

InDret

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia

Jesús Alfaro Águila-Real

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

BARCELONA, JULIO DE 2009

*Abstract**

Este trabajo cuestiona la conveniencia de una armonización positiva del Derecho de la Competencia en el seno de la Unión Europea. El Libro Blanco de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (2008) pretende solucionar un problema inexistente: la aplicación insuficiente por los jueces y los particulares del Derecho de la Competencia. Sin embargo, la Comisión europea descuida el verdadero problema: la falta de aplicación de la normas sobre defensa de la competencia por parte de las autoridades tanto nacionales como comunitarias.

This paper questions the advisability of a positive harmonization of Competition Law within the European Union. The White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules (2008) tries to solve an inexistent problem: the insufficient enforcement of antitrust rules by the judiciary and citizens. Notwithstanding, the European Commission neglects the real problem: the lack of enforcement of the mentioned rules by national and European authorities.

Title: Against Positive Harmonization: the European Commission Proposal to Strengthen the Private Enforcement of Competition Law

Palabras claves: Derecho de la Competencia, private enforcement, Comisión Europea

Keywords: Competition Law, Private Enforcement, European Commission

Sumario

- 1. Introducción: una evaluación general de la iniciativa de la Comisión: “Del gran paso adelante a una modesta propuesta de mejorar la aplicación del Derecho de Competencia Europeo”**
- 2. Es preferible la armonización negativa a la positiva**
- 3. Algunas de las reglas que se pretenden armonizar pueden estar equivocadas**
- 4. La armonización no es una exigencia del Tratado**
- 5. El *enforcement* de la prohibición de cárteles ha de ser predominantemente público**
- 6. Sólo podemos estar relativamente seguros de que un incremento en el *private enforcement* elevará el bienestar social en relación con las *follow on claims* por cártel**
- 7. La aportación de las acciones de daños a la reducción del número de cárteles: ¿incremento de la tasa de detección?**
- 8. No hay pocas demandas *follow on* por insuficiencias del Derecho procesal o del Derecho de la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros**
- 9. Sufrimos un déficit de acciones de daños basadas en cárteles. No un déficit de acciones basadas en el Derecho de la competencia**
- 10. El problema es el de insuficiente *enforcement* público, no privado**
- 11. Conclusiones**
- 12. Bibliografía**

* El autor desea mostrar su agradecimiento a Laura URBELZ, a Raúl LÓPEZ PETISCO, a MICHELE CARPAGNANO, a Patricia LIÑÁN, a Alberto ARRIBAS, a Fernando GÓMEZ POMAR, a José María MIQUEL y a los participantes en el Seminario organizado por la Universidad de Trento el 8 de mayo de 2009. También a dos *referees* anónimos. Los defectos restantes, como siempre, son de responsabilidad exclusiva del autor.

1. Introducción: una evaluación general de la iniciativa de la Comisión: “Del gran paso adelante a una modesta propuesta de mejorar la aplicación del Derecho de Competencia Europeo”

La Comisión Europea lanzó hace pocos años una iniciativa para promover lo que se ha denominado aplicación privada (*private enforcement*) del Derecho de la Competencia comunitario¹. En los planteamientos iniciales, la propuesta era muy ambiciosa ya que se trataba de llevar hasta sus últimas consecuencias la descentralización en la aplicación del Derecho de la Competencia comunitario involucrando, sobre todo, a los juzgados y tribunales nacionales, es decir, transformar el Derecho de la Competencia, desde un Derecho público sancionador de carácter administrativo en un Derecho ampliamente aplicado en las relaciones entre particulares y por los jueces civiles por iniciativa de aquellos². Dentro de este gran objetivo, garantizar la compensación de las víctimas de ilícitos *antitrust* era una de las metas pretendidas³. A lo largo del debate – del *Libro Verde* al *Libro Blanco*⁴ – la discusión se ha centrado y se han reducido los objetivos. Ahora se trata, exclusivamente, de garantizar la compensación de las víctimas. Cualquier objetivo disuasorio de la comisión de ilícitos anticompetitivos ha quedado al margen.

¹ Los trabajos preparatorios, culminando, por ahora, en el Libro Blanco se encuentran publicados en la página web de la Dirección General de Competencia, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

² V., D. WOODS, A. SINCLAIR, D. ASHTON (2004, pp. 31-32). Es el trabajo más antiguo de los incluidos por la DG de Competencia y donde el planteamiento es el que se refleja en el texto: aunque se trata de aumentar la efectividad del Derecho de la Competencia aumentando la participación de los particulares y de los tribunales, en la práctica, esta mayor implicación se concentra en la litigación por la indemnización de daños aunque en estas primeras exposiciones de la cuestión se hace referencia a la *Commission Notice on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ C 101, 27.4.2004* para indicar que “*the Commission holds the view that the new enforcement system established by Regulation 1/2003 strengthens the possibilities for complainants to seek and obtain effective relief before the national courts. Moreover, the notice states that ‘public enforcers cannot investigate all complaints’*”.

³ V., las ambiciosas metas reflejadas en el *Impact Study: Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios FINAL REPORT* Done in Brussels, Rome and Rotterdam, 21 December 2007 Project Team: Centre for European Policy Studies (CEPS); Prof. Andrea Renda (coordinator); Prof. John Peysner; Prof. Dr. Alan J. Riley; Prof. Barry J. Rodger; Erasmus University Rotterdam (EUR); Prof. Dr. Roger J. Van Den Bergh; Sonja Keske; Luiss Guido Carli (LUISS); Prof. Roberto Pardolesi; Dr. Enrico Leonardo Camilli; Dr. Paolo Caprile; REPORT FOR THE EUROPEAN COMMISSION CONTRACT DG COMP/2006/A3/012 (en adelante, *Impact Study*) donde se cuantifican en miles de millones de euros los potenciales beneficios de reforzar el *private enforcement* en sentido amplio. “*Overall, more effective enforcement of antitrust laws in Europe (with public and private enforcement) could bring about yearly social benefits as high as 1% of GDP, or €113 billion in 2006. The contribution of private enforcement to this impact is expected to be substantial*”, pero en p. 155 “*the results we obtained are to be considered as a mere indication of the potential for private enforcement to provide private parties with recovery of antitrust injury, not as a precise calculation of how the future antitrust enforcement will look like in the EU27*”.

⁴ Libro Blanco. *Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, 2-IV-2008 (COM(2008) 165 final)*. De la misma opinión es Jeroen KORTMANN que dice que “*In the White Paper, the term private enforcement has all but disappeared (5/99). Instead, the new slogan is full compensation. The key question: lipservice or changed objective?*”.

En este debate, debe aclararse además, y desde el comienzo, que nadie discute el derecho de las víctimas de un cártel a ser compensadas. Sería difícilmente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) que un ciudadano que ha sufrido un daño como consecuencia de una conducta ilícita por parte de otro no pudiera acudir a los tribunales para pedir una compensación y especialmente sangrante cuando la conducta ilícita es tan dañina para el bienestar social como un cártel⁵. El Derecho comunitario no es diferente en este punto y el derecho a la indemnización de los daños causados por la violación del art. 81 TCE forma parte del *acquis communautaire*. Recuérdese que éste supone que los Estados miembros han de garantizar a cualquier víctima de una infracción del Derecho de la competencia comunitario el derecho a ser indemnizado en términos de efectividad y equivalencia⁶. Pero no es una obviedad que cualquier daño, por indirecto y pequeño que sea, haya de ser indemnizado a través de un procedimiento judicial como única garantía de la efectividad de la norma comunitaria. En este sentido, la separación entre disuasión y compensación es artificial. El propio TJCE ha considerado intercambiables las multas y las indemnizaciones de daños a los efectos de garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario⁷, pero resulta obvio que se protege a las víctimas de los cárteles, en su conjunto,

⁵ Tal es el caso, también, de Francia, v., *Décision Court Constitutionnelle*. 1982 : *Décision* 1999: «*L'article 1382 du C. civ. (que es el correspondiente a nuestro art. 1902 CC) a valeur constitutionnelle*».

⁶ La Comisión sugiere, (Libro Blanco, p. 8) “*codificar en un instrumento legislativo comunitario el actual acervo comunitario relativo al alcance de los daños y perjuicios que pueden recuperar las víctimas de infracciones en materia de competencia*”. Pues bien, cuando se examina en qué consiste este acervo comunitario, se comprueba que es una declaración un tanto pomposa. “*The WP summarizes the *acquis communautaire* regarding recoverable antitrust damages, on the basis in particular of the Manfredi judgment and its interpretation of the principles of effectiveness and equivalence. Firstly, victims of an EC competition law infringement are entitled: to full compensation of the harm caused, namely of “actual loss” (*damnum emergens*) and of loss of profit (*lucrum cessans*), plus interest from the time the damage occurred until the capital sum awarded is actually paid; to particular damages, such as exemplary and punitive damages, if and to the extent to which such damages may be awarded pursuant to actions based on violations of national competition law... Secondly, in the absence of Community law, Member States may ensure that the protection of the right to damages for loss caused by a competition law infringement does not entail the unjust enrichment of the victims. Thirdly, Member States may not a priori fix an upper limit on the amount of compensation*”, F. W. BULST (2008, pp. 81 ss., p. 83).

⁷ V., no obstante, la STJCE 22-IV-1997, en la que se decide sobre la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Laboral de Hamburgo sobre si el § 611^a BGB violaba la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DOCE L39, de 14 de febrero de 1976). El § 611a.2 BGB establecía que si al constituir una relación laboral, un empresario violaba esta prohibición, el perjudicado podía reclamar una indemnización en metálico adecuada, cuyo importe no podía exceder de tres mensualidades de salario. El actor, envió una solicitud por correo en respuesta a una oferta de trabajo que no mereció respuesta alguna de la demandada e inició una acción de responsabilidad civil y solicitó una indemnización de una cuantía igual a tres mensualidades y media de salario. De la respuesta del TJCE a las cuestiones prejudiciales planteadas, interesa destacar que según el TJCE, los Estados miembros eran libres para fijar las sanciones a las conductas discriminatorias. Que el Derecho comunitario solo obligaba a que las sanciones fueran “suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva” y añade que “la Directiva implica que cuando el Estado miembro decide sancionar las violaciones de la prohibición de discriminación por medio de una indemnización, esta última debe poder garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz, debe tener un efecto disuasorio real respecto del empresario y debe ser en todo caso adecuada al perjuicio sufrido. Una indemnización puramente simbólica no se ajustaría a las exigencias de una adaptación eficaz del

tanto evitando que se formen los cárteles (y que no surja el daño para los consumidores en primer lugar) como garantizándoles una compensación por los daños sufridos⁸. No se entiende por qué, para dar cumplimiento al art. 81 TCE resulta imprescindible que también los dañados indirectamente por los cartelistas puedan reclamar la indemnización de los daños.

Pero la reducción de los objetivos del *Libro Blanco* es aún mayor. No se trata de promover la compensación por vía judicial de las víctimas de cualquier ilícito *antitrust*. Aunque la Comisión Europea continúa hablando sin sustancia respecto del carácter general de las reglas cuya introducción en todos los Derechos nacionales propone en el Libro Blanco afirmando que

“las cuestiones abordadas en el Libro Blanco se refieren, en principio, a todas las categorías de afectados, a todos los tipos de infracción de los artículos 81 y 82 y a todos los sectores de la economía. La Comisión también considera apropiado que la medida comprenda tanto los recursos de reparación de daños basados en infracciones previamente constatadas por una autoridad de competencia como las intervenciones que no se basan en ese supuesto”⁹.

En realidad, ahora se trata de facilitar el ejercicio de acciones de indemnización de los daños y perjuicios causados por los cárteles y por vía consecutiva a una decisión de la autoridad de competencia (*follow on claims*).

En las páginas que siguen se argumentará que ésta es la única política merecedora de ser perseguida porque no hay un problema de aplicación insuficiente por parte de jueces y de particulares del Derecho de la competencia en general ni las medidas propuestas en el Libro Blanco van más allá de facilitar la interposición de demandas por parte de las víctimas de cárteles. Se concluirá que, en tales condiciones, sería preferible que la Comisión Europea no adoptara ninguna iniciativa legislativa para armonizar el Derecho Procesal de los Estados miembros dejando espacio a la llamada “armonización negativa”. Por el contrario, nuestra impresión es que Europa sufre un problema de underenforcement público de la prohibición de cárteles por lo que la Comisión Europea y las autoridades nacionales deberían incrementar notablemente los recursos destinados a la detección y persecución de los cárteles, ampliando igualmente las medidas que pueden promover este objetivo, singularmente, la imposición de sanciones penales a los cartelistas; la concesión de incentivos pecuniarios a los denunciantes y la imposición de obligaciones de desinvertir (*divestitures*).

derecho interno a la Directiva” lo que hace contrario al Derecho comunitario la fijación “a priori un límite máximo de tres mensualidades de salario a la indemnización de daños y perjuicios que puede reclamar un candidato discriminado por razón de sexo con motivo de la contratación, cuando dicho candidato habría obtenido la plaza vacante si la selección se hubiera efectuado sin discriminaciones”. Es evidente, pues, que, en la concepción del TJCE, la indemnización de daños y la imposición de multas pueden ser sustitutivos para garantizar la efectividad de las normas de Derecho comunitario.

⁸ V., las sensatas observaciones al respecto contenidas en RBB Brief 29 (2009) *Crime and Punishment (and Deterrence) – the role of private cartel damages actions*, disponible en http://www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb_brief_29.pdf.

⁹ Libro Blanco, p. 4.

2. Es preferible la armonización negativa a la positiva

Comenzando por la necesidad de armonización, tampoco desde la perspectiva de la subsidiariedad, está justificada la intervención comunitaria en los Derechos procesales de los Estados miembros ya que éstos tienen los incentivos y están mejor “situados” para reformar sus leyes procesales – si es necesario- con el objetivo de reducir los costes de litigar para las víctimas de los cárteles¹⁰.

Es más, el Derecho Procesal permite que se desarrolle una cierta competencia entre ordenamientos¹¹ de manera que aquellos que sean más favorables a los demandantes puedan concentrar las demandas de daños contra los cartelistas. La competencia judicial en Europa se encuentra distribuida por el Reglamento 44/2001¹² que, como es sabido, permite a los demandantes elegir entre el foro del domicilio del demandado o en el del lugar donde se ha producido el daño (art. 5.3 en relación con el 2.1). Y el art. 6.1 del mismo Reglamento permite demandar a todos los co-demandados en el foro de uno de ellos siempre que las acciones ejercidas estén estrechamente conectadas¹³. Dado que los cárteles de los que se ocupa la Comisión Europea son cárteles internacionales, se desarrollaría una competencia suficiente entre ordenamientos porque los demandantes tendrían poderosos incentivos para elegir aquél cuyas normas procesales y sustantivas fueran más favorables a su pretensión indemnizatoria. Es preferible recurrir al “mercado” antes que a la armonización positiva de las legislaciones nacionales. Esta última está pasada de moda en todos los ámbitos normativos que han permitido crear el mercado único¹⁴.

Algunos Estados miembros tendrán más incentivos que otros para instaurar una cultura favorable a las pretensiones indemnizatorias. Singularmente, aquellos que deseen proteger a sus

¹⁰ En sentido parecido, con argumentos económicos, F. MARCOS/A. SÁNCHEZ GRAELLS (2008); T. REHER (2009).

¹¹ A la manera que se está desarrollando en el Derecho de Sociedades gracias a las sentencias Centros, Überseering e Inspire Art. V., al respecto, en general, J. ALFARO ÁGUILA-REAL (1999).

¹² Reglamento (CE) nº 44/2001 del consejo, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

¹³ “si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente”.

¹⁴ Resulta sorprendente que el *Impact Study* afirme (p 12) que “*Impact on the internal market. This includes potential benefits as regards the elimination of disparities in the legal regime for antitrust damages actions in the member states, and the creation of a level playing field between national jurisdictions as regards both the possibility for private claimants to seek compensation in national courts, and the reduction of legal uncertainty, which can represent a barrier for companies wishing to engage in cross-border trade*”. La armonización legislativa no es un bien en sí mismo. Imponer a todos una norma o regulación *ineficiente* multiplica los costes de la legislación. Si los *claimants* pueden “moverse”, las regulaciones nacionales de peor calidad caerán en la insignificancia y, como sucede con la litigación comercial o con los procedimientos concursales, los ordenamientos más eficientes atraerán litigios y procedimientos en perjuicio de los menos eficientes con la correspondiente ganancia para el bienestar social.

consumidores y, sobre todo, aquellos que deseen atraer hacia su jurisdicción pleitos de gran volumen y prominencia, dado el volumen de negocio asociado a los mismos tanto para la abogacía como para todas las profesiones complementarias (consultores, etc...). Así, por ejemplo, está empezando a ocurrir en relación con los procedimientos concursales en relación con Gran Bretaña. También el Reino Unido puede convertirse un lugar atractivo para los litigios *antitrust* dada la amplia concepción de su propia jurisdicción de los tribunales ingleses¹⁵; su reputación y celeridad en el ámbito mercantil¹⁶.

Al examinar la iniciativa de la Comisión y la literatura y discusión que ha generado, la sensación es que el resultado, una vez más, es un conjunto de reglas de extremada minuciosidad y complicación que contrastan con la simplicidad del objetivo que se dice perseguir (v., por ejemplo, las reglas que se proponen sobre carga de la prueba en el caso de la *passing on defense*¹⁷). 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... Esta pluralidad de objetivos que han de ser ponderados ha obligado a los autores de la iniciativa a entrar en una discusión infernal acerca de las mejores reglas con escasísimas posibilidades de acertar plenamente. Pues bien, es precisamente en estos ámbitos donde 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 si, como hemos visto, se dan unos presupuestos mínimos que hacen posible la existencia de competencia.

Porque, ni siquiera podemos estar seguros de que las reglas (y sus modificaciones) propuestas por el Libro Blanco sean las más productivas para asegurar la compensación de las víctimas¹⁸.

¹⁵ “The extent of the English courts’ jurisdiction was considered in the case of *Provimi*, which arose out of the Commission’s *vitamins cartel* decision. The *vitamins cartel* decision was addressed, inter alia, to *Hoffman La Roche (Roche)* and *Aventis SA (formerly Rhone-Poulenc) (Aventis)*. In a preliminary hearing of a strike-out application, the court was asked to consider whether a claim by a German-domiciled purchaser against a German-domiciled subsidiary of one of the cartelists could be heard in England. The claimant argued that it was able to bring a claim against the English subsidiary of that cartel on the basis that the English subsidiary had, albeit perhaps unknowingly, implemented the cartel price. Had the English subsidiary not implemented the cartel price, the German domiciled purchaser would have been able to purchase from it at non-cartel levels. If the German domiciled purchaser was able to establish a claim against the English subsidiary, it would be able to join other parties to the claim on the basis of article 6(1) of Regulation 44/2001. The court accepted that the claim was arguable and therefore refused to strike out the proceedings”, L. FARRELL, S. INCE (2008).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ V., la exposición de BULST (2008) acerca de la presunción que propone el Libro Blanco como una excelente muestra de la complejidad de la regulación.

¹⁸ V., en relación con la *passing on defence* por ejemplo, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, T. REHER (2008, p. 46).

Así, por ejemplo, en relación con las dificultades para agregar demandas, una compañía denominada *Cartel Damages Claim*¹⁹ ha anunciado la presentación de una demanda exigiendo la indemnización de los daños y perjuicios causados por el cártel del peróxido de hidrógeno²⁰ ante los tribunales alemanes, aunque los demandados son empresas de Alemania, Bélgica, Finlandia, Francia, Holanda y España. El peróxido de hidrógeno es un agente blanqueador utilizado en la industria papelera. Las víctimas del sobreprecio de dicha sustancia química han sido, lógicamente, los productores de papel. *Cartel Damages Claim* ha conseguido que 32 productores europeos de papel le cedan sus derechos a la compensación de los daños. Los demandantes calculan que la indemnización alcanzará los 430 millones de euros sin contar intereses que elevarán significativamente esta cuantía dada la “antigüedad” de los daños porque el cártel estuvo activo especialmente entre 1997 y 1999. Además, el número de demandantes puede incrementarse y la demanda ampliarse si otras empresas – clientes de los cartelistas se suman²¹. *Cartel Damages Claim* obtuvo una decisión favorable del Tribunal Supremo alemán para proceder contra los participantes en el cártel del cemento²².

Este caso es un buen ejemplo de cómo resolver el problema de la legitimación activa sin necesidad de acciones colectivas mientras que el caso británico relativo a las camisetas de los equipos de fútbol o el francés contra las compañías de teléfonos móviles, en el que han sido asociaciones de consumidores la que han presentado la demanda colectiva parecen haber sido un fracaso²³. Desde 2004 se han iniciado demandas *follow on* en relación con buena parte de las

¹⁹http://www.carteldamageclaims.com/presse/20090423_CDC_PressRelease.pdf. A través de una sociedad constituida *ad hoc*, suponemos, denominada *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA*.

²⁰ Sancionado por la Comisión Europea en su Decisión COMP/F/39.620 – *Hydrogen Peroxide and Perborate* de 3 de Mayo de 2006.

²¹ Esta misma empresa ha presentado una demanda el pasado 6 de Octubre de 2008 contra la *Comisión Europea* (Case T-437/08) pidiendo la anulación de la Decisión de la Comisión que le denegó acceso al expediente que condujo a la Decisión del Peróxido de hidrógeno. A lo mejor, la Comisión Europea tiene que promover la modificación de estas reglas si quiere ver florecer las demandas de daños. Hay otros dos casos pendientes ante el TPI basados en la negativa de acceso a documentos del expediente.

²² Los demandados pretendieron que se inadmitiera la demanda de *Cartel Damages Claim* contra las cementeras. El OLG Düsseldorf rechazó la inadmisión y el BGH, en una decisión de 7 de abril de 2009 ha confirmado la decisión del Tribunal de Instancia señalando que “*bezüglich der Zulässigkeit der Klage keine grundsätzlichen Rechtsfragen zu klären seien. Umfang und Komplexität des sich aus der Bündelung der Ansprüche zahlreicher Unternehmen ergebenden Prozesstoffes könnten die Zulässigkeit der Klage nicht in Frage stellen. Der unbezifferte Klageantrag sei zulässig, weil geltend gemacht werde, dass die Feststellung der Höhe des Schadens eine richterliche Schätzung erfordere. Auch komme es nicht darauf an, ob die Klagebegründung schlüssig sei. Das sei eine Frage der Begründetheit und müsse daher im weiteren Verlauf des Rechtsstreits geklärt werden. Ebenso wenig spiele ein von den Beklagten geltend gemachter Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz für die Zulässigkeit der Klage eine Rolle*” http://www.pressrelations.de/new/standard/result_main.cfm?r=364280&aktion=jour_pm.

²³ «*L’option 2 est l’option “opt-in”. Il faut revenir sur l’expérience française que nous avons avec l’action d’UFC Que Choisir dans l’affaire de la téléphonie mobile. Les coûts de gestion sont absolument exorbitants pour l’association, ... seulement 0,08 % des victimes ont agi*», C. PRIETO (2009, p. 8).

Decisiones de la Comisión (en Bélgica en relación con el cártel de los ascensores; en Francia en relación con los teléfonos móviles y las vitaminas, en Alemania, cemento y vitaminas, en Italia, respecto del seguro de automóviles; en Holanda contra los mayoristas de productos electrónicos; en Suecia contra los transportistas aéreos de mercancías y en Gran Bretaña se recogen al menos ocho procesos en marcha contra miembros de cárteles detectados y sancionados por las autoridades de competencia). Y parece que los obstáculos detectados en el Libro Blanco están siendo superados sin demasiadas dificultades. Y es que, en las demandas *follow on*, los problemas de complejidad y acceso a las pruebas del “acto dañoso” se resuelven permitiendo a los demandantes acceder al Expediente instruido por la Comisión Europea o la Autoridad Nacional. Incluso hay indicios que los tribunales de algún país se han considerado competentes para entender de estas acciones aunque los demandados sean empresas de otros países europeos permitiendo así la centralización de las demandas. Si otros países se muestran reacios a facilitar la tramitación de estas demandas, tenderán a convertirse en irrelevantes²⁴

Hay otras indicaciones de que muchas otras cosas están cambiando en este ámbito sin la intervención armonizadora de la Unión Europea²⁵. Por ejemplo, parece que, en el caso británico, la atribución de competencias al *Competition Appeal Tribunal* – un tribunal especializado – para entender de las reclamaciones por daños y perjuicios derivados de ilícitos antimonopolio ha promovido estas demandas por su grado de especialización y *pericia* de sus miembros. Pero el *Libro Blanco* no aborda ninguna de las cuestiones relativas a la eficiencia relativa de los tribunales para decidir estos casos de modo que, en países donde el sistema judicial es especialmente ineficiente, la armonización de las normas procesales y sustantivas contenidas en el Libro Blanco carecerá de efectos prácticos.

3. Algunas de las reglas que se pretenden armonizar pueden estar equivocadas

Algunas de las reglas propuestas como objeto de la armonización pueden ser erróneas. Así, en el *Libro Blanco* se ha propuesto que los cartelistas puedan defenderse frente a una demanda de indemnización de los daños causados por el cártel alegando que el demandante - comprador del producto cartelizado - no ha sufrido daño como consecuencia del encarecimiento del producto cartelizado porque lo hubiera repercutido en sus precios y, por tanto, hubiera trasladado el incremento del precio a los compradores de su producto (eso sí, imponiendo la carga de la prueba del traslado del incremento del precio a los cartelistas demandados). Es la denominada

²⁴ Tal puede ser el caso de Francia, cuyos tribunales rechazaron una demanda de indemnización de daños y perjuicios derivados del cártel de las vitaminas sobre la base de que el demandante no había probado los daños porque no había probado que no hubiera repercutido el incremento de costes en sus precios (Sentencia del Tribunal de Comercio de Nanterre de 26 de enero de 2007) “*The Court reasoned that, as the finished goods contain only a very small quantity of vitamins, a minimal increase in the price of the finished goods would have been sufficient to offset a very significant price increase in the vitamins*” y que los precios del producto final habían subido más que las vitaminas (V., Nanterre Tribunal Commerce, 11 May 2006; M. DEBROUX (2006)).

²⁵ V., para lo que sigue, S. P. BRANKIN (2009).

passing on defense. Por ejemplo, el fabricante de caramelos vitaminados no habría sufrido un daño indemnizable como consecuencia del aumento del precio de la vitamina incluida en sus caramelos producto de un cártel entre fabricantes de vitaminas porque habría aumentado, a su vez, el precio de sus caramelos a los consumidores finales.

La regla del Libro Blanco - que parece que se incluye en el borrador de Directiva - es una mala regla. Contradice la mejor doctrina al respecto. Como se ha explicado recientemente²⁶ sobre el deber del acreedor de mitigar el daño, el deber de mitigar excluye del resarcimiento únicamente las pérdidas que no se evitaron convenientemente adoptando *medidas de mitigación exigibles* al acreedor del resarcimiento. No, por tanto, las que el acreedor haya logrado contrarrestar con medidas inexigibles. Este matiz... es esencial en orden a lograr la necesaria desvinculación del deber de mitigar de la que parece ser su "regla de cierre", y que no es sino la figura de la *compensatio lucri cum damno*. Es difícil de aceptar que elevar el precio del producto en el que se ha utilizado la materia prima cartelizada sea una "medida exigible" al fabricante de caramelos vitaminados. Que logre vender más caros sus caramelos no está vinculado causalmente con el aumento de precio de las vitaminas. Y, por tanto, el cartelista no puede alegar el *passing on* para reducir el *quantum respondeatur*. Y la regla es tanto más sangrante por cuanto el daño ha sido causado, normalmente en los casos de cártel, dolosamente por los cartelistas (en algunos países, producto de un delito).

SOLER recuerda un caso inglés que refleja bien la cuestión (*Hussey v. Eels* [(1990) 2 Q.B. 227]: "Los demandantes habían adquirido un bungalow creyendo, negligentemente inducidos por los intermediarios, que no había sufrido hundimientos en su superficie. Con este convencimiento pagaron por él un precio que excedía en £17.000 del valor de mercado del inmueble en las circunstancias en que se encontraba. Una vez aclarado el error, decidieron los demandantes solicitar el permiso de obra necesario para reemplazar el citado inmueble por otros dos nuevos, en vez de reparar y revender inmediatamente el inmueble. Tras dos años y medio de gestiones, vendieron el terreno, el bungalow y el permiso de obra en £23.000 más que el precio de compra, y reclamaron al vendedor la indemnización correspondiente. En primera instancia se rechazó la pretensión considerando que, gracias a la reventa efectuada, los demandantes habían mitigado completamente las pérdidas. Esta decisión fue revocada por la Court of Appeal concediendo el resarcimiento pretendido, no sin antes preguntarse, y aquí radica el principal interés del caso, *si verdaderamente coincide la causa del daño con la del pretendido lucro*, pregunta cuya respuesta, en opinión de Mustill L.J., ha de ser negativa, por entender que el hecho de que la venta, celebrada dos años y medio después de la adquisición, fuera una opción que el incumplimiento del demandado brindó a los demandantes, no es razón suficiente para imputar el beneficio derivado de la misma al incumplimiento". Y cita igualmente una Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1998 en la que el Tribunal rechaza compensar los daños causados por el impago de una renta arrendaticia con el beneficio obtenido por el arrendador con la venta posterior del inmueble arrendado. Y, como en el caso inglés, la cuestión es que "la relación arrendaticia estaba extinguida al tiempo de efectuarse la venta pública, sin que sea relevante, a efectos de las obligaciones arrendaticias asumidas por la recurrente".

²⁶ A. SOLER PRESAS (2009).

No queremos decir con esto que vetar la *passing on defense* sea una exigencia de la aplicación coherente de la doctrina sobre el deber del acreedor de mitigar el daño²⁷ ya que para que un acreedor pueda emprender acciones para reducir el daño *conscientemente*, ha de ser consciente de que ha sufrido un daño del que podrá ser indemnizado (en otro caso, el deber de mitigar no le genera incentivos adecuados para que mitigue los daños porque, si no sabe que se le han causado daños indemnizables como consecuencia de la subida del precio del insumo, tampoco puede contar con que se le indemnizarán). Lo que queremos decir es que la doctrina que veda la *compensatio lucri cum damno* merece ser aplicada en el ámbito de los daños causados por un cártel en cuanto no hay una conexión necesaria entre los beneficios que obtiene el dañado – el adquirente del insumo encarecido por el cártel – al haber subido sus precios al consumidor final y los daños que ha sufrido en forma de aumento de costes. El mayor precio que pueda conseguir de los consumidores el fabricante víctima del cártel es un beneficio que ha obtenido merecidamente si se encuentra en competencia en el mercado descendente donde vende sus productos. Al margen de que el Derecho federal norteamericano veda la *passing on defense* como una forma – sensata – de reducir los costes de determinación de los daños y la complejidad de las reclamaciones (dañados indirectos para los que es mucho más difícil la prueba de los daños sufridos y tienen menores incentivos para litigar por la escasa cuantía individual de los daños), parece razonable incentivar a los fabricantes a no repercutir los aumentos de costes en los precios a los consumidores garantizándoles que si dicho aumento es debido a un cártel, los recuperarán íntegramente.

4. La armonización no es una exigencia del Tratado

Por lo demás, como es sabido, en el ámbito del Derecho de la Competencia, la efectividad del artículo 81 TCE, en cuanto a la prohibición de los cárteles se refiere, depende fundamentalmente del *enforcement* público²⁸. Es decir, de que la Comisión Europea y las autoridades nacionales desarrollen una labor de persecución de los cárteles y de que las multas sean disuasorias. Este es el “modelo” comunitario y europeo-continental en general de *enforcement* de la prohibición de los cárteles. Conviene, por ello, salir al paso del equívoco consistente en afirmar que la jurisprudencia comunitaria ha entendido imprescindible el desarrollo de un amplio *private enforcement* como exigencia de la efectividad del art. 81 TCE. En efecto, el mensaje público de la Comisión ha consistido en afirmar, por un lado, que

La existencia de remedios efectivos para los particulares aumentaría la probabilidad de que se detecten un mayor número de restricciones ilegales de la competencia y de que se declaren responsables a los infractores. Así, la mejora de las normas de reparación también produciría

²⁷ Como me ha hecho notar uno de los *referees* anónimos.

²⁸ Así lo reconoce expresamente el Libro Blanco, p. 3: “Otro principio rector importante de la política de la Comisión es que esta institución y las autoridades de competencia de los Estados miembros mantengan una firme aplicación en el ámbito público de los artículos 81 y 82”.

*intrínsecamente efectos beneficiosos en términos de disuasión de futuras infracciones y de un mayor cumplimiento de las normas en materia de competencia de la CE*²⁹.

Y, por otro, que, prácticamente venía obligada a promover esta iniciativa por exigencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁰ que, en la Sentencia *Courage* (y reiterada en *Manfredi*), había dicho que:

*“the full effectiveness of Article 85 [now 81] of the Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 85(1) would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition.”*³¹.

Lo cierto es que ni uno ni otro argumento tienen peso suficiente como para justificar la armonización del Derecho de daños y procesal de los Estados miembros³².

Empezando por la sentencia *Courage*, de la misma no se puede deducir tal mandato a la Comisión. En realidad, es más adecuado entenderla como una aplicación más del principio de equivalencia y efectividad. Como es de sobra conocido, el TJCE funda en el art. 10 TCE la obligación de los Estados miembros de dar completa efectividad al Derecho comunitario lo que se concreta en la primacía, eficacia directa y responsabilidad patrimonial de los Estados. En lo que a los jueces nacionales se refiere, estos han de cooperar para garantizar el cumplimiento por los Estados del Derecho comunitario dentro de la autonomía institucional y procedimental de la que disfrutaban los Derechos nacionales *cuando una norma comunitaria confía a las autoridades nacionales la adopción de las medidas necesarias para su aplicación* (STJCE 11-II-1971, entre muchas). Pero, en general, es competencia de los jueces nacionales proteger los derechos reconocidos por las normas comunitarias. La combinación de ambos principios conduce a que la protección jurisdiccional de los derechos atribuidos a los ciudadanos – el derecho a ser indemnizado por los daños sufridos como consecuencia de conductas restrictivas de la competencia – depende de cada sistema procesal interno. Pero al aplicarse el Derecho nacional, ha de garantizarse la equivalencia de las reglas aplicables a los derechos derivados de la legislación nacional y los derivados de la legislación comunitaria y la efectividad de los derechos atribuidos por el Derecho comunitario³³.

²⁹ Libro Blanco, p. 3.

³⁰ «Or, le droit à l'indemnisation découle du Traité. La mise en place d'un système de réparation efficace est en fait un mandat donné aux Etats Membres et à la Communauté par la Cour de Justice et même par le Traité», R. BECKER, (2009).

³¹ Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) 20-IX-2001, C-453/99 9 ECJ 20.9.2001, C-453/99 – *Courage*, Rec 2001, I-6297, par. 26; doctrina confirmada en el asunto *Manfredi*, STJCE 13-VII-2006, Rec 2006 I-6619 C-295/04, C-296/04, C-297/04, 298/04 –.

³² Sobre la base en el Tratado para una armonización como la que resultaría del Libro Blanco v., ampliamente, C. LESKINEN (2008).

³³ V., el resumen de la doctrina al respecto que efectúa el Abogado General Kokkot en su Opinión de 19 de febrero de 2009, en el Asunto C-8/08, T-Mobile Netherlands BV and Others: párr. 83 ss.

Esta conclusión es la única que puede extraerse de la jurisprudencia comunitaria. Los tribunales comunitarios no obligan a la Comisión a armonizar las normas procesales y de Derecho de daños relativas a las acciones de indemnización de daños y perjuicios causados por conductas anticompetitivas.

5. El enforcement de la prohibición de cárteles ha de ser predominantemente público

Nadie ha discutido hasta ahora que, en Europa, el *enforcement* del Derecho de la competencia, entendido como la detección y sanción de cárteles con la finalidad de evitar su formación, sea predominantemente público. Y, en particular, en relación con los cárteles, casi exclusivamente público. Y, seguramente, hay muy buenas razones para que la persecución de los cárteles se encargue a una agencia administrativa. Básicamente porque los particulares – igual que los accionistas dispersos – sufren unos terribles problemas de información y *acción colectiva* para perseguir los cárteles. A menudo ni siquiera saben que han sufrido un daño; habrían de asumir individualmente los costes de la persecución (los particulares carecen de las prerrogativas del Estado en la persecución de conductas ilegales y habrían de asumir individualmente todos los costes de detección y prueba) y sólo recibirían una parte minúscula de los beneficios de la detección y terminación del cártel (indemnización de los daños sufridos). Y la coordinación entre las potenciales víctimas es costosísima *ex ante* (antes de descubrir el cártel)³⁴.

Incrementar el *enforcement* no es necesariamente una cosa buena. No porque haya riesgo de un exceso de *enforcement* de la prohibición de cárteles, sino porque los recursos sociales que se destinen a incrementar el *enforcement* (marginalmente) superen los beneficios en forma de reducción del número de cárteles (marginalmente).

³⁴ T. EGER, P. WEISE (2006), quienes resumen la doctrina económica sobre el particular como sigue: “*private enforcement is based on a decentralised use of information. Private parties reveal their information in order to receive compensation for the harm suffered (private motive). ... as SHAVELL (1982) put it, there is a systematic difference between social and private incentives to bring suit, this difference depending on the characteristics of the harm and on the procedural rules governing damages actions. Public enforcement may be more efficient if mainly aggregate expert information is required and if the social harm is spread among a multitude of victims – ... In antitrust cases there may be more arguments for public enforcement than in other areas. ... private enforcement will work poorly in antitrust cases*” porque “*harm and causation are typically not obvious to the victims... the detection of infringements requires investigation by experts, and public authorities are often better informed than the victims*”. Porque el objetivo de *deterrence* “*could be achieved at lower administrative cost by increasing the fine for infringements of antitrust law*”; porque el daño “*is often spread across many victims, even well-informed victims have little incentive to bring damages claims... If victims of antitrust law infringements are commercial parties they are typically better informed than the competition authorities. However, even in these cases those victims who are parties to a contract with the infringer will often face weak incentives to bring action, because they are interested in continuing the business relationship in the future*” y “*Facilitating access to civil courts in antitrust cases increases the risk that private damages actions will be abused by competitors. On the other hand, there is little evidence that competition authorities are captured by the infringers of antitrust law*”. V., también, con un amplio desarrollo de los argumentos a favor y en contra del *private enforcement* de las normas de Derecho público, K. ROACH, M. J. TREBILCOCK (1996).

6. Sólo podemos estar relativamente seguros de que un incremento en el private enforcement elevará el bienestar social en relación con las follow on claims por cártel

Al margen de la mayor eficiencia de la armonización negativa, es probable que las reglas generales del Derecho procesal y de daños de los Estados miembros ofrezcan vías suficientes y adecuadas para permitir obtener satisfacción al que ha sufrido un daño como consecuencia de un pacto contractual (una restricción vertical, por ejemplo) contrario a las reglas de la competencia o un comportamiento abusivo por parte de una empresa dominante³⁵. En consecuencia, si hay un problema con el Derecho Procesal de los Estados miembro, éste se limita a su inadecuación para permitir la detección y establecimiento de los hechos relativos a la existencia de un cártel que actúe como presupuesto de una acción de daños contra los cartelistas.

Pero el problema es que el proceso civil, basado en el principio dispositivo y no inquisitivo, funciona adecuadamente en los pleitos que versan sobre Derecho de la competencia en los que se discute si una cláusula infringe el art. 81 o el art. 82 o si unas declaraciones públicas de una asociación de empresarios constituye una incitación al boicot o si un gran distribuidor está practicando precios predatorios, pero no está diseñado para averiguar y sancionar conductas como las que constituyen un *hardcore cartel*³⁶. Por lo tanto, no es que, como pretende la Comisión Europea no haya demandas civiles con objeto *antitrust* por los “obstáculos legales y procesales derivados de las normativas nacionales...”, es que el Derecho Procesal Civil no está pensado para realizar averiguaciones de hechos complejos porque se basa en la actividad de las partes, no en la de la maquinaria estatal. Es completamente ilusorio pretender que, a través de un procedimiento civil, se puede llegar a establecer la existencia, extensión, participantes y características de un cártel. O se transforma el proceso civil en un procedimiento penal o los resultados serían paupérrimos³⁷. Y, si es ilusorio perseguir cárteles a través de un procedimiento civil, lo que nos quedan son *follow-on cases*, esto es, demandas civiles de daños basadas en previas decisiones de las autoridades de competencia estableciendo la existencia de un cártel y sancionando a sus miembros³⁸.

³⁵ Si el problema es que un pleito civil puede tardar cuatro años en resolverse en la primera instancia, la cuestión no tiene nada que ver con el Derecho de la Competencia. Es más, es un argumento para no hacer intervenir a los tribunales civiles en su *enforcement*.

³⁶ Sería imprescindible alterar profundamente todos los Derechos europeos en lo que a la carga de la prueba se refiere sustituyendo el modelo europeo de *fact pleading* – el demandante ha de probar los hechos – por el modelo norteamericano de *notice pleading* – el demandante ha de indicar los hechos que han de ser probados – BULST (2008).

³⁷ Los casos norteamericanos en los que se persigue a los miembros de un cártel y se piden penas de cárcel además de la indemnización de daños triplicados son casos penales.

³⁸ El *Conseil de la Concurrence* francés era de la misma opinión en su *Avis* de 21-IX-2006: «*En se référant à l'exemple de la législation allemande qui vient d'être modifiée récemment, le Conseil est plutôt favorable aux actions civiles consécutives ou complémentaires à celles portées devant lui*».

Para comprobarlo, basta con repasar el contenido del Libro Blanco. El problema de la legitimación y las acciones colectivas no se plantea en el caso de las restricciones verticales porque el demandante será, normalmente, la contraparte contractual, es decir, un solo individuo (o un grupo bien definido como el de los distribuidores o franquiciatarios) cuya legitimación activa es indudable. En cuanto al abuso de posición dominante, los abusos más frecuentes (más frecuentemente sancionados) son los denominados excluyentes en los que hay empresas (proveedoras, clientes o competidores) que sufren de forma directa y significativa los efectos del abuso y tienen incentivos para litigar o para denunciar a la empresa dominante ante las autoridades de competencia y cuya legitimación activa para hacerlo es, también, indudable³⁹. En cuanto a los daños a terceros distintos del empresario excluido o cuyo acceso al mercado se ha dificultado, serán demasiado lejanos o difíciles de probar para que puedan ser objeto de litigio⁴⁰. Por el contrario, en el caso de los cárteles, los daños son sufridos por grupos grandes y heterogéneos de individuos (al menos, los compradores del producto cartelizado y los titulares de los factores de la producción cuyo uso ha disminuido – y, por tanto, cuyo precio ha bajado – como consecuencia de la reducción de la producción que provoca un cártel). Determinar quién está legitimado activamente y cómo organizar la presentación de demandas colectivas es un problema en este supuesto, pero no en los demás.

En cuanto al acceso a las pruebas, nuevamente, los problemas de este tipo que se plantean en un pleito que tiene por objeto la resolución o declaración de nulidad y la indemnización de daños correspondiente de un contrato que contiene cláusulas restrictivas prohibidas por el art. 81 TCE no son en absoluto diferentes a los que se plantean en cualquier otro pleito contractual en el que se alegue la nulidad de una cláusula por infracción de normas imperativas por lo que todos los Estados miembros han de contar con reglas especiales si son necesarias, lo que es aplicable también al abuso de posición dominante al que se le aplican las normas sobre responsabilidad

³⁹ Así, por ejemplo, según informa la revista *e-Competitions* un tribunal danés ha estimado la demanda de un operador postal contra el servicio postal danés (el equivalente a nuestro *Correos*) reclamando la indemnización de daños por abuso de posición dominante. (Danish Eastern High Court, Sentencia de 20 de mayo de 2009). Se trata de una *follow-on claim*, es decir, la reclamación ante los tribunales fue precedida de la actuación del Consejo de la Competencia danés que emitió una resolución declarando que el servicio postal danés había abusado de su posición de dominio al establecer precios diferentes para clientes situados en la misma posición. Lo que hizo el operador dominante fue realizar ofertas más atractivas a los clientes de su competidor (FK) que a sus propios clientes. Con ello consiguió arrebatarse al competidor a sus tres principales clientes y FK vio reducida notablemente su facturación.

⁴⁰ Por ejemplo, en los casos de *margin squeeze* sancionados por la Comisión Europea (caso *Telefónica, Deutsche Telekom y Wanadoo*), los daños “directos” los sufren las compañías competidoras de los incumbentes a las que éstos han puesto en pérdidas. Es cierto que los consumidores sufrirían igualmente daños en forma de precios más elevados para el acceso a Internet de banda ancha, pero se comprende fácilmente que elaborar el supuesto condicional para probarlo (qué precios habrían prevalecido en el mercado si los incumbentes no hubieran practicado el *margin squeeze* y cómo se individualizaría el daño – incluyendo a los consumidores que no contrataron el ADSL porque era muy caro –) es algo estratosférico.

contractual o extracontractual⁴¹. Sin embargo, si, de acuerdo con las reglas generales, el demandante tiene que probar la existencia del cártel, la esperanza de que lo logre es muy limitada. Y esas posibilidades no aumentan significativamente si no es, como hemos adelantado, transformando radicalmente el proceso civil.

En lo que se refiere al efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales (las de la Comisión Europea ya lo son) que apliquen los artículos 81 y 82 del Tratado, estamos ante una cuestión que podría haberse regulado en el propio Reglamento 1/2003 extendiendo a las autoridades nacionales lo previsto para la Comisión Europea en el art. 16.1.

En cuanto a la exigencia de culpa, como presupuesto de la acción de daños (v., art. 1902 CC), el Libro Blanco propone considerar legítima cualquier regulación nacional excepto la que exija, para poder reclamar la indemnización de daños y perjuicios, que la infracción de las normas de competencia se hubiera cometido dolosamente o con culpa grave⁴². El efecto armonizador es insignificante, puesto que es difícil imaginar un Derecho de daños que no considere *imputables* – y por tanto, indemnizables – los daños derivados de la infracción de normas imperativas como son las normas de competencia. Pero, sobre todo, no vemos por qué esta regulación no puede aplicarse, con carácter general, a todas las acciones de daños fundadas en la infracción de cualquier norma de Derecho comunitario.

En lo que se refiere a los *daños indemnizables*, nuevamente la propuesta del Libro Blanco es tan obvia que no provocará ninguna modificación en los Derechos nacionales ya que se limita a declarar que el daño indemnizable incluye el daño emergente y el lucro cesante. Nuevamente, no vemos por qué esas reglas no deben aplicarse, con carácter general a cualquier acción de daños fundada en la infracción de normas comunitarias.

En definitiva, *los Derechos procesales nacionales contienen, en términos generales, reglas adecuadas para “tratar” judicialmente los pleitos que tengan por objeto la infracción de normas de competencia, con toda seguridad, en lo que se refiere a las normas sobre abuso de posición dominante y restricciones verticales y de aquellas restricciones horizontales que dañen a un competidor de modo*

⁴¹ V., por ejemplo los arts. 328 ss. Ley de Enjuiciamiento Civil y compárense con las reglas que propone el Libro Blanco al respecto, pp. 5-6.

⁴² Dice el Libro Blanco, p. 7: “para los Estados miembros que requieren la prueba de la conducta culpable, una medida que aclare que: una vez que la víctima haya acreditado una infracción del artículo 81 ó 82, el infractor debe ser responsable de los daños y perjuicios causados a menos que demuestre que la infracción fue el resultado de un error excusable genuinamente; un error sería excusable si una persona razonable que prestara un alto grado de atención no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia” que es una definición de la culpa leve. Compárense con la regulación de la Ley de Competencia Desleal (art. 18 ss.): para el ejercicio de las acciones declarativa, de cesación etc., no hace falta demostrar culpa en el demandado. Ni siquiera conciencia por su parte de que estaba realizando un acto de competencia desleal. Pero para exigir la indemnización de los daños y perjuicios, de acuerdo con las reglas generales en nuestro Derecho, es necesario que la comisión del acto de competencia desleal sea culpable.

particular⁴³. Dado que no es ni siquiera imaginable que se pretenda que los particulares persigan los cárteles a través del procedimiento civil – dispositivo –, la iniciativa de la Comisión solo tiene sentido en relación con las acciones de indemnización de daños derivados de cárteles. Esta afirmación es, obviamente válida, tanto desde la perspectiva de la disuasión como de la compensación de las víctimas.

7. La aportación de las acciones de daños a la reducción del número de cárteles: ¿incremento de la tasa de detección?

Y, en la lucha contra los cárteles, donde los argumentos de la Comisión Europea parecen más convincentes es en el ámbito de las *follow-on claims* de daños consecuencia de un cártel. Según narra el *Impact Study* parece que las multas que imponen las autoridades de competencia están por debajo de las que serían “óptimas” para tener un eficaz efecto disuasorio sobre las empresas⁴⁴. Recuérdese, en todo caso, que este problema es específico de los cárteles porque el

⁴³ P. ej., casos de boicot, v., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 1-XII-2004. Se trataba de una demanda de *Metro News*, editora de un diario gratuito (Metro Directe) en la ciudad condal que se distribuía mediante su entrega a los peatones pero también a través de algunos kioscos con los que Metro News había llegado a un acuerdo. Los editores de los principales diarios de Cataluña y la Associació Catalana D’Editors de Diaris, junto con los operadores logísticos que llevan los periódicos hasta el kiosco se sintieron amenazados por esta intentona de utilizar la red de distribución de los periódicos de pago por parte de un editor de un periódico gratuito y enviaron cartas a los quiosqueros amenazándoles con retirar sus periódicos de sus kioscos si continuaban distribuyendo periódicos gratuitos. Es obvio que el carácter colectivo de la medida adoptada por los editores de diarios de pago junto con sus empresas de distribución y la asociación constituye un acuerdo restrictivo prohibido por el artículo 1 de la ley de Defensa de la Competencia. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en la decisión *Fedifar* de 8 de enero de 2004 (Expte 553/03) había aclarado ya que la pretendida actuación desleal de un empresario no justificaba la actuación colectiva de sus competidores frente a él. La sentencia condena por competencia desleal aclarando que constituye infracción de una norma cuyo objeto de regulación es la competencia (art. 15.2 LCD) la infracción de normas de la Ley de Defensa de la Competencia como “normas jurídicas” que tienen “por objeto la regulación de la actividad concurrencial”. Este caso demuestra que cuando el particular afectado por la conducta prohibida dispone de las pruebas, puede acudir directamente a la Jurisdicción para pedir amparo incluyendo una orden de cesación además de la indemnización de daños y perjuicios. En el caso, la Audiencia dijo que el acuerdo entre los editores infringía el art. 81 del Tratado CE. Para un caso de utilización de las normas de competencia para lograr la nulidad o resolución de un contrato que contiene restricciones verticales no autorizables a la competencia v., la Sentencia del Tribunal Supremo 2-VI-2000. En el caso de acuerdos horizontales que no son cárteles pero tienen efectos restrictivos de la competencia, el análisis es similar: las partes perjudicadas – terceros- o sometidas a la restricción (p. ej., pactos de no competencia postcontractual) tienen, normalmente, incentivos para que se declare el carácter anticompetitivo de las cláusulas correspondientes y, en su caso, demandar la indemnización correspondiente.

⁴⁴ V., pp. 61 ss.: las multas realmente impuestas deberían multiplicarse por 5, 50 ó 100 para alcanzar el nivel óptimo desde el punto de vista de la disuasión, inalcanzable porque “*too high fines will face the limit of the defendant’s ability to pay*”. Quizá, más bien, que, a partir de un cierto nivel, un aumento de la cuantía no incrementa el efecto disuasorio porque la empresa ya estaría en quiebra. “*Also, CRAYCRAFT et al. (1997) found that in the US only 42% of the firms would have been able to pay the optimal fine without falling into bankruptcy, and only 26% by means of the highest measure of the operating funds*”. V., para una discusión crítica de estas afirmaciones (si los

peligro de falsos positivos (que se disuadan o sancionen conductas socialmente valiosas) es muy pequeño en relación con los cárteles pero mayor en relación con el abuso de posición de dominio y muy superior en relación con las restricciones verticales o con otros acuerdos horizontales distintos de los *hardcore cartels*. Pero si el problema es que no se pueden incrementar mucho más las multas porque las empresas no podrían pagarlas y, por tanto, carecerían de efecto disuasorio, no vemos de qué modo lo tendrá el hecho de que, además de pagar la multa, la empresa haya de indemnizar a las víctimas del cártel. Por tanto, si pueden pagar las indemnizaciones, pueden pagar una multa más elevada. No es de extrañar que algunas voces autorizadas insistan recientemente en la necesidad de introducir penas de cárcel para los cartelistas como instrumento para suplementar el efecto disuasorio de las multas⁴⁵.

Donde los partidarios de reforzar el *private enforcement* tienen un buen argumento es en la afirmación de que el incremento de las acciones de indemnización de daños puede aumentar la probabilidad de detección del cártel⁴⁶ ya que – se dice – los particulares tienen más información que la autoridad sobre los cárteles que existen en el mercado. El problema de este argumento es que, nuevamente, la perspectiva de obtener una indemnización por daños no debería llevar a los particulares que dispongan de información acerca de la existencia de un cártel a presentar una demanda ante los tribunales porque siguen sufriendo los problemas de acción colectiva que hemos descrito más arriba. La conducta racional será la de presentar una denuncia ante las autoridades de competencia para que sean éstas las que hagan la “instrucción” que permita determinar la existencia, duración y características del cártel y, por tanto, facilitar la presentación de una demanda *follow-on* una vez que se haya producido la decisión de la autoridad⁴⁷. Es irracional que, con indicios de la existencia de un cártel, un particular se vaya directamente a un Juzgado y, por tanto, elaborar modelos sobre la base de que un particular dispone de toda la información necesaria para que se condene a unos cartelistas resulta poco realista. En los cárteles complejos y con efectos significativos sobre el bienestar social, solo los *insiders* o *personas que participan en la actividad diaria de la corporación* (*directivos, empleados, administradores...*) disponen de toda la información (de ahí el éxito de los programas de clemencia) y los *insiders* no tienen incentivos para presentar una demanda porque no han sufrido daños indemnizables. Sólo si convertimos a los abogados en *emprendedores*, como en EE.UU. y les permitimos que repartan las ganancias con estos *insiders*, y organizamos el proceso civil como un proceso penal, cabe esperar

cárteles son inestables por definición, el nivel de la multa óptima puede ser más bajo), P. BUCCIROSSI, G. SPAGNOLO (2005).

⁴⁵ Gran Bretaña y Vesterdorf, *Concurrences* 2009; v., nota anterior.

⁴⁶ V., cita anterior del Libro Blanco, p. 3 en el epígrafe 4.

⁴⁷ V., *Impact Study*, pp. 62-63, que supone que la posibilidad de presentar una demanda ante los juzgados por daños y perjuicios incrementa el nivel de detección de los cárteles. Si la indemnización que obtendrá el demandante es muy pequeña (porque se corresponde con los daños sufridos), no vemos cómo puede moverle a presentarla. En los EE.UU. los que tienen incentivos para hacerlo son los abogados, que se llevan un 20-30 % de la indemnización que incluye, a menudo, el derecho a cobrar unos costes del proceso muy elevados y, en el ámbito *antitrust*, daños triplicados además de las normas procesales sobre *discovery* muy favorables a los demandantes.

un aumento significativo de la detección de cárteles⁴⁸. Porque en cárteles con muchas víctimas, los únicos que obtienen una parte significativa de la indemnización son los abogados.

Respecto de las prácticas restrictivas de la competencia distintas de los *hardcore cartels*, el problema no es de detección, ya que no se trata de prácticas secretas⁴⁹. Como venimos repitiendo, respecto de estas otras no se plantea un problema de insuficiente aplicación privada y, sobre todo, el riesgo de falsos positivos y de uso estratégico del Derecho antimonopolio por parte de los competidores es mucho mayor que en el caso de los cárteles. A lo que hay que añadir que, según las estadísticas, la mayor parte de las demandas privadas, en los países en las que éstas son frecuentes, van referidas a infracciones del Derecho de la Competencia distintas de los cárteles, muchísimas de ellas relativas a acuerdos verticales cuyo carácter perjudicial para el bienestar social es más que dudoso lo que hace todavía más inverosímil que existan ganancias, en términos de bienestar social, por promover este tipo de pleitos⁵⁰.

⁴⁸ En los EE.UU., las demandas por cárteles son, en su práctica totalidad *follow on claims*. Es cierto que “*As an example, in the criminal pleas arising from the bulk vitamins price fixing cartel, the US DOJ accepted pleas with respect to 9 vitamins for (determinados) time periods . In contrast, after three years of pre-trial discovery, a plaintiffs’ expert report documented the workings of the cartel with respect to 7 additional vitamins and, for the original nine vitamins, the private plaintiffs established that the conspiracy’s duration lasted considerably longer than the DOJ pleas had indicated*”, (*Impact Study*, p. 75), pero esto no implica que aumente el grado de detección. En primer lugar, se trataba de un proceso penal, donde, también en Europa, los jueces tienen muchos más poderes de investigación. Y, en segundo lugar, como se ha señalado, los incentivos de los demandantes para extender las imputaciones los proporcionan los daños triplicados y lo permiten las reglas sobre *pre trial discovery*. Nunca sabremos si el *settlement* fue eficiente en términos de coste/beneficio y si el coste social del *pre trial discovery* - ¡3 años! - fue inferior al beneficio social de las averiguaciones añadidas a las contenidas en el *settlement*. En todo caso, la afirmación del *Impact Study* según la cual “*adding private damages actions in the EU would exert a significant impact on the level of liability faced by cartelists. In addition, as acknowledged in the literature, an increase in the detection rate can be expected with enhanced private damages actions*” (p. 103) no parece aceptable. En primer lugar, esta afirmación tiene el problema expuesto de que las acciones para reclamar daños no están prohibidas en ningún lugar de Europa. Es más, el Derecho europeo obliga a los Estados miembros a permitir las, por lo tanto, todo depende de cuánto y cómo se “mejore” la posibilidad de interponer acciones de daños. En segundo lugar, el estudio no demuestra que quepa esperar un aumento de la tasa de detección de cárteles aunque sea plausible un aumento de los pagos que habrán de hacer los cartelistas.

⁴⁹ “*Note, however, the assumption of superior private information may not apply to many types of antitrust violations. For example, whether a given competitive action is a violation of antitrust law is often determined by the “rule of reason”, which compares the likely social costs and benefits of the action (en general, todas las infracciones excepto los hard core cartels). This is a complicated calculation that requires substantial knowledge of economics and market conditions, and on which even economic and industry experts often disagree. Private parties may be less likely to have such knowledge than a dedicated public agency staffed by experts. In other words, much of the knowledge required to identify antitrust violations is precisely “scientific knowledge” that favors centralized public decisions*”, I. R. SEGAL, M. D. WHINSTON (2006).

⁵⁰ *Impact Study*, p. 126: “*horizontal price-fixing was not the most frequent allegation in private cases in both jurisdictions. Such finding also holds in the case of New Zealand, Ireland and the UK, where the majority of cases were reportedly based on an alleged monopolization or abuse of dominance... private actions aimed at claiming overcharge damages from cartel infringements would represent at most 18.5% of total private actions. A notable difference between cartel and non-cartel cases is that, at least in some jurisdictions, most of the non-cartel cases were not damages actions, but actions seeking injunctive relief*”.

En un estudio reciente de 40 grandes casos de *private enforcement* en los EE.UU.⁵¹, cuando los autores listan los casos que ellos califican como *private enforcement not preceded by government action*, ninguno de ellos es un caso de cártel descubierto y llevado ante los tribunales por particulares. Son todos casos en los que ha habido actividad por parte de los organismos públicos de defensa de la competencia (aunque en algunos no haya habido multas) o casos de abuso de posición dominante, donde el problema de detección no se plantea porque no son prácticas secretas o, casos que pueden calificarse como acuerdos horizontales restrictivos de la competencia – como sucede con los *reverse payments* en litigios sobre patentes entre el titular de una patente farmacéutica y el fabricante de genéricos – pero que no son secretos y no entran en la definición de cártel que contiene, por ejemplo, la Ley de Defensa de la Competencia española.

Por tanto, el estudio refuta la propia tesis de sus autores y confirma la mantenida aquí: el *enforcement privado* no es una herramienta que juegue un papel significativo en el aumento de la tasa de detección – y, por tanto, de represión – de los cárteles. Incrementa las “sanciones” para los cárteles que se investigan por las autoridades públicas pero, para que cumpla ese papel (a través de demandas consecutivas a las sanciones impuestas por la autoridad de competencia), no hace falta armonizar el Derecho procesal de los Estados miembros.

8. No hay pocas demandas *follow on* por insuficiencias del Derecho procesal o del Derecho de la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros

La Comisión Europea considera que hay pocas demandas de indemnización de daños derivados de infracciones *antitrust*:

“en gran parte (debido) a diversos obstáculos legales y procesales derivados de las normativas nacionales.... las indemnizaciones por daños en este campo presentan una serie de características particulares que a menudo las normas procesales tradicionales y de responsabilidad civil abordan de manera insuficiente. Esto da lugar a una gran inseguridad jurídica. Entre las particularidades se incluyen la necesidad de realizar un análisis efectivo y económico de gran complejidad, la frecuente inaccesibilidad y ocultación de pruebas cruciales por parte de los demandados y el equilibrio generalmente desfavorable entre el riesgo y la recompensa para los demandantes”⁵².

Coherentemente con este planteamiento, las cuestiones que se abordan en el Libro Blanco se refieren a los problemas procesales. De acuerdo con la tesis aquí mantenida, el único ámbito en el que puede hablarse de *underenforcement* es en el de las demandas *follow on* tras la detección y sanción administrativa de un cártel, según hemos visto. Y, obsérvese, que si limitamos la intervención a estas demandas, la mayor parte del contenido del Libro Blanco resulta innecesaria. En el juicio civil que siga a una Decisión de la Comisión Europea, no habrá que realizar un

⁵¹ R H. LANDE, J. P. DAVIS (2008, p. 898).

⁵² Libro Blanco, p. 2.

análisis “de gran complejidad” puesto que ya lo ha realizado la autoridad de competencia; no habrá un problema de “frecuente inaccesibilidad y ocultación de pruebas cruciales por parte de los demandados” porque la Decisión de la autoridad recogerá todos los datos de hecho – a menudo entregados voluntariamente por el *confidente* que se haya acogido al programa de clemencia – y la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba nacionales de conformidad con el principio de equivalencia y efectividad⁵³ obligan ya al Juez a imponer al demandado la carga de probar que los hechos no son ciertos. Es más, lo sensato sería que la Decisión de la Comisión contuviese ya un cálculo de los daños causados por el cártel, de manera que el proceso civil pueda acelerarse⁵⁴. Sólo tendría algún sentido obligar a los Estados a disponer, en su legislación procesal, de vías para el ejercicio de acciones colectivas, cuestión de carácter más general – porque afecta a muchos otros ámbitos jurídicos – y respecto de la cual, falta mucha experimentación para encontrar las formas más eficientes de agregar pretensiones.

Pero, aún más, es posible demostrar que quizá no haya un número excesivamente reducido de demandas basadas en el Derecho de la Competencia. Repasemos los estudios al respecto.

9. Sufrimos un déficit de acciones de daños basadas en cárteles. No un déficit de acciones basadas en el Derecho de la competencia

En efecto, es dudoso que el Derecho de la Competencia sufra de un insuficiente *enforcement*. Esta cuestión ha de resolverse empíricamente. Y en el debate en torno al Libro Blanco, no se ha puesto suficientemente de manifiesto que, desde el punto de vista del bienestar social, todos los mecanismos de *enforcement* deben ser sumados y sus respectivos costes y beneficios analizados para determinar la medida en que cada uno de ellos debe ser utilizado. Ejemplos extraídos de otros ámbitos jurídicos podrían traerse a colación. Por ejemplo, el debate sobre gobierno corporativo y la protección de los accionistas dispersos frente a las personas que toman acciones diarias (*insiders*) en las sociedades cotizadas (sean estos los administradores – en sociedades de

⁵³ V., *Infra*.

⁵⁴ En este sentido, resulta necesario recordar que los Tribunales europeos han “liberado” a la Comisión Europea de la obligación de estimar los efectos de un cártel en el mercado a la hora de fijar la cuantía de la multa. V., por ejemplo, la STPI en el Asunto T 279/02 *Degussa v Commission* [2006] ECR II 897, paragraph 231, citada por el Abogado General Bot en su Opinión de 26-III-2009 277. “According to consistent case-law, the Court of First Instance considers that the Commission is not required to quantify precisely the actual impact of an infringement or to provide an assessment with figures. The Court of First Instance points to the difficulties which the Commission may face, in so far as, according to that Court, ‘proving [the actual effects of an infringement] involves comparing the situation arising from that infringement with the situation which would have been observed had it not arisen, a comparison which is, by its very nature, hypothetical’, de modo que la Comisión puede agravar la multa porque el cartel ha tenido efectos en el mercado si demuestra, simplemente, que el acuerdo se aplicó pero “the Commission is not required systematically to demonstrate that the agreements in fact enabled the undertakings concerned to achieve a higher level of transaction prices than that which would have prevailed in the absence of a cartel, on account of the considerable resources that that would necessitate and recourse to hypothetical calculations”. Tal demostración es necesaria, sin embargo, para conceder una indemnización de daños. Y hay otras sentencias del TPI que contradicen la que se acaba de citar y exigen una demostración de efectos por parte de la Comisión.

capital disperso – o los accionistas significativos – en sociedades de capital concentrado). En este ámbito, el *enforcement* es predominantemente privado aunque hay cierto *enforcement* público de los derechos de los accionistas a través de las agencias públicas de supervisión de los mercados de valores (CNMV, Consob, SEC...). El objetivo es minimizar las conductas desleales de los *insiders*. Parece elemental que, para decidir si hay un déficit en la protección de los accionistas frente a las conductas desleales o expropiatorias de los *insiders*, examinemos en conjunto las normas (y las instituciones de “mercado”) que protegen estos derechos y su grado de aplicación por todos los actores del sistema. Por ejemplo, es posible que los derechos de los accionistas estén mejor protegidos por la amenaza de la sanción penal – penas de cárcel – para la realización de conductas de *autocontratación* que por el reconocimiento de una acción civil para reclamar la indemnización de los daños sufridos por estas conductas. Como nada es gratis, utilizar el procedimiento civil para desincentivar estas conductas puede ser más costoso que utilizar el Derecho Penal. En cada país, además, será diferente la eficacia de los diferentes mecanismos de *enforcement*⁵⁵. Un país en el que exista un sistema judicial eficiente debería utilizar éste en mayor medida que otro en el que los jueces sean corruptos o el sistema esté colapsado. Si hay una prensa económica independiente y muy activa, la Administración Pública de ese país puede destinar menos recursos a la vigilancia de la conducta de los *insiders*. Si los inversores pueden desplazar sus inversiones a otros mercados donde sus derechos estén mejor protegidos a bajo coste, un bajo nivel de protección de sus derechos en su país es menos grave. Simplemente, el mercado de valores en ese país será pequeño, poco profundo y los *insiders* recibirán el “castigo” por sus conductas en forma de empresas peor financiadas y más pequeñas etc. Pues bien, los ciudadanos europeos pueden disfrutar de una óptima combinación de *remedies* frente a los cárteles si ponemos a competir a los 27 Estados miembros de modo que se “especialicen” en ofrecer unos u otros en función del ámbito en el que tengan una ventaja competitiva.

El *Impact Study* contiene una revisión de la litigación desarrollada en Europa entre 2004 y 2007 en los 27 Estados miembros en relación con el Derecho de la Competencia. Actualiza así, el llamado *Informe Ashurst* que concluyó que las demandas indemnizatorias eran prácticamente inexistentes en Europa. Dice el *Impact Study* que entre 2004 y 2007 han encontrado 96 demandas por daños

⁵⁵ V., J. ARMOUR/B. BLACK/B. CHEFFINS/R. NOLAN (2009). En este estudio se lee lo siguiente, En Gran Bretaña, entre 2004 y 2006 y de 27,090 demandas mercantiles examinadas “24 *involved claims against directors of plcs, of which only six involved publicly traded companies. Of these six, three were launched by private plaintiffs. Of the private suits, only one involved a claim for damages... this means the per year likelihood of directors of a publicly traded firm being sued in English courts for damages under UK companies legislation was 1 out of nearly 6,000, or 0.017%*”. Por el contrario, en los EE.UU., la probabilidad de que un administrador sufra una demanda por violación de sus deberes fiduciarios hacia los accionistas es muy elevada. Pero esto no quiere decir que los accionistas británicos no estén protegidos frente a conductas desleales de los administradores británicos y los norteamericanos sí, sino que existen otros mecanismos de *enforcement* de los deberes de los administradores que funcionan en Gran Bretaña, a saber, la actuación del *Takeover Panel* (el organismo que vigila la *fairness* de las ofertas públicas de adquisición) y los derechos de los accionistas a participar en el gobierno de las sociedades – los accionistas americanos apenas tienen – suplen eficazmente la falta de litigación corporativa (pp. 21 ss.). Por el contrario, en los EE.UU., la posición de los accionistas es muy débil en términos de derechos concretos (a convocar una Junta, a destituir a los administradores, a participar en los aumentos de capital...) por lo que la litigación tiene que ver con la aplicación de cláusulas generales como la del “deber de lealtad” de los que dirigen una compañía hacia sus accionistas V., J. ALFARO ÁGUILA-REAL (2008) (equivalencia de resultados a través de instituciones diferentes).

apoyadas en Derecho de la Competencia. Los autores reconocen que, en los grandes países, en la mayor parte de los pleitos de competencia no se alega el Derecho comunitario sino el Derecho nacional de competencia, lo que elevaría el número (para Alemania, se registran 240 casos de *private enforcement* entre 2004 y 2006).

Si de lo que se trata es de incrementar la disuasión, es irrelevante que el Derecho alegado sea el nacional y no el comunitario, por lo que el análisis debería incluir todos estos casos. Pero habría que añadir, además, todos los pleitos de competencia desleal y de incumplimiento de contrato en los que los argumentos de las partes son de Derecho de la competencia. Por ejemplo, en Derecho español, la venta a pérdida como práctica predatoria puede perseguirse a través de una demanda de competencia desleal (art. 17 Ley de Competencia Desleal, LCD) o el abuso de una situación de dependencia (art. 16.3 LCD) o conductas como el engaño o la confusión que, practicadas por una empresa dominante, justificarían una condena por abuso de posición dominante. Además, la alegación de argumentos traídos del Derecho de la competencia en pleitos que, por ejemplo, denuncian el incumplimiento de un contrato o su nulidad es cada vez más frecuente⁵⁶. A lo que hay que añadir que los problemas de competencia que se plantean en sectores como el de las telecomunicaciones se ventilan, a menudo, a través de procedimientos administrativos – *public enforcement* – que se desarrollan ante agencias públicas específicas como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en España⁵⁷, agencias que se ocupan de regular el mercado de manera que se minimicen las posibilidades de ejercicio abusivo del poder que disfrutaban los operadores dominantes y de resolver conflictos competitivos entre los operadores. Toda la regulación – comunitaria – del sector está basada en los principios del Derecho de la Competencia. Y su extensión a otros sectores, como el de la energía, ha sido propuesta recientemente⁵⁸, lo que incrementa notablemente el *enforcement* del Derecho de la competencia. Nuevamente, estas autoridades sectoriales carecen de competencia para perseguir los cárteles en sus sectores, debiendo limitarse, normalmente, a trasladar a la autoridad de competencia cualquier información relevante al respecto. Como estas autoridades disponen de más información que la autoridad de competencia sobre los mercados que supervisan, su participación en la persecución de los cárteles debería incentivarse para elevar la tasa de detección.

Incluso recientemente, el Tribunal Supremo español ha condenado a dos empresas sancionadas por la Comisión Europea por prácticas de *dumping* a indemnizar aplicando el art. 1902 CC y afirmando, en la línea de la sentencia *Courage* que:

“... Lo que aquí se sanciona es un ilícito civil que trasciende de los efectos que se producen en el ámbito meramente administrativo... un ilícito que no resulta indiferente a la tutela y protección jurisdiccional que merecen los particulares con intereses a legítimos en el ámbito de la normativa

⁵⁶ Véase, por ejemplo, la litigación *Sogecable-Mediapro* en España que se ventila ante la jurisdicción civil pero en la que es decisiva el carácter anticompetitivo o no del contrato celebrado entre ambas empresas.

⁵⁷ V., respecto a la relación entre estas autoridades sectoriales y las autoridades de competencia, J. ALFARO ÁGUILA-REAL (2009).

⁵⁸ F. SALERNO (2008).

interna, en este caso, por razón del tiempo en que los hechos suceden, al amparo del artículo 1902 del Código Civil, por culpa extracontractual, concurrente a partir de un daño cierto, que la actora no tiene la obligación de soportar, y que se halla causalmente vinculado a la actuación negligente de quienes se aprovecharon de una situación transitoria, como fue la integración de España en una nueva estructura económica que le permitiera competir con la demandante, del que resulta el derecho a ser indemnizado en las consecuencias de aquella actuación⁵⁹”.

El *Impact Study* (p 40) continúa afirmando que, de los 96 casos, 61 se referían a restricciones verticales, solo 12 a cárteles y 22 a abusos de posición dominante. El propio estudio confirma que no es necesario ni deseable incrementar la litigación en torno al Derecho de la Competencia fuera de la represión de los cárteles:

“... one of the major problems with encouraging private enforcement of these types of anticompetitive behaviour is that, unlike what occurs in cartels, here the conducts at hand cannot be deemed a priori socially harmful. For these types of conduct, firms themselves have to carefully weigh costs and benefits before deciding whether to proceed: the policy problem is not ensuring that firms always refrain from engaging in a given conduct, but securing that firms face the right set of incentives – i.e., the right magnitude of expected costs and benefits – when deciding to act. Any other deterrence-based approach would result in a socially undesirable outcome. The economic literature thus supports a different approach for most of these types of infringement”.

La conclusión es que, aparentemente, sufrimos un déficit de acciones de daños basadas en cárteles. No un déficit de acciones basadas en el Derecho de la competencia.

10. El problema es el de insuficiente enforcement público, no privado

Pero es probable que este déficit no sea tal, sino un mero reflejo del carácter incipiente de la lucha a gran escala contra los cárteles en Europa, esto es, una consecuencia necesaria del históricamente insuficiente *enforcement* público de la prohibición de cárteles en Europa. No hay que remontarse a las épocas en las que los Estados “organizaban” los cárteles entre las empresas privadas bajo su jurisdicción o utilizaban empresas públicas para tal fin. Sabemos que las autoridades nacionales apenas han perseguido cárteles en los años ochenta y noventa y solo recientemente han aumentado de forma significativa los casos y la cuantía de las multas impuestas a cartelistas por parte de las autoridades nacionales⁶⁰. La Comisión Europea no parece en condiciones de investigar más que entre 5 y 10 cárteles al año, si hay que atender a sus estadísticas.

La instauración de los programas de *leniency* han provocado un aumento notable del número de cárteles sancionados por la Comisión Europea y, lo que es más importante, el volumen de las

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 2 de octubre de 2008, *Id. Cendoj*: 28079110012008100900.

⁶⁰ Hasta 2007, en España, apenas hay resoluciones de la autoridad de competencia que sancionen cárteles. Sólo la introducción del programa de clemencia tras la promulgación de la nueva Ley y la reorientación de la actividad de la CNC ha aumentado este número. V., la opinión semejante de P. BUCCIROSSI, G. SPAGNOLO (2005).

multas se ha incrementado exponencialmente aún después de las reducciones derivadas del propio programa.

La comparación con los EE.UU. es, en este punto, inadecuada. No vamos a reproducir aquí las enormes diferencias entre los sistemas de *enforcement* del Derecho de la competencia allí y en Europa. Baste con señalar que EE.UU. tiene un ordenamiento jurídico basado en el litigio – penal en lo que a los cárteles se refiere – y en el que los mismos incentivos que llevan a los particulares a presentar demandas millonarias contra las compañías tabaqueras o los fabricantes de automóviles mueven a la presentación de demandas basadas en normas antimonopolio⁶¹. Y no es objetivo ni es razonable pensar que las modestas modificaciones del Derecho Procesal y de la responsabilidad extracontractual que se contienen en el Libro Blanco puedan provocar una modificación sustancial de los incentivos para litigar, modificación, sin la cual no cabe esperar un cambio sustancial del panorama europeo. Pero es que, además, el *enforcement* público de la prohibición de cárteles en los EE.UU. ha sido mucho más intenso que en Europa. Veremos inmediatamente que la Comisión Europea decide 5-8 casos de cártel por año. La *Antitrust Division* en torno a 50⁶². Aunque añadamos la actividad de las autoridades nacionales, estamos muy lejos de EE.UU. también en lo que al *enforcement* público se refiere. La concentración de la *Antitrust Division* en los cárteles internacionales y el hecho de que el 85 % de las empresas sancionadas desde 1994 fueran no norteamericanas⁶³ indica, probablemente, que las empresas norteamericanas se lo piensan mucho más que las asiáticas o las europeas antes de participar en un acuerdo de fijación de precios dada la amenaza de severas penas de cárcel que pesan sobre sus directivos. Por tanto, una primera razón por la que hay pocas demandas de indemnización de daños en Europa es porque hay pocas Decisiones de las autoridades de competencia en las que se declare la existencia de un cártel cuyos efectos en el mercado se hayan considerado significativos y, la mayor parte de ellas, se han producido recientemente (en los últimos cinco años) como consecuencia de la puesta en vigor de los programas de clemencia⁶⁴ y aumentará si el programa de *terminación convencional* funciona y se establece también un programa de *negociación de*

⁶¹ “The reliance on private lawsuits – both shareholder derivative litigation and securities fraud actions brought by investors – as a major regulatory tool (not just as a theoretically available cause of action) has long remained essentially an American habit only” a pesar de la extraordinaria influencia del Derecho de los EE.UU. en las normas sustantivas del Derecho de la competencia y del Derecho del mercado de valores, H. BUXBAUM (2008).

⁶² “The Division has opened on average almost 100 formal Section 1 investigations annually during 1990-2007... Roughly one-third of the Section 1 investigations require setting up grand juries to consider criminal indictments... About 25 to 35 grand juries were opened or closed each year during 1995-2007; the number of pending grand juries averaged less than 100 before 2003 but rose to 126 during 2003-07. Information usually appears in the press for about half of these juries prior to the announcement of guilty pleas or indictments”, J. CONNOR (2008, p. 17); “The Division has formally investigated or convicted approximately 135 international cartels since 1990”, J. CONNOR (2008, p. 21).

⁶³ J. CONNOR (2008, p. 21): “During 1980-95, virtually no foreign firms or individuals were punished for criminal price fixing. 65 Since 1994, 85% of the corporations with fines of at least \$10 million have been foreign”.

⁶⁴ Según los autores, el primer programa de clemencia de la Comisión Europea fue un relativo fracaso, mientras que su reforma, en 2002, lo convirtió en un éxito, J. CONNOR (2008, p. 5).

reducción del pago de la multa. De un análisis de la práctica de la Comisión en este ámbito se obtienen los siguientes resultados⁶⁵.

En los últimos 10 años ha habido 61 decisiones de la Comisión sancionando sendos cárteles, por 21 en los diez años anteriores. Es evidente que no hay cientos o miles de decisiones que hubieran permitido cientos o miles de acciones colectivas reclamando daños y es evidente también que las Decisiones se han producido, en más de un 70 % en los últimos cinco años. Y si echamos un vistazo a las mayores multas impuestas, entre las 10 primeras no aparece ninguna Decisión anterior a 2001 (y los casos de 2001 eran casos descubiertos previamente por las autoridades norteamericanas). Es más, si distinguimos en función de que se haya impuesto una multa, la impresión anterior (que la lucha contra los cárteles a gran escala en Europa es muy reciente) resulta reforzada⁶⁶.

En tercer lugar, *las conductas causantes del daño tuvieron lugar, a menudo, mucho tiempo atrás*, de forma que ni demandantes ni demandados tienen la posibilidad de reconstruir las relaciones en las que los cartelistas explotaron el cártel e impusieron precios o condiciones más onerosas a sus clientes y a los consumidores finales. No ya por un problema de prescripción de las acciones, sino por un problema de destrucción de cualquier prueba de la adquisición del producto sobre el que se practicó el sobreprecio como consecuencia del cártel. Así, en la mayor parte de los cárteles que hayan afectado a productos de consumo, los consumidores no pueden probar de ninguna forma que sufrieron el daño porque es impensable que el que compró un bote de pintura en el año 1999 de una marca cuyo fabricante fue condenado por cartelizar el sector pueda probar dicha compra en 2009.

De un repaso de los cárteles sancionados por la Comisión Europea en los últimos años, se observa que, en efecto, bastantes de las Decisiones sancionan conductas acaecidas cinco o más años antes y, en la práctica totalidad de los casos, conductas terminadas tres años antes de la imposición de la sanción⁶⁷. No debería dejar de tenerse en cuenta este extremo cuando se analiza

⁶⁵ Estadísticas de la CE para cárteles, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> y Memorias anuales de la CE disponible en http://ec.europa.eu/competition/annual_reports/. Según el *Impact Study*, "COMBE and MONNIER (2007) find that the number of detected cartels after 1996 (when leniency programmes were introduced in the EU) increased from 1.64 annually (in 1964-1996) to 5 annually (between 1997 and 2007). However the authors acknowledge that this could imply that the intensity of detection is higher, but could also result from an increase in the birth rate of cartels after 1996", p. 117.

⁶⁶ M. P. SCHINKEL (2006), que llama la atención sobre la importancia del programa de *leniency* "Since then, 39 decisions of the total of 51 decisions of cartel infringements involved some form of leniency, against 11 decisions that originated in the Commission's own initiative, and 1 complaint".

⁶⁷ Así, en el Asunto COMP/38.899, Conmutadores con aislamiento de gas, Decisión de la Comisión 24.1.2007 las conductas se desarrollaron entre 1988 y 2004; en el Asunto OMP/38.823, Ascensores y escaleras mecánicas, Decisión de la Comisión de 21.2.2007, el cártel se desarrolló durante el periodo 1995 - 2004. En el Asunto COMP/37.766, Mercado holandés de la cerveza, Decisión de la Comisión de 18.4.2007, las prácticas tuvieron lugar durante los años 1996 - 1999; en el Asunto COMP/39.168, Decisión de la Comisión de 19.9.2007, entre 1991 y 2003; en el Asunto COMP/38.710, Asfalto- España, Decisión de la Comisión de 3.10.2007, entre 1991 y 2002; en

el *passing on defense* y la doctrina norteamericana que limita la legitimación activa a los dañados directamente por los cárteles.

En cuarto lugar, los cárteles en los que los competidores han pactado, no precios, sino condiciones contractuales o de pago, determinar sus efectos sobre los precios y, por tanto, el daño sufrido por los clientes, resulta imposible, lo que reduce aún más el número de cárteles de los que podría seguirse una demanda civil de indemnización de daños. Es más, aunque sea posible calcular los efectos agregados del cártel sobre los precios y dejando a un lado los efectos sobre los titulares de los factores de la producción que se usan menos como consecuencia del cártel, es probable que el reparto entre los miles o cientos de miles de afectados tenga mucho de lotería, es decir, no se consiga ni aproximadamente la indemnización del daño realmente sufrido por cada cliente o comprador. Esta consecuencia explica por qué, a menudo, el Derecho renuncia a indemnizar daños a través de un procedimiento judicial sustituyéndolo por multas que se destinan a reducir la probabilidad de que las conductas se produzcan en el futuro y, por tanto, a beneficiar a los consumidores como grupo. Como hemos señalado anteriormente, una decisión de un Derecho nacional en este sentido no puede suponer un incumplimiento del Derecho comunitario.

En quinto lugar, las demandas de daños que siguen a una Decisión de la Comisión Europea (las *stand alone sí*) no pueden interponerse antes de que los tribunales de la Unión hayan decidido

el Asunto COMP/38.432, Cintas de vídeo para uso profesional, Decisión de la Comisión de 3.10.2007, entre 1999 - 2002; en el Asunto COMP/39.165, Vidrio plano, Decisión de la Comisión de 28.11.2007, durante el periodo 2004 - 2005; en el Asunto COMP/38.629, Caucho cloropreno, Decisión de la Comisión de 5.12.2007, entre 1993 y 2002; en el Asunto COMP/38.620, Peróxido de hidrógeno y perborato (químicos blanqueadores), Decisión de la Comisión, 3.5.2006, durante los años 1994 - 2000; en el Asunto COMP/38.645, Metacrilatos (cristal acrílico), Decisión de la Comisión, 31.5.2006 entre 1997 y 2002; Asunto COMP/38.456, Bitumen Nederland, Decisión de la Comisión, 13.9.2006, desde 1994 hasta 2002; Asunto COMP/38.121, Empalmes (Empalmes de cobre), Decisión de la Comisión, 20.9.2006, entre 1988 y 2004; Asunto COMP/38.907, Vigas de acero (readopción), Decisión de la Comisión, 8.11.2006, entre 1988 y 1991; Asunto COMP/38.638, Caucho sintético (BR/ESBR), Decisión de la Comisión, 29.11.2006 entre 1996 y 2002; Asunto COMP/39.234, Extra de aleación (readopción), Decisión de la Comisión, 20.12.2006 entre 1993 y 1994; Asunto COMP/37.773, AMCA Asunto del ácido monocloroacético, Decisión de la Comisión de 19.01.2005, desde 1984 hasta 1999; Asunto COMP/38.337, PO/Thread, Hilo Industrial, Decisión de la Comisión de 14.09.2005, entre enero de 1990 y septiembre de 2001; entre enero de 1990 y septiembre de 1996; y desde mayo/junio de 1998 al 15 de mayo de 2000; Asunto COMP/38.281, Tabaco crudo en Italia, Decisión de la Comisión 20.10.2005: 1995-2002; Asunto COMP/ 38.354, Sacos industriales, Decisión de la Comisión de 30.11.2005 desde 1982 a 2002; Asunto COMP/38443, Sustancias químicas para la industria del caucho, Decisión de la Comisión 21.12.200 de 1996 a 2001 y 1999 y 2000; Asunto COMP/38.069 Tubos sanitarios de cobre, Decisión 3.09.2004 desde mediados de 1988 hasta principios de 2001; Asunto COMP/36.756 Gluconato sódico, Decisión de la Comisión 29.09.2004: entre 1987 y 1995; Asunto COMP/37.750, Brasseries Kronenbourg, Brasseries Heineken, Decisión de la Comisión de 29.09.2004, en 1996 nunca aplicado; Asunto COMP/38.238. Tabaco crudo en España, Decisión de la Comisión 20.10.2004, de 1996 a 2001; Asunto COMP/38.338. Artículos de mercería (aguja), Decisión de la Comisión de 26.10.2004, entre 1994 y 1999; Asunto COMP/37.533. Cloruro de colina, Decisión de la CE de 9.12.2004 entre 1992 y 1999; Asunto COMP/E-1/37.370, Sorbatos, Decisión de la Comisión 1.10.2003, entre 1979 y 1996; Asunto COMP/E-2/38.359. Productos eléctricos y mecánicos de carbono y grafito, Decisión de la Comisión 3.12.2003: de octubre de 1988 a diciembre a 1999; Asunto COMP/E-2/37.857, Peróxidos orgánicos, Decisión de la Comisión de 10.12.2003, de 1971 a 1999.

respecto de los recursos contra la Decisión que hubieran planteado los cartelistas⁶⁸. Así, por ejemplo, en Gran Bretaña, es necesaria una autorización específica del *Competition Appeal Tribunal*⁶⁹. El 9 de febrero de 2007, clientes que habían sufrido sobrepuestos del cártel del grafito solicitaron tal autorización que fue denegada por el CAT señalando que permitir la interposición

⁶⁸ Al respecto, no entendemos bien si el Libro Blanco pretende que el efecto vinculante se pretende de las resoluciones definitivas de las autoridades de competencia nacionales o solo de las firmes. En el Libro Blanco (p. 7) se propone una regla que diga que “los órganos jurisdiccionales nacionales que tengan que pronunciarse sobre demandas de reparación de daños y perjuicios por prácticas de conformidad con el artículo 81 ó 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”. Parece que se refiere, pues, a resoluciones firmes. Si es así, esta eficacia vinculante queda reducida a la que tiene la jurisprudencia porque si un demandante que pide una indemnización de daños desea aprovecharse de la Resolución, habrá de esperar entre 5 y 8 años a obtener una sentencia firme del Tribunal Supremo que es donde acaban los recursos contencioso-administrativos contra las Resoluciones, en el caso español, de la Comisión Nacional de la Competencia. El caso español *Antena 3/Liga de Fútbol Profesional* ejemplifica bien estos problemas. En 1993, el TDC resuelve que la LFP incurrió en abuso de posición dominante al “utilizar el poder en el mercado de derechos de emisión de fútbol por televisión alterando la competencia en el mercado de la televisión ante la entrada de tres nuevos operadores, al provocar el bloqueo de acceso a las imágenes para dos de ellos” (A3TV y Telecinco)”. Además, incurrió en un pacto restrictivo de la competencia al celebrar un acuerdo (LNFP) con las televisiones autonómicas “para la cesión en exclusiva..., por ocho temporadas, con derecho de tanteo, retracto y contratación preferente de los derechos reemisión de 42 partidos de fútbol...” Igualmente consideró restrictivo de la competencia el acuerdo de la LNFP con Canal + “para la cesión en exclusiva por ocho temporadas de la retransmisión de 38 partidos de fútbol para cada temporada” y declaró, también restrictivo, el acuerdo entre las Televisiones autonómicas y Canal + “para la aceptación por parte de las televisiones autonómicas de que la LNFP ceda la emisión de partidos en directo a Canal Plus... durante ocho temporadas”. Y también restrictivo el acuerdo entre las Televisiones autonómicas y TVE para la cesión de derechos para la “retransmisión en directo de 42 partidos en el territorio no cubierto por las tv autonómicas”. La razón fundamental de tal calificación era que la cesión en bloque y por ocho años con posibilidad de prórroga de todos los derechos de emisión de partidos de fútbol tenía un efecto de cierre de mercado y de expulsión de competidores – las, entonces, nuevas televisiones – inaceptable. En 1996 se dictó la Sentencia de la Audiencia Nacional confirmando la Resolución del TDC. En 2003, la Sentencia del Tribunal Supremo desestimando el recurso de casación. El 7-de junio de 2005, el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de *Antena 3* reclamando 25 millones de euros de indemnización a la Liga por abuso de posición dominante. El 18 de diciembre de 2006, la Audiencia revoca la sentencia afirmando que *Ernst & Young*, que habían hecho el informe pericial para A3 para calcular los “daños” derivados (lucro cesante) para A3 por no haber podido emitir fútbol, no resultaba convincente en la “forma del cálculo del precio razonable del fútbol”. En otras palabras, el informe pericial calculaba el coste de adquisición de los derechos de emisión del fútbol a un precio demasiado bajo (lo que incrementaba, naturalmente, los beneficios hipotéticos que A3 podría haber obtenido y, por tanto, el lucro cesante). Pero lo terrible para A3 es que concluye que, como el dictamen no era convincente respecto a la cuantía de los daños A3 no “ha acreditado cumplidamente... el perjuicio reclamado...” por lo que hay que estimar en su totalidad el recurso de LFP y concluir que A3 no tiene derecho a ningún tipo de indemnización. Para el caso alemán y la aplicación del parágrafo 33.4 de la WBG, v., M. DIETRICH, W. GRUBER, M. HARTMANN-RÜPPEL (2009, pp. 84 ss.).

⁶⁹ V., para lo que sigue, R. ERIKSSON (2008). La decision del Competition Appeal Tribunal, es de 28 Abril de 2008, *Caso nº 1077/5/7/07, Emerson Electric Co, Valeo S.A., Robert Bosch GmbH, Visteon Corporation and Rockwell Automation Inc. v Morgan Crucible Plc (Schunk GmbH, Schunk Kohlen stofftechnik GmbH, SGL Carbon AG, Le Carbone Lorraine S.A.)*.

de la demanda antes de que los recursos contra la Decisión de la Comisión estuvieran resueltos era “la excepción y no la regla” porque esta negativa no impedía a los demandantes presentar su demanda como una *stand-alone* ante la jurisdicción civil, lo que los demandantes no tienen muchos incentivos para hacer porque, de acuerdo con el *case law*, no habrían obtenido *daños punitivos*, (múltiples) sino sólo *compensatorios*⁷⁰ lo que hace al CAT un foro mucho más atractivo. El TPI dictó Sentencia en este caso el 8 de octubre de 2008⁷¹.

Por último, los cárteles se sancionan con independencia de que se hayan puesto en práctica o de los efectos que hayan tenido en el mercado. Por tanto, de las escasas decisiones de las autoridades, hay que restar aquellas en las que no se apreciaron efectos del cártel sobre los precios en los mercados (porque el acuerdo no se puso en práctica) y, en relación con aquellas en las que la Comisión Europea declara que los cárteles tuvieron efectos, la doctrina del TPI es que la Comisión no viene obligada a demostrar que aumentaron los precios para agravar la multa, siendo suficiente con que aporte indicios de dichos efectos⁷². En consecuencia, los potenciales demandantes particulares de una indemnización de daños habrán de invertir tiempo y dinero, no ya en calcular el sobrecargo y las ganancias de los cartelistas (si pueden pedir indemnización de daños y enriquecimiento injusto) sino en determinar si el cartel fue exitoso en cuanto logró provocar un aumento de precios o, lo que es más difícil todavía, que los precios no bajaron lo que hubieran bajado de no existir el cártel. Se comprenderá que el potencial demandante considere esta cuestión un importante desincentivo para litigar.

En consecuencia, parece mucho más prometedor, desde el punto de vista de la eficacia de la lucha contra los cárteles y de facilitar la compensación de las víctimas de los mismos, incrementar sustancialmente los recursos públicos que los Estados y la Unión Europea destinan a esta lucha (su financiación a través de las multas está garantizada) y adoptar medidas tales como la imposición de sanciones penales; la concesión de incentivos económicos a los terceros denunciadores e incluso la imposición de obligaciones de desinversión a las empresas participantes en un cártel cuando la estructura del mercado sea especialmente proclive a la colusión, que armonizar el Derecho procesal de los Estados miembros con la esperanza de que los particulares y los tribunales civiles consigan detectar e investigar un mayor número de cárteles. En efecto, del resumen que efectúa el *Impact Study* sobre el grado de detección de los cárteles se deduce que se descubrirían entre un 10 y un 20 % de los cárteles⁷³. Parece un nivel de detección y

⁷⁰ V., A. DAWES (2008), el argumento fundamental de la *High Court* fue que conceder daños punitivos sería contrario al *ne bis in idem* dado que los demandados habían recibido una multa de la Comisión Europea.

⁷¹ Asunto T-73/04.

⁷² V., la Opinión del Abogado General Bot, *delivered on 26 March 2009 Joined Cases C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P and C-137/07 P Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG (C-125/07 P), Raiffeisen Zentralbank Österreich AG (C-133/07 P), Bank Austria Creditanstalt AG (C-135/07 P), Österreichische Volksbanken AG (C-137/07 P), v Commission of the European Communities*, que hace un repaso de la jurisprudencia de los tribunales comunitarios al respecto en los apartados 277 ss.

⁷³ *Impact Study*, p. 72 “Most recently, COMBE and MONNIER (2007) analysed all the 86 cartels convicted by the European Commission from the Quinine cartel in 1969 and the Lifts and Escalators Cartel in February 2007. They estimate that the

sanción muy bajo. Si solo se detuviera y condenara al 10 o al 20% de los homicidas o de los que roban con intimidación, diríamos que el país correspondiente no está dedicando suficientes recursos públicos a la lucha contra el delito y elevaríamos las penas para compensar ese bajo nivel de eficacia del *enforcement* público del Código Penal y facilitaríamos la presentación de demandas consecutivas fijando, en la Decisión que sanciona el cártel, los efectos económicos que, razonablemente, haya podido tener el mismo.

Todas estas razones explican por qué la litigación para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios derivados de cárteles en Europa es *incipiente* pero, a la vista de cuanto se ha expuesto, también *prometedora*. No parece que sean necesarios estímulos añadidos en forma de armonización de normas procesales para acciones particulares.

11. Conclusiones

En las páginas anteriores hemos hecho tres afirmaciones.

La primera, es que sólo podemos estar seguros de que *hay un underenforcement del Derecho de la competencia en relación con los cárteles. Incentivar la litigación privada en los demás ámbitos del Derecho de la competencia resulta innecesario y puede que contraproducente* porque los particulares disponen de la información, los medios procesales y los incentivos para litigar, de manera que no son probables ganancias en el bienestar social derivadas de medidas que incentiven la litigación en esos ámbitos.

La segunda, que *serían necesarias medidas de enorme calado* para que se aumente el grado de detección de cárteles a través de la interposición de demandas por cártel por particulares y, por tanto, que el único objetivo razonable de las iniciativas de la Comisión es el de asegurar que las víctimas de un cártel descubierto por la Comisión puedan recibir compensación.

La tercera, que *el problema en Europa es de insuficiente y tardío enforcement público de la prohibición de los cárteles*. Especialmente, en lo que toca a las autoridades nacionales de competencia. Sólo muy recientemente las autoridades de competencia – la europea y las nacionales – han abierto y concluido expedientes por cártel de gran volumen y en número significativo. En consecuencia, es muy pronto para concluir que las víctimas de los cárteles no obtienen ni pueden obtener compensación sin la intervención armonizadora de la Unión Europea. La medida más eficaz para que existan demandas de daños es que se refuerce el *enforcement* público de la prohibición de cártel. Y, por tanto, es del todo aconsejable esperar y ver, adoptando – si acaso – medidas que faciliten la competencia entre ordenamientos nacionales por atraer demandas de daños derivados de cárteles internacionales.

probability of being caught in a given year, conditional to the probability of being detected, would be at most between 12.9% and 13.2%”.

El Derecho de la responsabilidad extracontractual es un Derecho centenario si no milenario, producto de una evolución, sobre todo, jurisprudencial. La mayoría de los países de Europa continental se basan en una cláusula general como la del art. 1902 CC español, que se limita a decir que el que causa un daño imputablemente tiene que indemnizar a la víctima. No parece sensato que el Derecho Comunitario dicte regla alguna al respecto para un tipo concreto de daños como son los derivados de conductas anticompetitivas. Porque las diferencias y los matices entre los distintos Derechos son innumerables. Y muchas de estas cuestiones son polémicas

Es más, ¿por qué hay que tratar diferente a los consumidores dañados por un cártel respecto de los consumidores dañados por un producto defectuoso o dañados por un escape de sustancias tóxicas de una fábrica; por un accidente de un petrolero frente a la costa o cualquier otro supuesto de conducta con víctimas numerosas que pueden haber sufrido, daños de muy diversa cuantía y, a menudo, daños de pequeña cuantía?⁷⁴

La conclusión es que, siendo un objetivo loable facilitar las demandas de indemnización de daños presentadas por grupos de víctimas de cárteles descubiertos y sancionados por la Comisión Europea o las autoridades nacionales, la iniciativa de la Comisión, si se traduce en un Reglamento o una Directiva constituiría una medida desproporcionadamente compleja y costosa a la vista de los resultados que, de la misma, cabe esperar estando, a disposición de la Comisión, una simple reforma del Reglamento 1/2003 para codificar el *acquis communautaire* en la materia. Para un examen más cuidadoso deberían quedar la imposición de sanciones penales y el aumento de los medios de la Comisión para la lucha contra los cárteles así como el otorgamiento de recompensas a los que denuncien cárteles y la imposición de obligaciones de desinversión a las empresas cartelistas en mercados cuya estructura los hace proclives a la colusión.

La iniciativa de la Comisión, bienintencionada y gestionada con solvencia técnica, merece terminar aquí. Con el Libro Blanco. Como ha terminado la pretensión, por ejemplo, de regular de la relación entre acciones y derechos de voto (*una acción, un voto*)⁷⁵. La Directiva 2006/46/EC

⁷⁴ BULST (2008) afirma que “*Antitrust torts differ in an important respect from many “ordinary” torts. An “ordinary” tort law claim usually originates from a situation in which a person notices that he has suffered damages. He must identify the person responsible and find out whether that person engaged in an activity triggering civil liability. Furthermore, a causal link between that behaviour and the damage must be shown, possibly also fault. As far as antitrust infringements and cartels in particular are concerned, however, the genesis of a tort law claim is often reversed. In the antitrust context, at the outset there is frequently the discovery of an illegal act rather than of damages suffered. One does therefore not have to look further for the illegal act or omission and its perpetrator, but rather for the consequences of an act and for its victims, which ultimately leads to the challenge of attributing damages to the various (potentially) affected market participants*”. Pero en muchos casos de responsabilidad del fabricante, los daños aparecen muchos años después de la conducta dañosa (válvulas defectuosas, defectos congénitos provocados por exposición a sustancias químicas por la madre, enfermedades que aparecen muchos años después...) Y, en lo que es correcto, lo es solo si nos referimos a los daños causados por cárteles secretos. No lo es si nos referimos a los daños causados por conductas abusivas – excluyentes por parte de empresarios dominantes o por acuerdos entre empresas del tipo boicot.

⁷⁵ V., COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Impact Assessment on the Proportionality between Capital and Control in Listed Companies*, diciembre 2007. Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/impact_assessment_122007.pdf.

sobre cuentas anuales establece en su art. 50 c) un mandato a los Estados para que incluyan en su ordenamiento reglas para garantizar que hay responsabilidad civil de los administradores o de las sociedades emisoras frente a los inversores por incluir afirmaciones falsas o engañosas en las cuentas anuales y en la Directiva de folletos, la 2001/34/EC el art. 15 ordena que la legislación nacional prevea sanciones por violación de sus normas *sufficient to promote compliance with those measures*, tal como dijo el TJCE en relación con la Directiva sobre igualdad salarial. En este sentido, no se dan los requisitos de la subsidiariedad: porque los Estados tienen incentivos para proteger a sus consumidores permitiéndoles demandar a los cartelistas y porque todos los casos de cárteles sancionados por la Comisión constituyen conductas dañosas que generan derecho a indemnización de acuerdo con el derecho nacional. Por lo tanto, debería bastar con exigir el respeto, por parte de las autoridades nacionales, del principio de equivalencia y de efectividad.

12. Bibliografía

J. ALFARO ÁGUILA-REAL (1999), "La unificación del Derecho privado en la Unión Europea: planteamiento", *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, N° 5, pp. 6-16.

J. ALFARO ÁGUILA-REAL (2008), "El debate sobre las medidas defensivas frente a una OPA hostil y la alteración sobre la proporcionalidad entre participación en el capital y derecho de voto", *Noticias de la Unión Europea*, nº 205, pp. 7-19.

J. ALFARO ÁGUILA-REAL (2009), "Las autoridades de competencia nacionales ante los sectores regulados: la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia al sector de la energía. La coordinación entre los organismos reguladores", en J. MARTÍNEZ SIMANCAS et al., (dirs.), *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Madrid, pp. 457-478.

J. ALFARO ÁGUILA-REAL, T. REHER (2008), "European Initiative on Damages Action for Breach of Competition Rules", *CR European Antitrust Review*, 2008, pp. 46-49.

J. ARMOUR/B. BLACK/B. CHEFFINS/R. NOLAN (2009), "Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the UK and US", 6 *Journal of Empirical Legal Studies*, en prensa, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1105355>.

R. BECKER (2009), "Colloque: Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (Paris, 13 juin 2008)", *Concurrences*, 2-2009.

S. P. BRANKIN (2009), "Private Enforcement: the changing environment", Marzo 2009, disponible en http://www.crowell.com/documents/Private-Enforcement_The-changing-environment.pdf.

P. BUCCIROSSI, G. SPAGNOLO (2005), "Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?", *Lear Research Paper 05-01*, www.learlab.it.

F. W. BULST (2008), "Of Arms and Armour - The European Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law", *Bucerius Law Journal*, 2008-2, pp. 81-95.

H. BUXBAUM (2008), "Competition in the Private Enforcement of Regulatory Law", disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1129832>.

J. CONNOR (2008), "The United States Department of Justice Antitrust Division's Cartel Enforcement: Appraisal and Proposals", disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1130204>.

A. DAWES (2008), "The English High Court finds that following an infringement decision by the European Commission, the appropriate claim is for compensatory and not exemplary or

restitutionary damages (Devenish/Sanofi-Aventis - "Vitamins Cartel"), *e-Competitions*, 2008-II, N° 15157.

M. DEBROUX (2006), "A French commercial court dismisses a private action claiming compensation for damages caused by antitrust violation, on the basis of a broad interpretation of the passing on defence (Vitamins cartel)", *e-Competitions*, n° 12129.

M. DIETRICH, W. GRUBER, M. HARTMANN-RÜPPEL (2009), "Germany", en I. KNABLE GOTTS (ed.), *The Private Competition Enforcement Review*, Law Business Research, pp. 73-90, disponible en http://www.taylorwessing.com/uploads/tx_siruplawyermanagement/Germany.pdf.

T. EGER, P. WEISE (2006), "Limits to the private enforcement of antitrust law", *Working Paper*, disponible en <http://www.cbs.dk/content/download/67269/930127/file/Thomas%20Eger.doc>.

R. ERIKSSON (2008), "The British Competition Appeal Tribunal denies permission to bring follow-on damages actions while appeals to the European Court of First Instance are pending (Emerson Electric et al. / Morgan Crucible)", *e-Competitions*, n° 19627.

L. FARRELL, S. INCE (2008), "Private enforcement in the UK", Novembre 2008, disponible en <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=67882>.

R. H. LANDE, J. P. DAVIS (2008), "Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases", *U. San Francisco Law Review*, 82(2008), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1090661>.

C. LESKINEN (2008), "The Competence of the European Union to Adopt Measures Harmonizing the Procedural Rules Governing EC Antitrust Damages Actions", *Working Paper IE Law School - WPLS-0801*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1138797>.

F. MARCOS/A. SÁNCHEZ GRAELLS (2008), "Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?", *European Review of Private Law*, 3-2008, pp. 469-488.

C. PRIETO (2009), "Colloque: Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (Paris, 13 juin 2008)", *Concurrences*, 2-2009.

T. REHER (2009), "The Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules", *The European Antitrust Review 2009*, disponible en <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/10/sections/37/chapters/412/the-commissions-white-paper-damages-actions-breach-ec-antitrust-rules>.

K. ROACH, M. J. TREBILCOCK (1996), "Private Enforcement of Competition Laws", *Osgoode Hall L. J.*, 34, pp. 461 ss.

F. SALERNO (2008), "The Competition Law-ization of Enforcement: The Way Forward for Making the Energy Market Work?", *EUI Working Papers*, 2008/7, disponible en http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/08_07.pdf.

M. P. SCHINKEL (2006), "Effective Cartel Enforcement in Europe", *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2006-14*, disponible en <http://ssrn.com/paper=948641>.

I. R. SEGAL, M. D. WHINSTON (2006), "Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey", *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 335*, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=952067>.

A. SOLER PRESAS (2009), "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR", *InDret*, 2/2009, www.indret.com.

D. WOODS, A. SINCLAIR, D. ASHTON (2004), "Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead", *Competition Policy Newsletter*, 2004(2), pp. 31-37.