimiento de la duración de la prescripción⁵⁸.

La remisión *tout court* a los ordenamientos jurídicos nacionales expone el *private enforcement* del derecho comunitario de la competencia no sólo a una potencial inefectividad – porque algunas acciones de daños y perjuicios basadas en una violación del derecho de la competencia acertada por la Autoridad administrativa no podrán ser válidamente propuestas en un juicio- sino también a una inadmisibles variedad de resultados procesales además de una clarísima disparidad de tratamientos entre afectados dependiendo del foro competente a decidir dichas pretensiones. La falta de una normativa comunitaria en materia ha sido colmada, al menos en parte, por la jurisprudencia comunitaria a través de la aplicación del principio de equivalencia (el plazo de prescripción no debe resultar menos favorable de aquél que se aplica a análogas acciones internas) y del principio de efectividad (el plazo de prescripción no debe hacer que sea prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos atribuidos por el

⁵⁵ Véase Conclusiones Abogado General, apartado 60.

⁵⁶ Véase COMMISSION STAFF (2005, p. 74).

⁵⁷ Véase , COMMISSION STAFF (2005, p. 14).

⁵⁸ Véase el citado estudio *Ashrust* y también COMMISSION STAFF (2005, p. 75).

ordenamiento jurídico comunitario)⁵⁹.

Para solucionar la cuestión, el Tribunal ha analizado la estructura del plazo de prescripción en el ordenamiento jurídico italiano. En Italia, la tutela contra los efectos negativos derivados de una intensa anticompetitiva es eficaz sólo a partir del día en que ésta haya estado realizada y, por lo tanto, el plazo de prescripción de la demanda fundada en el artículo 81 CE empezará desde entonces⁶⁰. Según el Tribunal de Justicia, una regla similar podría hacer prácticamente imposible el ejercicio del derecho a la proposición de la acción de daños y perjuicio en particular si la norma nacional provee también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse⁶¹. De hecho en los casos de infracciones continuadas o repetidas, es hasta posible que el plazo de prescripción venza antes de que la infracción hubiera acabado. Obviamente, para los que hubieran padecido un daño después del vencimiento de la prescripción, sería imposible incoar una acción⁶².

El Tribunal de Justicia ha establecido que corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si una norma nacional hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio sufrido⁶³.

6. La determinación del daño causado por una conducta anticompetitiva (cuarta cuestión en los asuntos C-295/04 a C-297/04 y quinta cuestión en el asunto C-298/04)

En la última cuestión procedimental planteada al Tribunal, el juez remitente ha preguntado si el artículo 81CE debe interpretarse de manera que imponga a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de otorgar indemnizaciones de daños y perjuicios de carácter punitivo. Aunque insista sobre un aspecto específico, la pregunta intercepta una verdadera *key difficulty* del *private enforcement* del derecho comunitario de la competencia. En efecto, tanto la determinación del daño como su liquidación en juicio constituyen dos de los aspectos más problemáticos acerca de las acciones privadas a causa no sólo de las posibles definiciones de compensación (según se basen en el concepto de reparación del daño o de restitución de un beneficio ilícito) sino también por las concretas modalidades de determinación del mismo⁶⁴. En la mayor parte de los casos ambos aspectos inciden sensiblemente en la decisión oportunista del propio afectado de ir a los juzgados para pedir justicia y por lo tanto condicionan directamente la efectividad del sistema de aplicación privada de las reglas comunitarias en materia de competencia⁶⁵. En efecto, los incentivos a las acciones son un aspecto crucial para el *private enforcement* sobre todo cuando la acción judicial es propuesta por un consumidor. En estos casos, la indemnización del daño si

⁵⁹ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartados 76-77 y 81; véase también el apartado 62.

⁶⁰ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 75.

⁶¹ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 78.

⁶² Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 79.

⁶³ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartados 80-82.

⁶⁴ Véase COMMISSION STAFF (2005, apartados 125- 144).

⁶⁵ Otros factores influyen, obviamente, al actor potencial a la hora de proponer una acción judicial de daños y perjuicios. Algunos de éstos tienen un carácter meramente subjetivo (como por ej. la íntima satisfacción, perseguida a toda costa, de ver condenado al operador económico), otros tienen un carácter objetivo (como por ej. la duración estimada del proceso o el coste del asesoramiento legal en el juicio). Véase WILS (2006).

fuera entendida como mera compensación, no sería idónea *per se* para incentivar la proposición de las acciones judiciales. Por ejemplo, en el caso del cártel RCA, ha sido estimado que el sobreprecio pagado indebidamente por cada asegurado a la aseguradora coludida ha sido (para cada año de cártel) un veinte por ciento más del precio en un mercado en concurrencia. Dicha suma de dinero, sin calcular los intereses legales, no alcanza en la mayor parte de los casos los cien euros.

Frente a la modesta entidad del daño patrimonial sufrido, es legítimo preguntarse acerca de la oportunidad, obviamente en términos económicos, de promover un acción judicial y de soportar sus elevados costes y la inevitable alea procesal que condiciona el resultado. Las empresas coludidas, en cambio, distribuyendo un pequeño sobreprecio a toda su cartera de clientes consiguen sacar normalmente una notabilísima ventaja económica. De hecho, el efecto neto determinado de la falta de regulación uniforme respecto a los criterios a tener en cuenta para la determinación del daño y, a la vez, de eficaces instrumentos de agregación procesal (por lo menos en la mayor parte de los Estados miembros) constituyen fuertes incentivos a la colusión, multiplicados por el escaso efecto de las acciones privadas sobre las ilícitas ganancias de los operadores económicos coludidos. Además debe considerarse que el efecto de prevención general propio de las acciones privadas es independiente de la entidad de las (eventuales) sanciones pecuniarias impuestas por la Autoridad administrativa competente. La multa, además de sancionar un hecho ilícito es también un desincentivo a las violaciones de las reglas *antitrust* por las empresas⁶⁶.

La iniciativa procesal privada podría incentivarse a través, por ejemplo, de la introducción en el sistema *antitrust* comunitario de algunos criterios para la determinación del daño que vayan más allá de la mera compensación de la pérdida patrimonial del afectado y que ataquen directamente el beneficio alcanzado por el operador coludido⁶⁷. En algunos Estados miembros, con independencia del mero efecto desincentivador propio de la compensación, el operador coludido es sancionado también a través del reconocimiento a la víctima de los daños punitivos, como en Chipre, o de daños ejemplares como en Irlanda, en el Reino Unido y en Chipre⁶⁸.

La cuestión planteada por el Giudice remitente insiste efectivamente sobre la posibilidad por parte del juez nacional de conceder daños punitivos. El Tribunal ha resuelto la cuestión a la luz de los principios de equivalencia y de efectividad. Como hemos visto en la solución de las tres cuestiones precedentes, a falta de una disciplina comunitaria, la Corte ha remitido siempre a los ordenamientos nacionales la definición de los aspectos de detalle (la definición del juez competente, la determinación de las reglas procedimentales etc.) El Tribunal ha resuelto la cuestión estableciendo que cada Estado miembro tiene la carga de fijar los criterios para la liquidación del daño, siempre que dichos criterios no resulten menos favorables de aquéllos aplicados a análogos acciones fundadas en el derecho interno y que la compensación del daño no

⁶⁶ Véase nota número 64.

⁶⁷ Véase COMMISSION STAFF (2005, apartados 114 -124).

⁶⁸ No obstante la previsión legislativa, la liquidación de los daños ejemplares en los Países citados es muy raramente concedida por los jueces. Véase WAELBROECK, SLATER Y EVEN-SHOSHAN (2004, p. 87). Véase también RODGER (2003).

sea imposible o extremadamente difícil⁶⁹.

En la mayor parte de los Estados miembros, la compensación de los daños tiene la función de reparar el perjuicio causado por el comportamiento anticoncompetitivo prohibido y no conlleva, normalmente, al sujeto afectado ninguna ventaja económica ulterior. En Italia, del mismo modo, el daño punitivo no sólo no está previsto por el legislador sino que es ajeno a la finalidad propia del instituto de la reparación. Dicho remedio está concebido como un instrumento de satisfacción del perjuicio sufrido (y demostrado en juicio) por el sujeto afectado, sin que puedan considerarse relevantes objetivos sancionadores o punitivos, objeto de expresa reserva de ley⁷⁰. Conforme a una constante jurisprudencia del Tribunal, para garantizar el efecto útil del artículo 81, n. 1, CE no es necesario conceder una indemnización superior en su valor económico al perjuicio efectivamente sufrido por la víctima⁷¹. Respecto a este punto, el juez comunitario ha subrayado que por el principio de equivalencia, la liquidación del daño punitivo debe poder ser reconocida en el ámbito de las acciones fundadas en las normas comunitarias de competencia, sólo si está presente entre los remedios disponibles de derecho interno⁷².

La solución del Tribunal también en la última cuestión está fundada en el principio de efectividad y en el derecho para pedir la indemnización del daño causado por un contrato o un comportamiento idóneo a restringir o a falsear el juego de la competencia. De este principio descende que los sujetos afectados deben poder pedir en juicio la indemnización no sólo del daño efectivamente padecido (*damnum emergens*), sino también del lucro cesante (*lucrum cessans*) y además del pago de los intereses legales⁷³. Según el Tribunal, la exclusión total del *lucrum cessans* no puede ser admisible porque, sobre todo en controversias de carácter económico o mercantil, la “exclusión total del lucro cesante puede imposibilitar en la práctica la reparación del daño”⁷⁴. Una interesante advertencia ha sido colocada por el Tribunal al final de la solución de la cuestión: 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 del derecho comunitario”⁷⁵. Lo cual parece más que una reflexión jurídica, una consideración política para animar a la Comisión a seguir adelante con la propuesta tímidamente insertada en el Libro Verde relativa a la posibilidad de establecer, en caso de violaciones de las normas sobre cárteles horizontales, la posibilidad de “duplicar la indemnización del daño de manera automática o condicionada a discreción del tribunal”⁷⁶. Lo cual, obviamente, para tratar de hacer más apetecibles las acciones de daño fundadas en el derecho de la competencia que de otra manera no tendrían mucho *appeal* para los

⁶⁹ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 84; la sentencia de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, Racc. p. I-1029, apartados 89 y 90.

⁷⁰ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 85.

⁷¹ Véase Conclusiones Abogado General, citadas, apartados 64-70.

⁷² Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 93.

⁷³ Véase sentencia C-295-298/04, apartado 95.

⁷⁴ Véase sentencia C-295-298/04, apartado 96. Véanse también *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, citada, apartado 87; C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft* y o., Racc. p. I-1727, apartado 91.

⁷⁵ Véase sentencia asuntos acumulados C-295-298/04, apartado 94. Véanse también las sentencias 4 octubre 1979, asunto 238/78, *Ireks-Arkady/Consejo* y *Comision*, Racc. p. 2955, punto 14; 21 septiembre 2000, C-441/98 y C-442/98, *Michailidis*, Racc. p. I-7145, punto 31, y *Courage e Crehan*, citada, punto 30.

⁷⁶ Véase *Libro Verde*, citado, apartado 2.3.

perjudicados en el mercado común.

7. Conclusiones

El Tribunal ha resuelto algunos de los más importantes problemas procesales conexos a las acciones privadas fundadas sobre el derecho comunitario de la competencia en la base de los principios de efectividad, equivalencia y proporcionalidad. Las soluciones propuestas no parecen echar en falta, ni en términos de efectividad ni siquiera de coherencia sistemática, la ausencia de una disciplina comunitaria que regule en detalle la materia. Las soluciones del Tribunal parecen estar dotadas, además, de una calidad ulterior respecto a la intervención normativa. En primer lugar porque respetan plenamente las tradiciones culturales propias de cada ordenamiento jurídico y también porque no perjudican la estructura y la finalidad de los remedios de derecho civil vigentes. A nivel comunitario por lo tanto, y con independencia de la decisión que tomará el Giudice di Pace en los asuntos principales, las soluciones indicadas por el Tribunal constituyen en consideración de una próxima y quizás no imprescindible intervención legislativa en materia, útiles pruebas generales de *private enforcement* del derecho comunitario de competencia.

En lo que se refiere al ordenamiento jurídico italiano, con independencia del proceso de modernización del derecho comunitario *antitrust*, la sentencia del Tribunal atribuye al Giudice di Pace, una importante responsabilidad; éste, llamado a pronunciarse sobre una demanda de daños y perjuicios, para poder liquidar el daño patrimonial (por muy modesto que sea) deberá preliminarmente establecer si las empresas aseguradoras hayan perjudicado sus competidores en el mercado común. Si lo consigue, gracias también a las puntuales indicaciones en este sentido del Tribunal, el juez deberá afirmar su competencia, aplicar el artículo 81 CE y liquidar el daño a los afectados. En caso contrario, deberá limitarse a reconocer la competencia en primera instancia de la Corte d'Appello no pudiendo él decidir la cuestión sobre el derecho nacional de competencia.

A falta de claras intervenciones estructurales que incentiven la proposición de acciones judiciales fundadas en el derecho nacional de competencia, los consumidores afectados en el mercado italiano por un ilícito *antitrust* -que non tenga repercusiones sensibles en el comercio entre los Estados miembros- seguirán preguntándose, lejos de los tribunales, si para ellos el juego de la competencia merece la pena.

8. Tabla de sentencias citadas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Ponente</i>	<i>Partes</i>
13.7.1966	56 y 58/64	Trabucchi	<i>Consten y Grundig Verkaufs c. Comisión</i>
13.2.1969	14/68	Trabucchi	<i>Wilhelm Y Otros C. Bundeskartellamt</i>

9.7.1969	10/69	Monaco	<i>S.A. Portelange c. S.A. Smith Corona Marchant International y Otros</i>
25.11.1971	22/71	Kutscher	<i>Beguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export</i>
17.10.1972	8/78	Pescatore	<i>Vereeniging Van Cementhandelaren c. Comision</i>
6.3.1974	6 y 7/73	Donner	<i>Istituto Chemioterapico SPA y Comercial Solvents c. Comisi3n</i>
21.3.1974	127/73	Mackenzie Stuart	<i>BRT c. SABAM</i>
9.3.1978	106/77	Pescatore	<i>Ammministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal</i>
31.5.1979	22/78	Sorensen	<i>Hugin c. Comisi3n</i>
4.10.1979	238/79	Sørensen	<i>Ireks-Arkady Gmbh Contra Consejo y Comision</i>
10.7.1980	253/78 y 1/79-3/79	Mackenzie Stuart	<i>Procureur De La Republique, Pachot y Ramon C. Giry Y Guerlain</i>
11.7.1985	42/84	Galmot	<i>Remia B.V., F.A. De Rooij y N. V. Verenigde Bedrijven Nutricia Contra Comision</i>
27.1.1987	45/85	Koopmans	<i>Verband der Sachversicherer e.V. contra Comisi3n</i>
4.5.1988	30/87	Koopmans	<i>Corinne Bodson c. Sa Pompes Funebres Des Regions Liberees</i>
11.7.1989	246/86	Moitinho de Almeida	<i>Sc Belasco c. Comisi3n</i>
19.6.1990	213/89	Kakouris	<i>Reino Unido c. Factortame LTD y otros</i>
5.3.1996	46/93	Rodriguez Iglesias	<i>Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland y The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros.</i>
10.7.1997	261/95	Melchior Wathelet	<i>Rosalba Palmisani contra Istituto nazionale della previdenza sociale</i>
28.4.1998	306/96	Schintgen	<i>Javico International y Javico AG c. Yves Saint Laurent Parfums SA</i>
18.6.1998	35/96	Melchior Wathelet	<i>Comisi3n c. Italia</i>
21.1.1999	215 y 216/96	Hirsch	<i>Carlo Bagnasco y otros contra Banca Popolare di Novara soc. coop. arl.</i>
21.9.2000	441 y 442/98	Kapteyn	<i>Kapniki Michailidis AE contra Idryma Koinonikon Asfaliseon</i>
8.3.2001	397 y 410/98	Melchior Wathelet	<i>Metallgesellschaft Ltd y otros (C-397/98), Hoechst AG y Hoechst (UK) Ltd (C-410/98) contra Commissioners of Inland Revenue y HM Attorney General</i>
20.9.2001	453/99	Melchior Wathelet	<i>Courage c. Crehan</i>
25.10.2001	475/99	Melchior Wathelet	<i>Ambulanz Glöckner contra Landkreis Südwestpfalz</i>
19.2.2002	309/99	Melchior Wathelet	<i>J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh y Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten</i>
17.10.2002	79/01	Timmermans	<i>Payroll Data Services (Italy) Srl, ADP Europe SA y ADP GSI SA.</i>
9.9.2003	137/00	V. Skouris	<i>Reino Unido c. Milk Marque Ltd. y National Farmers' Union</i>
29.3.2004	359/01	S. von Bahr	<i>British Sugar plc contra Comisi3n</i>

13.7.2006	295 a 298/04	S. von Bahr	<i>Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA; Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA; Nicolò Tricarico y Pasqualina Mugolo c. Assitalia SpA.</i>
-----------	--------------	-------------	---

9. Bibliografía

J. ALFARO (2004), "La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. una concepción privatística del derecho antimonopolio", *InDret* 4/2004.

BASTIANON (2003), *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, 4 393 Danno e responsabilità

BENACCHIO (2004), *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli e regole (III edizione)*, Padova.
 CARPAGNANO (2006), "Hacia la multa perfecta: breves consideraciones sobre las nuevas Líneas Directrices adoptadas por la Comisión Europea en materia de sanciones pecuniarias por violación de los artículos 81 y 82 CE", en *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, Junio-Julio 2006, Madrid.

CALVO (2005), *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata* (contributo allo studio dei Folgeverträge) 2 181, *I Contratti*.

CASTRONOVO (2004), *Antitrust e abuso di responsabilità civile* 5 469 Danno e Responsabilità

COLANGELO (2003), *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali*, 2 175 *Diritto industriale*

COMMISSION STAFF (2005), *Working Paper SEC 1732*.

DELLI PRISCOLI (2006), "Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto", en *Giur.Commerciale*, 33.2, 256/II.

JONES (1999), *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford press.

LIBERTINI (2004), *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, 10 933 Danno e responsabilità

LOWE (2006), "Preserving and Promoting Competition: A European Response", *Competition Policy Newsletter*, number 2.

NEGRI (2003), *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore* (la Cassazione non dilegua i dubbi nella vicenda RC auto), 6 747 *Il Corriere giuridico*.

PAGNI (2005), *La tutela civile avverso l'illecito antitrust: la latente instabilità dell' art. 33 L. 10 ottobre*

1990 n. 287, in *Concorrenza e Mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, VETTORI (CUR.), Padova, Cedam, 609.

PALMIERI, PARDOLESI (2002), *Intesa Illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal si lagni e chiedi i danni" en Foro Italiano*, IV, 75.

PALMIERI, PARDOLESI (2005), *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, I 1015 Foro It.

PARDOLESI (2004), *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone*, I 469, Foro it.

PASCUZZI (1993), *Commento all'art. 33 l. 297/1990* in FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI, UBERTAZZI (cur.), *La legislazione Antitrust italiana*, Bologna.

RODGER (2003), *Private Enforcement and the Enterprise Act: An Exemplary System of Awarding Damages*, ECLR 1032.

SCODITTI (2003), *Il consumatore e l'antitrust*, I 1127 Foro it.

WAELEBROECK, SLATER y EVEN-SHOSHAN (2004), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Ashurst.

WILS (2006), "Optimal Antitrust fines: Theory and Practice", en *World Competition*, 29(2), p. 183-208.