



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## Las acciones de indemnización por infracción de las normas de competencia

Especial consideración a la Directiva 2014/104/CE

Noemí Jiménez Cardona

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

---

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política  
Línea de Investigación: Derecho Mercantil

**LAS ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN POR  
INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA  
ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA DIRECTIVA  
2014/104/CE**

Director: Prof. Dr. Antoni Font Ribas

Tutor: Prof. Dr. David Vallespín Pérez

NOEMÍ JIMÉNEZ CARDONA

BARCELONA, 2020



# ÍNDICE



# ÍNDICE

<b>RESUMEN</b>	1
<b>PRESENTACIÓN</b>	7
<b>ABREVIATURAS</b>	11
<b>CAPÍTULO I.- LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. SU TRIPLE DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL Y LA COMPLEJA TRASLACIÓN DEL <i>PUBLIC ENFORCEMENT</i> VERSUS <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i> AL ÁMBITO DEL DERECHO PROCESAL</b>	
<b>I.1.- La evolución histórica de la normativa protectora de la competencia</b>	17
<b>I.2.- La conceptualización de la competencia y del Derecho de la competencia</b>	30
<b>I.3.- La triple dimensión constitucional de la competencia</b>	
I.3.1.- Introducción	46
I.3.2.- La dimensión institucional de la competencia	46
I.3.3.- La dimensión individual o subjetiva de la competencia	57
I.3.4.- La dimensión social de la competencia	80
<b>I.4.- La dualidad de intereses subyacentes en el Derecho de la competencia. Análisis “vertical” y “horizontal” del art. 38 de la Constitución Española</b>	
I.4.1.- Introducción	103
I.4.2.- La dualidad de intereses público-privados que subyacen en el Derecho de la competencia	103
I.4.3.- Libertad de empresa y vinculación de los poderes públicos. Análisis vertical del art. 38 CE	105

I.4.4.- Libertad de empresa y vinculación entre particulares y agentes empresariales. Análisis horizontal del art. 38 CE	109
<b>I.5.- La controvertida traslación del <i>public enforcement</i> versus <i>private enforcement</i> en el Derecho Procesal. La configuración de un sistema “<i>dual</i>” de tutela de la competencia</b>	118
<b>CAPÍTULO II.- LA TUTELA SUSTANTIVA Y PROCESAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SISTEMA NORTEAMERICANO</b>	
<b>II.1.- Introducción</b>	147
<b>II.2.- La regulación <i>antitrust</i> en el ordenamiento jurídico estadounidense (planteamiento general)</b>	147
<b>II.3.- La tutela sustantiva del Derecho de la competencia en el sistema estadounidense</b>	
II.3.1.- Introducción	156
II.3.2.- Génesis y evolución de las conductas anticompetitivas tipificadas en la <i>Sherman Antitrust Act</i> , <i>Clayton Antitrust Act</i> y otras leyes complementarias	156
II.3.3.- La aplicación judicial de la normativa antimonopolio estadounidense: la <i>rule of reason</i> , la <i>per se rule</i> y la <i>quick look rule</i>	171
II.3.4.- La no extrapolación automática, al sistema comunitario de defensa de la competencia, de los criterios estadounidenses de la <i>per se rule</i> y de la <i>rule of reason</i>	187
<b>II.4.- La tutela procesal del Derecho de la competencia en el sistema estadounidense</b>	
II.4.1.- Consideraciones generales	204
II.4.2.- La persecución de los ilícitos <i>antitrust</i> ante la jurisdicción penal	
II.4.2.1.- Introducción	212
II.4.2.2.- El enjuiciamiento de los ilícitos <i>antitrust</i> a cargo de la <i>Anti-trust Division</i> del Departamento de Justicia	214

II.4.2.3.- Especial referencia a los <i>leniency programs</i> en el ámbito penal y su interrelación en los procesos de reclamación civil	229
II.4.3.- La persecución de los ilícitos <i>antitrust</i> ante la jurisdicción civil	
II.4.3.1.- Introducción	242
II.4.3.2.- Cuestiones de procedimiento en torno a la interposición de las <i>antitrust damages actions</i>	244
II.4.3.3.- Las fuentes de legitimación para el ejercicio de las <i>antitrust damages actions</i> . La construcción de la <i>antitrust injury</i> como requisito de control y el reconocimiento de las <i>parens patriae actions</i>	245
II.4.3.4.- La interrelación entre la <i>indirect purchaser rule</i> y el <i>passing-on defense</i> en las <i>antitrust damages actions</i>	254
II.4.3.5.- El reconocimiento de los <i>trebles damages</i> como mecanismo de resarcimiento, prevención y promoción de las <i>antitrust damages actions</i>	264
II.4.3.6.- La institución del <i>discovery</i> y las reglas de acceso a las fuentes de prueba	268
II.4.3.7.- La interposición de las <i>class actions</i> para la reparación de los daños y perjuicios en los procesos <i>antitrust</i>	278
II.4.3.8.- Breve referencia a las posturas procesales del demandado ante el ejercicio de las <i>antitrust damages actions</i>	286

### **CAPÍTULO III.- LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

III.1.- La armonización de las normas de los Estados miembros de la UE relativas al Derecho de la competencia: historia de un largo camino	295
III.2.- La apuesta de la Directiva 2014/104/UE por una interacción coordinada, en el ámbito de la Unión Europea, entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia	310



<b>III.3.- El proceso de transposición de la Directiva 2014/104/UE mediante el Real Decreto-Ley 9/2017</b>	320
--	-----

## **CAPÍTULO IV.- ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DERIVADOS DE LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

<b>IV.1.- Introducción</b>	327
----------------------------	-----

### **IV.2.- Aspectos sustantivos derivados de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia**

IV.2.1.- Ámbito de aplicación	328
-------------------------------	-----

IV.2.2.- El derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados	343
--	-----

IV.2.3.- El régimen de responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores	354
--	-----

IV.2.4.- El plazo para el ejercicio de las acciones de daños	367
--	-----

IV.2.5.- La eficacia de las resoluciones de las autoridades administrativas ante los órganos jurisdiccionales	375
---	-----

IV.2.6.- La cuantificación de los daños y perjuicios	392
--	-----

IV.2.7.- Precisiones en torno al nuevo concepto de cártel	404
---	-----

IV.2.8.- Las soluciones extrajudiciales y el resarcimiento de los daños	410
---	-----

IV.2.9.- El régimen de los sobrecostos ( <i>passing-on</i> )	417
--	-----

### **IV.3.- Aspectos procesales derivados de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia**

IV.3.1.- Determinación de la competencia judicial	432
---	-----

IV.3.2.- Vicisitudes en torno a la legitimación colectiva	445
---	-----

IV.3.3.- Diligencias preliminares	459
-----------------------------------	-----

IV.3.4.- Procedimiento, modalidades de inicio del proceso, acumulación de acciones e intervención de terceros	471
IV.3.5.- Carga de la prueba	482
IV.3.6.- Medidas de exhibición y acceso a las fuentes de prueba	490
IV.3.7.- La efectividad de los programas de clemencia desde la perspectiva de la prueba de daños y perjuicios en el proceso civil	528
IV.3.8.- Coordinación entre procesos judiciales	540
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>545</b>
<b>ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO</b>	<b>605</b>
<b>ÍNDICE JURISPRUDENCIAL</b>	<b>657</b>



## RESUM

El present treball d'investigació, presentat com a Tesi Doctoral, amb el títol “*Les accions d'indemnització per infracció de les normes de competència. Especial consideració a la Directiva 2014/104/CE*”, centra la seva atenció a la complexa anàlisi de la tutela substantiva i processal del Dret de la competència, amb especial referència als problemes teòrics i pràctics que es plantegen, tant en seu administrativa com jurisdiccional, vers l'exercici de les accions civils de reparació dels danys i perjudicis que poden derivar-se dels il·lícits *antitrust*.

Un cop analitzada la conceptualització de la competència i del Dret de la competència, així com la seva triple dimensió constitucional (institucional, subjectiva i social), s'afronta la complexa translació del *public enforcement* i del *private enforcement* a l'àmbit propi del Dret Processal. Des de l'òptica de la dependència recíproca entre el Dret Mercantil i el Dret Processal s'examinen tant la regulació *antitrust* de l'ordenament jurídic estatunidenc (*rule of reason*, *per se rule* i *quick look rule*; la persecució dels il·lícits *antitrust* a càrrec de l'*Antitrust Division*; els *leniency programs*; la interposició de les *antitrust damages actions*; la legitimació i la construcció de l'*antitrust injury*; la *indirect purchaser rule*; la *passing-on defense*; els *trebles damages*; la institució del *discovery*; les *class actions*; i les *motions to dismiss* i *motions to summary judgement*); com aquella altra que és pròpia, per influència de la Directiva 2014/104/UE, d'un llarg procés d'harmonització, positiva i de mínims, de les normes dels diferents Estats membres de la Unió Europea relatives al Dret de la competència, tant a la seva vessant substantiva com processal.

Finalment, des de la perspectiva de la transposició al nostre ordenament jurídic de la Directiva europea de danys, que ha tingut lloc mitjançant el Reial Decret-Llei 9/2017, així com també tenint molt present que no és factible optar per una translació automàtica de les solucions del sistema *antitrust* nord-americà a l'àmbit europeu, en especial quant a aquells Estats d'influència de *civil law*; s'incorporen, fruit d'una anàlisi doctrinal i jurisprudencial comparada, rellevants conclusions, sobre entre d'altres temes, el seu àmbit d'aplicació (objectiu,

subjectiu i temporal); el dret al ple rescabament; el règim de responsabilitat conjunta i solidària; el termini per a l'exercici de les accions de danys; els efectes de les resolucions de les autoritats administratives i els òrgans jurisdiccionals competents; la quantificació dels danys i perjudicis; el nou concepte de càrtel; les solucions extrajudicials a l'àmbit del rescabament de danys; el règim de sobre-costos (*passing-on*); la competència judicial; la legitimació col·lectiva i les accions de classe; les diligències preliminars; les modalitats *follow-on* i *stand-alone*; l'acumulació d'accions; la intervenció de tercers; la càrrega de la prova; l'accés a les fonts de prova; i la coordinació entre processos judicials.

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación, presentado como Tesis Doctoral, bajo el título de “*Las acciones de indemnización por infracción de las normas de competencia. Especial consideración a la Directiva 2014/104/CE*”, centra su atención en el complejo análisis de la tutela sustantiva y procesal del Derecho de la competencia, con especial referencia a los problemas teóricos y prácticos que se plantean, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, en orden al ejercicio de las acciones civiles de reparación de los daños y perjuicios que pudieren derivar de los ilícitos *antitrust*.

Tras analizar la conceptualización de la competencia y del Derecho de la competencia, así como su triple dimensión constitucional (institucional, subjetiva y social), se enfrenta la compleja traslación del *public enforcement* y del *private enforcement* al ámbito propio del Derecho Procesal. Desde la óptica de la dependencia recíproca entre el Derecho Mercantil y el Derecho Procesal se examinan tanto la regulación *antitrust* del ordenamiento jurídico estadounidense (*rule of reason*, *per se rule* y *quick look rule*; la persecución de los ilícitos *antitrust* a cargo de la *Antitrust Division*; los *leniency programs*; la interposición de las *antitrust damages actions*; la legitimación y la construcción de la *antitrust injury*; la *indirect purchaser rule*; la *passing-on defense*; los *trebles damages*; la institución del *discovery*; las *class actions*; y las *motions to dismiss* y *motions to summary judgement*); como aquella otra que es propia, por influencia de la Directiva 2014/104/UE, de un largo proceso de armonización, positiva y de mínimos, de las normas de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea relativas al Derecho de la competencia, tanto en su vertiente sustantiva como procesal.

Finalmente, desde la perspectiva de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva europea de daños, que ha tenido lugar mediante el Real Decreto-ley 9/2017, así como teniendo también presente que no es factible optar por una traslación automática de las soluciones del sistema *antitrust* norteamericano al ámbito europeo, en especial por lo que hace referencia a

aquellos Estados de influencia de *civil law*; se incorporan, fruto de un amplio y comparado análisis doctrinal y jurisprudencial, relevantes conclusiones acerca, entre otras materias, de su ámbito de aplicación (objetivo, subjetivo y temporal); el derecho al pleno resarcimiento; el régimen de responsabilidad conjunta y solidaria; el plazo para el ejercicio de las acciones de daños; los efectos de las resoluciones de las autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales competentes; la cuantificación de los daños y perjuicios; el nuevo concepto de cártel; las soluciones extrajudiciales en el ámbito del resarcimiento de daños; el régimen de sobrecostos (*passing-on*); la competencia judicial; la legitimación colectiva y las acciones de clase; las diligencias preliminares; las modalidades de *follow-on* y *stand-alone*; la acumulación de acciones; la intervención de terceros; la carga de la prueba; el acceso a las fuentes de prueba; y la coordinación entre procesos judiciales.

## ABSTRACT

The present research work, presented as a Doctoral Thesis, under the title *"Damages actions for infringements of competition rules. Special consideration to the Directive 2014/104/CE"*, focuses its attention on the complex analysis of the substantive and procedural protection of Competition Law, with special reference to the theoretical and practical problems that arise, both in the administrative and judicial sphere, with regard to the exercise of civil actions for compensation of damages that may arise from antitrust offences.

After analysing the conceptualization of competition and Competition Law, as well as its triple constitutional dimension (institutional, subjective and social), the complex translation of public enforcement and private enforcement to the field of procedural law is faced. From the perspective of the mutual dependence between Business Law and Procedural Law, both the antitrust regulations of the US legal system are examined (rule of reason, per se rule and quick look rule; the prosecution of antitrust offences by the Antitrust Division; leniency programs; the filing of antitrust damages actions; the standing and construction of antitrust injury; the indirect purchaser rule; passing-on defence; treble damages; the institution of discovery; class actions; and motions to dismiss and motions to summary judgement); as well as that which is proper, due to the influence of Directive 2014/104/EU, of a long process of positive and minimal harmonization of the rules of the different Member States of the European Union regarding Competition law, both in its substantive and procedural aspects.

Finally, from the perspective of the transposition into our legal system of the European Directive on Damages, which has taken place through Royal Decree-Law 9/2017, as well as bearing in mind that it is not feasible to opt for an automatic transfer of the solutions of the US antitrust system to the European sphere, especially in reference to those States of civil law influence; relevant conclusions about, among other matters, its scope of application (objective, subjective and temporary); the right to full compensation are incorporated as a



result of a broad and comparative doctrinal and jurisprudential analysis; the regime of joint and several liability; the time limit for the exercise of actions for damages; the effects of the resolutions of the competent administrative authorities and courts; the quantification of damages; the new concept of cartel; the out-of-court remedies in the field of compensation for damages; the regime of overcharges (passing-on); jurisdiction; collective legitimation and class actions; preliminary proceedings; follow-on and stand-alone modalities; consolidation of actions; intervention of third parties; burden of proof; disclosure of evidence; and coordination between legal proceedings.

## PRESENTACIÓN

La elección del tema objeto de este trabajo de investigación que ahora presento bajo el título de “*Las acciones de indemnización por infracción de las normas de competencia. Especial consideración a la Directiva 2014/104/CE*”, responde a tres grandes razones cumulativas y complementarias: en primer lugar, el análisis de la tutela sustantiva y procesal de las acciones de daños derivadas de los ilícitos *antitrust* implica un examen interdisciplinar y transversal, así como comparado, que obliga a relacionar el Derecho Mercantil con el Derecho Procesal; en segundo lugar, se trata de un tema de indudable actualidad, máxime si tenemos presente la cercanía en el tiempo de la normativa de transposición en España de la Directiva europea de daños de 2014 (Real Decreto-ley 9/2017), así como su confusa regulación, en no pocos pasajes, de instituciones con notable repercusión práctica en la actividad competitiva del mercado, la libertad de empresa y la protección de consumidores y usuarios; y, en tercer lugar, desde la óptica de la armonización europea de la tutela procesal del Derecho de la competencia, resulta no solo necesario, sino también atractivo, examinar la conveniencia o no de importar algunas de las experiencias normativas sobre el tratamiento de los ilícitos anticompetitivos que cabe apreciar en el modelo *antitrust* norteamericano.

Justificada la elección del tema, debo exponer a continuación, desde una perspectiva metodológica, cómo he procedido a su elaboración. En cuanto a las fuentes se han empleado las que podemos considerar clásicas: en primer lugar, las normas jurídicas, con especial referencia a la Directiva 2014/104/UE, el Real Decreto-ley 9/2017, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la Ley de Enjuiciamiento Civil, diferentes Comunicaciones y Guías de la Unión Europea, las *Federal Rules of Civil and Criminal Procedure*, la *Sherman Antitrust Act*, y la *Clayton Antitrust Act*; en segundo lugar, la doctrina científica, tanto americana como europea, así como sustantiva y procesal (que aparece citada, con detalle, en el apartado de bibliografía); y, por último, la jurisprudencia, con especial intensidad respecto a las resoluciones de la Comisión Nacional de Competencia y de la Comisión Europea, la Audiencia

Nacional, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tribunales de Distrito norteamericanos, y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

De otra parte, a efectos sistemáticos debo señalar que la presente investigación se ha centrado, tras un Capítulo I dedicado a la triple dimensión del Derecho de la Competencia, así como a la compleja traslación de la distinción entre el *public enforcement* y el *private enforcement* al ámbito de Derecho Procesal; en analizar la tutela sustantiva y procesal del Derecho *Antitrust* en los Estados Unidos (Capítulo II), la armonización del Derecho de la Unión Europea sobre las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia (Capítulo III), y los aspectos sustantivos y procesales derivados de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia (Capítulo IV). Todo ello acompañado, al final, de un extenso índice bibliográfico y jurisprudencial, así como de un ambicioso apartado de conclusiones.

Esta metodología viene orientada, como es lógico, a la consecución de diferentes objetivos. Entre éstos, cabe resaltar, dado que impregnan el espíritu de los diferentes capítulos de este estudio monográfico, aquellos que vienen referidos a: la correcta conceptualización del Derecho de la competencia, con especial referencia al significado que cabe atribuir, en el momento actual, al derecho a la libertad de empresa; la individualización coordinada de la dualidad de los intereses subyacentes en el Derecho de la competencia (públicos y privados); la llamada de atención, fruto de la dependencia recíproca entre el Derecho Mercantil y el Derecho Procesal, acerca de la compleja traslación de la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia al ámbito propio de la disciplina procesal; la definición de un sistema “dual” de tutela de la competencia; la comparación entre la regulación *antitrust* en el ordenamiento jurídico estadounidense y aquella otra que es propia, tras la Directiva 2014/104/UE, de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, con la finalidad de poder defender o rechazar el seguimiento de soluciones miméticas ante realidades económicas, sociales, jurídicas y políticas no idénticas; y, por supuesto, el análisis crítico, como así podrá constarse en las conclusiones de

esta investigación, acerca de aquellas modificaciones que mediante nuestra normativa de transposición se han incorporado en nuestro ordenamiento jurídico respecto al ejercicio de las acciones civiles de daños derivados de los ilícitos anticompetitivos, tanto en la Ley de Defensa de la Competencia como en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aun cuando nuestro legislador parece no haber tenido siempre claro qué contenidos de dichos textos legales tienen relevancia sustantiva y cuáles, por el contrario, procesal; es lo cierto que, a lo largo de los sucesivos pasajes que integran este trabajo de investigación se intentará, mediante su análisis exhaustivo, dar respuesta a los interrogantes teóricos, pero con gran repercusión práctica tanto en el terreno administrativo como judicial, que se desprenden del actual marco normativo sobre el ejercicio de las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos.

Entre otros, previa valoración legal, doctrinal y jurisprudencial de la realidad actual, centraremos la atención en proponer, cuando así parezca oportuno, diferentes reformas o matizaciones interpretativas en aspectos tales como: el derecho al pleno resarcimiento, el régimen general de responsabilidad conjunta y solidaria, el plazo para el ejercicio de dichas acciones de reparación, la cuantificación de los daños, la eficacia derivada de las resoluciones de las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales, el nuevo concepto de cártel, el papel atribuido en este particular campo a las soluciones extrajudiciales de controversias, la competencia judicial, el procedimiento aplicable, la legitimación, con especial referencia a la falta de regulación de un auténtico proceso colectivo, las diligencias preliminares, la acumulación de acciones y procesos, la intervención de terceros, la carga de la prueba, el acceso a las fuentes de prueba, la interacción entre los programas de clemencia y la tutela procesal de daños, y la coordinación entre procesos judiciales.

Fijados ya en este apartado introductorio o de planteamiento inicial, los principales rasgos metodológicos de este estudio, así como sus principales

objetivos; sin mayor dilación procedemos al desarrollo de los cuatro capítulos que integran su contenido, así como a la plasmación, motivada fácticamente y jurídica fundada, de nuestras conclusiones.

## ABREVIATURAS

<b>AAP</b>	Auto de la Audiencia Provincial
<b>ABA</b>	American Bar Association
<b>ACPERA</b>	Plan o estatuto de la Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act
<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>Art.</b>	Artículo
<b>As.</b>	Asunto
<b>ATC</b>	Auto del Tribunal Constitucional
<b>ATS</b>	Auto del Tribunal Supremo
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>Cap.</b>	Capítulo
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCAA</b>	Comunidades Autónomas
<b>CCom.</b>	Código de Comercio
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo de Derechos Humanos
<b>CEE/CE</b>	Comunidad Económica Europea
<b>CFR</b>	Code of Federal Regulation
<b>CGPJ</b>	Consejo General del Poder Judicial
<b>CNC</b>	Comisión Nacional de la Competencia
<b>CNMC</b>	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
<b>CP</b>	Código Penal
<b>DOJ</b>	Department of Justice
<b>Ed.</b>	Editorial
<b>EEUU</b>	Estados Unidos

<b>Ej.</b>	Ejemplo
<b>Ep.</b>	Epígrafe
<b>Etc.</b>	Etcetera
<b>Expte.</b>	Expediente
<b>FJ</b>	Fundamento jurídico
<b>FRCP</b>	Federal Rules of Civil Procedure
<b>FTC</b>	Federal Trade Commission
<b>LA</b>	Ley de Arbitraje
<b>LCD</b>	Ley de Competencia Desleal
<b>LDC</b>	Ley de Defensa de la Competencia
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LECrím</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<b>LODLE</b>	Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<b>LPRC</b>	Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia
<b>MF</b>	Ministerio Fiscal
<b>Núm.</b>	Número
<b>Ob. cit.</b>	Obra citada
<b>Págs.</b>	Páginas
<b>PYME</b>	Pequeña y Mediana Empresa
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>RJ</b>	Repertorio Jurídico
<b>SA</b>	Sociedad anónima
<b>SAN</b>	Sentencia de la Audiencia Nacional
<b>SAP</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<b>ss.</b>	siguientes

<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STGUE</b>	Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea
<b>STJUE/STJCE</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>STPIUE</b>	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>STSJCA</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia de las CCAA
<b>T.</b>	Tomo
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TDC</b>	Tribunal de Defensa de la Competencia
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TFUE/TFCE</b>	Tratado Fundacional de la Unión Europea
<b>TGUE</b>	Tribunal General de la Unión Europea
<b>TJUE/TJCE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TPIUE</b>	Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea
<b>TRLGDCU</b>	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJCA</b>	Tribunal de Justicia de las CCAA
<b>UE</b>	Unión Europea
<b>US/USA</b>	United States of America
<b>USC</b>	United States Code
<b>Vgr.</b>	Verbigracia
<b>VTC</b>	Vehículo de transporte con conductor
<b>Vid.</b>	Véase
<b>Vol.</b>	Volumen
<b>Vs.</b>	Versus





## **CAPÍTULO I**

# **LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. SU TRIPLE DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL Y LA COMPLEJA TRASLACIÓN DEL *PUBLIC ENFORCEMENT* VERSUS *PRIVATE ENFORCEMENT* AL ÁMBITO DEL DERECHO PROCESAL**



## **CAPÍTULO I.- LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. SU TRIPLE DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL Y LA COMPLEJA TRASLACIÓN DEL *PUBLIC ENFORCEMENT* VERSUS *PRIVATE ENFORCEMENT* AL ÁMBITO DEL DERECHO PROCESAL**

### **I.1.- La evolución histórica de la normativa protectora de la competencia**

La normativa protectora de la competencia presenta unos orígenes relativamente recientes en comparación con otros ámbitos normativos propios del Derecho Mercantil que pueden parecerle cercanos (vgr. la protección de las creaciones industriales y de los signos distintivos o los instrumentos del tráfico cambiario)<sup>1</sup>. Ello es así por la incidencia oscilante que, en relación a la construcción y consolidación de nuestro “joven” Derecho *Antitrust*<sup>2</sup>, cabe atribuir al interés por la efectiva competencia en el mercado, en cuanto bien o valor susceptible de protección jurídica<sup>3</sup>. Ahora bien, esta relativa ausencia de

---

<sup>1</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *La formación del Derecho de la Competencia*, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo II, Montecorvo, Madrid, 1975, págs. 79-81.

<sup>2</sup> SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, Lextenso Éditions, Paris, 2008, págs. 17.

<sup>3</sup> La aparición de la competencia no tuvo lugar hasta bien entrado el siglo XII en el que acontece el desarrollo de la actividad económica con ánimo comercial y la proliferación del mercado. A pesar del fenómeno expansivo de la competencia en plena Baja Edad Media, ésta no era en sí misma considerada como un aspecto jurídico merecedor de protección, sino que más bien resultaba ser un fenómeno cuyo crecimiento debía quedar sometido a control (GARRIGUES, J. *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964, págs. 12-27; y SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, *ob. cit.*, págs. 17 y ss.). Las relaciones suscitadas en el tráfico económico, desde inicios del siglo XII (período denominado corporativista), fueron objeto, como ha señalado HERRERO SUÁREZ, C. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2006, págs. 59-64, de una férrea y rigurosa reglamentación: el ejercicio del comercio se configuraba como una actividad de acceso restringido, reservado únicamente para los miembros gremiales o para las corporaciones de artes y oficios. No solo se apreciaba una restricción respecto al acceso de la actividad comercial –de marcado corte corporativista-, sino que el desarrollo de la propia actividad se encontraba fuertemente regulado, ya fuera a través de ordenanzas dictadas por las propias instituciones gremiales como por los organismos locales mediante estatutos. Además, se establecieron asfixiantes limitaciones tanto para los procesos de elaboración de los productos (entre otras, la especificación de los tipos de materiales a emplear, los procesos y técnicas de elaboración permitidos o, incluso la fijación no solo de los precios de venta sino también de las cuotas máximas de producción), así como respecto a la distribución de los mismos (era frecuente la fijación de límites territoriales para la

toda actividad normativa que tuviera por finalidad expresa preservar tal lucha concurrencial no debiera conducir a concluir que ésta fuese vista como un elemento irrelevante, pues en buena medida, consciente o inconscientemente, siempre ha sido ponderada como una institución clave para el correcto desarrollo del mercado. Con todo, no fue hasta la década de los años cincuenta del siglo XX, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, cuando comenzó a fraguarse en el ámbito europeo la necesidad de afrontar el análisis de los diferentes sistemas de organización económica sobre los que sustentar y alentar la actividad empresarial, y entre todos ellos, determinar cuál sería el rol que le correspondería jugar a la competencia con el objetivo de generar un ambiente propicio en el que, en una economía de mercado, fuese posible, entre otras cosas, avanzar técnica y tecnológicamente, así como fomentar el progreso social<sup>4</sup>.

De aproximar el foco de atención hacia nuestro ámbito interno, cabe advertir que los cimientos que respaldan la formación de la competencia económica todavía se vislumbran más frágiles y desalentadores, toda vez que en nuestro

---

venta de esos mismos productos); y el proceso productivo permaneció paralizado. De hecho, en este momento histórico, dado el escaso margen de autonomía del que disponían los artesanos sobre su negocio, bien puede hablarse de una competencia “adiestrada”. Con todo, este período corporativista inició su decaimiento a mediados del siglo XVI a medida que los diferentes Estados fueron, paulatinamente, incrementando su consolidación en el territorio europeo. Con el relevo de sistema político era de esperar que la economía, como es lógico, no permaneciese ajena a los nuevos planteamientos. De ahí, precisamente, que una vez dispuesta la figura del monarca como pieza clave de toda la organización política se iniciase, en paralelo, la ordenación del poder público en todas las parcelas de la actividad comercial e industrial. En esta nueva etapa la competencia permanece en el mismo estado de latencia y la actividad comercial conserva el mismo grado de intervencionismo, al cual se une, además, un fuerte recelo respecto a la política comercial exterior (actividades de importación y exportación). No es hasta la Edad Moderna, tras las máximas proclamaciones de la Ilustración (con inclusión de la exaltación de las libertades del individuo), cuando la competencia económica empieza a ocupar un sitio propio, aun cuando todavía no relevante, en los diferentes cuerpos normativos. Ello responde a que la competencia pasa a ser considerada como el medio idóneo capaz de consolidar las estructuras de mercado y favorecer, por extensión, el desarrollo económico de los diferentes Estados (SANTOS PASTOR, P. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 75-76).

<sup>4</sup> Como bien remarcó GARRIGUES, J. *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, ob. cit., págs. 16-19, si bien en los primeros cuerpos legales promulgados bajo el Liberalismo, se proclamaba la libertad de empresa como un derecho individual perteneciente a la más amplia libertad del ser humano manifestada desde el plano económico; lo cierto es que en ellos no podían apreciarse modelos de mercado en los que la competencia no adoleciera de alteraciones y falsedades. El Liberalismo sólo contempló la competencia desde un ámbito formal, de mero reconocimiento, sin establecer mecanismo alguno dirigido a preservar su existencia más allá de su solemne proclamación.

ordenamiento jurídico el fenómeno de la competencia económica se ha visto preso de una “normativización tardía” en comparación con otros Estados de la Unión Europea<sup>5</sup>. Esta demora ha terminado por sumir a nuestro Derecho de la Competencia en un continuo vaivén de avances y retrocesos, lo cual no es una cuestión baladí, ya que el entramado de protección y aplicación jurídico-legal que envuelve esta materia carece de una sólida y arraigada tradición en el momento presente, circunstancia que conduce a que nuestro ordenamiento jurídico no esté en condiciones de ofrecer, con suficiente solvencia, una respuesta eficaz a los grandes desafíos y retos de futuro que azotan a esta disciplina<sup>6</sup>.

La primera actuación del legislador español sobre la materia tuvo lugar con motivo de la promulgación de la **Ley 110/1963, de 20 de julio, de Prácticas Restrictivas de la Competencia** (en adelante, LPRC). Este cuerpo normativo pretendió ofrecer una visión integradora y completa de la institución de la competencia. Sin embargo, no incorporó regulación alguna en materia de concentraciones económicas ni de concesión de ayudas públicas. Ello fue así, porque se estimó que ambas cuestiones, aun cuando relacionadas con la afluencia de competencia en el mercado, no suponían, en verdad, un atentado directo contra ella, ya que carecían de un fin puramente restrictivo<sup>7</sup>. Este hecho ha permitido señalar a la LPRC, precisamente, como una norma de alto contenido represor, no ya por su propia denominación, sino también por la visión limitada que mantiene en torno a las figuras previstas en su cuerpo normativo, además de no contener más allá de la labor de detección y

---

<sup>5</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *La formación del Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 70-72; CUERDO MIR, M. *Breve historia de las asimetrías en la aplicación de la ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963*, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 12, 2013, pág. 122; GARRIGUES, J. *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, ob. cit., págs. 22-27.

<sup>6</sup> Los principales problemas a los que debería dar respuesta la disciplina *antitrust* fueron ya identificados por la avanzada doctrina americana, vid., WILLIAMSON, O. E. *Antitrust economics*, Blackwell, Oxford, 1989, págs. 39 y ss.

<sup>7</sup> CUERDO MIR, M. *Breve historia de las asimetrías en la aplicación de la ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963*, ob. cit., págs. 126-127.

persecución pública, ninguna otra medida destinada a fomentar y mantener un estado efectivo de competencia<sup>8</sup>.

La LPRC, como bien detalla su Exposición de Motivos<sup>9</sup>, pretendió solventar uno de los fallos estructurales de los que adolecía el mercado interno de aquella época y que hacía referencia al escaso grado de participación de las empresas privadas dentro del tráfico económico. Con el fin de paliar esta disfunción interna, la LPRC pretendió perseguir la existencia de cualquier práctica monopolística mediante la imposición de elevadas sanciones de carácter económico<sup>10</sup>. Ahora bien, sin menospreciar el hecho de que en esta disposición normativa se plasmara por vez primera la preocupación por preservar un marco económico que estuviera regido por el libre mercado; lo cierto es que, dado el entorno político que acompañó a su promulgación, este “buen propósito” legislativo no se vio respaldado, en la práctica, por ningún resultado efectivo<sup>11</sup>.

Las principales razones que condujeron al fracaso de la LPRC no deben encontrarse en el contenido de la propia ley, sino en la coyuntura económica a

---

<sup>8</sup> ALONSO SOTO, R. “Derecho de la competencia (II). La defensa de la libre competencia en España” en *Curso de Derecho Mercantil* (coordinado por Aurelio Menéndez y Rodrigo Uría), tomo I, Civitas Ediciones, 2006, págs. 297-298; CUERDO MIR, M. *Breve historia de las asimetrías en la aplicación de la ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963*, ob. cit., págs. 134-137; MATILLA ALEGRE, R. *La interpretación de los artículos 1 y 5 de la Ley sobre Prácticas Restrictivas de la Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 125-126, 1972, págs. 555-566.

<sup>9</sup> De forma categórica, la LPRC recoge en el primer párrafo de su Exposición de Motivos que “La nueva orientación de la política económica del Gobierno, cuya primera manifestación legislativa de largo alcance es la ley de que nos ocupamos, [...] da un relieve jurídico-penal a actividades que antes sólo eran consideradas en el cuadro de los estudios económicos. Esto hace que se haya de prestar a la materia económica, en su aspecto de base o presupuesto para la creación de un derecho penal económico o financiero, cada vez más necesario, una atención que en España no se le había prestado”.

<sup>10</sup> GARRIGUES, J. *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, ob. cit., págs. 98-99.

<sup>11</sup> HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. *Funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y principios reguladores del procedimiento*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 71, 1991, págs. 334-335; y también del mismo autor *Una introducción a la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia: la tradición norteamericana y el contexto comunitario*, en *Ekonomiaz-Revista vasca de economía*, núm. 21, 1991, págs. 29-31.

la que debía atender<sup>12</sup>: el mercado presentaba unas altas barreras de entrada a las que debían hacer frente los potenciales operadores para acceder a los diversos sectores de la actividad económica. A ello, además, debía sumarse un excesivo grado de burocratización que impedía, precisamente, que tuviera lugar la proliferación de la competencia. Podría decirse, en consecuencia, que la falta de voluntarismo político de la época hizo que la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia no fuese el fruto de una verdadera política antimonopolística, sino más bien el resultado de un mero planteamiento de corte estratégico<sup>13</sup>.

Es innegable que la LPRC contiene los primeros antecedentes que posteriormente han dado pie a nuestra normativa actual sobre competencia (si bien de forma parcial y solo en relación con las figuras de prácticas colusorias y abuso de posición de dominio). Sin embargo, la LPRC no pasó de ser una norma de nacimiento troncado, pues por más que asentase los presupuestos estructurales que hoy día apuntalan el sistema de control y sanción administrativo, lo cierto es que no fue promulgada con el objetivo de ofrecer respuesta a las necesidades socio-económicas del momento (protección del consumidor, fragmentación del mercado y consecución de eficiencia

---

<sup>12</sup> GARRIGUES, J. *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, ob. cit., págs. 39-41; GUILLÉN CARAMÉS, J. “La descentralización del Derecho de la Competencia en España”, en *Tratado de Derecho de la Competencia* (coordinado por García Cruces), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 759.

<sup>13</sup> El principio inspirador del que parecía partir la ley tomaba como única referencia la persecución de aquellas conductas, acontecidas *inter partes*, que resultasen atentar contra la competencia en el mercado. De seguir este razonamiento podría extraerse, de acuerdo con su espíritu legal, que, en caso de impedirse las malas prácticas empresariales, la competencia afloraría de nuevo en el mercado, a través de una suerte de “generación espontánea”, puesto que la competencia se percibía como un fenómeno connatural al propio funcionamiento del mercado. Sin embargo, una adecuada política de competencia – más allá de ser tildada de “antimonopolística” –, no debió descansar únicamente en la promulgación de un solo texto normativo (que presentó un exclusivo carácter sancionador), sino, antes al contrario, compaginarse con la previsión de políticas públicas en materia de promoción y desarrollo de la competencia y la adopción de medidas de intervención administrativa. Solo de este modo podría haberse conseguido enraizar la competencia mediante la agilización del acceso al mercado, la incentivación de la iniciativa empresarial y, en última instancia, la fragmentación y dinamización de los mercados.



económica)<sup>14</sup>, sino que todo parece indicar que su finalidad última fue la de facilitar al Régimen la consecución de alianzas internacionales con las que, cincel en mano, modelar un aparente giro expansionista de su política económica, mientras que, en paralelo, nuestro mercado interno permanecía asfixiado bajo los pesados paños del monopolio<sup>15</sup>.

El transcurso de un régimen totalitarista hasta la implantación de un modelo de Estado constitucional exigía, como es lógico, una plena renovación de todo su tejido jurídico. Sin embargo, la ferviente renovación normativa, como ya se ha anticipado, no terminó de alcanzar a las políticas anticoncurrenciales. De hecho, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la LPRC de 1963 todavía gozó de más de una década de holgada vigencia (hasta 1989).

El desarrollo y promulgación de la **Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia** (en adelante, LDC de 1989) aconteció bajo un abanico de relevantes circunstancias: entró en vigor tras la reciente adhesión de España como Estado miembro de la extinta Comunidad Europea; contribuyó a la adaptación interna de las directrices europeas relacionadas con todas aquellas cuestiones de competencia de las que ni siquiera existían precedentes normativos en nuestro sistema (así sucedió en materia de concentraciones económicas<sup>16</sup> y ayudas públicas)<sup>17</sup>; y contó con el firme respaldo de las

---

<sup>14</sup> Para un estudio acerca de las circunstancias económicas de la época, consúltese CUERDO MIR, M. *Breve historia de las asimetrías en la aplicación de la ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963*, ob. cit., págs. 129-132.

<sup>15</sup> Los motivos supralegales que dieron lugar al fracaso de la LPRC son abordados muy descriptivamente en palabras de GARRIGUES, J. *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, ob. cit., pág. 38: “Queríamos, por tanto, alinearnos con las potencias occidentales y con el Mercado Común; mas, a semejanza de lo que ocurre con las alineaciones militares, esta alineación exigía que vistiéramos un determinado uniforme. Este uniforme, en nuestro caso, ha sido cortado por sastres extranjeros”.

<sup>16</sup> BELLIS, J. F. “Le régime des concentrations” en *Aspects récents du Droit de la concurrence* (dirigido por Andrée Puttemans), Bruylant Éditions, Bruselas, 2005, págs. 55-66; BENEYTO, J. M. *Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España* (dirigido por el mismo autor y Maíllo González-Orús), tomo I, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, 2ª ed., págs. 635 y ss.

<sup>17</sup> Un análisis más pormenorizado acerca de la regulación de las conductas anticompetitivas comprendidas en la LDC de 1989, puede consultarse en HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. *Una introducción a la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia: la tradición norteamericana y el contexto comunitario*, ob. cit., págs. 27-29.

instituciones públicas, que vislumbraron este texto normativo como un instrumento muy útil, sin perjuicio de los principios económicos contenidos en nuestro marco constitucional, en aras a alinear y seguir el impulso marcado por las instituciones comunitarias<sup>18</sup>.

En líneas generales, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia mantuvo el espíritu de su antecesora (garantizar el acceso al mercado de los diferentes agentes privados y preservar un entorno de competencia), si bien, y de ahí su principal novedad, no solo desde un punto de vista estrictamente restrictivo, sino también de fomento y promoción de la competencia. La LDC de 1989 no sólo recogió en sus arts. 1 y 6 las tradicionales conductas infractoras de la competencia (acuerdos colusorios<sup>19</sup> y abuso de posición de dominio<sup>20</sup>), sino que también incorporó, como novedad, en los preceptos que le siguen (arts. 15 y 19 respectivamente), los supuestos de concentraciones económicas de empresas y el otorgamiento de ayudas

---

<sup>18</sup> CUERDO MIR, M. *Breve historia de las asimetrías en la aplicación de la ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963*, ob. cit., pág. 138; GUILLÉN CARAMÉS, J. “La descentralización del Derecho de la Competencia en España”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 777-779; ORTIZ BLANCO, L. et alii, *Manual de Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 2008, págs. 26-28.

<sup>19</sup> A diferencia del anterior redactado contenido en el art. 1 de la LPRC de 1963 que, con una cierta confusión, parecía establecer una prohibición en cascada (es decir, la infracción concurrencial solo recaía respecto de las prácticas que las empresas llevaran a cabo en el mercado, las cuales podían derivar de convenios y decisiones entre empresas o bien de conductas conscientemente paralelas, mientras que, por el contrario, respecto a los convenios, acuerdos y decisiones de los cuales se derivaban las prácticas colusorias, solo se contemplaba la nulidad de pleno derecho); la LDC de 1989, por influencia directa del Derecho Comunitario (concretamente del art. 101 del TFUE), mejora su redacción y refunde en un único párrafo el listado de las modalidades que pudieran constituir un falseamiento de la competencia ya sea mediante el empleo de una mínima concertación de voluntades, o bien se trate de una imitación sobrevenida o coordinada de actuaciones en el mercado. De este modo, en el art. 1 de la LDC de 1989 se expone el listado, *numerus apertus*, de las diferentes conductas sancionables (toda clase de acuerdo, decisión, recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela que tuviera por finalidad, efecto o riesgo potencial afectar a la competencia). Por otro lado, también debe destacarse la introducción en la propia LDC de 1989 de un nuevo régimen de autorizaciones mucho más ágil y flexible gracias a la combinación de dos categorías de autorización: de carácter individual, concedidas en este caso por el propio órgano competente una vez analizados los requisitos exigibles (arts. 3 y 4), o bien a través de exenciones automáticas a condición que el interesado pueda subsumir su acuerdo dentro de alguna de las categorías previstas en un reglamento de exención (art. 5).

<sup>20</sup> Respecto a la problemática planteada en torno a los elementos constitutivos de este tipo de infracciones, vid. DORRONSORO, C. “Comentarios al artículo 2: abuso de posición dominante”, en *Derecho español de la Competencia: comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002* (dirigidos por Miguel Odriozola), tomo I, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 121-123.

públicas (los cuales quedaban sometidos a un control administrativo por parte del Ministerio de Economía, quien bajo su entero criterio y según el grado de complejidad podía optar por remitir el expediente a la Autoridad de Competencia para que ésta determinase si resultaban ser constitutivas de infracción).

Por otro lado, en atención a su visión más integradora del Derecho de la Competencia, la LDC de 1989 abordó, con acierto, los aspectos orgánicos (estructura, composición y competencias) de la Autoridad de Competencia, encomendándoles, además, las funciones de persecución pública. De este modo, en la Sección II del Capítulo I del Título Segundo, relativa a "*Las funciones y facultades del Tribunal*", se delimitaron las competencias que quedaban encomendadas a la autoridad administrativa para conocer de esta clase de infracciones.

Como bien se infiere de una lectura conjunta de los art. 25 y 26 de la LDC de 1989, no solo le correspondía a la máxima autoridad administrativa en materia de competencia la resolución de los expedientes administrativos, la autorización de aquellas conductas que resultasen exentas de tipicidad, así como el desarrollo de funciones arbitrales; sino que también, como novedad, se contemplaron expresamente toda una serie de funciones consultivas y divulgativas con el fin de asegurar una mayor coordinación entre las labores de impulso legislativo y el trabajo desarrollado por los órganos encargados de aplicarlas. En esta línea, más allá de la resolución de procedimientos estrictamente administrativo-sancionadores, se contempló la posibilidad de consulta e información previa en el desarrollo de anteproyectos de ley que afectasen a materias vinculadas con la competencia, atender a peticiones informativas de otros órganos del aparato administrativo, así como sencillamente promover labores de divulgación científica.

De igual forma, como fiel reflejo de la influencia de nuestro texto constitucional de 1978 y, en especial, de la preocupación por compatibilizar el libre mercado con los restantes intereses en juego bajo los que se elaboró dicha norma, junto a otras posibles exigencias, tanto públicas como privadas, se consolidó la

importancia que cabía atribuir a las implicaciones derivadas del llamado “interés público del mercado”<sup>21</sup>.

Ahora bien, el incuestionable salto cualitativo que supuso la LDC de 1989 (no solo en cuanto a la mejora de la previsión de las conductas infractoras – muy en especial respecto a los supuestos de conductas colusorias y su régimen de exención –, sino también en cuanto aportó una mayor claridad y concreción acerca del funcionamiento interno de los órganos administrativos indicando sus funciones y competencias, así como perfiló los diferentes mecanismos de coordinación), no fue suficiente para poder hacer frente a los retos que, a largo plazo, se iban presentando en materia de competencia.

La descentralización que experimentó el Derecho de la Competencia<sup>22</sup> -en la vertiente de la persecución administrativa- a favor de cada uno de los organismos de las CCAA, así como las continuas modificaciones promovidas por las instituciones comunitarias, hacían cada vez más necesaria una modernización interna de esta rama del ordenamiento jurídico<sup>23</sup>. Sin embargo, la renovación de la antigua LDC de 1989 no tuvo lugar hasta bien entrado el año 2007, momento éste en que el marco legal de 1989 quedó a todas luces desactualizado y su aplicación práctica resultó insostenible, dadas las innumerables diferencias existentes entre ambas normativas, comunitaria y nacional, con ocasión, fundamentalmente, de la aplicación obligatoria del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 26 de diciembre de 2002<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Esta visión, pluralista, quedó recogida en el tercer párrafo de la Exposición de Motivos de la LDC de 1989: “La presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado”.

<sup>22</sup> GUTIÉRREZ, I. “Aspectos institucionales: análisis del papel desempeñado por la Comisión Nacional de la Competencia en la aplicación de la Ley 15/2007”, en *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: balance de su aplicación* (dirigido por Baches Opi), Wolters Kluwer, Madrid, 2010, págs. 37-40.

<sup>23</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Derecho de la empresa y del mercado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 4ª ed., págs. 68-69; GUILLÉN CARAMÉS, J. “La descentralización del Derecho de la competencia en España”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 777.

<sup>24</sup> Las notables divergencias que comportó la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 con las disposiciones contenidas en nuestra normativa nacional son críticamente analizadas por BARRANTES, B. “Comentarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”,

Ante esta situación de obligada intervención legislativa, la armonía normativa quedó materializada a través de la promulgación de la nueva **Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia** (en adelante, LDC). El nuevo texto normativo conservó casi íntegramente la redacción contenida en la LDC de 1989, en cuanto a las conductas constitutivas de infracción, pero, eso sí, adaptándose a los nuevos cambios normativos de carácter comunitario que abogaban por una mayor flexibilidad y agilidad en el proceso administrativo sancionador, así como también introdujo novedades relativas a facilitar la detección de las conductas anticompetitivas (vgr. ampliación de las facultades de investigación, reconocimiento expreso de la tutela cautelar en los procesos administrativos comunitarios, y modificación de los baremos en materia de sanciones)<sup>25</sup>.

En particular, la LDC de 2007, en su esfuerzo de adaptación comunitaria, comportó el fin del anterior régimen de comunicación previa por parte de los interesados respecto a las conductas colusorias que pudieran ser objeto de exención<sup>26</sup>, el cual se vio suprimido por el establecimiento, en su art. 1.3, de la previsión de toda una serie de exenciones que actuaban directamente desde el mismo cuerpo legal (eficacia *ope legis*) y bajo responsabilidad y control de los requisitos por parte de los interesados<sup>27</sup>.

---

en *Derecho español de la Competencia: comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002* (dirigidos por Miguel Odriozola), tomo I, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 6-8.

<sup>25</sup> Para una mayor concreción respecto a las modificaciones derivadas de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 así como su afectación en nuestro modelo interno de competencia, véase, por todos, GÓMEZ TRINIDAD, S. *El reglamento 1/2003 y la finalización del procedimiento de defensa de la competencia seguido ante la Comisión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 39 y ss.

<sup>26</sup> BARRANTES, B. "Comentarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia", en *Derecho español de la Competencia: comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002, ob. cit.*, págs. 30-38.

<sup>27</sup> Las connotaciones internas que ha comportado para las empresas el nuevo cambio de las políticas de control de la competencia en materia de concentraciones son puestas de relieve por ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CRESPO, D. "Control de concentraciones, balance de la aplicación de la Ley 15/2007. Cuestiones de procedimiento", en *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: balance de su aplicación* (dirigido por Baches Opi), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2010, págs. 317-326.

También incorporó la LDC de 2007, en consonancia con la estela europea, la exención general de responsabilidad para aquellas conductas de menor importancia (la denominada *regla de minimis*), de tal modo que ya no resultaban ser merecedoras de sanción aquellas conductas anticompetitivas que, pese a subsumirse en los arts. 1 y 6 de la normativa – conductas colusorias y abuso de posición de dominio – y revestir tipicidad, carecían de la entidad suficiente para haber puesto en riesgo, de forma significativa, los niveles de competencia en el mercado<sup>28</sup>.

La LDC de 2007 reconoció, igualmente, la competencia de los órganos nacionales para la persecución de las infracciones de la competencia derivadas de la aplicación de los arts. 81 y 82 del TFUE, que anteriormente permanecían en manos de la Comisión Europea. Debe advertirse, ni siquiera de forma introductoria, que la integración de esta última exigencia, además de dotar de mayor agilidad a la persecución de las conductas infractoras de orden comunitario (objetivo pretendido por el Reglamento 1/2003), también supuso para nuestro modelo interno un “ejercicio de autosacrificio”, ya que se reconoció, por vez primera y sólo para el ámbito comunitario, la competencia persecutoria a favor de los tribunales ordinarios en orden a la detección de las conductas infractoras de la competencia (en estos casos, conductas colusorias y abuso de posición dominante)<sup>29</sup>.

La LDC de 2007 ha sido objeto de reformas, algunas de ellas de gran calibre, desde su entrada en vigor. Destaca, sin duda, la reforma operada por la **Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, en la medida que ésta supuso la reorganización y centralización de los órganos administrativos encargados de velar por el cumplimiento de las normas en materia de defensa de la competencia. Más

---

<sup>28</sup> Para un mayor detalle acerca de la operatividad de las reglas de exención comunitarias, puede consultarse BIEBER, R. *et alii*, *Introduction au droit européen de la concurrence*, Staempfli Editions SA Berne, Switzerland, 2002, págs. 46-51.

<sup>29</sup> FONT RIBAS, A. y GÓMEZ TRINIDAD, S. *Primera aproximación a la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*, en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 107, núm. 4, 2008, págs. 162-165; GONZÁLEZ CASTILLA, F. “*En torno a la transposición de la Directiva 2014/104/UE en el ordenamiento jurídico español*”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 162.

recientemente, también ha tenido lugar una reforma interdisciplinar y transversal, a la cual no es ajena el Derecho Procesal, en la que la LDC de 2007 ha sido objeto de adaptación en orden a las cuestiones que son propias del ejercicio de las acciones de daños derivadas de los ilícitos anticompetitivos (Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo).

**La reciente promulgación del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo**, al cual dedicaremos especial atención en un posterior capítulo de este estudio monográfico<sup>30</sup>, obedece, principalmente, a dos objetivos fundamentales y a un tercero de carácter complementario.

El primero de los objetivos fundamentales, de orden más institucional, guarda relación con el estricto cumplimiento de los principios esenciales del Derecho comunitario y, más en particular, con la obligación de los Estados miembros de incorporar, dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos, todos aquellos actos legislativos promulgados por las instituciones comunitarias que estén necesitados de integración. En nuestro caso, el Real Decreto-ley 9/2017 cumple con la misión de transponer la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, en materia de acciones de daños derivados de infracción de la normativa protectora de la competencia, cuya base jurídica descansa en los arts. 103 y 114 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (protección de la competencia y del mercado interior comunitario). Este objetivo, ciertamente, ya ha sido alcanzado, sin perjuicio de haber incurrido nuestro Estado en un serio y prolongado incumplimiento de sus responsabilidades gubernativas; situación ésta que, por otro lado, motivó a la Comisión Europea a la incoación, de oficio, un procedimiento formal de infracción, como así se recoge, no sin cierto pudor, en el apartado tercero de la Exposición de Motivos del referido Real Decreto-ley<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Vid. *infra* Cap. IV.

<sup>31</sup> Dicho procedimiento formal de infracción, con núm. de expediente 20170081, que fue incoado en fecha 8 de febrero de 2018 por la Comisión Europea contra 18 Estados miembros de la Unión (Austria, Bélgica, Chipre, Croacia, República Checa, Estonia, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Letonia, Malta, Países Bajos, Polonia, Rumania, Eslovenia, España y Reino Unido), finalmente ha sido sobreseído tras corroborar que los Estados miembros han cumplido, si bien fuera de plazo, con la transposición de la Directiva 2014/104/UE.

El segundo de los objetivos fundamentales del Real Decreto-ley 9/2017, de carácter sustantivo y relacionado con el contenido de la Directiva que toma de referencia, no es otro que brindar una primera regulación específica en sede de *private enforcement* con la que dotar a los sujetos afectados (tanto consumidores como empresarios, ya sean competidores, clientelares o participantes, en las relaciones jurídicas con el infractor) de los instrumentos jurídicos necesarios que permitan resarcir los daños y perjuicios causados por una conducta anticompetitiva, muy especialmente en supuestos de conductas colusorias. Respecto al nivel de cumplimiento de este segundo objetivo, cabe señalar que éste no puede aventurarse tan fácilmente por cuanto entran en juego, para su valoración, una multiplicidad de factores a tener en cuenta. A ello se pretende dar respuesta en los próximos capítulos de esta investigación en los que centraremos nuestra atención, precisamente, en constatar si la conjunción de la normativa sustantiva en materia de competencia con las diversas herramientas procesales existentes, permite articular, de verdad, un cauce procesal pleno con el que dispensar a los interesados de una adecuada y efectiva tutela judicial en el ejercicio de sus acciones de reparación de daños derivados de ilícitos concurrenciales.

Por último, el tercero de los objetivos que persigue el Real Decreto-ley 9/2017, si bien de carácter complementario a los anteriores, responde a la voluntad del legislador de habilitar, además de facilitar, la persecución de las conductas anticompetitivas a través de la actividad promovida por los propios particulares. De hecho, la regulación del Real Decreto-ley 9/2017, una vez superados los trámites de convalidación parlamentaria, ha incorporado modificaciones significativas en materia de defensa de la competencia, tanto de naturaleza sustantiva como procesal (vgr. previsión específica del derecho al pleno resarcimiento de daños, reglas de imputación de responsabilidad solidaria entre los diferentes sujetos infractores, especialidades en materia probatoria y en distribución de la carga de la prueba, y presunciones respecto a la acreditación y cuantificación de los daños), a las que también prestaremos una



atención pormenorizada en posteriores capítulos de este estudio monográfico<sup>32</sup>.

## **I.2.- La conceptualización de la competencia y del Derecho de la competencia**

Esta intensa trayectoria normativa que ha experimentado el fenómeno de la competencia a lo largo de la historia y que se acaba de exponer de forma sucinta incide, notablemente, en la propia configuración conceptual de esta institución. De hecho, bien puede afirmarse que poco queda ya de la concepción originaria que entendió la competencia (y, por extensión, la proyección que debía conferirse al Derecho de la Competencia) como un medio dirigido al control y delimitación de los sujetos económicos, cuando no a la limitación de la actividad productiva<sup>33</sup>. Y lo mismo puede afirmarse respecto a aquella visión inicial sobre la que se fraguó el Derecho de la Competencia contemporáneo, en la que éste venía encaminado, únicamente, a la detección, represión y, en su caso, sanción, de aquellas conductas empresariales que pudiesen reputarse como atentatorias de la libre competencia<sup>34</sup>.

Alrededor de la competencia se han desarrollado múltiples concepciones en el terreno jurídico<sup>35</sup>, todas ellas dirigidas a precisar la delimitación y características de este fenómeno económico con una clara transcendencia jurídica<sup>36</sup>. La **noción económica de competencia** no reviste ningún grado de

---

<sup>32</sup> Vid. *infra* Caps. III y IV.

<sup>33</sup> SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, *ob. cit.*, págs. 35-36.

<sup>34</sup> GARRIGUES, J. *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 11-12.

<sup>35</sup> SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, *ob. cit.*, págs. 6-16.

<sup>36</sup> CABRILLO, F. "Objetivos de una política de defensa de la competencia", en *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea* (dirigido por

conflictividad, pudiendo entender bajo los términos de “competencia económica” aquel entorno productivo que promueve y respalda la existencia de dos o más operadores económicos que, con ánimo de luchar entre sí<sup>37</sup>, se disputan, en un mismo mercado<sup>38</sup>, sus productos o servicios, con el fin de

---

Santiago Martínez y Pettibò i Juan), Marcial Pons, Barcelona, 2005, pág. 30; FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 172-173, 1984, págs. 466-467; JENKINS, H. y YEMAIL OXERA, B. “*Economics at the heart of competition policy*”, en *Introduction to EU Competition Law* (dirigido por Peter Willis), Informa Professional, United Kingdom, 2005, pág. 19.

<sup>37</sup> BARONE, E. *Principios de economía política*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, págs. 67-168; FONT GALÁN, J. A. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 24-25. El ánimo de disputa o de rivalidad, y no la existencia de una pluralidad de empresas en un mismo mercado, constituye el elemento determinante para constatar la existencia de una efectiva competencia. Más allá de toda proclama normativa, en el mercado no es suficiente con la apreciación de una diversidad de empresas para poder colegir la existencia de un entorno sano y adecuado que permita la producción e intercambio de bienes bajo el influjo competitivo. Para determinar realmente si existe una efectiva competencia económica de libre mercado es necesario evidenciar el elemento subjetivo que exige la propia competencia, es decir, que la coexistencia de las empresas esté acompañada de un espíritu competitivo que las conduzca a rivalizar y superarse entre sí. Al tratarse de un elemento volitivo, para su apreciación no bastará con acreditar que en un sector operen diversos agentes económicos, ya que, en puridad, de ese modo únicamente se corrobora una pluralidad de empresas que ofrecen productos o servicios similares (conurrencia), pero nada se dice acerca del entorno inter-empresarial ni de si se disputarán efectivamente el mercado para asegurarse una mayor cuota de fuerza económica. La constatación de la competencia deberá hacerse mediante un análisis sostenido en el tiempo y en un mercado determinado mediante un seguimiento de su evolución (fase de desarrollo del mercado, evolución del número de competidores -creciente/decreciente-, análisis de la tipología de productos, diversificación de las líneas de negocio, comparativa de precios y acción-reacción del resto de competidores, entre otras variables).

<sup>38</sup> En relación con el término “competencia”, resulta necesario determinar previamente el mercado que puede verse afectado en orden a analizar, dentro de ese marco objetivo, el estado de la competencia y la afectación que una posible conducta infractora pudiera ocasionar en él. La delimitación del “mercado relevante” a efectos de competencia, expresión ésta acuñada por la jurisprudencia europea y de clara influencia norteamericana, debe entenderse en el sentido más amplio del término. En este sentido, para la identificación y delimitación del mercado jurídicamente relevante, a efectos de competencia, deberá atenderse a la suma de dos parámetros complementarios como son la determinación del mercado del producto de referencia y la definición del mercado geográfico afectado. Llegados a este punto es importante tener en cuenta que el “mercado relevante” deberá comprender no sólo el segmento de competidores que hace uso de la misma técnica productiva para elaborar el producto o prestar el servicio (industria *stricto sensu* en términos económicos), sino que también deberá incluir todos los otros segmentos de competidores que, haciendo uso de un proceso o técnica de producción distinta, elaboren el mismo producto o servicio (sector). Además, la delimitación del mercado de referencia también deberá abarcar la existencia de aquellos otros productos que se presenten como sustitutivos. Obsérvese que la noción de mercado, desde la perspectiva competencial, viene delimitada desde un sentido extenso, desde la perspectiva del destinatario final: será mercado todo el conjunto de sectores que satisfagan de forma similar una necesidad del consumidor o usuario (criterio de determinación del mercado desde la perspectiva de los demandantes). Para ello, el destinatario final deberá considerar tales productos o servicios, por razón de las características, precio y prestaciones, como una opción equivalente o sustituible para cubrir su necesidad. De tal modo que solo si existe una percepción de intercambiabilidad entre diversos productos o servicios, éstos entrarán en la disputa competitiva por ser los primeros elegidos por el destinatario final. Una vez determinado el mercado que puede resultar

afianzar, cuando no de incrementar, sus respectivas cuotas de poder y así conservar la permanencia económica<sup>39</sup>. Por el contrario, la controversia es elevada en orden a la **determinación de la naturaleza jurídica de la competencia**, así como en lo relativo a la concreción acerca de la posición y categoría que dicha institución ocupa en nuestro ordenamiento jurídico<sup>40</sup>.

Ante esta realidad, bien podría optarse por destacar la competencia, siguiendo una perspectiva estrictamente económica, como un efecto pretendido por el sistema de libre mercado sin ahondar en demasiados calificativos jurídicos. De

---

afectado en cada caso, deberá concretarse el poder de mercado que ostentan los diversos operadores económicos a fin de determinar el grado de afectación de la competencia y con él, el nivel de lesividad de la conducta infractora. Es en este paso donde es frecuente utilizar toda una serie de criterios económico-financieros (determinación de la cuota de mercado de los diferentes operadores económicos, capacidad financiera de cada uno de ellos, grado de poder de clientes y proveedores, etc.) para establecer el peso tanto de la empresa infractora como de los competidores. Este proceso operacional para discernir el marco objetivo que debe tenerse en cuenta para analizar una posible infracción anticompetencial, fue establecido por el TJUE ya desde sus inicios jurisprudenciales. Así se recoge en su STJUE de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76 (United Brands/Comisión Europea). Igualmente también es recogido en resoluciones más actuales como la STJUE (Sala Quinta), de 14 de noviembre de 1996, asunto C-333/94 (TetraPak International SA/Comisión Europea); STJUE (Sala Primera) de 17 de febrero de 2011, asunto C- 52/09 (Konkurrensverket/Telia-Sonera Sverige); STJUE (Sala Segunda) de 30 de mayo de 2013, asunto C-74/11 (Omnis Group Srl/Comisión Europea); STJUE (Sala Tercera) de 9 de septiembre de 2015, asunto C-91/13 (LG Electronics/Comisión Europea); y siendo también corroborado más extensamente por la doctrina [vid. BRANKIN LOVELLS, S. "Introduction", en *Introduction to EU Competition Law* (dirigido por Peter Willis), Informa Professional, United Kingdom, 2005, págs. 6-8; GÓMEZ TRINIDAD, S. *Defensa de la Competencia. Aplicación práctica*, Juruá, Lisboa, 2016, págs. 37-42; VILÀ COSTA, B. *El abuso de posición dominante en la CEE*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979, págs. 120-123; WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 334 y ss.].

<sup>39</sup> La conceptualización del fenómeno de la competencia, también denominado concurrencia, ha sido abordado, desde la perspectiva jurídica, por ASCARELLI, T. *Teoría de la concurrencia y de los bienes materiales*, Bosch, Barcelona, 1970, pág. 31; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho mercantil: Derecho mercantil, Derecho de la competencia y propiedad industrial*, Thomson Reuters, Madrid, 2017, 17ª ed., pág. 216; BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2018, 15ª ed., pág. 165; FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 21 y ss.; FRIGNANI, A. y WAELBROECK, M. *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Jovene Editore Napoli, Napoli, 1983, 3ª ed., págs. 6-9; GARRIGUES, J. *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, ob. cit., pág. 11; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, en Hacienda Pública Española, núm. 94, 1985, pág. 47; SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, ob. cit., págs. 219-225; URÍA, R. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 2007, 2ª ed., pág. 274; WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, ob. cit., págs. 28-29.

<sup>40</sup> SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, ob. cit., págs. 78-80.

seguirse este posicionamiento, se terminaría por concluir que la competencia, en términos muy generales, haría referencia a una parte específica de la disciplina jurídica encargada de regular el orden económico, de forma tal que el Derecho de la Competencia sería una de las especialidades que integrarían el Derecho Económico<sup>41</sup>. Otra visión, con mayor esfuerzo y precisión, pasaría por considerar la libertad de competencia como un principio rector o inspirador de nuestro sistema jurídico<sup>42</sup>; mientras que tampoco han faltado voces que la han conceptualizado como un valor o bien esencial para el modelo económico constitucionalizado<sup>43</sup>.

Conformarse con afirmar que la competencia es una mera consecuencia, o si se prefiere, un efecto deseado del libre mercado, más allá de ser cierto, no dejaría de ser una simple constatación, desde una perspectiva de la ciencia económica, pero que, en todo caso, se abstendría de entrar en el debate, repleto de matices y recovecos, que con tanta frecuencia es capaz de ofrecernos todo análisis sostenido desde una visión jurídica. Tampoco parece del todo correcto mantener una plena equiparación entre esta institución y el Derecho de la Competencia en la medida en que, de una parte, esta rama jurídica tiene como objeto de protección, entre otros aspectos, a la propia competencia económica junto con el correcto desempeño de la actividad empresarial<sup>44</sup>; y de otra, la institución de la competencia también es protegida desde otras ramas del Derecho Mercantil que aparecen estrechamente

---

<sup>41</sup> CIDONCHA MARTÍN, A. *La libertad de empresa*, Civitas Ediciones, Navarra, 2004, pág. 36; GONZÁLEZ GARCÍA, S. *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2016, págs. 40-41.

<sup>42</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “*Constitución, empresa y libertad de empresa*”, en *Tratado de Derecho de la Competencia* (coordinado por García Cruces), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 14-16; GARRIGUES, J. *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, ob. cit., pág. 35; GUILLÉN CARAMÉS, J. “*La descentralización de la Competencia en España*”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 778; SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, Aranzadi, Madrid, 2013, 36ª ed., pág. 183.

<sup>43</sup> BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 165; FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 166-167; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, ob. cit., págs. 39-40.

<sup>44</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., págs. 470 y ss.

vinculadas con la Defensa de la Competencia (tal es el caso, por ejemplo, del Derecho de la Competencia Desleal)<sup>45</sup>.

De la misma forma, tampoco parece convincente concebir la competencia económica como un principio rector o inspirador del libre mercado, toda vez que este sistema de organización económica, puesto que hace descansar su motor productivo en la libre iniciativa privada (reconocida, como posteriormente se tratará, bajo los términos de “libertad de empresa”)<sup>46</sup>. Solo entendiendo la libertad de empresa como un presupuesto del libre mercado es cuando se hace posible la participación de los agentes económicos que, alentados por la obtención de rendimiento económico, harán entonces aflorar el fenómeno de la competencia a través de su interés por acceder y participar en el tráfico económico<sup>47</sup>.

Si la competencia fuese un principio estructural de nuestro sistema económico, el libre mercado no tendría lugar sin la aparición de este fenómeno y ello, pese a constituir en ocasiones una excepción, no siempre es así. Pueden acontecer escenarios en los que la organización económica del mercado es imperfecta y, en consecuencia, la falta de competencia es un resultado ajeno a la voluntad de los operadores económicos. Así sucede en ciertos sectores de mercado en los que, bien por el escaso atractivo económico que presentan (por ejemplo,

---

<sup>45</sup> MONTAÑA, M. “Comentario al artículo 3 de la Ley de Defensa de la competencia 15/2007”, en *Derecho español de la Competencia: comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002* (dirigidos por Miguel Odriozola), tomo I, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 199-200.

<sup>46</sup> ALONSO SOTO, R. “El interés público en la defensa de la competencia”, en *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea* (dirigido por Santiago Martínez y Petitbò i Juan), Marcial Pons, Barcelona, 2005, págs. 31-32; SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, *ob. cit.*, pág. 183; WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, *ob. cit.*, pág. 10.

<sup>47</sup> Tal razonamiento parece desprenderse de las palabras de PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Comentarios a la Constitución Española* (dirigidos por Casas Baamonde y Rodríguez Piñero), Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 989, al afirmar que “La referencia al mercado contenida en el art. 38 CE es redundante. La libertad de empresa sólo puede ejercitarse en el mercado, y ello porque la libertad de empresa es libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo [...] y un sistema de mercado es un sistema en el que el Estado remite a los particulares la decisión sobre qué producir y cómo hacerlo. El mercado es, así, el efecto sistemático que genera el reconocimiento de los derechos individuales de carácter económico. Por causa del reconocimiento de los derechos fundamentales, se produce el efecto de la consagración del mercado como sistema de asignación de los recursos, y no al revés”.

debido al ciclo de madurez en el que se encuentran)<sup>48</sup>, o bien, por las altas barreras de entrada que se exigen para su acceso (tal sería el caso de requerir una elevada inversión en desarrollo tecnológico para poder entrar en un sector determinado)<sup>49</sup>; presentan un grado de competencia escaso o realmente crítico, y no por ello sus elementos de funcionamiento escapan o son contrarios al modelo de libre mercado<sup>50</sup>. Tan es así que, aún sin competencia, los mercados pueden presentar un acceso libre y abierto; cosa bien distinta es que la ausencia de potenciales interesados por operar en ellos evidencie una falta de competencia real y efectiva (pero en ningún caso de competencia potencial, al tratarse de mercados *disputados*)<sup>51</sup>. En estos escenarios, si bien es cierto que la actividad empresarial no se desarrollará bajo la tensión propia del proceso competitivo, o bien tendrá lugar a un ritmo más pausado, no lo es menos que ello no es una circunstancia suficiente como para afirmar que resulta ser una situación contraria al libre mercado<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> NAVAS LÓPEZ, J. E. y GUERRAS MARTÍN, L. A. *Fundamentos de dirección estratégica de la empresa*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, 2ª ed., págs. 184-185.

<sup>49</sup> NAVAS LÓPEZ, J. E. y GUERRAS MARTÍN, L. A. *Fundamentos de dirección estratégica de la empresa*, ob. cit., págs. 108-112.

<sup>50</sup> De acuerdo con la línea marcada por MARSHALL, R. C. y MARX, L. M. *The economics of collusion: cartels and bidding rings*, Mit Press, Cambridge, 2010, págs. 22-23, la existencia de ciertos sectores de mercado que presentan altas barreras de entrada para los nuevos competidores o, incluso, aquellos en los que la oferta de productos sustitutivos sea realmente escasa, no supone por sí solo un escenario contrario a los postulados marcados por la libre competencia. No obstante, sí debe tenerse presente que los escenarios económicos presididos por tales circunstancias, donde los proveedores y compradores ostentan un poder de negociación débil, darán lugar a entornos muy tentadores para la aparición de cárteles o de cualquier otra práctica contraria al libre mercado.

<sup>51</sup> STIGLITZ, J. E. *La economía del sector público*, Ed. Antoni Bosch, Barcelona, 2002, 3ª ed., págs. 475-476.

<sup>52</sup> BARONE, E. *Principios de economía política*, ob. cit., págs. 168-171, señala dos circunstancias paradójicas a las que puede conducir la competencia. Por un lado, puede darse el caso de mercados altamente concurridos donde el número de empresas es muy elevado. A primera vista, tal circunstancia conduciría a afirmar que esa pluralidad de operadores confiere un entorno idílico de competencia. Sin embargo, si se analiza con mayor detenimiento, puede ser que el florecimiento de empresas (especialmente en mercados altamente abastecidos por el pequeño y mediano comercio) sea debido a que la competencia, pese a existir, no es capaz de actuar con tanta eficacia. A su vez, como situación contraria a la anterior, puede suceder que, en mercados presididos por una competencia activa, donde los operadores rivalizan ferozmente, ésta conduzca a una reducción del número de operadores económicos o incluso a entregar el mercado a un único operador económico, cuando éste por sí solo cuente con unas dimensiones suficientes para cubrir el coste de producción y abastecer toda la demanda del mercado. Sin embargo, como bien señala el citado autor, es solo un monopolio aparente porque el nacimiento de la empresa "ganadora" ha sido en régimen de competencia. Por lo tanto, en el momento en el que pretenda incrementar su margen económico o disminuya el

En consecuencia, la falta de competencia, por sí sola, no es contraria al libre mercado siempre y cuando no se aprecien comportamientos de los operadores tendentes a limitar o impedir la creación de esa competencia (denominados “obstáculos artificiales”), ya que la falta de competencia puede ser consecuencia de factores externos a la intencionalidad de los sujetos intervinientes<sup>53</sup>. No obstante, es cierto que en los supuestos en los que, por la configuración del propio mercado, éste comprenda de elevadas barreras de entrada y envuelva a los pocos operadores activos en un entorno de confort, existirá un riesgo elevado de que éstos finalmente acaben por vulnerar la competencia ante la más mínima amenaza, o bien se aprovechen de la situación de prevalencia en detrimento del resto de agentes económicos y de los consumidores<sup>54</sup>.

De lo hasta aquí expuesto se deriva, de una parte, que el verdadero principio rector de la economía de mercado es la libertad de empresa, pues sin la existencia de este presupuesto podría existir un mercado con competencia, en este caso relativa o incluso hasta aparente, pero no de carácter libre ni de acceso abierto; y de otra, que la aparición del fenómeno de la competencia es el efecto de un modelo sano de libre mercado (y por extensión, de un pleno reconocimiento por parte de los poderes públicos de todos los principios y garantías que lo conforman, así como de un correcto ejercicio de los derechos individuales que corresponden a cada uno de los operadores económicos que libremente han decidido cómo y cuándo intervenir).

Acorde con esta línea de pensamiento parece oportuno concebir la competencia propiamente, no tanto como un principio rector, sino más bien

---

potencial de producción, nuevamente podrán volver a tener entrada nuevas empresas competidoras. En los dos casos que se acaban de exponer, la competencia puede arrojar, precisamente, a situaciones de no concurrencia, si bien éstas pueden restituirse en cuanto las circunstancias objetivas de producción y de mercado se reduzcan a los niveles iniciales, en la medida en que la empresa prevaleciente carece de ese ánimo de atentar contra la concurrencia.

<sup>53</sup> STIGLITZ, J. E. *La economía del sector público*, ob. cit., págs. 92-94.

<sup>54</sup> SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W. *Economía*, McGraw-Hill, Madrid, 1991, 13ª ed., págs. 663-667.

como un **bien o valor de destacada relevancia económica**<sup>55</sup> y merecedor, por tanto, de un reconocimiento y resguardo jurídico<sup>56</sup>. Ello es así, porque la competencia no deja de ser el efecto final que persigue todo modelo económico que se fundamenta en la economía de mercado<sup>57</sup>. Este valor fundamental e inherente a todo sistema económico que tome como base el libre mercado, se encuentra debidamente consagrado en la norma que culmina la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo, por consiguiente, uno de los valores supremos que irradia todo nuestro sistema jurídico (en su vertiente socio-económica, claro está).

En el momento actual, superados los antiguos postulados que se acaban de referir, cabe apreciar una visión mucho más integradora sobre la que debe proyectarse el Derecho de la Competencia<sup>58</sup>, y que se sustenta sobre tres grandes pilares interconectados entre sí: la competencia como valor supremo y estructural de nuestro modelo económico-constitucional; la competencia como

---

<sup>55</sup> FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 166 y ss.; GUILLÉN CARAMÉS, J. "La descentralización del Derecho de la Competencia en España", en *Tratado de Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 778; MASSAGUER FUENTES, J. et alii, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters, Madrid, 2008, pág. 109.

<sup>56</sup> A nivel jurisprudencial es igualmente palpable la disparidad de criterio en torno a determinar la naturaleza jurídica de la competencia económica. En este sentido existe una pluralidad de resoluciones donde se ha identificado la competencia económica como uno de los principios rectores que configuran el libre mercado, como así sucede en las STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 27 de abril de 2001 (RJ 2001/2867) y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1136/2007, de 25 de octubre (RJ 2007/8638). Por el contrario, tampoco faltan resoluciones en las que se ha optado por considerar la competencia como un elemento o valor esencial para el libre mercado. Así sucede, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 999/2005, de 20 de diciembre (RJ 2006/288), en la que el Tribunal Supremo expone que "los poderes públicos tienen el deber de garantizar y proteger el ejercicio de esa libertad, incluso evitando prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo para la economía de mercado como es la libre competencia". La misma consideración como valor recibe la competencia en la tan clásica y comentada Sentencia del TC núm. 88/1986, de 1 de julio (RTC 1986/88) relativa a la posible creación de autoridades autonómicas de la competencia.

<sup>57</sup> KOVACIC, W. E. y SAPHIRO, C. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*, en *Journal of Economic Perspectives*, núm. 14, 2000, págs. 59-60.

<sup>58</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 57.



fuente de derechos subjetivos; y la competencia como valor de relevancia social<sup>59</sup>.

De acuerdo con esta línea interpretativa, **el Derecho de la Competencia** puede definirse como aquella rama del ordenamiento jurídico que tiene por objeto, por un lado, mantener la competencia en el mercado mediante la persecución y sanción de toda conducta o comportamiento que resulte contrario a la misma (de ahí la previsión de las figuras de los acuerdos colusorios y abuso de posición dominante)<sup>60</sup>; por otro lado, establecer los mecanismos de control y supervisión necesarios respecto de aquellas conductas que, pese a no ser directamente lesivas de la competencia, puedan producir ciertas distorsiones y efectos adversos en el mercado (vgr. las concentraciones económicas, el otorgamiento de ayudas públicas<sup>61</sup> y, hasta cierto punto, las conductas desleales<sup>62</sup>); y, por último, congeniar toda una serie de medidas que, conforme a la previsión de las políticas públicas de carácter económico, se encaminen a fomentar e incrementar los niveles de competencia en los diferentes mercados<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Ya la antigua Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia parecía contemplar con gran acierto, si bien de forma un tanto discreta, esta triple concepción de la competencia. Así se refleja en el primer párrafo de su Exposición de Motivos: “*La competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entroncan directamente con el artículo 38 de la Constitución*”.

<sup>60</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *La formación del Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 70; LARA FERREIRO, J. F. “*Defensa de la competencia leal en el Derecho español y comunitario*”, en *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación* (dirigido por Ortiz Blanco y S. Cohen), Dykinson, Madrid, 1999, págs. 297-299.

<sup>61</sup> BIEBER, R. *et alii*, *Introduction au droit européen de la concurrence*, ob. cit., págs. 55-69; BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 165-166.

<sup>62</sup> BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 166-167; TORRE SUSTAETA, M. V. *Private enforcement en Derecho de la Competencia: ¿mito o realidad?*, en *Revista El Foro: Colegio de Abogados*, núm. 15, 2014, págs. 82-83.

<sup>63</sup> ALONSO SOTO, R. “*El interés público en la defensa de la competencia*”, en *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, ob. cit., pág. 33; WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, ob. cit., págs. 10-12.

Solo si se parte de una noción holística respecto a todos los elementos que envuelven a esta disciplina, puede advertirse que tan importante es para el correcto funcionamiento del mercado evitar la comisión de conductas atentatorias de la competencia, como invertir en fomentar el ánimo competitivo y las buenas prácticas entre los diversos agentes económicos<sup>64</sup>. El Derecho de la Competencia contemporáneo debe cumplir con una labor represiva, más ligada a la vigilancia y control de las interacciones privadas en el mercado, así como con otra función más participativa<sup>65</sup>, encargada de la promoción y desarrollo de la competencia (estimulación de la intervención en el mercado, potenciación de la iniciativa empresarial y control de los elementos externos del mercado)<sup>66</sup>.

Este **fenómeno de reestructuración** que parece envolver al Derecho de la Competencia en los últimos años ha recibido la denominación, por parte de algunos autores, de “periodo de expansión” del Derecho de la Competencia<sup>67</sup>. En nuestra opinión, sin negar la existencia de esta nueva etapa – que incluso

---

<sup>64</sup> BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, en *Academic Journal University of Queensland Law Journal*, núm. 37, 2018, pág. 9; JENKINS, H. y YEMAIL OXERA, B. “*Economics at the heart of competition policy*”, en *Introduction to EU Competition Law*, *ob. cit.*, págs. 18-20; WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, Oxford, London, 2018, 9ª ed., págs. 22-23.

<sup>65</sup> GUILLÉN CARAMÉS, J. “*La descentralización del Derecho de la Competencia en España*”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*, *ob. cit.*, pág. 846, quien pone de manifiesto la tendencia, cada vez más contrastada en los sistemas de competencia actuales, de apostar por las políticas de prevención. De tal forma, se pretenden compaginar las tradicionales labores sancionadoras o de control por parte de las autoridades especializadas en competencia, con la introducción de otras formas de intervención encaminadas al fomento de buenas prácticas competitivas. La atención de estas nuevas políticas de intervención no reside propiamente en la represión de las conductas de los operadores, sino más bien en persuadir a los diferentes agentes económicos para que éstos ajusten sus comportamientos a la legalidad vigente. Esta última modalidad de intervención administrativa, cuya actuación se centra en un momento previo a la comisión de la conducta anticompetitiva, recibe la denominación de actividad de promoción de la competencia o *advocacy*.

<sup>66</sup> WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, *ob. cit.*, págs. 10-12.

<sup>67</sup> BERENGUER FUSTER, L. *et alii*, *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, pág. 21; COSTAS COMESAÑA, J. “*La especialidad del derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil*”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pág. 1067.

podría hasta tildarse de un auténtico proceso revisionista<sup>68</sup> –, lo cierto es que parece preferible referirse a ella como “periodo de consolidación” del Derecho de la Competencia, por cuanto éste empieza a tomar conciencia acerca de la necesidad de ocupar el vacío que el ordenamiento jurídico le había reservado en orden a determinados aspectos que, pese a ser colindantes con otras disciplinas, le resultan propios.

Este desarrollo del Derecho de la Competencia se ha manifestado en múltiples aspectos<sup>69</sup>, algunos incluso de reciente actualidad, como pudieran ser, en un primer momento, el debate respecto a la descentralización de las Autoridades de la Competencia a nivel autonómico para la aplicación de la normativa y la persecución de las infracciones (cuestión que ya fue resuelta, no exenta de

---

<sup>68</sup> Del mismo modo que ha acontecido con otras disciplinas que aparecen estrechamente conectadas con el Derecho *Antitrust* (en este sentido pueden consultarse las principales cuestiones en torno a las cuales ha girado el debate revisionista del proceso civil en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. “Capítulo introductorio”, en *Proceso civil e ideología* (coordinado por Montero Aroca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 32-40); el actual Derecho de la Competencia se encuentra sometido, si bien con mayor retraso, a un replanteamiento de algunos de sus pilares esenciales. Así acontece con los mecanismos de protección públicos existentes y su capacidad para salvaguardar los intereses privados subyacentes. El Derecho de la Competencia actual toma como principal punto de partida la discusión en torno a si es más conveniente mantener una preferencia a favor de la protección del interés público, como se ha optado hasta ahora o si, por el contrario, deberían adoptarse una serie de medidas destinadas a potenciar y mejorar la eficacia de la protección privada. Del mismo modo también está siendo extensamente reconsiderada la influencia que pudiera tener la satisfacción del interés privado en la esfera pública, puesto que, pese a ser dos ámbitos complementarios, tradicionalmente han sido objeto de un tratamiento separado. En este punto aparece la reconsideración esencial de las finalidades que debe perseguir el Derecho *Antitrust* en aras a determinar los intereses que deben protegerse y en qué proporción y grado de preferencia. Igualmente, también se han abierto las puertas al continuo debate acerca de la conveniencia de sacrificar la protección privada de la competencia en beneficio de la satisfacción pública, o si, por el contrario, deben replantearse los mecanismos existentes en orden a equilibrar los dos tipos de tutela que confluyen en esta clase de infracciones. Entre otros aspectos, recobran especial importancia aquellos que presentan un punto de conexión entre ambas esferas como sucede, por ejemplo, con la articulación de los programas de clemencia como principal reclamo para la detección de las conductas infractoras, así como la delimitación del deber de confidencialidad que debe respetar la Autoridad de Competencia, teniendo presente que una misma medida puede ser eficaz para la detección de conductas restrictivas (finalidad pública) pero, en paralelo, suponer un obstáculo al ejercicio de acciones civiles de los particulares. As interferencias que pueden aparecer entre los programas de clemencia y la depuración de la responsabilidad civil derivada de la vulneración del ordenamiento de la competencia, son puestas de manifiesto por GÓMEZ TRINIDAD, S. “El sistema de clemencia y el procedimiento judicial civil por daños ante la infracción de las normas de defensa de la competencia”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012, págs. 211-221.

<sup>69</sup> Para un análisis acerca de los ámbitos de estudio consolidados de la disciplina *antitrust*, así como de las próximas expectativas de futuro, vid., WILLIAMSON, O. E. *Antitrust economics*, ob. cit., págs. 320 y ss.

voces críticas, en 1990 por el TC en su Sentencia de 1 de julio de 1986)<sup>70</sup>; la creación, tanto doctrinal como jurisprudencial, de criterios comunes para subsumir ciertas situaciones en los elementos constitutivos de las infracciones (como así ha sucedido con las situaciones de grupos de empresas o holdings y las reglas de atribución de responsabilidad); o, más recientemente, la preocupación respecto a los efectos perjudiciales que las conductas anticompetitivas pueden ocasionar a los demás intervinientes en el mercado junto con la previsión de mecanismos jurídicos dirigidos a obtener su reparación<sup>71</sup>.

Concretamente, este último supuesto ha sido recientemente objeto de tratamiento normativo, tanto a nivel comunitario (Directiva 2014/104/UE) como nacional (Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo); lo cual nos permite afirmar que en orden al ejercicio de las acciones privadas de daños sí puede apreciarse, *stricto sensu*, una cierta “expansión” del Derecho de la Competencia. De una parte, el análisis de las acciones de daños centra su atención en un aspecto que, pese a ser de su entera competencia, tradicionalmente había permanecido dormitando alrededor de las esquinas del ordenamiento jurídico<sup>72</sup>, cuando no era arropado bajo los paños misericordiosos del Derecho Civil (fundamentalmente, en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual)<sup>73</sup>. De otra, un tratamiento riguroso y completo de las acciones privadas de daños, a su vez, requiere de una considerable transversalidad, pues no es posible alcanzar un ejercicio viable y eficaz de estas acciones si antes no se establecen estrechos vínculos con aquellas otras disciplinas que aparecen vinculadas con la materia (tal es el caso del Derecho Civil, por cuanto en él descansan los principios primarios de

---

<sup>70</sup> STC núm. 88/1986, de 1 de julio (RTC 1986/88).

<sup>71</sup> PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 43.

<sup>72</sup> BERENGUER FUSTER, L. “*La aplicación privada del Derecho de la Competencia*”, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia* (dirigido por Velasco San Pedro), Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 54-55.

<sup>73</sup> MONCKTON CHAMBERS, A. M. “*Private enforcement of EC Competition Law*”, en *Introduction to EU Competition Law*, *ob. cit.*, págs. 285-286, WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo II, *ob. cit.*, pág. 1310.

las acciones de daños –responsabilidad civil-, del Derecho Administrativo, dada las implicaciones que pueden derivarse de las resoluciones de las Autoridades de la Competencia con la viabilidad del ejercicio de las acciones judiciales, y por último, de forma todavía más estrecha y firme, del Derecho Procesal, por cuanto éste constituye el medio de materialización de las acciones de reclamación)<sup>74</sup>.

Resulta indiscutible la notable significación que mantiene la competencia en el contexto actual, de tal modo que su análisis (y por extensión el del Derecho de la Competencia) no puede efectuarse a espaldas de lo dispuesto en nuestra Constitución<sup>75</sup>, y menos todavía sin tomar en consideración la relación recíproca entre el Derecho Mercantil con otras ramas jurídicas (en especial, con el Derecho Procesal).

Es éste un terreno en el que **las relaciones entre el Derecho Sustantivo y el Derecho Procesal** son más que notables. Sin duda, la restitución de aquellos derechos e intereses que, derivados del valor de la competencia, han resultado vulnerados dentro del mercado por la actuación de uno o varios operadores económicos, estará necesitada, en todo caso, del diseño de un adecuado sistema de tutela procesal que permita dar respuesta a un triple cometido como es, no solo obtener el respaldo del ordenamiento jurídico una vez reconocida la pretensión que se haya ejercido en el proceso (tutela declarativa), sino también hacer efectivo aquello que ha sido resuelto, instando coactivamente a su cumplimiento (tutela ejecutiva), e incluso asegurar la efectividad del eventual resultado al que debe conducir el propio proceso (tutela cautelar)<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> MARCOS, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A. *Towards a european tort law damages actions for breach of the EC antitrust rules: harmonizing tort law through the back door?*, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2006, págs. 13-15.

<sup>75</sup> FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, *ob. cit.*, págs. 131 y ss.

<sup>76</sup> En relación al triple cometido de la jurisdicción, vid., ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N. *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1972, págs. 480 y ss.; CABALLOL i ANGELATS, LL. *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 18-22; CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, EJE, Buenos Aires, 1962, págs. 113 y ss.; CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*, Ed. Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, págs. 9 y ss.; CHIOVENDA, G. *Istituzione di diritto procesuale civile*, Editorial Revista de Derecho

En este punto, centrando nuestra atención en el ámbito del proceso, convendría poner de relieve, al hilo del Derecho de la Competencia, que la disciplina procesal, si bien presenta una finalidad instrumental<sup>77</sup> con la que debe servir a los códigos sustantivos, en la medida que éstos le dotan de contenido, es lo cierto que no resulta accesorio respecto del Derecho Sustantivo<sup>78</sup>. Ambos cuerpos normativos se encuentran, permanentemente, envueltos en una relación de “colaboración recíproca”<sup>79</sup>.

La existencia de esta situación de dependencia recíproca puede apreciarse, en primer lugar, en el alcance limitado del Derecho Sustantivo, pues ante la falta de realización voluntaria o espontánea del derecho material (en materia de competencia, tal sería el caso de los comportamientos contrarios a lo dispuesto en la normativa anticoncurrencial), éste carece de cualquier capacidad para instar, por sus propios medios, la realización o cumplimiento efectivo de su contenido<sup>80</sup>. El Derecho Sustantivo requiere de un cauce procesal, específico y

---

Privado, Madrid, 1946, págs. 4 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, V. *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, págs. 41 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, J. *et alii*, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 78; GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Castillo de Luna: ediciones jurídicas, Madrid, 2017, 2ª ed., págs. 259-261; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1976, 8ª ed., pág. 45; GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas Ediciones, Madrid, 1984, págs. 19 y ss.; GUASP DELGADO, J. *Derecho Procesal*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, págs. 104 y ss.; NIEVA FENOLL, J. *Jurisdicción y proceso*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, págs. 21 y ss.; PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 98 y ss.; SEGNI, A. “*Giurisdizione (in generale)*”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Editrice Torinese, Turín, 1961, págs. 985 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, M. “*Jurisdicción*”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, págs. 50 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Editorial CIMS, Barcelona, 2009, págs. 26-28.

<sup>77</sup> CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, *ob. cit.*, págs. 367-368.

<sup>78</sup> SAVIGNY, F. *System des heutigen Römischen Rechts*, Ed. Veit, Berlín, 1840, pág. 98.

<sup>79</sup> Sobre este principio de dependencia recíproca, por todos, véase: PROTO PISANI, A. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Jovene Editore, Napoli, 2002, 4ª ed., págs. 4 y ss.

<sup>80</sup> La importancia que merece el Derecho Procesal para la realización de los diferentes códigos normativos es crucial, toda vez que del proceso depende la plena efectividad de las normas. En esta línea, entre otros, CABALLOL i ANGELATS, LL. *La ejecución provisional en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1993, págs. 30-31; CARNELUTTI, F. *Saggio di una teoria integrale dell'azione*, Rivista di Diritto Processuale, Napoli, núm. 1-2, 1946, pág. 7; FENECH NAVARRO, M. *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1962, págs. 58-60; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, *ob. cit.*, pág. 45; GUASP DELGADO, J. *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Procesal Civil, vol. 5, núm. 1,

de último grado, que le permita conseguir su materialización<sup>81</sup>, pues en caso contrario, su contenido no comprendería más que una mera proclamación de voluntad -normativa o en su caso también contractual-. El Derecho Sustantivo, en los casos en los que deviene “violentado” requiere, para ser en la práctica efectivo, de la articulación del Derecho Procesal<sup>82</sup>, en tanto que este último comprende no solo la llamada “medicina preventiva del proceso”<sup>83</sup>, a nivel de asesoramiento previo, sino también todo un conjunto de mecanismos de resolución de conflictos intersubjetivos<sup>84</sup> que permitan, llegado el caso, y con las debidas garantías, recuperar el *status quo* de la situación material que ha resultado infringida<sup>85</sup>.

De igual modo, el Derecho Procesal, pese a su autonomía, tampoco tendría razón de ser si no existiera un cuerpo normativo al que servir<sup>86</sup>, el cual le viene suministrado por el Derecho Sustantivo, pues el proceso no puede ser una “maquinaria que funcione en el vacío”<sup>87</sup>, sino que está necesitado de un objeto o contenido fáctico sobre el que proyectarse<sup>88</sup>.

Por todo lo anterior, cabe concluir que el análisis del Derecho de la Competencia, transversal e interdisciplinar, obliga, en todo momento, a

---

1952, págs. 11 y ss.; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, *ob. cit.*, págs. 52 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 58 y ss., y del mismo autor, *El sistema procesal español*, Atelier, Barcelona, 2016, 10ª ed., págs. 28 y ss.; ROSENBERG, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1955, págs. 6-8; SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 236 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 119-122.

<sup>81</sup> GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Judicial Material*, EJEA, Buenos Aires, 1959, págs. 51 y ss.

<sup>82</sup> CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, *ob. cit.*, págs. 366-367.

<sup>83</sup> CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*, *ob. cit.*, págs. 44-52.

<sup>84</sup> GUASP DELGADO, J. *Estudios jurídicos*, Civitas Ediciones, Madrid, 1996, págs. 585-587.

<sup>85</sup> ROSENBERG, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, *ob. cit.*, págs. 2-4.

<sup>86</sup> ALESSANDRI, F. R. *Curso de Derecho Procesal: reglas comunes a todo procedimiento y juicio ordinario*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940, pág. 7.

<sup>87</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, *ob. cit.*, pág. 121.

<sup>88</sup> CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, *ob. cit.*, pág. 369.

ponderar, como así se concretará en posteriores capítulos de este trabajo, si la actual regulación “sustantiva” del Derecho de la Competencia es armónica y compatible con la legislación procesal, en el bien entendido sentido de valorar si los objetivos perseguidos por la normativa sustantiva de la competencia (en especial, la plena restitución de los daños causados) guardan coherencia con la situación que es propia, en vía procesal, de quiénes optan por el ejercicio de su derecho de acción, mediante un proceso que, en todo caso, deberá ser plenamente compatible con el obligado respeto del derecho a la tutela judicial efectiva así como del conjunto de otras garantías procesales básicas que forman parte de nuestro modelo constitucional de proceso justo<sup>89</sup>. Y todo ello teniendo presente, además, que el estudio, desde la perspectiva procesal, de las acciones de daños derivados de ilícitos concurrenciales, debe tomar en consideración, en paralelo, el respaldo constitucional del Derecho de la Competencia<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> COUTURE, E. J. “*Las garantías constitucionales del proceso civil*”, en su obra de *Estudios de Derecho Procesal*, tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1989, págs. 59 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y proceso*, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 46; SERRA DOMÍNGUEZ, M. “*El juicio jurisdiccional*”, en su obra de *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pág. 63 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, ob. cit., págs. 66 y ss., y del mismo autor, *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, ob. cit., pág. 85 y ss.

<sup>90</sup> El análisis de la ciencia procesal tomando en consideración los principios, criterios orientadores y derechos relacionados con el proceso que aparecen consagrados en sede constitucional fue advertido, en un inicio, por COUTURE, E. J. “*Las garantías constitucionales del proceso civil*”, en su obra de *Estudios de Derecho Procesal*, tomo I, ob. cit., págs. 19 y ss., si bien teniendo en consideración las primeras directrices marcadas por CALAMANDREI, P. *La relatività del concetto di azione*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, XVI, 1939, pág. 22. En la misma línea de pensamiento, también puede consultarse: ALMAGRO NOSETE, J. *Garantías constitucionales del proceso civil*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 1981, págs. 11-13; DE LA OLIVA SANTOS, A. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980, págs. 10-19 y 60-61; GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas Ediciones, Madrid, 1980, págs. 49 y ss.; LORCA NAVARRETE, A. M. *El problema de la Administración de Justicia en España*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1996, pág. 19; MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 25ª ed., págs. 213-219; RAMOS MÉNDEZ, F. *La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 1983, págs. 9-40.



### **I.3.- La triple dimensión constitucional de la competencia**

#### **I.3.1.- Introducción**

De una primera lectura de nuestro texto constitucional de 1978 es posible identificar **una triple dimensión de la competencia** (que, a su vez, marcará el ámbito de proyección del Derecho de la Competencia): la primera de ellas, la identifica como valor supremo y estructural de nuestro modelo económico (**dimensión institucional**); la segunda visión, toma como referencia a la competencia como expresión del valor individual de la libertad económica y como fuente generadora de derechos subjetivos (**dimensión individual**); y la tercera, por último, analiza la competencia como valor de trascendencia supraindividual y motor de crecimiento general (**dimensión social**).

A lo largo de los próximos apartados de este capítulo de la investigación, centraremos nuestra atención en analizar cada una de estas dimensiones, constatar las conexiones recíprocas entre todas ellas y, por último, pero no menos importante, sentar las bases que más tarde nos permitan ponderar los intereses públicos y privados que subyacen en el Derecho de la Competencia y, en consecuencia, nos permitan individualizar, desde el punto de vista de su tutela, tanto su protección administrativa como jurisdiccional.

#### **I.3.2.- La dimensión institucional de la competencia**

La primera de las dimensiones constitucionales de la competencia, que se proyecta sobre un plano institucional, concibe ésta como un valor supremo y estructural que es propio de nuestro modelo económico-constitucional.

En líneas generales, los elementos que conforman el ensamblaje de cualquier proceso productivo hacen siempre referencia a: la concreción de las fuentes de recursos, la producción de aquellos bienes que resulten imprescindibles para la satisfacción de las necesidades de la comunidad, así como el establecimiento

de un sistema de distribución que haga posible el suministro de productos a todos sus integrantes<sup>91</sup>. Por su parte, los mecanismos que permiten ofrecer una respuesta a estas necesidades tan primarias de la sociedad, a fin de asegurar su propia subsistencia, tradicionalmente han sido denominados “sistemas de organización económica”<sup>92</sup>.

Este pilar fundamental inherente a toda formación política organizada y a cuyo propósito atienden los diferentes sistemas de organización económica, es debidamente abordado, como no podía ser de otro modo, en nuestro

---

<sup>91</sup> Con independencia de los agentes responsables y del grado de intervención que se encomiende a los distintos sujetos de la comunidad social, características todas estas que son las que posteriormente originarán las diferentes tipologías de sistemas económicos, lo cierto es que, tal como señalan SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W. *Economía, ob. cit.*, pág. 28, el establecimiento de un modelo rector encargado de gobernar la vida económico-social siempre debe dar respuesta a los siguientes inconvenientes: en primer lugar, y en atención al acceso y disponibilidad de los recursos de los que puede hacer uso la sociedad, todo modelo organizativo debe identificar y priorizar los bienes que definitivamente acabarán produciéndose (de acuerdo con las necesidades que se consideran más prevalentes y, por lo tanto, se pretendan satisfacer en primer término); en segundo lugar, una vez identificados los productos o servicios que van a ponerse a disposición en el mercado, debe ofrecerse una respuesta en torno a las cuestiones técnicas de cómo se va a organizar la producción de tales bienes (es decir, qué insumos o materias primas van a resultar necesarias en el proceso de transformación) y mediante qué procesos o transformaciones van a someterse en la cadena de producción; y, en tercer lugar, será igualmente necesario identificar el grupo de individuos a los que va a ir dirigido el producto en cuestión (determinación del público objetivo), así como establecer aquellas vías de distribución que resulten más eficaces en orden a conseguir que el mayor número de demandantes pueda acceder a la adquisición del producto o servicio.

<sup>92</sup> Dentro de la teoría económica se han articulado dos grandes sistemas de organización: los de carácter centralizado, en los que la dirección y producción del mercado queda sometida a las directrices del Estado (sistemas de estricta intervención pública en los que pueden existir únicamente empresas públicas encargadas de la dirección y producción, o bien pueden también operar un número limitado de empresas privadas encargadas de la producción y distribución, mas no de la dirección por ser ésta una función reservada a los poderes públicos); y aquellos otros sistemas que presentan un carácter descentralizado, donde la dirección, producción y distribución dependen enteramente de los criterios del mercado, que no es otra cosa, en última instancia, que la libre voluntad de los agentes privados que intervienen en él. En relación con la distribución y control de los recursos, no obstante, cualquiera de los dos sistemas siempre comporta un mínimo control y restricción de los insumos, si bien difieren en las formas. En los modelos de corte centralizado, se observa como la restricción de recursos siempre proviene del propio Estado, puesto que son las directrices de los poderes públicos las encargadas de regular de forma extensa y limitada el alcance de la producción, así como el número de insumos afectados, cuantía y tipo (lo que en definitiva supone un cierto control sobre los recursos). Por el contrario, en los sistemas descentralizados la restricción de los insumos viene impuesta por criterios de racionalización económica, ya que toda materia prima, como su correspondiente proceso de transformación con el que se llevará a cabo la generación de un valor adicional, conllevará un coste adicional para el agente productor (en este caso, dicho coste quedará constituido por la disponibilidad del propio material, así como por los elementos que intervienen en la transformación – maquinaria, energía y trabajo –). Todos estos factores repercutirán sobre el precio final de adquisición, comportando que las conductas de los agentes que operan en un mismo mercado siempre busquen un equilibrio o proporcionalidad entre todos los elementos que intervienen (elaboración de productos con prestaciones más óptimas y con un menor consumo de recursos).

ordenamiento jurídico. En consonancia con el modelo de Estado democrático, social y de Derecho proclamado en el art. 2 CE, nuestra Carta Magna contiene toda una serie de preceptos que, si bien aparecen disgregados a lo largo de su articulado -lo que requiere mantener una visión transversal y conjunta de todos ellos-, son los encargados de delimitar el marco jurídico fundamental sobre el que se asienta la estructura y funcionamiento de la actividad económica de nuestro sistema político.

El **núcleo fundamental de nuestro modelo económico** aparece regulado en el art. 38 CE al disponer el mismo que *“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen el ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*.

Tras la lectura del precepto es posible inferir que éste, en términos generales, aparece como una norma completa, si bien insuficientemente descriptiva. A diferencia de lo que sucede con otros ámbitos de la vida político-social consagrados a nivel constitucional, nuestra Norma Fundamental ha optado por instaurar, sin fisura alguna, la economía de mercado como modelo rector de nuestro sistema económico, pero para ello ha empleado una cláusula de *“difícil catalogación jurídica”*<sup>93</sup>. El hecho que nuestro legislador constituyente no optase, en este punto, por emplear términos concretos, definidos y tasados, ha comportado un problema añadido en la labor del legislador ordinario, ya que éste no solo no puede disponer de los elementos principales que conforman nuestro modelo económico (sin perjuicio de que puedan ser objeto de un mayor desarrollo legal siempre que se respete el núcleo esencial de los mismos); sino que, además, resulta obligatorio efectuar, también con carácter previo, una operación de delimitación conceptual. Así acontece, precisamente, respecto a la economía de mercado, pues bajo esta expresión puede tener cabida un sistema de libre mercado puro y liberal, así como otros modelos de corte

---

<sup>93</sup> CAZORLA PRIETO, J. L. *“Comentario al artículo 38”*, en *Comentarios a la Constitución* (dirigidos por Garrido Falla), Civitas Ediciones, Madrid, 1980, pág. 468; GOIG MARTÍNEZ, J. M. *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (coordinados por Alzaga Villaamil), tomo III, Cortes Generales: EDERSA, Madrid, 1996, pág. 734.

socialista y con un mayor grado de intervención pública<sup>94</sup>. En cualquier caso, resulta indiscutible que la libertad de empresa, por su expresa mención en el propio cuerpo del precepto, desempeñará un papel fundamental y será merecedora del mismo grado de protección y blindaje constitucional.

Todo parece apuntar que nuestra Constitución parece hacer uso de un sentido funcional de la economía de mercado sin necesitar, por lo tanto, de ninguna otra especificación<sup>95</sup>. De acuerdo con una lectura armónica con el resto de preceptos de la propia Constitución, se puede deducir que la expresión recogida bajos los términos “economía de mercado” resguarda un sistema de libre mercado donde la actividad económica queda encomendada, como preferencia principal, a la iniciativa privada (y así se manifiesta con el reconocimiento expreso de la libertad de empresa)<sup>96</sup>. Sin embargo, de tal razonamiento no puede desprenderse que en dicho texto normativo se esté impidiendo la dirección y corrección de este sistema por parte de los poderes públicos. Si nuestra Constitución huye de redacciones extremas, a favor de la conciliación política, con mayor razón lo hará de aplicaciones sesgadas. Por consiguiente, la iniciativa privada no debe entenderse en un sentido puro y excluyente, sino que, por el contrario, el sistema consagrado a nivel constitucional necesita ser congeniado con la aplicación de otras políticas públicas encargadas de proteger distintos intereses, también de relevancia social para la comunidad<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> GOIG MARTÍNEZ, J. M. *Comentarios a la Constitución Española de 1978, ob. cit.*, págs. 731-732. La pluralidad de interpretaciones en torno al contenido y límites de nuestro modelo de “economía de mercado” pueden consultarse, bajo un gran esfuerzo de síntesis, en la obra de MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil, ob. cit.*, págs. 30-34.

<sup>95</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil, ob. cit.*, pág. 42.

<sup>96</sup> ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R. *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 469; FONT GALÁN, J. A. *Constitución económica y Derecho de la Competencia, ob. cit.*, págs. 150-152.

<sup>97</sup> ALONSO SOTO, R. “*Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho Comunitario*” en *Curso de Derecho Mercantil* (coordinado por Aurelio Menéndez y Rodrigo Uría), tomo I, Civitas Ediciones, Madrid, 2006, pág. 273; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil, ob. cit.*, pág. 36; VICIANO PASTOR, J. “*Intervención pública en la economía y libre competencia*”, en *Tratado de Derecho de la Competencia* (coordinado por García Cruces), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 604-606.

Ahora bien, el art. 38 CE no puede someterse a una lectura única. El propio precepto contiene, como anteriormente se indicaba, dos instituciones que, pese a estar en estrecha conexión, se manifiestan en eslabones distintos de nuestra estructura económica: **la economía de mercado**, como principio general que debe regir la ordenación económica (principio rector de naturaleza público-económica que constituye el marco general de toda la actividad económica); y **la libertad de empresa**, como uno de los elementos imprescindibles e individualizados que debe irradiar todo el modelo organizativo-económico sobre el que se asienta nuestro sistema (derecho subjetivo reconocido constitucionalmente).

Nuestro texto constitucional ha consagrado el sistema de libre mercado (*rectius*, “*economía de mercado*”) como principio organizativo de naturaleza pública que debe presidir toda nuestra ordenación económica. A diferencia de los sistemas económicos centralizados, el modelo de economía de mercado o de libre mercado se caracteriza por encomendar la tarea de satisfacer las necesidades de la población, no ya a una entidad de carácter supraindividual (como correspondería al propio Estado), sino, antes al contrario, a los propios integrantes que conforman e intervienen en la sociedad<sup>98</sup>.

En este sentido, las tareas de producción de bienes y servicios, así como de gestión y acceso a los recursos, se confieren a la plena actuación privada. Con ello, el modelo de libre mercado se caracteriza por ser un modelo de concepción abierta y descentralizada<sup>99</sup> en el que se instaura el intercambio, voluntario y con ánimo lucrativo, de bienes y servicios entre operadores económicos e individuos demandantes (consumidores o usuarios)<sup>100</sup>. Dicho intercambio tendrá siempre lugar en un foro o escenario de confluencia de

---

<sup>98</sup> Para un mayor análisis acerca de la conceptualización de los diferentes sistemas económicos y sus rasgos característicos, con especial referencia al continente europeo, véase, por todos: BARRE, R. *Economía política*, tomo I, Ariel, Barcelona, 1967, 5ª ed., págs. 156-168.

<sup>99</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, *ob. cit.*, págs. 463.

<sup>100</sup> HERNÁNDEZ DELGADO, J. “*La actividad reguladora del Estado y la competencia*”, en *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación* (dirigido por Ortiz Blanco y S. Cohen), Dykinson, Madrid, 1999, págs. 239 y ss.

intereses contrapuestos, denominado mercado, y cuyo punto de conexión, generador de acuerdos de voluntades, será el precio o contravalor monetario<sup>101</sup>.

Sin ánimo de adentrarnos, con detalle, en las complejidades que todo estudio acerca de la teoría económica requiere, puede afirmarse que el sistema de libre mercado es el modelo que confiere un mayor grado de libertad económica, ya que la determinación de aquello que debe producirse, así como los procesos a seguir y la cuota de producción, quedarán concretados, en su mayor parte, por la plena voluntad de los operadores económicos. Ahora bien, el funcionamiento ordinario de este sistema, regido íntegramente por la libre decisión y criterio de los agentes intervinientes, se desarrolla en una continua paradoja: es el propio sistema de libre mercado el que, junto a conceder la plena libertad de actuación, acaba por condicionar e inducir las conductas de los sujetos que en él intervienen<sup>102</sup>.

Por más que los operadores económicos puedan actuar con total libertad de criterio, su comportamiento siempre responderá a un mismo paradigma que se encuentra íntimamente relacionado con el funcionamiento cíclico del mercado. Así pues, los operadores económicos, motivados por la obtención de rendimiento económico en su actividad, dirigirán su producción de acuerdo con las preferencias reveladas por los consumidores<sup>103</sup> y, asimismo, evitarán, debido a su coste, el uso infructuoso de recursos<sup>104</sup>. De esta forma, el sistema de libre mercado se autocompleta por sí mismo de forma equitativa, porque si bien es cierto que, en un principio, son los operadores económicos privados los

---

<sup>101</sup> WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, *ob. cit.*, págs. 330-331.

<sup>102</sup> BARRE, R. *Economía política*, *ob. cit.*, págs. 465-466 y 468-470.

<sup>103</sup> AREEDA, P. "Introduction to antitrust economics", en *Antitrust policy in transition: the convergence of law and economics* (dirigido por Eleanor Fox y James Halverson), American Bar Association, Washington, 1984, págs. 45-46; SPULBER, D. F. "Unlocking technology: antitrust and innovation", en *Competition policy and patent law under uncertainty* (dirigido por Geoffrey Manne y Joshua Wright), Cambridge University Press, New York, 2013, págs. 129-135.

<sup>104</sup> ORTIZ BLANCO, L. *et alii*, *Manual de Derecho de la Competencia*, *ob. cit.*, pág. 33.

que se encargan de dirigir los procesos productivos, la gestión de los recursos y su puesta a disposición en el mercado<sup>105</sup>; no lo es menos que, en un segundo plano, participan todos los sujetos implicados en la toma de decisiones, ya que los operadores actuarán en prosecución de los intereses que los consumidores muestren<sup>106</sup>. De ahí, precisamente, que el comportamiento y las preferencias de los consumidores actúen como elementos directores<sup>107</sup> de la actividad productiva a fin de asegurarse los agentes económicos el mayor éxito y acogida posible en el mercado, así como la obtención de un mayor rendimiento económico<sup>108</sup>.

No obstante, es necesario precisar que nuestro modelo de libre mercado aun cuando encomiende las labores de producción y distribución a los distintos operadores privados, tampoco les reserva la actividad empresarial de forma excluyente y exclusiva, sino que ésta debe resultar compatible con una posible participación pública. En este sentido, así se prevé en el art. 128 CE al disponer en su apartado segundo que: *“Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”*.

De una lectura conjunta de los arts. 38 y 128.2 CE, dos son las puntualizaciones que deben inferirse. La primera de ellas se corresponde con la posibilidad de intervención de la Administración en el sistema de libre

---

<sup>105</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., pág. 475.

<sup>106</sup> HERRERO SUÁREZ, C. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 115-116.

<sup>107</sup> En cierto modo, este efecto de ordenación natural del mercado ha sido recogido bajo los términos de “spontaneous order” (HAYEK, F. A. “Spontaneous “Grown” order and organized “made” order”, en *Market, hierarchies and networks: the coordination of social life*, dirigido por G. Thompson, Sage Publications, London, 1991, págs. 293-301; SPULBER, D. F. “Unlocking technology: antitrust and innovation”, en *Competition policy and patent law under uncertainty*, ob. cit., pág. 157).

<sup>108</sup> SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W. *Economía*, ob. cit., págs. 46-48 y 81-82.

mercado<sup>109</sup>, pues en ese caso deberá hacerlo como cualquier otro operador económico más, es decir, respetando y generando competencia<sup>110</sup>. El art. 128.2 CE expresamente menciona que "se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica". Por consiguiente, el modelo de libre mercado no debe visualizarse únicamente como un espacio de intervención de operadores económicos particulares, sino que en él también hay lugar para la actividad de la Administración, ya sea como un prestador más en un sector ya consolidado, o como impulsor de un sector de mercado todavía en vías de desarrollo (en este último caso, la Administración actuaría, además, como promotora de la competencia en el mercado).

Es más, la reserva de la actividad empresarial al ámbito privado no hace de por sí incompatible la prestación de las mismas funciones por operadores públicos, ya que éstos quedan igualmente sujetos a la pugna concurrencial que tiene lugar en el espacio de intercambio. De este modo, se reconoce, en sede constitucional, una facultad de intervención a favor de la Administración Pública en régimen de plena concurrencia con la actividad ofertada por los operadores económicos privados<sup>111</sup>. Intervención pública que podrá materializarse bien a

---

<sup>109</sup> Algunos de los razonamientos que justifican la participación y regulación del Estado dentro del sistema organizativo de libre mercado son expuestos, desde la perspectiva de la ciencia económica, por BARRE, R. *Economía política*, ob. cit., págs. 165-166. Respecto a las diferentes fórmulas jurídicas de las que puede hacer uso el poder público para participar como operador económico en el mercado, vid. por todos, GALÁN CORONA, E. *La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia*, en *Actas de Derecho industrial*, tomo II, Montecorvo, Madrid, 1975, págs. 327-336.

<sup>110</sup> FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 160; MARCOS FERNÁNDEZ, F. *¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?*, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2018, págs. 10-18; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 38; VICIANO PASTOR, J. "Intervención pública en la economía y libre competencia", en *Tratado de Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 608-609.

<sup>111</sup> MARCOS FERNÁNDEZ, F. *¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?*, ob. cit., págs. 12-13; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Comentarios a la Constitución Española*, ob. cit., pág. 989. Para un análisis sobre los casos jurisprudenciales que han dado lugar a la intervención de los poderes públicos como operadores económicos, así como los límites a los que están sujetos, puede consultarse BACHES OPI, S. "La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Derecho de Defensa de la Competencia desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007", en *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: balance de su aplicación* (dirigido por Baches Opi), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2010, págs. 88-96.



través de entes públicos o bien mediante la constitución *ad hoc* de organismos con personalidad jurídica propia regidos por el Derecho Privado<sup>112</sup>. Ahora bien, el inconveniente que puede resultar más acuciante en un terreno fundamentado en la iniciativa privada pero que, paralelamente, permite la entrada a la iniciativa pública, es que ésta última no acabe por ser la iniciativa predominante<sup>113</sup>. En todo caso, debe afirmarse que la participación de los poderes públicos en el mercado no solo debe ser en régimen de competencia, sino que también debe quedar amparada por estrictas razones de interés público<sup>114</sup>. En caso contrario, se podrían producir situaciones de total

---

<sup>112</sup> GALÁN CORONA, E. *La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia, ob. cit.*, págs. 327-336.

<sup>113</sup> Este aspecto no ha pasado desapercibido por la doctrina, donde no han faltado voces críticas que, a modo de cautela, interpretan en todo caso la posibilidad de actuación pública contenida en el art. 128 CE como una actuación secundaria y subsidiaria de la actividad privada del mercado, reducida al único objetivo de suplir las ineficiencias que la voluntad privada no sea capaz de cubrir (ARIÑO ORTIZ, G. *La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 88, 1979, págs. 88-91; y MONEDERO GIL, J. I. *La estructura de la empresa pública en España*, en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 5, 1980, págs. 124-126). Por el contrario, defienden la posibilidad de actuación de la Administración Pública en el mercado bajo los mismos criterios de concurrencia que el resto de operadores, siempre y cuando exista un interés general, entre otros, FONT GALÁN, J. A. *Constitución económica y Derecho de la Competencia, ob. cit.*, pág. 161; y ORTIZ-ARCE, A. *El principio de igualdad en Derecho económico*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, núm. 11, 1984, págs. 110-112.

<sup>114</sup> Ambos requisitos constituyen, además, una exigencia judicial para el propio TS en orden a admitir cualquier tipo de intervención pública en el mercado conforme a lo previsto en el art. 128.1 CE. Tal es el caso de las actuaciones derivadas de las entidades locales para la prestación de servicios básicos municipales, como bien puede corroborarse en las resoluciones del TS: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 14 de febrero de 1978 (RJ 1978/4770); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 7 de febrero de 1989 (RJ 1989/1081); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989/7352); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/1590). De forma más particular, en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 24 de junio de 2003 (RJ 2003/5875) se expone que *“El reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica rompe con el mito del principio de subsidiariedad que venía rigiendo en el sistema anterior a la Constitución, y que sólo permitía que se produjese esa iniciativa en ausencia de la actividad económica privada en un determinado sector. Es hoy perfectamente posible que se produzca esa iniciativa pública en cualquier actividad económica, siempre que respete el mandato general que a las Administraciones Públicas impone el artículo 103 de la Constitución, cuando señala el límite de que esa actividad se dirija a servir con objetividad los intereses generales”*. Similares pronunciamientos también son los expresados por el TC en las siguientes resoluciones: STC núm. 53/2014, de 10 de abril (RTC 2014/53); STC núm. 30/2016, de 18 de febrero (RTC 2016/30); STC núm. 89/2017, de 4 de julio (RTC 2017/89). Con mayor detalle en la STC núm. 111/2017, de 5 de octubre (RTC 2017/111) se expone que la libertad empresarial *“es compatible con la regulación de condiciones; típicamente las destinadas a proteger a los consumidores, a preservar el medio ambiente, a organizar el urbanismo o a asegurar la «adecuada utilización del territorio por todos»*. Ahora bien, el artículo 38 CE impone límites a la configuración legislativa de este tipo de condiciones por parte del Estado, las Comunidades

ineficiencia y malgasto de recursos que, pese a ser públicos, tienen su coste y sacrificio, no solo por estar sufragados por todos los contribuyentes, sino también por comportar una pérdida de oportunidad, nada insignificante, para otras áreas de la sociedad necesitadas de un mayor desarrollo e inversión.

En el seno de nuestro modelo organizativo (pese a configurarse, tal como expone el art. 38 CE, como un modelo de libre mercado), el designio y plena libertad conferida a los agentes privados en la actividad económica no se contempla dentro de nuestro marco constitucional como un fin en sí mismo, sino que resta supeditado, en última instancia, a la prosecución del interés general y al correcto desarrollo de la sociedad<sup>115</sup>. En consecuencia, la libertad económica podrá verse limitada siempre que razones de interés público así lo aconsejen<sup>116</sup>. A este fin, el propio art. 128.2 CE menciona diversos grados de intervención material por los que puede optar la Administración pública para actuar en el mercado. Tales formas concretas de actuación representan un

---

*Autónomas y los entes locales. Las condiciones que se establezcan deben ajustarse a un canon de razonabilidad en el sentido de que respondan a un objetivo constitucionalmente legítimo y sean idóneas o adecuadas para conseguirlo sin que su intensidad llegue al punto de suponer un impedimento práctico del libre ejercicio de la actividad económica. El canon ha de ser más incisivo si los requisitos o condiciones a la libertad de empresa afectan, no ya a su desarrollo o ejercicio, sino al acceso mismo al mercado”.*

<sup>115</sup> GOIG MARTÍNEZ, J. M. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ob. cit., págs. 734 y 740.

<sup>116</sup> Buena prueba de ello puede encontrarse en el conjunto de medidas políticas, económicas y sociales que recientemente han sido adoptadas por el poder ejecutivo con motivo de la crisis sanitaria generada por la COVID-19. En el marco del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de esta situación extraordinaria, resulta especialmente relevante lo dispuesto en su art. 4.3, pues en él se faculta a los Ministerios de Defensa, Interior, Transportes y Sanidad para dictar cuantas órdenes o resoluciones consideren necesarias para garantizar la protección de personas, bienes y lugares. Entre otras medidas, nos parecen especialmente significativas, por su clara limitación al derecho de libertad de empresa y propiedad de los medios de producción, las establecidas en los arts. 13 y 15 del citado Real Decreto. Con el objetivo de garantizar el suministro de los bienes y servicios necesarios para la salud pública, el art. 13 expresamente habilita la intervención y ocupación temporal de industrias, talleres, locales y establecimientos tanto sanitarios como farmacéuticos de titularidad privada. Además, también prevé la posibilidad de imponer prestaciones personales obligatorias a dicho personal, siempre que estén dirigidas a garantizar la salud pública. Igualmente, el art. 15 también contempla que la Administración pueda acordar la intervención de empresas o servicios para asegurar una correcta distribución de los productos de alimentación, así como el funcionamiento de almacenes, centros logísticos y mercados. Dichas medidas de intervención en los sectores sanitarios y de alimentación deben ser complementadas con las directrices previstas en las Órdenes SND/232/2020 de 15 de marzo y SND/275/2020, de 23 de marzo; así como con el articulado general de los Reales Decretos-ley 8/2020 de 17 de marzo, 11/2020 de 31 de marzo, 15/2020 de 17 de marzo, y 16/2020 de 28 de abril.

distinto nivel de injerencia que va desde la afectación global a un sector concreto del mercado hasta, llegado el caso, poder decretar la intervención individual a un sujeto económico<sup>117</sup>. De hecho, con la intervención de ciertas empresas privadas, la Administración podrá asumir la dirección y organización de éstas en el mercado cuando así lo exijan razones de interés público y se realice a través de instrumento legal<sup>118</sup>. Sin embargo, esta última forma de intervención pública, pese a tener un ámbito de afectación menor, supone un claro límite a otro derecho previsto constitucionalmente, como es el de la libertad de empresa.

En todo caso, los poderes públicos deberán hacer uso de estas fórmulas de acuerdo con los principios de proporcionalidad, idoneidad y mínima afectación<sup>119</sup>. La realización de este juicio de constitucionalidad es un requisito insalvable para cualquier limitación que afecte a un derecho de transcendencia constitucional, debiendo ponderarse en todo momento el interés público que se pretende alcanzar en relación con el grado de afectación a la libertad de actuación económica (muy especialmente cuando se empleen los mecanismos más cercenadores, como así sucede con la reserva y posible intervención de un sector empresarial)<sup>120</sup>. Es más, en la mayoría de supuestos el uso de una u

---

<sup>117</sup> DÍEZ-PICAZO, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas Ediciones, Madrid, 2013, págs. 537-538.

<sup>118</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, ob. cit., págs. 41-43.

<sup>119</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Comentarios a la Constitución Española*, ob. cit., págs. 988-989. Esta exigencia y valoración de los diversos elementos imprescindibles para abordar un correcto juicio de proporcionalidad ha sido examinada jurisprudencialmente, entre otras, en las siguientes resoluciones: STC núm. 127/1994, de 5 de mayo (RTC 1994/127); STC núm. 53/2014, de 10 de abril (RTC 2014/53); STC núm. 108/2014, de 26 de junio (RTC 2014/108); STC núm. 35/2016, de 3 de marzo (RTC 2016/35); así como en las más recientes STC núm. 89/2017, de 4 de julio (RTC 2017/89) y STC núm. 103/2018, de 4 de octubre (RTC 2018/103). De forma más particular, en la STC núm. 35/2016, de 3 de marzo, relacionada con el sector audiovisual, nuestro máximo intérprete constitucional declara que no vulnera la libertad de empresa, y que por lo tanto constituye un límite que debe ser asumido por la dirección empresarial, la obligatoriedad, establecida por disposición legal, de invertir una parte de los beneficios obtenidos por los empresarios del sector audiovisual (concretamente se fija como importe mínimo el 5% de la cifra total de ingresos anuales) en la producción de material audiovisual (largometrajes, cortometrajes y películas para televisión) de procedencia europea por considerarlo un medio idóneo para cumplir razones de interés general (promoción de la identidad y cultura europea).

<sup>120</sup> DÍEZ-PICAZO, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 537-538.

otra medida de intervención no quedará reservado al libre criterio de la Administración, sino que ésta deberá optar de forma imperativa, tras la previa ponderación de los intereses en juego, por aquellas medidas que se presenten menos restrictivas (en caso contrario, se estaría ante una limitación excesiva e injustificada del contenido del art. 38 CE que conculcaría la libertad de empresa)<sup>121</sup>.

### I.3.3.- La dimensión individual o subjetiva de la competencia

La segunda dimensión constitucional de la competencia, por su parte, concibe a ésta como un derecho subjetivo, en cuanto valor individual de la libertad económica. Como se ha tenido la ocasión de corroborar, nuestro sistema constitucional ha acabado por instaurar, como marco general al que debe circunscribirse toda actividad económica, un sistema descentralizado, si bien modulable, de corte neocapitalista, y reconducido a la consecución del interés común<sup>122</sup>. Dentro de todo este entramado económico, el propio art. 38 CE remarca expresamente, por su trascendental importancia, el que constituye uno de sus rasgos definitorios: **la libertad de empresa**.

---

<sup>121</sup> De forma preliminar pueden traerse a colación los pronunciamientos contenidos en la STC núm. 112/2006, de 5 de abril (RTC 2006/112), toda vez que expone que el objetivo último de cualquier juicio de proporcionalidad consiste en *“llevar al campo de la libertad de empresa el principio, reconocido siempre en nuestra doctrina, de que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor”*. Puntualizando los argumentos anteriormente citados, véase la STC núm. 53/2014, de 10 de abril (RTC 2014/53), pues ésta añade que *“las condiciones de ejercicio de la actividad empresarial, no implican necesariamente que se produzca una afectación a la libertad de empresa que haya de ser considerada contraria a la Constitución, pues la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE exige que las regulaciones públicas que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma, sean constitucionalmente adecuadas, es decir no sean en sí mismas irracionales o arbitrarias, y garanticen la igualdad de limitaciones de la actividad económica para las empresas de una misma clase ante cada ordenamiento individualmente considerado”*.

<sup>122</sup> GOIG MARTÍNEZ, J. M. *Comentarios a la Constitución Española de 1978, ob. cit.*, pág. 736.

La libertad de empresa ostenta una naturaleza dual<sup>123</sup>. Ello es así, porque si bien se erige, institucionalmente, como un principio inspirador del sistema económico, en cuanto presupuesto indispensable en orden a hacer efectiva la economía de mercado (por lo que forma parte del orden público-económico<sup>124</sup>); no es menos cierto que también adquiere relevancia respecto a los diferentes protagonistas que participan en el mercado. Desde esta segunda perspectiva, de corte individual, la libertad de empresa constituye, como así se ha consagrado en el primer párrafo del art. 38 CE, un derecho subjetivo de carácter socioeconómico<sup>125</sup>.

La libertad de empresa, aun manifestación específica del derecho a la propiedad privada reconocido en el art. 33 CE<sup>126</sup>, goza de un contenido y sustantividad autónoma<sup>127</sup>. Por lo que hace referencia a su **naturaleza jurídica**, la libertad de empresa constituye un verdadero derecho subjetivo

---

<sup>123</sup> ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R. *Derecho Constitucional, ob. cit.*, pág. 505.

<sup>124</sup> SÁNCHEZ MORENO, F. *El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 24, 1980, págs. 134-138 y 497-502. Este “orden público económico” comprende todo aquel conjunto de principios que actúan como parámetros de validez de las relaciones patrimoniales acontecidas o que tienen lugar en el tráfico económico. De hecho, nuestro sistema económico-constitucional, junto a la libertad de empresa, toma en consideración otro conjunto de principios indispensables (vgr. el de igualdad de trato previsto en el art. 139.1 CE, pues no es posible sustentar un sistema competitivo si las posibilidades de acceso y demás condiciones de permanencia no son homogéneas y recaen arbitrariamente a favor de unos operadores en detrimento de otros; el de unidad de mercado, previsto en el art. 149.1.1 CE, y el principio de libre circulación y establecimiento tanto de bienes – reflejo de la libertad de dirección del negocio empresarial – como de personas – reflejo de la plena autonomía para constituir la empresa–).

<sup>125</sup> La naturaleza dual de la libertad de empresa, en cierto modo, también puede entreverse en algunas resoluciones del TS. A título de ejemplo pueden consultarse, entre otras, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7947); la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 27 de abril de 2001 (RJ 2001/2867) en la que se expone que: “*la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se practica dentro de un marco general configurado por reglas que ordenan la economía de mercado, entre ellas las que tutelan los derechos de los consumidores u ordenan un sector como el de los juegos de azar, en el que las potestades administrativas de intervención y control están sobradamente justificadas por los intereses que en el mismo subyacen*”; o también la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1136/2007, de 25 de octubre (RJ 2007/8638).

<sup>126</sup> MARTÍNEZ VAL, J. M. “*Artículo 38: Libertad de empresa*”, en *Comentarios a las Leyes Políticas* (coordinados por Alzága Villaamil), tomo III, Editorial de Derecho Público, Madrid, 1983, págs. 667-668.

<sup>127</sup> ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R. *Derecho Constitucional, ob. cit.*, pág. 505.

consagrado en sede constitucional<sup>128</sup>. Aun cuando el art. 38 CE no contiene ninguna referencia expresa a la libertad de empresa como “derecho” (pues solo se alude, lacónicamente, al término de “libertad”), resulta innegable que la libertad de empresa no puede predicarse como un elemento intrínseco del mercado, y todavía menos del propio sistema económico, ya que dicha libertad, en verdad, no hace referencia a un estado o circunstancia inmóvil y perdurable que acontece, por sí sola, en el espacio económico. De igual modo, tampoco puede entenderse como una circunstancia consustancial ligada al correcto funcionamiento del mercado, como sí lo sería, en su caso, la aparición de la competencia económica. El análisis de la libertad de empresa exige ser contemplado, por tanto, desde la perspectiva de los agentes que intervienen en el mercado y no como un elemento en el que se incorpora toda la estructura económica.

En una primera aproximación subjetiva, bajo la mención de la libertad de empresa, el primer inciso del art. 38 CE parece resguardar un espacio dentro del cual sus destinatarios ostentarán plena autonomía y poder de disposición sobre los diferentes elementos que conforman su actividad empresarial, de tal modo que, siempre que el ejercicio de dicha libertad no resulte contrario a los postulados básicos del sistema económico, los destinatarios quedarán resguardados de cualquier injerencia o intervención pública.

La libertad de empresa se presenta como una “cápsula de protección” de la iniciativa económica en el ámbito individual<sup>129</sup>, de tal forma que recae a favor de aquellos sujetos a los que, por regla general, el sistema económico encomienda la actividad productiva; pero también actúa como garantía ante cualquier exceso de intervención por parte de la Administración<sup>130</sup>. De ahí,

---

<sup>128</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 30.

<sup>129</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., pág. 481.

<sup>130</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Comentario a la Constitución Española*, ob. cit., pág. 988. En esta misma dirección de pensamiento, sirva de ejemplo, por todas, la STC núm. 112/2006, de 5 de abril (RTC 2006/112): “en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar

precisamente, que pueda afirmarse que nuestro sistema económico constitucional haya optado por pretender congeniar la intervención privada con el respaldo de la iniciativa pública, ya que la libertad de empresa, sin alejarse de su concepción como derecho subjetivo, también se erige como garantía de la propia existencia de la actividad privada, alejándola de injerencias arbitrarias por parte del poder público. Todo ello, claro está, sin olvidar que la libertad de empresa y, por ende, la iniciativa privada, también resultan afectadas por los límites del interés público y de la planificación y ordenación económica<sup>131</sup>.

Así concebida la libertad de empresa, como derecho subjetivo reconocido a aquellos sujetos privados intervinientes en el tráfico empresarial, resulta obligado, a continuación, ponderar la propia **ubicación sistemática del art. 38 CE**, pues esta es la que, en última instancia, nos permitirá delimitar el grado de concreción y alcance constitucional que corresponde a este derecho, tanto en relación a los poderes públicos como con el resto de participantes en el tráfico económico.

El art. 38 CE se incardina en la Sección segunda del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución, denominado *“De los derechos y deberes de los ciudadanos”*, encontrándose ubicados en aquella sección la mayor parte de los derechos de contenido económico-patrimonial (vgr. derecho a la propiedad, derecho de colegiación y ejercicio de profesiones liberales). En consecuencia, se trata de un derecho subjetivo que goza de un reconocimiento constitucional directo. Sin embargo, la libertad de empresa, pese a incluirse en el Capítulo segundo de la Constitución, el cual versa sobre *“De los derechos fundamentales”*, carece de un verdadero carácter fundamental.

---

*en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado”.*

<sup>131</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, ob. cit., págs. 39-41.

Como bien ha señalado ROJO FERNÁNDEZ-RÍO<sup>132</sup>, el art. 53 CE, pese a llevar consigo la rúbrica “*De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*”, lo cierto es que incorpora, realmente, diferentes regímenes de protección, motivo éste que nos permite concluir que los distintos derechos recogidos en el Título Segundo de la Constitución no comparten idéntica categoría jurídica. Ello ha permitido a la doctrina constitucional distinguir tres grandes tipos de derechos subjetivos: los derechos fundamentales *stricto sensu*, los derechos fundamentales *lato sensu* – o de reconocimiento constitucional, pero sin carácter fundamental–, y aquellos otros que son concebidos como principios rectores. Cada una de estas categorías, a su vez, también es objeto de un tratamiento diferenciado a nivel constitucional: el más alto grado de protección constitucional queda restringido para los derechos fundamentales *stricto sensu*, los cuales aparecen consagrados en la Sección Primera del Capítulo Segundo junto con el art. 14 CE (pleno respeto a su núcleo esencial, reserva de ley orgánica, tutela judicial preferente y sumaria, eficacia vertical y horizontal tanto ante los poderes públicos como ante los particulares, y posibilidad de demanda de amparo); el grado medio de protección, por su parte, es atribuido a aquellos derechos que, si bien están reconocidos expresamente en el texto constitucional, no ostentan un carácter fundamental al quedar fuera de la Sección Primera del Capítulo Segundo (éste es el caso, precisamente, de los derechos de contenido socioeconómico y, muy especialmente, por lo que ahora nos interesa, del derecho a la libertad de empresa) y, en consecuencia, quedan respaldados por el pleno respeto a su núcleo esencial, gozan de eficacia vertical directa y están protegidos por reserva de ley ordinaria; mientras que, en último lugar, por lo que atañe a los llamados principios rectores (contemplados en el Capítulo Tercero), éstos no constituyen verdaderos derechos subjetivos, sino más bien mandatos a los poderes públicos que resultan necesitados de concreción normativa, de tal forma que gozan, como garantías, de la vinculación vertical entre los poderes públicos y de la protección jurisdiccional ordinaria, siempre y cuando exista un previo desarrollo legal.

---

<sup>132</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J. *Actualidad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española*, en Revista de Derecho Mercantil, núm. 169-170, 1983, págs. 325-326.



De lo hasta aquí expuesto se infiere que la libertad de empresa es un derecho subjetivo que aun siendo reconocido por el texto constitucional no tiene un verdadero carácter fundamental. Por consiguiente, no quedará amparada por la máxima protección constitucional prevista en el segundo párrafo del art. 53 CE, no pudiendo ser objeto de protección jurisdiccional por vía sumaria, así como tampoco fundamentar una eventual demanda de amparo constitucional. Por el contrario, por aplicación del apartado primero del art. 53 CE sí resulta factible concluir, en primer lugar, que la máxima expresión de la libertad de empresa se convierte en un límite infranqueable y de obligado respeto por el legislador ordinario ante cualquier desarrollo normativo posterior; en segundo lugar, que todos los poderes públicos deben respetar, en sus actuaciones, su contenido esencial (eficacia vertical directa); en tercer lugar, que dicho derecho se acompaña, en cuanto garantía formal, de una reserva de ley ordinaria; y, por último, que toda modificación o supresión que pretenda realizarse por efecto de un “viraje político”, únicamente podría afrontarse mediante un proceso de reforma constitucional (esto es, por los trámites de la reforma ordinaria previstos en los arts. 87 y 167 CE).

La dicción literal del art. 38 CE, al reconocer el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, no efectúa ninguna concreción en orden a su contenido, así como tampoco detalla las condiciones de su ejercicio, requisitos y alcance. Nuestro legislador constitucional se ha limitado tan solo a proclamar la libertad de empresa como un derecho subjetivo dentro de nuestro esquema económico, de tal forma que estamos ante un **derecho de configuración legal** (donde es necesaria una *interpositio legislatoris* en aras a determinar tanto su régimen jurídico como las condiciones para su ejercicio)<sup>133</sup>.

Con todo, en atención a su **delimitación objetiva**, la libertad de empresa cristaliza la máxima expresión de las libertades públicas dentro de la esfera

---

<sup>133</sup> STC núm. 37/1981, de 16 de noviembre (RTC 1981/37); STC núm. 112/2006, de 5 de abril (RTC 2006/112); STC núm. 135/2012, de 19 de junio (RTC 2012/135); STC núm. 53/2014, de 10 de abril (RTC 2014/53); o STC núm. 35/2016, de 3 de marzo (RTC 2016/35).

económica<sup>134</sup>. El bien jurídico que pretende protegerse mediante la libertad de empresa no es otro que la capacidad y libre disposición de los sujetos particulares en orden a intervenir en todas y cada una de las actividades económicas que pueden tener cabida dentro de nuestro modelo organizativo. Los términos utilizados por el art. 38 CE permiten llegar a contemplar la libertad de empresa como aquella libertad reconocida a los particulares en atención a la cual se les permite destinar toda una serie de bienes y recursos para el desempeño de actividades económicas, con el objetivo de producir e intercambiar bienes y servicios de conformidad con las pautas organizativas preestablecidas, así como de obtener un beneficio económico<sup>135</sup>.

En esta dirección de pensamiento, por ejemplo, resulta especialmente gráfica la STC 83/1984<sup>136</sup>, de 24 de julio, según la cual: *“no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta; el derecho constitucionalmente garantizado en el art. 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, ni en el art. 38 se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino solo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden”*.

El art. 38 CE no reserva, pues, a los ciudadanos, una posición inactiva de meros receptores dentro del mercado. Por el contrario, al consagrarse la iniciativa económica privada como una pieza fundamental sobre la que recaen, en primera instancia, las tareas de producción y distribución de bienes y servicios dentro del sistema organizativo del que nos hemos dotado<sup>137</sup>, parece

---

<sup>134</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Comentarios a la Constitución Española*, ob. cit., pág. 981.

<sup>135</sup> BASSOLS COMA, M. *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 137.

<sup>136</sup> STC núm. 93/1984, de 24 de julio (RTC 1984/93). El mismo pronunciamiento también aparece contemplado en resoluciones posteriores del Tribunal Constitucional, entre otras: STC núm. 225/1993, de 8 de julio (RTC 1993/225); STC núm. 112/2006, de 5 de abril (RTC 2006/112); ATC núm. 71/2008, de 26 de febrero (RTC 2008/71); o en la más reciente STC núm. 103/2018, de 4 de octubre (RTC 2018/103).

<sup>137</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., págs. 475-476.

razonable pensar que junto a esta atribución de responsabilidad a los agentes privados, también resulta lógico que éstos vean suavizada esta profunda carga mediante la preservación de un espacio que, a modo de mínima garantía, les permita cumplir con esta función social pero sin desatender lo que, en realidad, constituyen sus preferencias y objetivos más particulares<sup>138</sup>.

Como así se deduce de nuestra jurisprudencia constitucional en orden a la delimitación del contenido que cabe atribuir al derecho de libertad de empresa, dos son los actos clave en los que se materializa este derecho subjetivo: el primero, comprensivo del instante previo a acceder y constituirse en operador jurídico (“iniciar”); y el segundo relativo a todo el itinerario propio de la actividad (“sostener”). Por consiguiente, bien puede afirmarse que el derecho a la libertad de empresa es un **derecho subjetivo de desarrollo continuo**, pues su ejercicio no se agota en unidad de acto (constitución como operador económico y acceso al mercado), sino que el despliegue del art. 38 CE, por el contrario, debe acompañar a los sujetos implicados a lo largo de toda su trayectoria empresarial. En coherencia con este desarrollo continuo que se acaba de exponer, la libertad de empresa tampoco se manifiesta de una única forma, sino que aparece reflejada de modo sucesivo mediante una pluralidad de actos de contenido muy variado (en función de la etapa en la que se encuentre su titular, así como de la voluntad que pretenda expresar en cada caso concreto).

De conformidad con lo anterior, es posible individualizar tres grandes etapas, diferenciables pero consecutivas, que envuelven el desarrollo de esta libertad constitucional. La primera de ellas, relacionada con el “inicio”, vendría a resguardar, desde una perspectiva *ex ante* al desempeño del ejercicio profesional, la capacidad de todo particular para decidir y valorar si desea constituirse en operador económico con el fin de emprender una actividad empresarial (vgr. las decisiones acerca de la tipología jurídica, la selección del sector donde operar, las características de los bienes a ofrecer, la determinación de los recursos afectos a la actividad y los riesgos a asumir). En

---

<sup>138</sup> DÍEZ-PICAZO, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 537-540.

esta etapa inicial de valoración, los agentes interesados en participar del tráfico económico únicamente deben sortear y hacer frente a las barreras de entrada que son propias de la industria en que deciden intervenir, esto es, los inconvenientes de origen natural e intrínseco, propios del funcionamiento del sector y que se presentan, con carácter general, a todos y cada uno de sus competidores. Cualquier obstáculo de origen externo a la propia inercia económica (bien legal o de reacción por parte del resto de empresas competidoras) que dificultase o impidiera su acceso, sería, en todo caso, susceptible de conculcar el derecho subjetivo consagrado en el art. 38 CE (incluso instantes antes de haber accedido materialmente al mercado). De hecho, en esta etapa ya puede apreciarse una estrecha vinculación entre la libertad de empresa y uno de los ámbitos de actuación propios del Derecho de la Competencia, como es el relativo a las políticas de promoción de la competencia a cargo de los poderes públicos, pero bajo la orientación de los órganos especializados en la materia, con los que contribuir al dinamismo del mercado y facilitar la entrada, permanencia y salida continua de sus operadores<sup>139</sup>.

La segunda de las etapas de la libertad de empresa implica traer a colación que el art. 38 CE también debe velar para que aquellos sujetos que ya han decidido intervenir en el mercado, puedan, *a posteriori*, implementar y desarrollar, con carácter estable y permanente, su actividad empresarial en un entorno lo más neutro y aséptico posible. Para ello es imprescindible que todos los competidores de un mismo sector permanezcan en idénticas condiciones, tanto positivas (vgr. acceso a incentivos, ayudas o subvenciones) como negativas (vgr. restricciones, adaptaciones, mejoras o prohibiciones), pues las diferencias entre ellos solo debieran derivar del número de recursos a destinar, su calidad, y la gestión de los mismos.

Por último, la tercera etapa evolutiva que acompaña al ejercicio del derecho a la libertad de empresa supone tomar en consideración que, en atención al art. 38 CE, también debe garantizarse a los titulares la posibilidad de salir y cesar

---

<sup>139</sup> SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W. *Economía, ob. cit.*, págs. 639-640 y 643-644.

en su actividad comercial en cualquier momento y con independencia de su resultado. En estos casos de “desistimiento empresarial”, su titular debe hacer frente, únicamente, al coste de las barreras de salida que sean consustanciales a la propia inercia del ciclo del mercado, a la inversión realizada por el operador (junto a la pérdida de oportunidad que ello implica), y a las posibles responsabilidades civiles que pudieran derivarse de la puesta en marcha del negocio.

Por todo lo que se acaba de exponer, la libertad de empresa, desde una visión abstracta (o de afectación grupal), permite que el proceso productivo se desarrolle en pleno régimen de libre mercado, siendo lo cierto que éste, a su vez, conduce a que las empresas que hayan decidido intervenir en el mercado se esfuercen en obtener la mejor posición posible gracias a la conjugación armónica de sus elementos disponibles (recursos internos) y de la mejor adaptación a las características del terreno de juego de su actividad (estado del sector)<sup>140</sup>. De este modo, el derecho a la libertad de empresa no solo contiene una garantía de actuación, sino también genera un deber para su titular, ya que éste, en cuanto sujeto económico que ha decidido voluntariamente acogerse a este derecho, mediante el desempeño de una actividad económica, queda obligado, igualmente, a ejecutarlo de una forma que no suponga contrariar el espíritu competitivo del resto de los agentes concurrentes<sup>141</sup>.

En consecuencia, la libertad de empresa bien puede calificarse como un derecho de “medios determinados” en la medida que, siguiendo el juego de la teoría jurídico-penal, solo admite el espíritu competitivo como única forma de desarrollar la actividad empresarial. Ello es así, porque el fundamento último de este derecho estriba en garantizar que el éxito y supervivencia de los

---

<sup>140</sup> AREEDA, P. “Introduction to antitrust economics”, en *Antitrust policy in transition: the convergence of law and economics*, ob. cit., págs. 46-47.

<sup>141</sup> BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, A. *La formación del Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 70; GARRIDO PÉREZ, P. M. “El sistema passing-on: el ejercicio de acción y defensa procesal”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012, págs. 45-46.

operadores económicos sea consecuencia directa de la fortaleza derivada de la ventaja competitiva de su actividad empresarial (competencia por eficiencia)<sup>142</sup>.

Dado que la libertad de empresa comporta la plena capacidad de su titular para dirigir la actividad empresarial bajo su propio riesgo y ventura, cabe derivar para éste, en paralelo, todo un haz de facultades con las que poder disponer y dirigir con total autonomía su actividad empresarial. El derecho a la libertad de empresa, como bien ha concretado nuestra jurisprudencia constitucional, no solo aparece relacionado con la necesidad de garantizar el acceso de cualquier particular, ya sea persona física o jurídica, a un mercado determinado, posibilitándole operar en él; sino que también debe vincularse con la obligación de garantizarle toda una serie de facultades de decisión y dirección con las que debe regir la actividad mercantil libremente elegida<sup>143</sup> (inherentes también a la libertad de empresa, pero no expresamente mencionadas en el art. 38 CE)<sup>144</sup>.

De ahí, precisamente, que pueda decirse que la libertad de empresa resguarda todo un amplio elenco de facultades que son inherentes a los tres pilares

---

<sup>142</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., págs. 467-468; FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 181; SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W. *Economía*, ob. cit., págs. 636-639; WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, ob. cit., págs. 4-7.

<sup>143</sup> En este sentido, a título de ejemplo, véanse, entre otras, la STC núm. 225/1993, de 8 de julio (RTC 1993/225); la STC núm.112/2006, de 5 de abril (RTC 2006/112): “los criterios de acuerdo con los cuales debe enjuiciarse, respecto a su posible lesión de la libertad de empresa, el art. 6 de la Ley recurrida, hay que considerar que las limitaciones allí impuestas a la libertad de contratación, entendida ésta, junto a la libertad de inversión y a la libertad de organización, como una de las vertientes imprescindibles de la libertad de empresa”; el ATC núm. 71/2008, de 26 de febrero (RTC 2008/71); o la STC núm. 96/2013, de 23 de abril (RTC 2013/96): “si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en libertad, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a los recursos y a las condiciones del propio mercado”. Por su parte, el Tribunal Supremo en su STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 999/2005, de 20 de diciembre (RJ 2006/288), con motivo de un posible conflicto entre un derecho de marca internacional y la libertad de empresa, dispone que “la libertad de empresa se identifica con el derecho subjetivo a acometer y desarrollar actividades económicas, además de con un principio de ordenación económica por virtud del cual corresponde a los empresarios decidir los objetivos de su empresa y llevar a cabo la correspondiente planificación”.

<sup>144</sup> GOIG MARTÍNEZ, J. M. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ob. cit., págs. 739-740.

fundamentales sobre los que se sustenta todo negocio: la implementación de un planteamiento estructural, la gestión de recursos humanos y el desarrollo de políticas en materia de financiación.

Los agentes económicos deben tener plena autonomía para elegir cómo desean presentarse en el tráfico mercantil y cuáles van a conformar sus líneas principales de actuación. El derecho a la libertad de empresa confiere toda una serie de facultades vinculadas con la dirección empresarial y orientadas, en cada caso, a la idea de negocio que pretende desarrollarse en el mercado. En consecuencia, su titular deberá ostentar toda una serie de facultades que le permitan decidir cómo desea comportarse en el mercado, por ejemplo, mediante la elección del sector en el que desea competir, de la línea de productos a ofrecer, o del planteamiento estratégico de la propia empresa (vgr. la diversificación de negocio, la penetración de mercado, la entrada en nuevos mercados o, incluso, la apuesta por la internacionalización)<sup>145</sup>.

De igual forma, la libertad de empresa se manifiesta, de una parte, en el otorgamiento de todo un conjunto de facultades de dirección de personal que permitan implantar una política de contratación y retribución más adecuada y ajustada a las necesidades y capacidades de la empresa (vgr. política de contratación, desarrollo personal y promoción, identificación de perfiles necesarios, selección discrecional del personal, imposición de las condiciones de trabajo, selección de la política retributiva); y, de otra, en aquel otro elenco de facultades relacionadas con los recursos e inversiones que el titular está dispuesto a poner a disposición – y riesgo – de su organización (vgr. seleccionar los recursos propios que va a destinar a la actividad empresarial o, llegado el caso, identificar aquellas fuentes de financiación externa que estime imprescindibles).

Y todo ello en el bien entendido sentido de que todas las facultades que, en definitiva, permiten la libre decisión y dirección empresarial, no deben relacionarse tan solo con el momento de acceso al mercado, sino que también

---

<sup>145</sup> NAVAS LÓPEZ, J. E. y GUERRAS MARTÍN, L. A. *Fundamentos de dirección estratégica de la empresa*, ob. cit., págs. 203 y ss.

deben permanecer mientras se desarrolle la actividad empresarial hasta el momento de su finalización.

Ahora bien, interpretar el derecho a la libertad de empresa como aquel derecho que confiere a cada particular un poder concreto e incondicionado para actuar en el mercado por su cuenta y riesgo personal, mediante la creación de una empresa específica y determinada, sería a todas luces una visión equívoca y no respetuosa con lo dispuesto en el propio art. 38 CE. Tal como sucede con los restantes derechos subjetivos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, ya tengan carácter fundamental como si carecen de él, el contenido del derecho a la libertad de empresa también puede someterse a ciertos límites o restricciones provenientes de la potestad normativa de los poderes públicos que, en su caso, podrán restringir el ejercicio del derecho empresarial, siempre que exista un interés público y no se desnaturalice su contenido esencial, de acuerdo con lo dispuesto en otros preceptos constitucionales (arts. 40, 128 y 131 CE); y, que, incluso para sectores muy concretos y en circunstancias particulares, en cuanto exigencia del interés público, podría alcanzar su total exclusión.

Ante la falta de una mínima concreción normativa que sirva para perfilar el contenido mínimo de la libertad de empresa (más allá de dejar entrever que ésta desempeña un papel fundamental e inamovible dentro de nuestro sistema económico), ha correspondido a los órganos jurisdiccionales la determinación del contenido esencial del art. 38 CE, así como de los contornos que deben caracterizar su ejercicio. De hecho, en la práctica, nuestra jurisprudencia más que centrarse en analizar el contenido de este derecho, lo que ha hecho es apostar por señalar todos aquellos aspectos que no pueden enmarcarse dentro de la esfera de su ejercicio<sup>146</sup>.

La libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE no es un derecho absoluto, sino sometido a límites, siendo lícita la **imposición de dichos límites y restricciones por razón de su función social**, los cuales vienen marcados

---

<sup>146</sup> Véase, por todas, la STC núm. 83/1984, de 24 de julio (RTC 1984/83).



por normas de muy distinto orden, estatales y autonómicas<sup>147</sup>. Ello es así, porque dicha libertad de empresa “*no ampara entre sus contenidos -ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes- un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normativas -estatales, autonómicas, locales- que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio*”<sup>148</sup>. Por tanto, el derecho a la libertad de empresa no presenta un contenido inmóvil y permanente, sino que debe ser interpretado de acuerdo con el contexto social en el que se desenvuelve: “*la libertad de empresa, protegida por el artículo 38 de la Constitución, debe tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad*”<sup>149</sup>.

Desde una perspectiva material relativa a las injerencias normativas a las que puede quedar sujeta la actividad empresarial, nuestra más alta jurisprudencia ha reconocido que cualquier regulación, siempre que descansa en la consecución de un interés social o general, constituye, como regla general, un límite tolerable y admisible por el art. 38 CE. Es más, el propio TC no sólo se ha mostrado favorable a aceptar la regulación en la mayoría de los sectores, sino que hasta ha remarcado su connotación positiva hasta el extremo de

---

<sup>147</sup> STC núm. 37/1981, de 16 de noviembre (RTC 1981/37). Similares pronunciamientos son también recogidos en la emblemática STC núm. 83/1984, de 24 de julio (RTC 1984/83); así como en las posteriores STC núm. 152/2003, de 17 de julio (RTC 2003/152); STC núm. 18/2011, de 3 de marzo (RTC 2011/18); STC núm. 135/2012, de 19 de junio (RTC 2012/135); STC núm. 96/2013, de 23 de abril (RTC 2013/96); y STC núm. 86/2017, de 4 de julio (RTC 2017/86). En parecidos términos también se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en las STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1169/2006, de 24 de noviembre (RJ 2007/262); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 9 de marzo de 2015 (RJ 2015/1108); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 999/2015, de 20 de diciembre (RJ 2015/288); ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 9 de marzo de 2018 (RJ 2018/968); o en las más recientes sentencias del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) relativas al impuesto autonómico sobre el daño medioambiental en relación con las actividades empresariales que resulten contaminantes para el medio ambiente: STS núm. 1506/2018, de 16 de octubre (RJ 2018/4637) y STS núm. 1507/2018, de 16 de octubre (RJ 2018/4634).

<sup>148</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/5720).

<sup>149</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1193/2017, de 7 de julio (RJ 2017/3630).

calificarla como aquella herramienta encargada de regular el ejercicio del derecho constitucional consagrado en el art. 38 CE, resultando ser una pieza muy útil para delimitar y precisar el contenido y las facultades que no vienen expresamente indicadas en el precepto constitucional<sup>150</sup>.

A pesar de que todo intento de regulación encaminado a establecer por vez primera o modificar el marco normativo de la actividad podría constituir una afectación del derecho a la libertad de empresa, por cuanto genera la obligación de cumplir con toda una serie de requisitos (con sus costes no sólo económicos sino también organizativos y de pérdida de oportunidad, que los propios empresarios deberán sufragar para poder seguir operando en el mercado); lo cierto es que la doctrina constitucional, pese a la frecuente actividad jurisdiccional de los agentes afectados, en raras ocasiones ha considerado que ello vulnere el núcleo esencial de la libertad de empresa<sup>151</sup>, pues ha estimado, antes al contrario, que constituye una suerte que los operadores económicos deben estar dispuestos a correr por resultar inherente al riesgo empresarial en el que se desenvuelve su actividad (“riesgo regulatorio”)<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> En esta dirección interpretativa, por todas, véanse: STC núm. 225/1993, de 25 de julio (RTC 1993/225); STC núm. 280/2015, de 17 de diciembre (RTC 2015/280); STC núm. 30/2016, de 18 de febrero (RTC 2016/30); y también la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1193/2017, de 7 de julio (RJ 2017/3630).

<sup>151</sup> Algunos de los supuestos que han dado pie a la jurisprudencia a declarar una vulneración directa del art. 38 CE pueden consultarse en las siguientes resoluciones: STC núm. 88/1986, de 1 de julio (RTC 1986/88); STC núm. 109/2003, de 5 de junio (RTC 2003/109); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 31 de enero de 2001 (RJ 2001/1726); y STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1077/2000, de 21 de diciembre (RJCA 2001/445).

<sup>152</sup> Con relativa frecuencia, con el objetivo de combatir cualquier inclusión o cambio normativo que implicase la introducción de nuevas condiciones perjudiciales para las empresas, se ha alegado el respeto de los principios propios de la doctrina administrativa de confianza legítima y de seguridad jurídica en aras a consolidar un entorno empresarial estable. Sin embargo, nuestra jurisprudencia, acertadamente, ha terminado por concluir, en consonancia con los intereses públicos en juego, que no es posible trasladar automáticamente dichos principios, propios de los administrados, al terreno económico. Ello obedece a que no parece lógico justificar que el ejercicio de una actividad empresarial se lleve a cabo en el seno de un entorno inamovible e inalterable, ya que tal contexto, precisamente para ser viable y perdurable a lo largo del tiempo, debe adaptarse a las circunstancias de cada momento. La existencia y salvaguarda de tales principios no puede comportar, en modo alguno, la consolidación de estados favorables para los interesados anulando, *de facto*, toda capacidad de intervención del legislador en aras a adoptar las modificaciones que estime oportunas para el correcto desarrollo y evolución de la economía. En consecuencia, cuando se analiza la libertad de empresa no cabe hablar de conflicto con la seguridad jurídica, pues mientras dicho principio

Acorde con lo señalado por esta doctrina constitucional, la intervención normativa será plenamente compatible con la libertad de empresa siempre que respete su contenido esencial y se fundamente bien en motivos de orden y seguridad públicos (como así sucede con la normativa sobre control de calidad de productos o sobre la composición de los mismos); bien en asegurar la distribución de un bien o la prestación de un servicio en todo el territorio nacional por razones de interés general (supuestos de prestación de servicios básicos tales como telefonía, servicios postales, electricidad o abastecimiento de aguas en los que se imponen ciertas obligaciones y condiciones adicionales de servicio de carácter imperativo); o bien simplemente cuando la normativa cumpla con un estricto fin de ordenación de la actividad (como, por ejemplo, con la fijación de horarios de apertura al público, tipología de establecimientos con unos requisitos mínimos de espacio, ventilación y servicios, limitación de la actividad en función de la clase de establecimiento, supeditación de la actividad a una previa autorización o comunicación administrativa previa, entre otros)<sup>153</sup>.

Si bien la actividad regulatoria, desde un plano estrictamente teórico, constituye un elemento intrusivo y ajeno que interfiere, cuando no distorsiona, en el propio funcionamiento del mercado (bien puede actuar como una nueva barrera de entrada y desalentar el acceso de posibles sujetos interesados, o bien puede producir la desaparición de aquellos operadores que estando en el mercado carecen de la capacidad financiera suficiente con la que hacer frente a los requisitos exigidos); lo cierto es que tal afectación de las libertades individuales

---

hace referencia a decisiones imprevisibles y sorpresivas de la Administración, causando un perjuicio a los particulares y sometiéndoles, por extensión, a un estado de incertidumbre; en el caso de la actividad empresarial, los cambios del entorno provienen de una demanda generada por el propio mercado. Como bien ha señalado la STC núm. 30/2016, de 18 de febrero (RTC 2016/30): *“el ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica, no puede sino comportar que los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado y en un determinado sector de la actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con los cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general”*.

<sup>153</sup> En términos muy esclarecedores y respecto a la ordenación de la actividad comercial, véase, por todas, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/5720).

no tiene relevancia jurídica suficiente cuando sea individualizable en el tiempo, persiga la tutela de un interés superior, y presente una mínima entidad<sup>154</sup>.

Resultará apreciable el elemento de la mínima afectación cuando los operadores económicos tengan la posibilidad de subsanar el coste sufrido, es decir, no se vean privados de su capacidad de resarcimiento<sup>155</sup>. Una vez adecuados todos los elementos de su actividad empresarial a la normativa, el esfuerzo financiero podrá verse compensado por los rendimientos económicos de su actividad empresarial. Por lo tanto, la capacidad de resarcimiento, que en última instancia no dejar ser un fiel reflejo de la capacidad de supervivencia que acompaña a las empresas más fuertes y dotadas de una mejor posición competitiva, quedará determinado por criterios estrictamente de mercado, teniendo en todo momento los operadores afectados la posibilidad de lucrarse y resarcirse de los costes que las reformas normativas les hayan generado.

De este modo, pese a la intromisión de la normativa como cuerpo extraño a la mecánica del mercado, ello no impide que éste vuelva a equilibrarse en su propio ecosistema porque, de nuevo, el factor último de decisión que determinará la capacidad de afrontar o no tal impedimento normativo se

---

<sup>154</sup> No obstante, la intervención de la Administración, generalmente de carácter autonómico y local, sí ha generado un mayor grado de controversia en aquellos ámbitos en los que los poderes públicos, motivados por razones no estrictamente económicas, han mostrado su preocupación por establecer una regulación específica de la actividad profesional. Así ha sucedido con las restricciones administrativas impuestas a aquellos sectores que parecen no estar alienados con los objetivos públicos generales (tal es el caso de actividades que incidan negativamente en el ámbito de la salud o causen un impacto medioambiental negativo), así como la fijación de determinadas exigencias lingüísticas para el ejercicio del comercio. Estos aspectos no han resultado ajenos a la controversia jurídica y, de hecho, han sido objeto de debate tanto en el seno del TS como del TC, quienes, en líneas generales, han venido admitiendo tales restricciones por razones de interés general, como así ha sucedido respecto al impuesto sobre el daño medioambiental para determinadas actividades económicas [vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) núm. 1506/2018, de 16 de octubre (RJ 2018/4637)], así como en materia de política lingüística [vid. STC núm. 88/2017, de 4 de julio (RTC 2017/88) y STC núm. 7/2018, de 25 de enero (RTC 2018/7)].

<sup>155</sup> Un estudio detallado acerca de los casos más destacados que ha conocido nuestra jurisprudencia respecto a un posible encaje del principio de confianza legítima ante las modificaciones normativas, puede consultarse en BACHES OPI, S. “*La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Derecho de Defensa de la Competencia desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007*”, en la obra, dirigida por el mismo autor *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: balance de su aplicación*, ob. cit., págs. 79-84.

fundamentará en motivos económicos y de resistencia financiera<sup>156</sup>. Asimismo, deberá tenerse en consideración, para estos casos, el carácter objetivo de la afectación, pues siempre que el legislador introduzca medidas de carácter general, éstas abarcarán a todos los agentes económicos que operen en un sector concreto del mercado y reúnan las mismas condiciones sin hacer ninguna otra diferenciación<sup>157</sup>.

<sup>156</sup> Un claro y reciente caso sobre este particular se ubica dentro del sector de las energías renovables. En líneas generales la cuestión es extensamente abordada por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1193/2017, de 7 de julio (RJ 2017/3630), en la que nuestro máximo órgano jurisdiccional ordinario entra a resolver un recurso contencioso-administrativo planteado por diversas empresas energéticas del sector de la energía renovable – concretamente fotovoltaica –, por medio del cual solicitaban la declaración de nulidad de los preceptos contenidos en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, así como de la Orden Ministerial que lo desarrolla (Orden IET/1344/2015, de 2 de julio), relativos a la introducción de importantes modificaciones de las instalaciones técnicas de estos centros y de los criterios de retribución de sus servicios. En concreto, los argumentos bajo los que solicitaban la declaración de nulidad pueden reconducirse a la generación de un perjuicio económico en la medida que el hacer frente a las nuevas modificaciones en sus instalaciones les suponía un coste de inversión que, además, se veía todavía incrementado a causa de la modificación de los parámetros de retribución (menor rentabilidad). Los recurrentes alegaron la vulneración del principio de rentabilidad razonable, como fin inherente a toda actividad económica, ya que la imposición de los nuevos criterios retributivos les impedía alcanzar un nivel asequible de rentabilidad. A su vez, también manifestaron una vulneración directa a su derecho particular de libertad de empresa en la medida que, a causa de los dos gravámenes anteriores, se habían visto privados de competir en condiciones de igualdad con el resto de tecnologías energéticas. En cuanto a la resolución del recurso, el TS pese a examinar exhaustivamente los nuevos criterios económicos y reconocer que la entrada en vigor del RD 413/2014, de 6 de junio, ha comportado una modificación sustancial de las condiciones económicas; es lo cierto que termina por desestimar el recurso al no considerar que la norma legal suponga un ataque directo y discriminado a la libertad de empresa de los recurrentes. Varios son los motivos que conducen a la desestimación del recurso: en primer lugar, el TS no considera que la imposición de los nuevos criterios constituya una grave afectación a la actividad empresarial, pues los agentes económicos conservan intacta la capacidad de reintegración económica a través del ejercicio de su propia actividad (como se indica en el FJ 8º de la sentencia de referencia: *"las medidas adoptadas por el legislador de urgencia, aunque supongan una reducción de la retribución no impiden ni obstaculizan el ejercicio de la actividad empresarial en este sector de las energías renovables, ni ponen en riesgo las inversiones realizadas, ya que la aplicación del nuevo sistema retributivo les asegura la obtención de una rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida útil regulatoria"*); y en segundo lugar, los recurrentes incurren en una lectura errónea, hasta cierto punto paternalista, de la libertad de empresa, puesto que *"desde una perspectiva material, debe significarse que la libertad de empresa no garantiza el mantenimiento de las políticas de fomento de las que puede ser beneficiario un determinado sector económico con el objeto de promover su desarrollo, que puede tener efectos distorsionantes de la actividad empresarial de otros sectores productivos vulnerando las reglas de la competencia"*.

<sup>157</sup> Sobre el asunto referente a los cambios introducidos en el sector de la energía fotovoltaica por el RD 413/2014, de 6 de junio, también se ha pronunciado el TC en su STC núm. 270/2015, de 17 de diciembre (RTC 2015/270) en relación con la naturaleza del instrumento legislativo empleado en el caso concreto. Sin embargo, nuestro máximo intérprete constitucional no ha apreciado vulneración alguna en la medida que no se está frente a una normativa arbitraria e individualizada, pues su ámbito objetivo de aplicación viene dado por las características particulares del sector que justifican una regulación específica sobre la materia. En este sentido, advierte el TC que *"la modificación del régimen jurídico de las energías renovables no*

De otra parte, las alegaciones manifestadas por los agentes económicos respecto a posibles conculcaciones a su derecho de libertad de empresa por el hecho de que la intervención normativa no respete las garantías formales derivadas del art. 53.1 CE (reserva de ley), tampoco se han visto acompañadas de una gran tasa de éxito en sede judicial, pues nuestra jurisprudencia se ha posicionado, siguiendo su línea clásica y consolidada, por entender que, en relación con los derechos constitucionalizados carentes de carácter fundamental, la interpretación de la “reserva de ley” debe hacerse de forma extensiva, admitiendo el uso por parte del legislador de cualquier otro instrumento normativo con rango de ley formal<sup>158</sup>.

Llegados a este punto de la exposición, para concluir el análisis de la competencia como valor generador de derechos subjetivos, únicamente queda determinar el **ámbito subjetivo que despliega tal libertad económica dentro**

---

*constituye una medida aislada sino que se integra en un conjunto sistemático de decisiones legislativas adoptadas con carácter urgente, que han ido dirigidas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico en su conjunto”, motivo por el cual “la modificación del régimen jurídico de las energías renovables no constituye una medida aislada, sino que se integra en un conjunto sistemático de decisiones legislativas adoptadas con carácter urgente, que han ido dirigidas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico en su conjunto”.*

<sup>158</sup> La interpretación extensiva de la “reserva de ley formal” dispuesta en el art. 53.1 CE constituye un pronunciamiento plenamente consolidado por la jurisprudencia del TC. Respecto a nuestro campo de estudio pueden destacarse las siguientes resoluciones: STC núm. 83/1984, de 24 de julio (RTC 1984/83); STC núm. 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000/292); STC núm. 112/2006, de 5 de abril (RTC 2006/112); y más recientemente, con un extenso grado de detalle, la STC núm. 30/2016, de 18 de febrero (RTC 2016/30), dictada con ocasión de un recurso de inconstitucionalidad contra los preceptos del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, relativos a la modificación del régimen retributivo aplicable en el sector de la energía fotovoltaica. En particular, los recurrentes señalaban que, además de vulnerar el principio general de irretroactividad de las normas perjudiciales (art. 9.3 CE), el RD 413/2014, de 6 de junio, infringía el principio de reserva de ley contenido en el art. 53.1 CE y exigido en caso de regulación de los derechos fundamentales. La infracción de tal garantía formal suponía, según lo alegado por los recurrentes, una vulneración del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), toda vez que las políticas retributivas constituyen un elemento esencial para cualquier actividad económica. De tal modo que el poder ejecutivo, mediante el uso del real decreto, acababa por regular un aspecto relativo al contenido esencial del art. 38 CE. En relación con la segunda alegación de los recurrentes, el TC, en su F.J. 6º, no aprecia ninguna infracción de carácter formal, puntualizando que “*el hecho de que la regulación del régimen retributivo de estas instalaciones pueda incidir en las condiciones de ejercicio de la actividad empresarial, no implica necesariamente que se produzca una afectación a la libertad de empresa que haya de ser considerada contraria a la Constitución, en la medida que la exigencia de reserva de ley no debe ser interpretada en un sentido estricto del término, sino que en ella también encuentra cabida la posibilidad de empleo de reales decretos por cuando son normas con rango formal de ley*”. Asimismo, el TC también considera respetuoso con la garantía formal del art. 38 CE el empleo de una Orden Ministerial porque, como puntualiza en la sentencia, es en el Real Decreto donde se contemplan los elementos esenciales de las políticas retributivas, remitiendo a la Orden Ministerial meras concreciones de sus preceptos.

**de nuestro ordenamiento jurídico.** Resulta apreciable con una simple lectura que el art. 38 CE hace uso de una terminología impersonal. Al emplear el precepto la fórmula verbal reflexiva “se reconoce”, nada indica respecto a aquellos sujetos que puedan ser titulares de este derecho empresarial. Por ello, no existe ningún impedimento para afirmar que pueden ser titulares del derecho a la libertad de empresa todas las personas que ostentan la nacionalidad española, siempre y cuando cumplan con los requisitos generales de capacidad establecidos con carácter general en la normativa correspondiente<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Las reglas generales relativas a la capacidad de obrar necesaria para el ejercicio del comercio se encuentran recogidas, para los empresarios personas físicas, en los arts. 4 y 5 del Código de Comercio (junto con la normativa genérica prevista en los arts. 322 y ss. del Código Civil), mientras que para las personas jurídicas deberá acudir a la normativa encargada de regular cada una de las tipologías sociales en las que pueden constituirse. Además de poder establecer, con carácter general, limitaciones objetivas al contenido del art. 38 CE – como consecuencia de la actividad normativa del legislador y de la intervención de los poderes públicos –, también existen otros límites de carácter subjetivo que pueden restringir o impedir el ejercicio individual de la libertad de empresa. Las prohibiciones y limitaciones por razón del sujeto que desea desarrollar la actividad comercial encuentran su fundamento en el estado psíquico-mental del sujeto que desempeña la actividad o bien se fundamentan en la apreciación de estrictas razones de interés público. Entre otros supuestos, pueden encontrarse los casos de personas con personalidad modificada judicialmente, en los que según su grado de afectación y si ésta es sobrevenida o no al desempeño de una actividad empresarial, el ejercicio del comercio podría quedar restringido mediante el uso de instituciones civiles dirigidas a complementar o bien suplir la capacidad de operar de la persona afectada, de acuerdo con los arts. 199 y ss. del Código Civil. Otra situación conducente a un supuesto de limitación individual del art. 38 CE tiene también lugar mediante el dictado de sentencia penal firme donde el órgano jurisdiccional estimase conveniente, por razones de seguridad pública y en relación con los hechos delictivos, la adopción de alguna de las medidas contempladas en el Código Penal. Debe destacarse que, si bien las medidas relacionadas con una posible falta o limitación de la capacidad de obrar son propias y exclusivas de las personas físicas, las limitaciones subjetivas del art. 38 CE, derivadas de una sentencia penal firme, resultarán extensibles tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas. De hecho, el Código Penal, en su art. 33.7 en relación con el art. 129, contempla toda una serie de penas aplicables a las personas jurídicas que comporta la limitación de importantes facultades empresariales que integran el art. 38 CE. De menor a mayor grado se encuentran las siguientes medidas punitivas: la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, así como para contratar con determinados organismos públicos; la intervención judicial en la administración de la empresa a fin de proteger los derechos de los trabajadores o acreedores; la clausura provisional por un período no superior a cinco años de locales o establecimientos; la prohibición, temporal o definitiva, de realizar determinadas actividades comerciales en un futuro (siempre que mantengan una relación con la comisión de los hechos delictivos); la suspensión temporal de actividades por un plazo máximo de cinco años; y en último lugar, la disolución definitiva de la persona jurídica. Sobre las responsabilidades civiles y empresariales en las que pudiere incurrir la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal, véanse, entre otros, desde una perspectiva penal y procesal penal: BANACLOCHE PALAO, J. “*Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: libro homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs. 13 y ss.; CADENA SERRANO, F. A. *La reforma de la parte general del Derecho Penal en la Ley 5/2010*, en *Jueces para la democracia*, núm. 70, 2011, págs. 30 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*, en *La Ley Penal*, núm. 40, 2007, págs. 5 y

Tampoco parece ser una cuestión merecedora de debate la extensión del art. 38 CE al resto de personas -tanto físicas como jurídicas- que ostenten la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea. De acuerdo con los principios de primacía y efectividad que rigen en el Derecho comunitario y, en última instancia, con el objetivo final de la UE en materia económica (establecimiento de un espacio que permita la creación y consolidación de un mercado único), no existe ningún argumento de peso que impida que cualquier ciudadano comunitario inicie su aventura empresarial en otro mercado nacional (más allá, por supuesto, de cumplir con los requisitos exigidos por la normativa estatal, autonómica y municipal a sus nacionales, tanto de carácter general como en función del sector de la actividad).

Sin embargo, la falta de concreción subjetiva en la que incurre la redacción del art. 38 CE se dibuja con mayor polémica respecto a los sujetos que ostentan alguna nacionalidad de terceros países de la Unión Europea. A día de hoy, nuestro máximo intérprete constitucional no se ha pronunciado específicamente sobre el alcance del art. 38 CE en relación a los ciudadanos con nacionalidad extracomunitaria. Ante esta situación, la solución ha de pasar por una interpretación analógica de la doctrina jurisprudencial que nuestro Tribunal Constitucional ha ido estableciendo respecto a la delimitación de algunos de los derechos previstos en la CE (como así ha sucedido con el derecho a la salud, el derecho de igualdad, el derecho a la educación, o incluso el derecho de huelga y sindicación laboral); y tomando como punto de partida lo dispuesto en el art. 13.1 CE *“los extranjeros gozarán en España de las*

---

ss.; FUENTE HONRUBIA, F. *“Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”*, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (dirigidos por Álvarez García y González Cussac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 163-168; GALÁN MUÑOZ, A. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; GASCÓN INCHAUSTI, F. *“Las medidas cautelares en los procesos penales frente a personas jurídicas”*, en *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas* (coordinado por Juanes Peces), Francis Lefebvre, Madrid, 2015, págs. 2800 y ss.; PÉREZ CRUZ, A. J. y NEIRA PENA, A. *Proceso penal y responsabilidad de personas jurídicas*, Thomson Reuters, Madrid, 2017; VEGAS TORRES, J. *“La persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal”*, en *Derecho y Proceso: Liber Amicorum al Prof. Dr. Francisco Ramos Méndez*, vol. III, Atelier, Barcelona, 2018, págs. 2519 y ss.



*libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*<sup>160</sup>.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre los derechos previstos en la Constitución (tanto los de naturaleza fundamental, como los de mero reconocimiento constitucional – entre los que se encuentra el art. 38 CE -), nuestro TC ha interpretado el art. 13.1 CE haciendo uso de una construcción jurídica atendiendo al grado y cercanía que presentan los diversos derechos subjetivos con la dignidad de la persona (especialmente apreciable, a título de ejemplo, en la STC núm. 107/1984 de 23 de diciembre)<sup>161</sup>. De tal modo se ha establecido una triple categoría de derechos subjetivos: aquellos que aparecen estrechamente ligados al principio de igualdad; una segunda categoría de derechos, referidos a diferentes libertades que mueven a los ciudadanos en las diversas esferas de su vida (tanto entre particulares como en relación con los poderes públicos) y cuyo contenido dependerá del régimen configurado por el legislador; y en último lugar, aquellos otros que aparecen ligados a la nacionalidad<sup>162</sup>.

Al hilo de esta clasificación nuestro TC concluye, de un lado, que únicamente constituirían verdaderos derechos fundamentales, innegables a cualquier individuo debido a su condición de persona, aquellos que constituyeran ser manifestaciones directas del derecho a la vida; y, de otro, que el resto de derechos, pese a su relevancia y reconocimiento constitucional, es lo cierto que pueden ser objeto de delimitación en función del estatus administrativo de los

<sup>160</sup> AJA FERNÁNDEZ, E. *Inmigración y democracia*, Alianza, Madrid, 2012, págs. 314 y ss.

<sup>161</sup> STC núm. 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984/107). Esta diferenciación entre los diversos derechos constitucionales constituye una línea jurisprudencial consolidada por el TS, también apreciable, entre otras, en sus STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 21 de julio de 1995 (RJ 1995/5948); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 4 de marzo de 1996 (RJ 1996/2169); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 28 de mayo de 1996 (RJ 1996/4651); y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 18 de marzo de 1998 (RJ 1998/2826); así como por los diferentes TSJ de las CCAA, entre otras resoluciones, sirvan de ejemplo: la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) núm. 445/2003, de 20 de marzo (RJCA 2004/140); la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) núm. 877/2005, de 6 de julio (RJCA 2005/867); o la STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) núm. 1475/2008, de 23 de junio (JUR 2009/43842).

<sup>162</sup> AJA FERNÁNDEZ, E. *Inmigración y democracia*, *ob. cit.*, pág. 315.

ciudadanos, pudiendo incluso ser limitados a aquellas personas que se hallasen en situación irregular. Siendo esto así, bien puede afirmarse que el derecho a la libertad de empresa, como manifestación de la libertad individual de las personas en el tráfico económico, carece de esa estrecha y especial vinculación con el núcleo más directo de la dignidad y vida humana.

Por consiguiente, el art. 38 CE solo confiere un derecho subjetivo de naturaleza económica a los ciudadanos extracomunitarios que se hallen en situación regular en el territorio español. El ejercicio del art. 38 CE por parte de ciudadanos extracomunitarios puede, a su vez, resultar afectado, como así sucede, por importantes límites a su contenido y facultades derivados de la exigencia de determinar previamente el sector de actividad como de restringir la actividad empresarial a un territorio no superior al de una Comunidad Autónoma. Asimismo, la titularidad del derecho a la libertad de empresa a favor de ciudadanos extracomunitarios también puede quedar a expensas del cumplimiento de toda una serie de requisitos adicionales a los exigibles al resto de ciudadanos, tanto nacionales como comunitarios, que aparecen específicamente contemplados en la normativa de extranjería<sup>163</sup>.

---

<sup>163</sup> Esta misma conclusión es, en cierto modo, recogida por el legislador si se atiende conjuntamente a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como a su reglamento de desarrollo (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). Concretamente, en los arts. 36 y 37 LODLE (complementados con los arts. 62 a 68 del Reglamento) se exige, para los supuestos de trabajo por cuenta propia, toda una serie de requisitos adicionales que plantean serios obstáculos, ni siquiera de índole burocrática, para el ejercicio de la actividad empresarial en España. Todas estas exigencias, con carácter general, pueden reconducirse a las siguientes: ausencia de antecedentes penales del solicitante en los últimos cinco años; concreción del sector de actividad y desarrollo de la actividad en una extensión máxima equivalente al territorio de una Comunidad Autónoma; y solicitud de una autorización administrativa previa, cuya concesión, por otra parte, únicamente podrá tener lugar si se acreditan, entre otros requisitos, la existencia de un nivel de inversión que garantice el desarrollo de la actividad mercantil, la previsión de la creación hipotética de empleo derivada de la actividad, así como la acreditación de tener el solicitante recursos suficientes para, además de poner en marcha la actividad empresarial, garantizar su propio mantenimiento y alojamiento, de acuerdo con los indicadores establecidos en el art. 54 del Reglamento de desarrollo.

### I.3.4.- La dimensión social de la competencia

Atendiendo a la perspectiva constitucional también cabe analizar la llamada dimensión social de la competencia en cuanto valor de trascendencia supraindividual. Llegados a este punto, es palpable que la competencia constituye la pieza clave de toda la arquitectura de nuestro sistema constitucional en materia económica. Asimismo, del propio valor de la competencia surge la base que sirve de sustento para promover la iniciativa privada y de la que, a su vez, emana todo un conjunto de derechos subjetivos a favor de aquellos agentes económicos que deciden participar en el tráfico mercantil, en cuyo caso adquieren diversas facultades con las que poder sortear las diferentes circunstancias del mercado y asegurar su éxito empresarial<sup>164</sup>. Sin embargo, hasta lo aquí expuesto tan sólo se ofrecería una visión parcial de esta institución si no se tuviera en cuenta que la competencia económica, además, constituye el eje vertebrador y medio indispensable con el que alcanzar los diferentes objetivos e intereses generales que el propio sistema económico<sup>165</sup>, acompañado del impulso seguido por las diferentes políticas públicas, pretende conseguir (esto es, la relevancia social de la competencia)<sup>166</sup>.

La competencia, prevista como pilar fundamental del sistema económico y como “fuente” generadora de derechos subjetivos, constituye un medio esencial con el que poder facilitar la consecución de toda una serie de intereses socioeconómicos que aparecen en el propio mercado<sup>167</sup>. Una visión “finalista” de la competencia, por tanto, solo puede tener lugar a través de un

---

<sup>164</sup> LARA FERREIRO, J. F. “Defensa de la competencia leal en el Derecho español y comunitario”, en *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, ob. cit., págs. 297-299.

<sup>165</sup> AREEDA, P. “Introduction to antitrust economics”, en *Antitrust policy in transition: the convergence of law and economics*, ob. cit., págs. 51-54; FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., págs. 472-473.

<sup>166</sup> FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 168; ORTIZ BLANCO, L. *EC Competition Procedure*, Oxford, New York, 2006, págs. 4-5.

<sup>167</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., págs. 479-480.

enfoque transversal e integrador de todos los intereses que confluyen dentro del sistema económico<sup>168</sup>. De hecho, la libertad de empresa y la economía de mercado quedan supeditadas a la consecución del interés público y de la función social, como así bien se deduce de los arts. 128 y 131 de la CE.

Sin embargo, este razonamiento encubría, hasta hace pocos días, uno de los debates que todavía parecían estar abiertos en materia de competencia, y cuyo punto de mira recaía en determinar aquellos objetivos que merecían ser amparados por su normativa reguladora<sup>169</sup>. Ello es así, porque el enfrentamiento doctrinal existente en aras a concretar las finalidades que toda norma *antitrust* debiera perseguir, guarda una estrecha relación con la diversidad de efectos y de implicaciones que el propio fenómeno de la competencia produce en las diferentes áreas de la vida política, social y, como no, económica<sup>170</sup>.

No han sido pocas las voces que, bajo la influencia de los clásicos **postulados de la Escuela de Chicago**, abogaron por orientar los sistemas protectores de la competencia hacia la consecución de un único objetivo de carácter económico: la eficiencia<sup>171</sup>. Esta visión unidireccional del Derecho de la Competencia, que ha tenido una especial cabida en el continente americano, no excluye la existencia de otros valores también positivos para la sociedad y para el propio sistema económico, pero siempre reconducidos hacia la persecución general de la eficiencia económica<sup>172</sup>. Para esta corriente

---

<sup>168</sup> BARRE, R. *Economía política, ob. cit.*, págs. 165-166.

<sup>169</sup> SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence, ob. cit.*, págs. 234 y ss.

<sup>170</sup> HERRERO SUÁREZ, C. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia, ob. cit.*, págs. 39-52.

<sup>171</sup> Tales pronunciamientos aparecen recogidos por DÍEZ ESTELLA, F. *Los objetivos del Derecho antitrust*, en Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, núm. 224, 2003, págs. 32-52; y por OLAECHEA, J. A. *El surgimiento del Derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas (Primera parte)*, en Themis: Revista de Derecho, núm. 11, 1988, págs. 41-44.

<sup>172</sup> SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence, ob. cit.*, pág. 244; ZURIMENDI ISLA, A. *¿Necesitamos otro derecho de la competencia?*, en Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución, núm. 26, 2020, págs. 4-5.

economicista de la competencia, la eficiencia económica queda convertida en el único objetivo a tutelar por el ordenamiento jurídico, ya que de velar por la eficiencia económica, indirectamente, también se refuerza toda una pluralidad de aspectos de notable importancia social (algunos de ellos de carácter económico como la disminución de los precios, la redistribución de recursos o la diversidad de productos; y otros con una trascendencia social más directa, como la redistribución de la riqueza y la maximización del bienestar del consumidor)<sup>173</sup>.

Esta visión economicista del Derecho de la Competencia no excluye la generación ni el reconocimiento de ciertos principios sociales, pero sí, por el contrario, los supedita al cumplimiento de un único objetivo económico (la eficiencia económica), pues esos mismos efectos sociales no dejan de ser concebidos como consecuencias favorables que derivan de un mercado sano y equilibrado, es decir, de un mercado con un funcionamiento eficiente<sup>174</sup>.

De esta concepción economicista es posible extraer dos consecuencias que adquieren relevancia jurídica: la primera, que en caso de optar la regulación *antitrust* tan solo por la búsqueda de la eficiencia, el ilícito concurrencial encontraría como único respaldo legítimo el atentado a los principios esenciales del sistema económico en sí mismo considerado; y la segunda, servir de advertencia acerca del riesgo que puede llegar a suponer el hecho de que un sistema protector de la competencia optara por salvaguardar valores más ligados a sujetos en posiciones frágiles de mercado (vgr. pequeñas empresas y consumidores), pues bajo la abstracta protección de un valor no económico que condujera a una posible redistribución de fuerzas económicas, bien pudiera encubrirse, finalmente, el blindaje de intereses particulares,

---

<sup>173</sup> NAVAS LÓPEZ, J. E. y GUERRAS MARTÍN, L. A. *Fundamentos de dirección estratégica de la empresa*, ob. cit., pág. 158; PARDO NÚÑEZ, C. “Los daños del Cártel: un caso de solidaridad impropia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 33-34; WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, Oxford, ob. cit., págs. 4-10.

<sup>174</sup> ZURIMENDI ISLA, A. *¿Necesitamos otro derecho de la competencia?*, ob. cit., pág. 6.

afectando a la eficiencia y distorsionando, en último lugar, el proceso competitivo<sup>175</sup>.

Con todo, la sola preocupación por alcanzar los objetivos económicos no ha sido ni es compartida por la totalidad de la doctrina especializada. Tan es así, que incluso en el propio entorno estadounidense tal postura se ha reconducido, levemente, a la contemplación de otros objetivos sociales<sup>176</sup>. En este sentido, ha merecido también una especial importancia la toma en consideración de la defensa de diferentes objetivos no económicos, cuyo máximo referente aparece reflejado en los **postulados de la Escuela de Harvard**; y que actualmente conforman las bases más elementales del sistema competencial comunitario<sup>177</sup>.

Esta corriente puso de manifiesto la necesidad de proteger por parte del Derecho de la Competencia toda una serie de valores que, pese a presentar una naturaleza social o extraeconómica, aparecen igualmente vinculados al funcionamiento del mercado<sup>178</sup>, en la medida en que afectan, de uno u otro

---

<sup>175</sup> Como apunta DÍEZ ESTELLA, F. *Los objetivos del Derecho antitrust*, ob. cit., págs. 32-52, una de las principales causas que condujeron a la defensa unánime de los postulados economicistas de la competencia encuentra su origen a mediados de los años treinta en el continente americano, donde un exceso de preocupación, y con él, de medidas legislativas encaminadas a mantener unos adecuados niveles de competencia y a disuadir toda práctica cartelista, acabó por dar pie a que los pequeños empresarios, respaldándose tras instrumentos legales, promovieran un conjunto de medidas dirigidas a limitar, bajo un claro tinte proteccionista, las concentraciones de poder de los grandes grupos empresariales y a blindar, con un mínimo de seguridad, al pequeño comercio.

<sup>176</sup> De hecho como señala WILS, W. P. *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, en *World Competition*, vol. 26, núm. 3, 2003, pág. 480, es posible apreciar una cada vez más clara influencia americana en el sistema protector de la competencia europeo (así acontece con la potenciación de la iniciativa privada o con el tratamiento de los efectos colaterales de la vulneración de la competencia), pero también, paradójicamente, es posible advertir la misma tendencia de forma inversa (el sistema clásico estadounidense cada vez muestra una mayor preocupación por los daños que causan este tipo de infracciones y los efectos perjudiciales que trascienden de la estructura puramente económica del mercado). En un sentido casi idéntico, CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and Antitrust law*, Little Brown, Boston, 1988, 2ª ed., págs. 7-15; HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, West Publishing Co., Minnesota, 1985, págs. 40 y ss.; WILLIAMSON, O. E. *Antitrust economics*, ob. cit., págs. 320 y ss.

<sup>177</sup> SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, ob. cit., págs. 242-244.

<sup>178</sup> JENKINS, H. y YEMAIL OXERA, B. *"Economics at the heart of competition policy"*, en *Introduction to EU Competition Law*, ob. cit., págs. 20-23.

modo, a los agentes que en él intervienen (así sucede con la protección del consumidor, la defensa de las libertades empresariales, la preocupación por la distribución equitativa del bienestar, o la inserción social de colectivos en riesgo de vulnerabilidad)<sup>179</sup>.

Por lo que respecta a nuestro sistema protector de la competencia, parece haberse superado la visión parcial entre la búsqueda de la eficiencia económica y la indiferencia de los restantes objetivos sociales, puesto que existe un consenso general, desde las fuentes doctrinales y jurisprudenciales, en otorgar al Derecho de la competencia la protección del conjunto de los derechos subjetivos y del bienestar social, pues no debe obviarse que el Derecho de la Competencia resulta portador de un innegable interés público<sup>180</sup>.

Ahora bien, la naturaleza pública que corresponde, en parte, a esta disciplina, no debiera quedar condicionada por la naturaleza o procedencia de la autoridad u órgano encargado de su aplicación (como en ciertas ocasiones parece haberse puesto en tela de juicio ante las actuales tendencias legislativas que propugnan una modernización y descentralización, cuando no mal llamada “privatización”, de la aplicación de las normas de competencia)<sup>181</sup>. En cualquier caso, el carácter público del Derecho de la Competencia queda determinado por razón de la naturaleza de los intereses que le corresponde tutelar. No obstante, la potenciación de unos u otros intereses serán los que

---

<sup>179</sup> HERRERO SUÁREZ, C. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 105-114; OLAECHEA, J. A. *El surgimiento Del derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas (Primera parte)*, ob. cit., págs. 40-45.

<sup>180</sup> En esta línea de posicionamiento se pronuncian BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *La formación del Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 79-81; BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 165 y ss.; FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 121-128; GARRIGUES, J. *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, ob. cit., pág. 35; SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, ob. cit., pág. 244.

<sup>181</sup> CREUS, A. “La aplicación judicial”, en *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea* (dirigido por Santiago Martínez y Petitbò i Juan), Marcial Pons, Barcelona, 2005, págs. 87-88; SANCHO GARGALLO, I. “El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 107.

realmente acaben por condicionar la posterior estructura que permitirá la aplicación de las normas de la competencia<sup>182</sup>. El entramado de tensiones y choques dentro de los diferentes mecanismos que componen cada sistema acabará siendo resuelto en atención al interés principal sobre el que se ha articulado (ya sea estableciendo un punto óptimo de disuasión capaz de reducir el riesgo de ataque al espacio económico o bien, priorizando la protección de las víctimas, la redistribución de la riqueza, la consecución de la equidad, y en última instancia, el acceso a un debido proceso)<sup>183</sup>.

Si bien la actividad económica, hasta lo aquí expuesto, tiene lugar haciendo uso de recursos limitados, lo que exige que su uso y destino deba organizarse de acuerdo con criterios objetivos y razonables que conducen, en último lugar, a la eficiencia económica<sup>184</sup> y a la redistribución de riqueza<sup>185</sup>; lo cierto es que dicha conclusión no debe conducirnos a afirmar que la eficiencia económica constituye el único objetivo que merece ser protegido por el Derecho de la Competencia<sup>186</sup>. Tan es así, que nuestro modelo constitucional no contempla el fenómeno de la competencia como un fin en sí mismo considerado y como objetivo último a alcanzar por el sistema económico<sup>187</sup>, sino que dicha institución, a causa de los efectos que su propia instauración conlleva, es también considerada, por extensión, como un medio idóneo con el que poder alcanzar la realización de otros intereses supraindividuales de claro reconocimiento constitucional<sup>188</sup>.

---

<sup>182</sup> BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, *ob. cit.*, págs. 11 y ss.

<sup>183</sup> LANDES, W. *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 50, núm. 2, 1983, págs. 652-653.

<sup>184</sup> JENKINS, H. y YEMAIL OXERA, B. “*Economics at the heart of competition policy*”, en *Introduction to EU Competition Law*, *ob. cit.*, págs. 23-24.

<sup>185</sup> STIGLITZ, J. E. *La economía del sector público*, *ob. cit.*, págs. 74-78.

<sup>186</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, *ob. cit.*, págs. 469 y ss.

<sup>187</sup> FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, *ob. cit.*, pág. 180.

<sup>188</sup> SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, *ob. cit.*, págs. 73-80.



Esta tercera perspectiva de la competencia, identificada por una parte de la doctrina como “**la funcionalización de la competencia**”<sup>189</sup>, permite inferir que ésta, como valor normativo superior de nuestro sistema, no solo se presenta como un elemento generador de importantes efectos económicos intra-mercado, sino que, además, también presenta destacadas repercusiones para la comunidad social<sup>190</sup>. La competencia, como valor de trascendencia y función social, permite justificar la configuración de todo el entramado estructural del sistema económico y, en paralelo, reforzar todavía más el desarrollo de los diversos derechos económicos de los agentes que lo conforman, pues éstos últimos no sólo deberán respetar la competencia económica, sino que además resultan igualmente obligados a coadyuvar a su preservación<sup>191</sup>.

Los sistemas económicos que propugnan la libre competencia como valor esencial de los mecanismos internos por los que se rige el mercado tienen siempre presente los efectos de carácter supraindividual que este fenómeno comporta<sup>192</sup>. Parece correcto el empleo del término supraindividual, el cual hace referencia a la competencia, entendida como un valor de trascendencia social<sup>193</sup>, porque la misma no sólo genera repercusiones positivas que inciden directamente en el sistema, sino que, atendiendo a su naturaleza de deber, también extiende sus efectos hacia los individuos que en él participan<sup>194</sup>.

La competencia incide positivamente en los operadores económicos, pues aunque es cierto que el proceso competitivo les genera un consumo continuo

---

<sup>189</sup> FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 148.

<sup>190</sup> ZURIMENDI ISLA, A. *¿Necesitamos otro derecho de la competencia?*, ob. cit., págs. 9-10.

<sup>191</sup> SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, ob. cit., págs. 75-76.

<sup>192</sup> AREEDA, P. “*Introduction to antitrust economics*”, en *Antitrust policy in transition: the convergence of law and economics*, ob. cit., págs. 51-54.

<sup>193</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., pág. 463.

<sup>194</sup> ORTIZ BLANCO, L. *et alii*, *Manual de Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 33-36.

de recursos y requiere fuentes de inversión con tal de seguir “en la carrera” de la competición<sup>195</sup>, con su consiguiente asunción del riesgo empresarial; no lo es menos que también les reconduce, a términos objetivos, hacia condiciones de supervivencia y de éxito<sup>196</sup> (conocimiento de las reglas de juego, de los factores de los que dependerá su trayectoria, y de las fuentes en las que reside su propio mantenimiento)<sup>197</sup>.

Junto con lo anterior, la competencia también implica efectos positivos en orden a los consumidores, toda vez que éstos no solo ven cubiertas sus necesidades, sino que también ven incrementadas, dado su poder de elección, las posibilidades de ahorro. Y también reporta toda una serie de beneficios que, pese a ser consecuencia directa de la competencia económica, no pueden ser imputables a ningún individuo en concreto (lo que impide que hablemos de beneficios individuales), pero tampoco descansan exclusivamente en el sistema (lo que impide calificarlos como beneficios estructurales). La propia competencia es capaz de crear una atmósfera o entorno propio en el que, por un lado, se incrementen los niveles de satisfacción de los consumidores; por otro, se aliente un clima de avances e investigación técnica que conduzca, en términos generales, al progreso social y a la maximización del beneficio; y, finalmente, se alimente la autoafirmación de los postulados esenciales sobre los que se asienta nuestro sistema.

Es en los mercados competitivos donde los propios consumidores, es decir, aquellos particulares dispuestos a adquirir o hacer uso de los productos y servicios ofertados en el mercado, son los que perciben un mayor grado de

---

<sup>195</sup> SPULBER, D. F. “*Unlocking technology: antitrust and innovation*”, en *Competition policy and patent law under uncertainty*, ob. cit., pág. 161.

<sup>196</sup> WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, ob. cit., págs. 10-12.

<sup>197</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., págs. 459-486; KOVACIC, W. E. y SAPHIRO, C. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*, en *Journal of Economic Perspectives*, ob. cit., págs. 43-60.

beneficio<sup>198</sup>. Ello es debido a que con su participación en el mercado, en este caso limitada a la selección y compra del producto, no solo ven cubiertas sus necesidades, sino que, además, como consecuencia de la tensión natural existente entre las empresas, también resultan beneficiados por el ahorro económico que el sistema competitivo les supone (bien porque los diversos agentes al competir se verán obligados a reducir el precio final, debiendo destinar por lo tanto un menor importe para su adquisición, o bien porque con el mismo precio el producto tendrá incorporada una proporción mayor de valor añadido)<sup>199</sup>.

El proceso competitivo no finaliza con la mera puesta a disposición de los bienes o servicios en el mercado, sino que para valorar su buen estado también debe atenderse a la situación en la que se encuentran los consumidores y usuarios. Para la preservación del sistema competitivo es imprescindible que las diversas fuerzas económicas que conforman el mercado, las cuales actúan a su vez desde diferentes planos o niveles (suministro, producción, distribución y adquisición final), ostenten adecuadamente sus respectivas fuerzas de poder<sup>200</sup>. Solo de esta forma los diferentes elementos del mercado interactuarán entre ellos a modo de mecanismos reguladores o contrapesos con los que alcanzar un punto de equilibrio<sup>201</sup>, lo que se traduce en una imposición auto-regulada de precios, una gama variada de productos y, por extensión, un adecuado empuje hacia el progreso<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> MARSHALL, R. C. y MARX L. M. *The economics of collusion: cartels and bidding rings*, ob. cit., págs. 21-22; ORTIZ BLANCO, L. *et alii*, *Manual de Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 34.

<sup>199</sup> BARONE, E. *Principios de economía política*, ob. cit., págs. 21-22; JENKINS, H. y YEMAIL OXERA, B. "Economics at the heart of competition policy", en *Introduction to EU Competition Law*, ob. cit., págs. 23-24; NAVAS LÓPEZ, J. E. y GUERRAS MARTÍN, L. A. *Fundamentos de dirección estratégica de la empresa*, ob. cit., págs. 127 y 158-159; SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W. *Economía*, ob. cit., pág. 639; STIGLITZ, J. E. *La economía del sector público*, ob. cit., pág. 129.

<sup>200</sup> PORTER, M. E. *Ventaja competitiva: creación y sostenibilidad de un rendimiento superior*, Pirámide, Madrid, 2010, págs. 97 y ss.

<sup>201</sup> MARSHALL, R. C. y MARX, L. M. *The economics of collusion: cartels and bidding rings*, ob. cit., págs. 3-6.

<sup>202</sup> SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W. *Economía*, ob. cit., págs. 80 y ss.

Es por ello que la competencia económica, más allá de generar una suerte de tensión natural entre las empresas, también proporciona, desde la perspectiva de la demanda, una pluralidad de efectos beneficiosos<sup>203</sup>: por un lado, cumple con la función más primaria de abastecimiento, en la que, además, contribuye a que éste presente mayores niveles de cobertura (al existir mayores matizaciones en los precios, la cola de cobertura de la población a cubrir aumenta exponencialmente); y, por otro, la competencia obliga a las empresas a luchar mediante el desmarque y la diferenciación<sup>204</sup>, hecho que conducirá a unas empresas a competir en valor (aumentando el tipo o la categoría de sus prestaciones y, por ende, también incrementando el precio – lo que suscitará el interés por parte de segmentos de clientes más elitistas–)<sup>205</sup>; mientras que otras, por el contrario, optarán por competir en costes (lo que ayudará a contener los precios, dotar de estabilidad los ciclos comerciales y facilitar la cobertura de aquellos segmentos con menor capacidad adquisitiva)<sup>206</sup>.

El respeto por la salvaguarda de intereses extraeconómicos comporta que la mayoría de exigencias de los consumidores sean asumidas a cargo de los operadores económicos (con el consiguiente incremento de los costes, puesto que tales demandas tendrán por objeto la mejora de las condiciones de adquisición o de sus prestaciones)<sup>207</sup>. Sin embargo, si el sistema protector de la competencia no es capaz de restituir el equilibrio de fuerzas en el mercado, las

---

<sup>203</sup> KOVACIC, W. E. y SAPHIRO, C. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*, ob. cit., págs. 43-60; WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, ob. cit., págs. 4-10.

<sup>204</sup> BARONE, E. *Principios de economía política*, ob. cit., págs. 21-22; NAVAS LÓPEZ, J. E. y GUERRAS MARTÍN, L. A. *Fundamentos de dirección estratégica de la empresa*, ob. cit., págs. 167-172; PORTER, M. E. *Ventaja competitiva: creación y sostenibilidad de un rendimiento superior*, ob. cit., págs. 151 y ss.; SPULBER, D. F. “Unlocking technology: antitrust and innovation”, en *Competition policy and patent law under uncertainty*, ob. cit., págs. 157-158; STIGLITZ, J. *Economía*, ob. cit., págs. 452-454.

<sup>205</sup> Diferentes técnicas de incrementación del valor de los productos son descritas por BARRE, R. *Economía política*, ob. cit., págs. 468-470; y por PORTER, M. E. *Ventaja competitiva: creación y sostenibilidad de un rendimiento superior*, ob. cit., págs. 36-37, 81-82 y 163.

<sup>206</sup> NAVAS LÓPEZ, J. E. y GUERRAS MARTÍN, L. A. *Fundamentos de dirección estratégica de la empresa*, ob. cit., págs. 162-165; PORTER, M. E. *Ventaja competitiva: creación y sostenibilidad de un rendimiento superior*, ob. cit., págs. 91 y ss.

<sup>207</sup> ÁLVAREZ RUBIO, J. “Protección del consumidor a través del derecho de la competencia”, en *Derecho de los consumidores y usuarios* (dirigido por León de Arce), tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 2405 y ss.

posibilidades de mejora de los consumidores no serán elevadas, pues tales propuestas no serán aceptadas, en la práctica, por los operadores económicos sobre los que residirá el poder de negociación (quienes mantendrán las mismas estrategias competitivas y los consumidores se verán abocados a tolerar un “estancamiento” del mercado)<sup>208</sup>. Por el contrario, en un ambiente donde se promueva la competencia, y en el que el sistema protector sea capaz de aplicar soluciones represivas suficientemente sólidas y disuasorias, tendrá lugar un estado de mejora continua a favor de los consumidores, por cuanto la mejora y satisfacción de éstos será vista por los agentes económicos, en verdad, como una estrategia de diferenciación con la que sortear la competencia de las demás empresas y captar, por extensión, una mayor cuota de clientela<sup>209</sup>.

Por todo ello, la competencia como valor estructural del sistema económico no solo debe ser vislumbrada como una medida pública, sino que las acciones tendentes a preservar unos correctos niveles de competencia también deben servir para reforzar el resto de valores generales del sistema. Así sucede, por ejemplo, con la protección de los consumidores<sup>210</sup>, en atención a la cual los costes de las empresas para acomodarse a sus demandas se convertirán, en realidad, en “costes de inversión” con los que incrementar su “rédito económico”<sup>211</sup>. A su vez, el desarrollo económico promovido entre competidores generará externalidades positivas en el mercado al reportar un mayor crecimiento económico y reforzar el tejido empresarial –y la concurrencia– en otras áreas afines o dependientes<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> ORTIZ BLANCO, L. *et alii*, *Manual de Derecho de la Competencia*, *ob. cit.*, págs. 35-36; ZURIMENDI ISLA, A. *¿Necesitamos otro derecho de la competencia?*, *ob. cit.*, págs. 16-18.

<sup>209</sup> SPULBER, D. F. “*Unlocking technology: antitrust and innovation*”, en *Competition policy and patent law under uncertainty*, *ob. cit.*, págs. 147-248.

<sup>210</sup> HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, Thomson Reuters, Madrid, 2007, pág. 102.

<sup>211</sup> FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, *ob. cit.*, pág. 104.

<sup>212</sup> SPULBER, D. F. “*Unlocking technology: antitrust and innovation*”, en *Competition policy and patent law under uncertainty*, *ob. cit.*, págs. 144-146.

A nivel jurisprudencial, si bien se ha reconocido en múltiples resoluciones la implicación que pueden tener las conductas anticompetitivas en la esfera individual de los consumidores<sup>213</sup>, nuestro máximo intérprete constitucional se ha mostrado reticente a la hora de reconocer, con claridad, la posible eficacia que el Derecho de la Competencia es capaz de proporcionar también en la esfera de protección del consumidor. De forma constante en sus resoluciones, nuestro TC ha tratado de diferenciar la defensa de la competencia de la protección del consumidor, advirtiendo que ambas materias, pese a formar parte de la ordenación general del mercado, persiguen finalidades totalmente distintas<sup>214</sup>.

Ahora bien, aunque sistemáticamente la defensa de la competencia y la protección del consumidor se incardinan en cuerpos normativos diferentes (no toda la extensión de la defensa de la competencia girará en torno a la tutela y acomodo del consumidor, en la medida que también atenderá a un gran número de relaciones suscitadas entre empresas, y, del mismo modo, la protección del consumidor tampoco finalizará en la existencia de una efectiva y adecuada competencia); ello no quiere decir, sin embargo, que no tengan una estrecha relación hasta el extremo de ser dos esferas totalmente independientes, sin que el éxito de una condicione la eficacia de la otra.

---

<sup>213</sup> A título de ejemplo puede consultarse la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 11 de octubre de 2013 (RJ 2013/6937); la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 9 de julio de 2014 (RJ 2014/3724); o la más reciente STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1689/2019, de 10 de diciembre (RJ 2019/5091).

<sup>214</sup> Así ya quedó determinado en las históricas STC núm. 88/1986, de 1 de julio (RTC 1986/88) y STC núm. 228/1993, de 9 de julio (RTC 1993/2281993). La razón de este posicionamiento trae causa en el motivo de fondo que ha dado lugar a todas estas resoluciones. Efectivamente, todas las causas en las que el TC ha debido pronunciarse acerca de las relaciones entre el derecho de la competencia y la defensa de los consumidores han girado en torno a conflictos competenciales entre el Estado (quien alegaba los títulos competenciales exclusivos previstos en los arts. 149.1.6 y 13 CE) y las CCAA que, en sus respectivos estatutos de autonomía, asumían la regulación para la adopción de medidas administrativas destinadas a la actividad comercial y a la tutela de los consumidores. De tal modo que el TC solo ha podido dispensar un tratamiento orientado únicamente desde una única perspectiva, como es la competencial, con la que poder aportar una solución a los conflictos de encuadramiento planteados. Esta solución necesariamente tenía que partir sobre la separación y diferenciación de ambas materias toda vez que se asentaban sobre dos títulos competenciales diferentes, pero que poco tenían que ver con el contenido y objeto de ambas materias.

El hecho que el TC se haya esmerado en reconocer la separación competencial entre ambos cuerpos normativos, no es argumento suficiente para negar la estrecha vinculación entre la protección de la competencia y la tutela del consumidor. Es más, el propio TC de forma implícita lo ha reconocido en múltiples resoluciones como así se destaca en su Sentencia núm. 88/1986, de 1 de julio, en la que, tras establecer las diferencias entre ambos campos normativos, finalmente, reconoce que: *“esta diferencia general no obsta a la posibilidad de que, en la regulación relativa a la ordenación del mercado existan normas que se ocupen de cuestiones que pueden situarse en ambos campos. [...] Con frecuencia, las medidas protectoras de la libre competencia funcionan también como garantías de los consumidores, y las medidas adoptadas para la protección de éstos no dejan de tener incidencia en el desarrollo de la libre competencia”*<sup>215</sup>.

Resta únicamente por advertir que, aun cuando el TC reconoce de forma encubierta la contribución del Derecho de la Competencia en la tutela del consumidor, lo cierto es que la definición que efectúa sobre ambas materias no acaba de adecuarse con los límites que deben corresponder al Derecho de la Competencia. El TC parece partir de un concepto de Derecho de la Competencia parcial e incompleto por cuanto solo considera como ámbito propio de esta materia las relaciones entre empresas y su afectación al mercado, obviando la complejidad que presentan las relaciones de competencia en el mercado, ya que no siempre se presentaran desde un plano horizontal ni de competencia directa.

Asimismo, nuestro máximo intérprete constitucional también parece incurrir en un exceso de simplicidad cuando se refiere a la protección del consumidor al fundamentar la delimitación de tal concepto exclusivamente en su naturaleza subjetiva (de tal modo que lo relaciona con la noción tradicional de persona

---

<sup>215</sup> STC núm. 88/1986, de 1 de julio (RTC 1986/88). Este criterio también es mantenido en otras resoluciones, como, por ejemplo, en las STC núm. 157/2004, de 21 de septiembre (RTC 2004/157); STC núm. 106/2009, de 4 de mayo (RTC 2009/106); STC núm. 26/2012, de 1 de marzo (RTC 2012/26); STC núm. 74/2014, de 8 de mayo (RTC 2014/74); o la más reciente STC núm. 18/2016, de 4 de febrero (RTC 2016/18).

física que es abastecida por un empresario individual o social)<sup>216</sup>. Aun cuando no es posible partir de una única concepción en torno a la figura de consumidor<sup>217</sup>, motivo por el cual deberá acudirse a las definiciones que realicen las diferentes leyes sectoriales en su materia correspondiente, aspecto éste que, por otro lado, no sucede en la LDC; lo cierto es que el TC, al diferenciar la defensa de la competencia y la protección del consumidor, emplea una noción de esta figura excesivamente estricta y restrictiva.

Tal delimitación jurisprudencial, sin embargo, no puede ser acogida en sede de competencia por dos razones fundamentales. De una parte, la identificación del consumidor, persona física adquirente o usuaria de bienes o servicios para su uso particular, acaba por reflejar una concepción muy poco adaptada a las complejidades propias del terreno económico<sup>218</sup>. Dicha noción resulta todavía menos acorde con la visión finalista de la normativa competencial en relación con la tipología de los diferentes afectados que pueden concurrir en todo atentado la competencia<sup>219</sup>. Es en este terreno donde debería sostenerse una noción de consumidor en sentido extenso, con tal de poder ofrecer amparo jurídico a la totalidad de los participantes (tanto reales como potenciales) que pudieran acabar convirtiéndose en los destinatarios finales de las prestaciones de aquellas empresas que han infringido la competencia<sup>220</sup>. De otra parte, tampoco puede sostenerse la concepción originaria del TC a la luz de los

---

<sup>216</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coordinado por De Paula Blasco), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, vol. I, págs. 377 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 17-22.

<sup>217</sup> HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, ob. cit., págs. 29 y ss.

<sup>218</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “El concepto de consumidor”, en *Hacia un código del consumidor* (dirigido por Azparren Lucas), CGPJ: Centro de documentación jurídica, Madrid, 2006, pág. 20.

<sup>219</sup> Las diferentes tipologías de afectados que pueden reunirse bajo un atentado de la competencia son analizadas más exhaustivamente en el Cap. IV.2.2.

<sup>220</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “El concepto de consumidor”, en *Hacia un código del consumidor*, ob. cit., págs. 21-22.



actuales pronunciamientos del TJUE<sup>221</sup> que parecen ceder el criterio de la cualidad subjetiva de la persona a favor del destino o uso profesional (criterio este mucho más preciso y acertado<sup>222</sup>, y que finalmente ha sido el acogido por nuestro TS)<sup>223</sup>. De tal modo, se reconoce la condición de consumidor a las empresas que, aún actuando en el mercado, adquieren productos o son usuarias de servicios que, en uno y otro caso, exceden de su ámbito propio de actividad<sup>224</sup>, por lo que tal operación debe quedar resguardada bajo el régimen tuitivo del Derecho de consumo<sup>225</sup>.

De todo ello puede deducirse que el mercado no es solo un espacio de intercambio económico, sino también una de las bases de la sustentación social. Por consiguiente, la traslación jurídica de esta visión social de la competencia no debe afrontarse en exclusiva desde una perspectiva económica (garantizar y reconocer la competencia económica como máxima expresión del modelo económico-organizativo)<sup>226</sup>, sino también, dado el ámbito

---

<sup>221</sup> Entre otras, vid., la STJUE (Sala Cuarta) de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (Horațiu Ovidiu Costea/Volksbank România SA) o la STJUE (Sala Quinta) de 17 de mayo de 2018, asunto C-147/16 (Karel de Grote y Hogeschool Katholieke Antwerpen/Susan Romy Jozef Kuijpers). La evolución doctrinal sobre el concepto de consumidor en la normativa comunitaria es extensamente abordada por ESTEBAN DE LA ROSA, F. *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003, págs. 44 y ss.

<sup>222</sup> HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, ob. cit. págs. 34-37.

<sup>223</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012/8857) y STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 364/2016, de 3 de junio (RJ 2016/2300) que puntualiza que “*para decidir si el contrato está sujeto a la normativa de consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante*”. Esta concepción ha sido acogida por la mayoría de nuestra jurisprudencia menor [vid. AAP Sevilla (Sección 6ª) núm. 19/2015, de 5 de febrero (JUR 2015/129586); SAP de Madrid (Sección 10ª) núm. 201/2015, de 22 de mayo (JUR 2015/164678); AAP de Barcelona (Sección 17ª) núm. 267/2017, de 5 de julio (JUR 2017/229807); SAP de Valencia (Sección 6ª) núm. 323/2017, de 29 de septiembre (AC 2017/1954)].

<sup>224</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “*El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, ob. cit., pág. 389.

<sup>225</sup> La evolución en torno a la construcción del concepto de consumidor persona jurídica ha sido tratada, con un interesante análisis jurisprudencial, por MARTORELL ZULUETA, P. *Concepto de consumidor y posición de la persona física fiadora de persona jurídica*, en *Revista Consumo y Empresa*, núm. 4, 2017.

<sup>226</sup> MORELLO, A. M. y STIGLITZ, G. *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Librería Editora Platense, Argentina, 1986, págs. 148 y ss.

y alcance del mercado como mecanismo capaz de aportar con su propio funcionamiento e inercia el reparto de productos, redistribución de riqueza y asignación eficiente de los recursos<sup>227</sup>, prestando atención, en paralelo, a la preservación de diferentes objetivos concurrentes de naturaleza supraindividual<sup>228</sup>, pues éstos, de un modo u otro, también resultan afectados por los mecanismos de su operatividad<sup>229</sup>.

La intervención de los poderes públicos en el mercado permite trabajar la protección de otros intereses supraindividuales<sup>230</sup>, como pudieran ser el desempeño de las libertades empresariales, la preservación del medio ambiente, la protección de los consumidores o, incluso, la inclusión social<sup>231</sup>. A título de ejemplo, la protección del medio ambiente se puede ver eficazmente reforzada dentro del sistema productivo si se atiende a las conductas que acompañan a cada transacción comercial, ya que éstas pueden suponer una importante reducción del impacto medioambiental gracias a la reutilización de recursos, la canalización de deshechos, la modificación de los procesos productivos, o el cambio de los modelos y hábitos de consumo<sup>232</sup>.

---

<sup>227</sup> JENKINS, H. y YEMAIL OXERA, B. “*Economics at the heart of competition policy*”, en *Introduction to EU Competition Law*, ob. cit., págs. 24-26; WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, ob. cit., pág. 10; WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, ob. cit., págs. 18-23.

<sup>228</sup> DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*, Edisofer, Madrid, 2005, págs. 17-29.

<sup>229</sup> ALONSO SOTO, R. “*El interés público en la defensa de la competencia*”, en *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, ob. cit., págs. 32-33.

<sup>230</sup> AREEDA, P. “*Introduction to antitrust economics*”, en *Antitrust policy in transition: the convergence of law and economics*, ob. cit., págs. 56-59; BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, ob. cit., págs. 9 y ss.; FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*, Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2004, 2ª ed., págs. 83-93; WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, ob. cit., págs. 24-28.

<sup>231</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., págs. 472-473 y 476-477.

<sup>232</sup> La trayectoria legislativa en torno a la preocupación y protección del medio ambiente ha sido especialmente examinada por BUJOSA VADELL, L. *La protección jurisdiccional del medio ambiente en la Unión Europea*, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 240, 2005, págs. 9 y ss.

De todos estos objetivos sociales en los que el Derecho de la Competencia presenta algún que otro grado de incidencia, recobra especial importancia la **protección de los consumidores y usuarios**<sup>233</sup>, cuya salvaguarda general queda encomendada por mandato expreso a los poderes públicos a través del art. 51.1 de la CE: *“los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*.

La protección de los intereses de los consumidores, la cual es encomendada a través de un mandato constitucional a los poderes públicos, y así ha sido esencialmente desarrollado a través del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>234</sup>; presenta una muy estrecha conexión con el funcionamiento del mercado y, todavía de forma más particular, con el nivel que éste presente de competencia, así como con la calidad de la misma. En este punto, por tanto, no es posible negar la trascendencia que la protección de los consumidores y usuarios comporta para el Derecho de la Competencia<sup>235</sup>.

La protección de los consumidores, así como de las circunstancias en las que estos se desenvuelven cuando interactúan dentro del tráfico económico<sup>236</sup>, deben ser especialmente atendidas por la normativa infractora de la

---

<sup>233</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *La protección de los consumidores en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 45.

<sup>234</sup> En el art. 1 del TRLGDCU se proclama: *“En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado. En todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139”*.

<sup>235</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *La protección de los consumidores en el derecho español*, *ob. cit.*, págs. 37-38.

<sup>236</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, *ob. cit.*, pág. 83-84.

competencia<sup>237</sup>. La protección del consumidor no solo constituye uno de los objetivos sociales a los que debe atender el Derecho de la Competencia<sup>238</sup>, sino que se erige, además, en un elemento de especial trascendencia al que las normas *antitrust* deben extenderle el máximo grado de protección, muy especialmente cuando se esté ante conductas colusorias de la competencia<sup>239</sup>.

Este argumento todavía adquiere una mayor sensibilidad si se tiene cuenta que toda conducta empresarial, además de atentar contra la competencia afectando a los valores estructurales del sistema económico, también acabará por trasladar, en una suerte de “coletazo”, su impacto negativo a los sujetos situados en el último eslabón de las relaciones económicas<sup>240</sup>. Los consumidores y usuarios no solo sufrirán el impacto de la infracción concurrencial, sino que, además, las medidas de seguridad con las que pudiera aminorarse la intensidad del perjuicio, así como su capacidad para reprimirlo, serán alarmantemente mínimas debido a la fragmentación y dispersión de esta clase de afectados, así como a la escasa gravedad del perjuicio económico que, en caso de ser éste valorado individualmente<sup>241</sup>, difícilmente supera el “umbral económico del proceso”<sup>242</sup>.

Debido a su trascendencia y estrecha conexión, es frecuente que los sistemas económicos que toman como base la competencia económica como eje central

---

<sup>237</sup> ÁLVAREZ RUBIO, J. “Protección del consumidor a través del Derecho de la Competencia,” en *Derecho de los consumidores y usuarios*, ob. cit., págs. 2405 y ss.

<sup>238</sup> ARMENTA DEU, T. *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, págs. 10-12.

<sup>239</sup> ARROYO FERNÁNDEZ, M. J. y BLASCO TORREJÓN, B. *Una revisión de la literatura económica sobre el funcionamiento interno de los cárteles y sus efectos económicos*, CEU Ediciones, Madrid, 2013, pág. 19.

<sup>240</sup> Los costes sociales derivados de los cárteles son analizados por BEGG, D. *et alii*, *Economía*, McGraw-Hill, Madrid, 2002, 6ª ed., págs. 305-308.

<sup>241</sup> ROY PÉREZ, C. “La cuantificación de los daños por infracción de las normas de la competencia: la experiencia judicial en España”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012, págs. 243 y ss.

<sup>242</sup> RAMOS MÉNDEZ, F. *El umbral económico de la litigiosidad*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 1996, págs. 8-21.

de su estructura, se muestren proclives a facilitar los intereses de los consumidores y usuarios<sup>243</sup>, cuando éste no constituye, en ocasiones, ya de por sí un verdadero deber de protección<sup>244</sup>. Con todo, los sistemas protectores de la competencia solo suelen ser capaces de mantener el bienestar de los consumidores y usuarios en situaciones en las que la competencia no aparece directamente alterada (como así acontece en situaciones de *mala praxis* empresarial). Ello no hace más que poner de relieve la falta de medidas y de carácter correctivo que tienen estos sistemas<sup>245</sup>, en particular el nuestro, para restaurar la totalidad del *status quo* vulnerado tras la afectación de la competencia (y no únicamente la reparación de la estructura económica)<sup>246</sup>.

Atendidas estas circunstancias, el Derecho de la Competencia no puede desatender la tutela de los consumidores y usuarios desde la perspectiva protectora del mercado como valor de interés general, en la medida que el desarrollo de este valor aparece conculcado ante la comisión de conductas anticompetitivas. Si bien es cierto que el sistema protector de la competencia debe hacer el esfuerzo por ofrecer un amparo especial que sea capaz de adaptarse a las particularidades en las que se encuentra esta categoría de afectados<sup>247</sup>, no es menos cierto que ese esfuerzo añadido de protección aparece con creces recompensado, toda vez que la preservación de los objetivos extraeconómicos conducen a una plena reafirmación del sistema protector tanto de la competencia<sup>248</sup> como, más particularmente, de consumo<sup>249</sup>.

---

<sup>243</sup> ORTIZ BLANCO, L. *et alii*, *Manual de Derecho de la Competencia*, *ob. cit.*, pág. 33.

<sup>244</sup> BARONA VILAR, S. *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 2ª ed., págs. 25-30.

<sup>245</sup> MÉNDEZ PINEDO, E. *La protección de consumidores en la Unión Europea: hacia un derecho procesal comunitario de consumo*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, págs. 36-38.

<sup>246</sup> Vid. apartado I.5 de este mismo capítulo.

<sup>247</sup> BARONA VILAR, S. *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *ob. cit.*, págs. 31-34.

<sup>248</sup> WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, *ob. cit.*, págs. 22-23.

<sup>249</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. "Artículo 16", en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigido por Menéndez Menéndez y Díez Picazo), Civitas Ediciones, Madrid, 2002, págs. 717 y ss.

Ahora bien, proporcionar una plena tutela del consumidor es una meta que no puede conseguirse en exclusiva desde el Derecho Mercantil, pues resulta indispensable proveer a los particulares de aquellos cauces procesales específicos<sup>250</sup> mediante los cuales tengan la oportunidad no solo de corregir la afectación acontecida en el mercado, reinstaurando su legalidad<sup>251</sup> (a cuya respuesta ya atiende la imposición de un correctivo administrativo-sancionador), sino también de poder ser resarcidos en cuanto al perjuicio patrimonial que hubieren sufrido<sup>252</sup>.

Llegados a este punto, debe remarcarse que junto a las dificultades propias de las que adolece nuestro proceso civil en materia de protección de intereses colectivos (y que numerosos autores ya pusieron en tela de juicio desde la mismísima proclamación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000)<sup>253</sup>; deben

<sup>250</sup> HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, ob. cit., págs. 21-22.

<sup>251</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Constitución, empresa y libertad de empresa”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 18.

<sup>252</sup> CABALLOL i ANGELATS, LL. “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012, págs. 13-14.

<sup>253</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A. “La protección de los consumidores y usuarios: intereses individuales e intereses de grupo”, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil* (coordinado por Alonso-Cuevillas Sayrol), Economist and Jurist, Barcelona, 2000, págs. 229 y ss.; ARMENTA DEU, T. *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, ob. cit., págs. 13 y ss.; BUJOSA VADELL, L. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 107 y ss., y también del mismo autor, *La protección de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2001, págs. 947 y ss., y “Capítulo V. La protección procesal de los consumidores y usuarios” en *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios* (dirigido por De León Arce), tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 3ª ed., págs. 2625 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A. *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013, 2ª ed., págs. 122-123; GARNICA MARTÍN, J. F. *Las acciones de grupo en la LEC 1/2000*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2001, págs. 1451-1465; LORCA NAVARRETE, J. M. *La protección de los usuarios y consumidores en la Ley de enjuiciamiento Civil 1/2000*, en *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2001, págs. 259 y ss.; MARTÍN PASTOR, J. “Las relaciones entre las acciones individuales y las acciones colectivas para la tutela judicial de los consumidores y usuarios: previsiones legislativas, e interpretación y aplicación jurisprudencial”, en *Derecho y Proceso: Liber Amicorum al Prof. Dr. Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Barcelona, 2018, vol. II, págs. 1505 y ss.; PELLEGRINI GRINOVER, A. *Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña número 7347 de 24 de julio de 1985)*, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1988, págs. 705 y ss.; PLANCHADELL GARGALLO, A. *La intervención de los consumidores afectados en los procesos colectivos*, en *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango* (coordinado por Montero Aroca et alii), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 761 y ss., y

añadirse aquellas otras vicisitudes propias que envuelven a esta clase de infracciones, tanto desde una perspectiva material como procesal<sup>254</sup>. Respecto de las primeras, sirva de breve anticipo que uno de los inconvenientes que afecta a los consumidores guarda relación con el carácter secreto que define la comisión de esta clase de atentados y que sumerge al consumidor, caso de hacer uso únicamente de sus propios medios, en un estado de desconocimiento absoluto, no ya sobre la posibilidad de haber padecido un perjuicio patrimonial, sino también sobre la existencia misma de una posible infracción<sup>255</sup>.

A las dificultades materiales deben añadirse aquellas otras que se suscitarán con motivo de la tramitación del proceso<sup>256</sup> (vgr. las dificultades de acceso a la información, escaso interés individual en ejercitar y mantener, de forma individual, el derecho de acción tendente a la reclamación del sobre coste en comparación con los costes económicos y temporales del proceso, la legitimación y la compatibilidad entre las acciones individuales y de grupo, la intervención de terceros en el proceso, la articulación del principio de contradicción, la prueba, o la eficacia subjetiva de la sentencia y la cosa juzgada)<sup>257</sup>.

---

también de la misma autora, *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español: un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 53 y ss.; SEOANE SPIEGELBERG, J. L. "La tutela procesal de consumidores y usuarios", en *Hacia un código del consumidor*, CGPJ-Manuales de Formación Continuada, Madrid, 2006, págs. 51-54; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, ob. cit., pág. 85; VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *El proceso civil y su futuro*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 56, 2003, págs. 210-211 y *Los procesos colectivos (confrontación entre la regulación de la LEC española y la del Código Modelo para Iberoamérica)*, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2006, págs. 455-500.

<sup>254</sup> GARRIDO COUREL, B. *El acceso de los consumidores a la justicia*, en *La Ley*, núm. 5, 2002, págs. 1610 y ss.; MÉNDEZ PINEDO, E. *La protección de consumidores en la Unión Europea: hacia un derecho procesal comunitario de consumo*, ob. cit., págs. 113-116.

<sup>255</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., pág. 467.

<sup>256</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A. *La protección de los consumidores y usuarios: intereses individuales e intereses de grupo*, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, ob. cit., págs. 229-231; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*, ob. cit., págs. 39 y ss.

<sup>257</sup> ARMENTA DEU, T. *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, ob. cit., págs. 61 y ss., y también de la misma autora, "Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español", en *Intereses colectivos y legitimación activa* (dirigido por

Todas estas cuestiones conducen a que este colectivo de afectados presente, en definitiva, serios problemas de acceso a la justicia ante cualquier vulneración de la normativa de la competencia<sup>258</sup> si se tiene en cuenta que todavía no se ha superado la antigua concepción del proceso como fórmula de resolución de conflictos con intereses estrictamente particulares entre sujetos individualizados y determinados<sup>259</sup>. Como trasfondo de este escenario, todavía no solucionado con solvencia desde la ciencia procesal, no deja de estar en juego la viabilidad del art. 24 CE si se tiene en cuenta las dificultades que pueden presentarse en orden al ejercicio de aquellas acciones que resulten convenientes para la tutela de sus intereses (en especial, las acciones indemnizatorias)<sup>260</sup>.

A fin de paliar esta situación, es necesario reconsiderar las estructuras procesales existentes, tanto formales como informales, tendentes a favorecer la litigación colectiva de los consumidores<sup>261</sup>, las fórmulas alternativas de carácter privado de las que pueden hacer uso<sup>262</sup>, y en las que, dicho sea de paso, la

---

Carbonell Porras), Cizur Menor, Navarra, 2014, págs. 163 y ss.; BUJOSA VADELL, L. *La protección de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., págs. 952 y ss.; MÉNDEZ PINEDO, E. *La protección de consumidores en la Unión Europea: hacia un derecho procesal comunitario de consumo*, ob. cit., págs. 146-148; NIEVA FENOLL, J. *Jurisdicción y proceso*, ob. cit., págs. 731-737 y para una mayor precisión conceptual en torno a la legitimación, vid. por todos, del mismo autor, págs. 28-37; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, ob. cit., págs. 87-89; VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *El proceso civil y su futuro*, ob. cit., págs. 31 y ss.

<sup>258</sup> BARONA VILAR, S. *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., págs. 122-125.

<sup>259</sup> SEOANE SPIEGELBERG, J. L. "La tutela procesal de consumidores y usuarios", en *Hacia un código del consumidor*, ob. cit., págs. 43-44. Respecto al estado actual de la tutela colectiva en el ámbito de las acciones de indemnización derivadas de actuaciones anticompetitivas, vid. *infra* Cap. IV.3.2.

<sup>260</sup> La estrecha vinculación entre los mecanismos de litigación colectiva y el despliegue del derecho a la tutela judicial efectiva son puestos de manifiesto por PLANCHADELL GARGALLO, A. *La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva*, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 39, 2015, págs. 9 y ss.; y por VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, ob. cit., págs. 17-27.

<sup>261</sup> En relación a las vicisitudes propias que presentan las acciones colectivas de responsabilidad por daños en el ámbito de los consumidores, vid. por todos, PELLEGRINI GRINOVER, A. *De la "class action for damages" a la acción de clase brasileña. Requisitos de admisibilidad*, en *Ius et Veritas*, núm. 23, 2001, págs. 60-71.

<sup>262</sup> MÉNDEZ PINEDO, E. *La protección de consumidores en la Unión Europea: hacia un derecho procesal comunitario de consumo*, ob. cit., págs. 369 y ss.



reciente Directiva de daños parece confiar significativamente, así como todas las especialidades procesales introducidas en la materia<sup>263</sup>, cuyo fin responde a facilitar la aportación del material fáctico al proceso<sup>264</sup>, a contrarrestar las dificultades derivadas de la distribución de la carga de la prueba, a promover la litigación colectiva, y en último lugar, facilitar, mediante un sistema de presunciones<sup>265</sup>, la formación de la cognición judicial<sup>266</sup>, para que ésta cada vez se ajuste mejor a las razones de justicia material que merecen este tipo de situaciones<sup>267</sup>.

El replanteamiento de los objetivos sobre los que debe virar el Derecho de la Competencia (o, mejor dicho, una mayor concreción de los mismos) ha supuesto, para el legislador europeo, trasladar, hacia la primera línea de preocupación, las posibilidades que actualmente disponen los afectados para conseguir la plena reparación del daño causado en estas situaciones, centrándose, especialmente, en los consumidores.

La apertura de este nuevo escenario hace necesario someter a consideración la deriva de las actuales políticas de persecución de ilícitos concurrenciales aplicada por las autoridades de la competencia, tanto comunitarias como nacionales (y en el que juegan un cuestionable y delicado papel los programas de clemencia) con su adecuación con el sistema de responsabilidad civil que, a su vez, pretende potenciarse. Paralelamente, también resulta imprescindible emprender un proceso de análisis acerca de cuáles pudieran ser las herramientas procesales más adecuadas para asegurar el correcto ejercicio de

---

<sup>263</sup> Vid. ARMENTA DEU, T. *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, ob. cit., págs. 13 y ss.

<sup>264</sup> BUJOSA VADELL, L. "La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España", en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Prof. Almagro Nosete* (dirigidos por Gimeno Sendra), Iustel, Madrid, 2007, págs. 609 y ss.

<sup>265</sup> NIEVA FENOLL, J. *Jurisdicción y proceso*, ob. cit., págs. 743-750.

<sup>266</sup> BUJOSA VADELL, L. *La posición del juez en los procesos colectivos*, en *La Ley*, núm. 5, 2005, págs. 1341 y ss.

<sup>267</sup> Todas y cada una de estas cuestiones procesales son abordadas, con carácter exhaustivo, en el Cap. IV de este estudio monográfico.

las acciones de responsabilidad por daños en manos de los perjudicados, aspecto que recobra mayor importancia en los casos de acciones colectivas o con pluralidad de afectados promovidas por los consumidores o usuarios.

#### **I.4.- La dualidad de intereses subyacentes en el Derecho de la competencia. Análisis “vertical” y “horizontal” del art. 38 de la Constitución Española**

##### **I.4.1.- Introducción**

A lo largo de este apartado, tras analizar la dualidad de intereses que subyacen en el Derecho de la Competencia y, en consecuencia, previa ponderación tanto del interés público como del interés privado, pondremos una especial atención en analizar el art. 38 de la Constitución Española de 1978, relativo a la libertad de empresa, tanto desde una perspectiva vertical (mandato de intervención pública), como horizontal (vulneración de la competencia y malas prácticas entre operadores económicos); para, a continuación, tras enumerar las situaciones que cabe vincular con las actividades atentatorias contra la competencia, sentar las bases que nos han de permitir, en el próximo apartado de este capítulo, conformar la protección pública y privada del Derecho de la Competencia.

##### **I.4.2.- La dualidad de intereses público-privados que subyacen en el Derecho de la competencia**

La competencia solo puede ser el resultado de un perfecto equilibrio de fuerzas en el mercado, en el bien entendido que éste solo puede tener lugar si cada grupo que interviene en el intercambio económico (demanda y oferta) queda cubierto por una especie de “tensión natural” que les conduce a disputarse, de

una parte, la supervivencia (en términos de rentabilidad económica); y, de otra, la máxima satisfacción (en términos de coste-adquisición). El criterio cuantitativo de la competencia (exigencia de concurrencia) se ha visto reemplazado por un nuevo criterio cualitativo (ánimo de rivalidad), lo cual ha permitido tomar conciencia acerca de la inexistencia de una “competencia perfecta” sustentada en la capacidad de auto-regulación del propio mercado<sup>268</sup>.

La competencia económica, como auténtico presupuesto de la propia existencia del libre mercado, no está exenta de sufrir “comportamientos patológicos”<sup>269</sup>. Ello es así, porque la capacidad auto-normativa del mercado para hacer frente a sus “anomalías de funcionamiento” no solo es insuficiente (vgr. cuando el poder de negociación que tiene la demanda dentro del mercado relevante es insignificante o, bien cuando el acto atentatorio proviene de un agente dominante)<sup>270</sup>; sino que también, en ciertos casos, puede llegar a estar viciada (por ejemplo, en aquellas situaciones donde existe un claro ánimo de concertación entre varios agentes económicos que, definitivamente, culmina con la creación de cárteles).

Confiar en la sola iniciativa privada y en la propia naturaleza de las empresas hace que éstas, en última instancia, aspiren a alcanzar una situación “idílica” de no competencia. La experiencia nos demuestra, con más frecuencia de la deseada, que a medida que las empresas se asientan en el mercado son más proclives a asegurarse, ante todo, su rentabilidad y supervivencia; de tal forma que, en paralelo, cabe constatar un notable decaimiento de su ánimo de competir (apreciable a través de comportamientos activos - pactos y alianzas -, o simplemente aprovechándose de ciertas situaciones que contribuyen a su bienestar, pero en claro detrimento de la competencia)<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> HERRERO SUÁREZ, C. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 68-69.

<sup>269</sup> FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 64 y ss.

<sup>270</sup> AREEDA, P. “Introduction to antitrust economics”, en *Antitrust policy in transition: the convergence of law and economics*, ob. cit., págs. 47-51.

<sup>271</sup> BENEYTO, J. M. *Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España*, tomo I, ob. cit., págs. 35-39; STIGLITZ, J. *Economía*, ob. cit., pág. 507.

El mercado, *per se*, con todos sus elementos y actores, aun cuando puede dirigir la correcta senda de desarrollo de la actividad empresarial, es lo cierto que carece de mecanismos de “autotutela” que permitan corregir y reprimir aquellas actuaciones propias de sus operadores que, con el único objetivo de alcanzar resultados favorables para sus particulares intereses, terminan por constituir no solo una vulneración del sistema económico, sino también un atentado contra el resto de intereses públicos y sociales que en él también se desarrollan. De ahí, precisamente, la necesidad de un mandato de intervención pública, guiado por el análisis vertical del art. 38 CE, que deriva en la creación y consolidación del Derecho de la Competencia.

#### **I.4.3.- Libertad de empresa y vinculación de los poderes públicos. Análisis vertical del art. 38 CE**

Como ya se ha anticipado al final del apartado anterior, la ausencia de la capacidad de auto-corrección del mercado trae como consecuencia la necesidad de encomendar a un ente externo la protección de la competencia y la observancia de las normas de juego en esta materia<sup>272</sup>. De hecho, el Estado no solo está habilitado para intervenir en la economía como agente prestatario de bienes y servicios, sino que los poderes públicos también tienen a su cargo el mandato imperativo de preservar el orden económico público, así como el correcto funcionamiento del mercado<sup>273</sup>. Tan es así, que el art. 38 de nuestro texto constitucional de 1978 dispone, a tal efecto, que los poderes públicos deben garantizar el ejercicio de la libre empresa de acuerdo con las exigencias de la economía en general. Este mandato, en todo caso, debe ser interpretado armónicamente con los arts. 128 y 131 CE, de tal forma que viene a implicar, fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial en libre competencia, lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los

---

<sup>272</sup> WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, *ob. cit.*, pág. 24.

<sup>273</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Derecho de la empresa y del mercado*, *ob. cit.*, págs. 67-68; GOIG MARTÍNEZ, J. M. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, *ob. cit.*, pág. 743.

empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de dicha libertad<sup>274</sup>.

En lo que algunos han denominado la “**paradoja de la competencia**”<sup>275</sup>, es posible concluir que la libertad de empresa precisa de un continuo reconocimiento y respaldo por parte de las autoridades públicas que, actuando como garantes, deben permitir que el libre desarrollo de los agentes privados tenga lugar dentro de un correcto marco de competencia económica y en pleno equilibrio con el resto de intereses en juego<sup>276</sup>. La libertad de empresa solo puede garantizarse si existe un marco prohibitivo y se articula toda una serie de medidas de control, pues, caso contrario, esta misma libertad es susceptible de ceder a favor de unos operadores en detrimento de otros<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> ATC núm. 222/2005, de 24 de mayo (RTC 2005/222). En la misma dirección también se ha pronunciado la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 13 de octubre de 2010 (RJ 7250/2010).

<sup>275</sup> BORK, R. H. *Antitrust paradox; a policy at war with itself*, The free press, New York, 1993.

<sup>276</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., págs. 462-463.

<sup>277</sup> Un buen ejemplo de esta necesidad de intervención normativa en el desarrollo de las libertades empresariales puede constatarse, por ejemplo, en la cada vez más extendida tendencia de aquellos propietarios que, dentro de la denominada “economía colaborativa”, y haciendo uso de su libre disposición, han apostado por destinar sus viviendas al alquiler de uso turístico y no al arrendamiento tradicional. El crecimiento exponencial de este modelo de negocio, del que se ha visto acompañado de la subida del precio medio del alquiler en los últimos años, permite cuestionarse si debe respetarse el libre juego del libre mercado o bien es hora de admitir ciertas medidas de intervención en aquellas parcelas donde, a pesar de regir la íntegra voluntad de los interesados, coexisten importantes intereses sociales. La exigencia de compatibilizar la libre disposición de los propietarios (cuyos criterios están presididos por la obtención de máxima rentabilidad económica) con las peticiones de los inquilinos “nativos” (mayor accesibilidad y permanencia), con el interés público afectado (acogimiento social, seguridad ciudadana y bienestar vecinal), así como con los intereses de otros empresarios pertenecientes al mercado del alojamiento (vgr. sector de la hostelería); hace que cada vez esté más en auge las peticiones que exigen una intervención de las Administraciones, si bien no directa (no incidiendo en las facultades más esenciales del sujeto titular como es la disposición de la contraprestación económica), sí de forma proporcional, por ejemplo, adoptando medidas de promoción e incremento del parque de vivienda para que, en aplicación de la propia ley del mercado, se corrijan ciertos desequilibrios. El análisis de los efectos que pudiera llegar a causar el uso de la economía colaborativa en el mercado de los alojamientos turísticos, así como sus externalidades positivas y negativas para el modelo económico, son puestas de relieve por la CNMC en su “*Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. Efectos de los nuevos modelos económicos sobre el mercado y la regulación*”, marzo de 2016, págs. 6-7.

Esta realidad normativa, propia de la competencia, aun cuando comporta una injerencia normativa por parte del Estado, no supone, en ningún caso, un límite para aquellos operadores que ejercitan, correctamente, su iniciativa privada<sup>278</sup> (*de facto*, ello implica una mayor garantía de su derecho, pues obtienen el respaldo legal acerca de su correcto ejercicio); pero sí, por el contrario, supone una pesada carga, absolutamente necesaria, para aquellos otros sujetos que, en el desarrollo de su actividad económica, franquean o superan los límites constitucionales del correcto ejercicio de la libertad de empresa<sup>279</sup>.

De ahí, precisamente, que nuestra Constitución haya encomendado al Estado, mediante sus facultades de intervención, la obligación de preservar el *status quo* del sistema económico<sup>280</sup>. El Estado, en una clara manifestación de “prevención general”, debe hacer uso de su actividad normativa para fijar, *ex ante*, un marco taxativo de aquellas conductas que resulten contrarias o bien causen un grave perjuicio al sistema competitivo. Dicha acción estatal deberá ir acompañada, además, de una importante labor de promoción, de acuerdo con las políticas públicas para fomentar las buenas prácticas empresariales, así como sostener unas mínimas cuotas de competencia. Ahora bien, frente a ese primer nivel de intervención pública, también corresponde a los poderes públicos desarrollar una función “represiva” en relación a aquellos agentes económicos que, fruto de un comportamiento inadecuado, hayan vulnerado el correcto juego del mercado. Esta segunda iniciativa pública, de supervisión y control *ex post facto*, culmina con la persecución y represión, mediante mecanismos coercitivos, de los comportamientos imputables acontecidos en el mercado y que resulten contrarios a la normativa general<sup>281</sup>.

---

<sup>278</sup> ALONSO SOTO, R. “El interés público en la defensa de la competencia”, en *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, *ob. cit.*, pág. 34.

<sup>279</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, *ob. cit.*, págs. 57-58.

<sup>280</sup> VICIANO PASTOR, J. “Intervención pública en la economía y libre competencia”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*, *ob. cit.*, págs. 606 y ss.

<sup>281</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, *ob. cit.*, págs. 466-467.

En esta línea, nuestro sistema jurídico parece partir más bien de un criterio de delimitación negativa, pues permite la realización de cualquier conducta dentro del espacio de intercambio económico (carácter prominente de la libre iniciativa privada), siempre, claro está, que de dicha actuación no se derive o pueda derivarse un atentado para con nuestro sistema económico<sup>282</sup>.

Nuestro legislador ha optado por contemplar, en consecuencia, todo un elenco de conductas que, tras su consumación, suponen un atentado al sistema de libre mercado, con su consiguiente vulneración de la competencia (o bien con el riesgo potencial de hacerlo). En este punto, como se analizará con detalle en los posteriores capítulos de la presente investigación, son de notable trascendencia los comportamientos fijados en los arts. 1 y 2 de la LDC, relativos a conductas colusorias y abuso de posición de dominio, pues éstos enlazan de forma directa con el estudio del ejercicio de las acciones civiles por daños y perjuicios.

Ante el panorama que se acaba de esbozar, resulta obligado señalar que los agentes empresariales se han mostrado especialmente activos para recabar la tutela judicial efectiva ante la más mínima actividad normativa que han estimado lesiva para el desarrollo de su actividad económica, o bien les ha comportado la modificación de alguno de sus elementos, toda vez que dicha intervención suele ser concebida, desde su punto de vista, como una fuente generadora de costes, cuando no de perjuicios (lo que siempre acaba por traducirse en una reducción de la rentabilidad económica).

Esta situación debe ser atendida, precisamente, desde el llamado “análisis vertical” del art. 38 CE, en virtud del cual el foco de atención de la tutela jurisdiccional de la libertad de empresa cabe individualizarlo en las hipotéticas afectaciones que este derecho subjetivo pueda sufrir (restricciones o limitaciones injustificadas y excesivas) por obra de las actuaciones regulatorias de los poderes públicos y, en especial, de aquéllas derivadas de la función

---

<sup>282</sup> ALONSO SOTO, R. “El interés público en la defensa de la competencia”, en *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, ob. cit., págs. 40-41.

normativa del legislador o de la actividad reglamentaria, de índole sectorial, de las diferentes Administraciones<sup>283</sup>. *A sensu contrario*, no son tan habituales los pronunciamientos acerca de las posibles conculcaciones del derecho a la libertad de empresa fundamentados en las conductas o comportamientos de otros operadores jurídicos, pues el desarrollo de este derecho constitucional, desde un análisis horizontal, ha pasado más desapercibido ante posibles afectaciones provenientes de los propios particulares.

#### **I.4.4.- Libertad de empresa y vinculación entre particulares y agentes empresariales. Análisis horizontal del art. 38 CE**

La instauración de nuestro modelo constitucional ha supuesto el reconocimiento expreso de la libre iniciativa privada en cuanto derecho individual extensible a todo operador económico. Sin embargo, la protección individual de dicho derecho subjetivo ha pasado muy desapercibida en los diferentes textos legales, encontrando su respaldo, casi exclusivo, en las instituciones generales del Derecho Civil (vgr. responsabilidad civil extracontractual).

Con todo, en los últimos años, gracias a la influencia del Derecho Comunitario en materia de competencia<sup>284</sup>, sí que es posible apreciar un cierto incremento de la resoluciones judiciales que han entrado a analizar dichas relaciones horizontales, aun cuando lo hagan desde la perspectiva de solventar las consecuencias perjudiciales padecidas por sus titulares (fundamentalmente, la reparación del daño antijurídico derivado de una infracción de la competencia mediante la percepción de una indemnización pecuniaria)<sup>285</sup>.

---

<sup>283</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Comentarios a la Constitución Española*, ob. cit., pág. 983.

<sup>284</sup> WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, ob. cit., págs. 715-719.

<sup>285</sup> PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 161 y ss.



No debe obviarse, en cualquier caso, que la fijación de ciertas limitaciones legales pretende, en verdad, garantizar un pleno y equitativo ejercicio entre todos los derechos individuales que se interrelacionan en el tráfico económico<sup>286</sup>. De hecho, el derecho a la libertad de empresa es un derecho de naturaleza relacional, cuyo ejercicio comporta *per se* la colisión con otros derechos<sup>287</sup>. Ello obedece a que, en un único escenario, concurren una pluralidad de operadores con el objetivo de ser los seleccionados dentro de un determinado sector económico. De esta forma, los engranajes que sostienen el proceso competitivo, junto a alentar la actividad productiva a través del “enfrentamiento tolerado” de derechos e intereses contrapuestos, también garantizan la posibilidad de desplegar esos derechos con las máximas condiciones de equidad, pues todos los operadores contarán con el mismo respaldo y protección normativa con el que hacer frente al éxito de su elección y conforme a sus propios méritos, capacidades y recursos<sup>288</sup>.

Sin embargo, la libertad de empresa no debe interpretarse como la concesión de una especie de “carta blanca” a favor de los agentes económicos para que éstos hagan prevalecer su posición en detrimento de aquella otra que corresponde al resto de operadores económicos. Es necesario definir los **límites al ejercicio de las diferentes libertades empresariales** que pueden coexistir en un mismo mercado. Por ello resulta conveniente, en este punto, proceder a delimitar aquellos comportamientos que, pese a causar ciertos perjuicios a los competidores, quedan resguardados bajo el manto protector del art. 38 CE y, en consecuencia, deben ser asumidos y tolerados por el proceso

---

<sup>286</sup> ALONSO SOTO, R. “Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho Comunitario”, en *Curso de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 273.

<sup>287</sup> GUILLÉN CARAMÉS, J. “La descentralización del Derecho de la Competencia en España”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 777-778; SORIANO GARCÍA, J. E. *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pág. 286.

<sup>288</sup> El ánimo de rivalidad, propio del proceso competitivo, se encuentra reflejado especialmente en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, pues ésta se encarga de fijar toda una serie de conductas prohibidas por atentar contra la buena fe empresarial. Podría decirse, pues, que el legislador ofrece un respaldo a la confrontación económica en la medida en que se ocupa de prohibir los excesos propios de ésta, protegiendo así, por extensión, tanto al resto de operadores económicos, como a los usuarios y consumidores (vid. BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 165-166; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, ob. cit., págs. 57-59).

competitivo<sup>289</sup>; así como aquellos otros que, por el contrario, sí son merecedores de persecución por parte de las autoridades competentes, por

---

<sup>289</sup> Un tema de candente actualidad, que además repercute en la libertad de elección y movilidad de los consumidores, es el referente al sector de servicios de intermediación de transporte (más conocido como la “guerra del taxi”), cuya cuestión de fondo no es otra que definir los límites al ejercicio de las libertades empresariales que se desarrollan entre los diferentes segmentos de un mismo mercado y que aparecen, dadas las características de su ámbito de actividad (alta regulación administrativa vs. reglas del libre mercado), envueltas en una intensa confrontación. El criterio principal seguido por la normativa (Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres) para diferenciar la actividad del taxi de los vehículos VTC (posibilidad de captación directa y espontánea de la clientela), se ha visto recientemente superado con motivo de la transformación tecnológica que ha experimentado, en los últimos años, una pequeña parte del sector del transporte (creación de plataformas digitales e integración en las mismas de sistemas de valoración y de geolocalización). Para una parte del sector, la digitalización, al permitir realizar una gestión más ágil de los servicios, así como reducir los intervalos de tiempo para la captación de clientela, ha supuesto un indiscutible cambio de modelo de negocio con el que incrementar el valor de los servicios percibidos por el cliente final. Esta innovación técnica, sin embargo, ha terminado por ser uno de los factores desencadenantes del conflicto con el resto de operadores del sector que, en cierto modo limitados por la normativa existente, han visto cercenadas sus alternativas para competir. En este estado de cosas, resulta cuestionable el tímido papel al que se han acogido los poderes públicos. La propia Administración General del Estado se ha visto obligada a actuar, y así lo ha hecho a través del polémico Real Decreto-ley 13/2018 de 28 de septiembre, con el que, más que alcanzar un tratamiento armónico de las dos modalidades de transporte – como así consta en su exposición de motivos –, ha apostado por una “huida hacia delante”, pues la norma estatal únicamente se preocupa por regular los trayectos de vehículos VTC de carácter interurbano (cuyo número es muy reducido); mientras los aspectos referentes a recorridos de ámbito urbano son directamente delegados a las CCAA (siendo éste el verdadero *quid* de la cuestión). Desde el plano autonómico la situación tampoco es muy distinta. De una parte, pueden encontrarse aquellas CCAA que han optado todavía por no regular nada al respecto, dada la falta de consenso y la problemática legal, como sucede con la Comunidad de Madrid; como aquellas otras que, aun adoptando un papel más activo, de nuevo, deciden trasladar la presión “aguas abajo” (tal es el caso de Catalunya donde la Generalitat si bien ha optado, con la promulgación del reciente Decreto-ley 4/2019, de 29 de enero, por delimitar las nuevas líneas básicas de regulación para los VTC en trayectos urbanos, lo cierto es que para aquellos aspectos críticos y esenciales, como es la determinación del tiempo de pre-contratación, finalmente ha fijado una regla mínima, cuyo intervalo es susceptible de ser ampliado por la Administración local). En referencia a lo anterior, la CNMC se ha pronunciado en más de una ocasión a favor de la liberalización del sector del transporte como medida de promoción de la competencia, toda vez que ambos operadores desarrollan un servicio idéntico, pero en diferentes sectores de mercado (a este efecto, vid. la *Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. Efectos de los nuevos modelos económicos sobre el mercado y la regulación*, de marzo de 2016, seguido del *Informe económico sobre las restricciones a la competencia incluidas por el Real Decreto 1057/2015 y en la Orden FOM/2799/2015, en materia de vehículos de alquiler con conductor*, de junio del mismo año). Valga decir que el posicionamiento del ente regulador no solo ha ayudado a incrementar la tensión entre los operadores de este mercado, sino que también ha “dinamitado” la propia CNMC al tener que hacer frente, dada la fuerte escisión de criterios por los que atravesaba el organismo, a una dura purga interna, cuyas consecuencias han sido de lo más visibles: primero, la creación de una comisión interna de control a fin de garantizar la libertad de deliberación, hasta conseguir, previa petición de seis de los doce miembros del Consejo, la renuncia del Director y Subdirector del Departamento de Promoción de Competencia (encargados de la elaboración de los dos citados informes), seguida de la posterior dimisión del Presidente del organismo regulador. En este estado de cosas, todo parece indicar que la colusión de derechos entre operadores de servicios de transporte deberá resolverse en la contienda judicial. Nuevamente, corresponderá a los órganos jurisdiccionales ofrecer respuesta a las peticiones suscitadas tanto por parte de los titulares de autorizaciones VTC como de los empresarios del taxi. Respecto de los primeros, les competirá, como así han hecho en

cuanto el operador, en la búsqueda exclusiva de su interés privado, se excede en el ejercicio legítimo de su actuación empresarial y, por ende, causa un perjuicio que, en modo alguno, es admitido por nuestro sistema económico-constitucional<sup>290</sup>.

Toda conducta que resulta contraria a la competencia presupone, a su vez, la previa existencia de un ejercicio exorbitado de la libertad de empresa<sup>291</sup>. Ahora bien, aun cuando el ejercicio abusivo o extralimitado del art. 38 CE también supone la conculcación del correlativo derecho a la libertad de empresa del

---

anteriores ocasiones (véase las modificaciones normativas introducidas en el sector energético, en el sector audiovisual o en la explotación taurina), la labor quirúrgica de determinar el contenido esencial del derecho de libertad de empresa que es desplegado en su actividad, así como dirimir acerca de la proporcionalidad de aquellas limitaciones introducidas por la actividad normativa de los poderes públicos. En cuanto a los segundos, la cuestión de fondo versará sobre el marco normativo actual y si éste realmente les conduce a una situación de desventaja competitiva al impedirles concurrir en similares condiciones que el resto de operadores o, por el contrario, resulta ser una contingencia inherente al desempeño de la actividad profesional, cuyas consecuencias quedan subsumidas dentro del riesgo empresarial propiciado por el avance natural de los mecanismos de libre mercado. Hasta el momento, son varias las resoluciones judiciales que han desestimado las pretensiones del sector del taxi en cuanto a considerar, como prácticas de competencia desleal, la actividad empresarial desempeñada por las compañías VTC. En esta línea de posicionamiento, vid. la SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 14/2019, de 18 de enero (JUR 2019/70150) que confirma el pronunciamiento emitido por el Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid en su Sentencia núm. 159/2017, de 13 de junio (JUR 2017/163178). Más recientemente, el TS ya ha tenido la primera ocasión de pronunciarse acerca de la proporcionalidad de las restricciones introducidas para las autorizaciones VTC. En concreto, ha correspondido a la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en su Sentencia núm. 921/2018, de 4 de junio (RJ 1913/2017) con la que, entrando a resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la CNMC por el que impugnaban las limitaciones, tanto cuantitativas como cualitativas, de las autorizaciones VTC, la Sala finalmente confiere plena validez a sus restricciones –con exclusión, eso sí, de la exigencia relativa al número mínimo de siete vehículos para el ejercicio de la actividad- al considerar que *“los poderes públicos pueden optar entre el modelo vigente de asegurar un servicio de taxi con dichas características (en cuyo caso tal opción puede admitirse como una razón imperiosa de interés general) o bien dejar el transporte urbano sometido exclusivamente a la libre competencia: la opción escogida constituye una decisión de política sobre el transporte urbano cuyo límite está configurado por la necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio de las medidas regulatorias impuestas”*. Por lo que respecta al régimen procesal-laboral derivado de las nuevas plataformas de economía colaborativa vid., por todos, VALLESPÍN PÉREZ, D. *El régimen profesional de los trabajadores autónomos y sus especialidades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 41-50.

<sup>290</sup> NIVARRA, L. *“La tutela civile: profili sostanziali”*, en *Diritto antitrust italiano* (dirigido por A. Frignani), tomo II, Zanichelli Editore, Bologna, 1997, págs. 1449-1461.

<sup>291</sup> ALONSO SOTO, R. *“Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho comunitario”*, en *Curso de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 274; FRIGNANI, A. y WAELBROECK, M. *Disciplina della concorrenza nella CEE*, ob. cit., págs. 265-266; GHIDINI, G. *Slealtà della concorrenza*, CEDAM, Bologna, 1978, págs. 68-69; NIVARRA, L. *“La tutela civile: profili sostanziali”*, en *Diritto antitrust italiano*, tomo II, ob. cit., págs. 1450-1451.

resto de operadores económicos<sup>292</sup>, la verdad es que nuestro sistema constitucional no ha establecido un cauce específico de protección al que pueda acudir el resto de titulares que tuviesen afectados sus derechos individuales (negación de la eficacia horizontal del art. 38 CE entre particulares)<sup>293</sup>. Las consecuencias nocivas que derivan del ejercicio excesivo del art. 38 CE (conductas contrarias a la competencia) deben ser reconducidas, por tanto, de forma directa, a un atentado propio del orden jurídico-económico<sup>294</sup> al constituir un ataque a las premisas del sistema económico, motivo por el cual solo podrán ser depuradas tras la previa constatación de la correspondiente infracción administrativa.

Nuestro legislador ha optado por un sistema en el que coexista la declaración de ilicitud de las conductas contrarias a la competencia y la correspondiente reclamación de responsabilidad civil con la que hacer frente a una eventual condena a la reparación de los daños causados<sup>295</sup>. En este escenario, es necesario tipificar, primero, el ejercicio abusivo de la libertad empresarial, bien mediante la declaración formal de infracción administrativa, con su correspondiente sanción, o bien la mera constatación a modo de presupuesto, por el órgano jurisdiccional competente, para luego generar el título jurídico con

---

<sup>292</sup> FRIGNANI, A. y WAELBROECK, M. *Disciplina della concorrenza nella CEE*, ob. cit., págs. 265-266; GHIDINI, G. *Slealtà della concorrenza*, ob. cit., págs. 68-69.

<sup>293</sup> La STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1136/2007, de 25 de octubre (RJ 2007/8638) se pronuncia expresamente en torno a una posible conculcación horizontal del derecho a la libertad de empresa que tiene lugar entre operadores económicos. En este sentido, pese a no negar la existencia acerca de la causación de un posible perjuicio, lo cierto es que el Alto Tribunal no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión porque advierte que ésta no es la vía procesal establecida por nuestro ordenamiento jurídico: “*el derecho a la libertad de empresa (y con independencia de su valor como ingrediente de otro derecho fundamental, o fundamento de normativa de legalidad ordinaria), no tiene, en la perspectiva que se examina, de garantía constitucional, eficacia horizontal o entre particulares, la que suele expresarse con la expresión alemana Drittwirkung, que en sentido literal significa "eficacia frente a terceros". Y como en el caso lo que se pretende es que la Agrupación de Radio-Taxi de Tarragona, un sujeto particular, adoptó un acuerdo que infringe el derecho constitucional a la libertad de empresa del art. 38 CE es obvio que el planteamiento debe ser desestimado por no ser adecuada la garantía o tutela invocada para fundamentar la pretensión de nulidad ejercitada*”.

<sup>294</sup> GHIDINI, G. *Slealtà della concorrenza*, ob. cit., págs. 68-69.

<sup>295</sup> Un planteamiento similar es recogido, si bien haciendo referencia al sistema protector de la competencia italiana, por NIVARRA, L. “*La tutela civile: profili sostanziali*”, en *Diritto antitrust italiano*, tomo II, ob. cit., págs. 1452 y ss.

el que reparar las consecuencias nocivas derivadas del ejercicio abusivo y no tolerado por el art. 38 CE<sup>296</sup>.

En la práctica económica, como es sabido, son muy frecuentes las situaciones en las que, sin perjuicio de verse afectada gravemente la competencia, también se esconde un uso abusivo del art. 38 CE<sup>297</sup>. Pese a que la casuística en torno a estas dos infracciones es muy variada en cuanto a las formas comisivas y éstas, por extensión, también cambian en función de las características del sector en que el art. 38 CE se desenvuelve (de hecho, ello permite calificar las conductas atentatorias de la competencia como conductas de “medios indeterminados”); lo cierto es que todas terminan por ser reconducibles, según la entidad y gravedad que presenten, a situaciones de restricción, falseamiento, o cuando, no, de eliminación de la competencia<sup>298</sup>. De todas ellas, adquieren un especial protagonismo aquellas en las que todas o algunas empresas competidoras terminan por alcanzar algún tipo de “entente cordiale” (bien de forma explícita o a través de una serie de actuaciones que, tácitamente, permiten deducir la existencia de una cierta “concertación” con el objetivo de dificultar o evitar la entrada en el mercado de un nuevo operador o bien directamente excluirlo)<sup>299</sup>; aquéllas en las que el ánimo de entendimiento entre

---

<sup>296</sup> Al margen de la configuración de nuestro sistema de persecución de conductas anticompetenciales, no han faltado ciertos autores (vid. por todos ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Competencia desleal por infracción de normas*, en Revista de Derecho Mercantil, núm. 202, 1991, págs. 668-670; ALONSO SOTO, R. “*Derecho de la competencia (I). La defensa de la libre competencia en España*” en *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, *ob. cit.*, pág. 269) que también han considerado, como vía alternativa válida para poder reparar los daños ocasionados por aquellas conductas contrarias a la competencia, la figura del abuso de derecho prevista en el art. 7 del Código Civil. De acuerdo con este planteamiento, se presumiría que el ejercicio exorbitado de la libertad empresarial, del cual deriva la infracción de la competencia, es el hecho antijurídico causante del daño. A pesar de vislumbrarse como una vía más ágil y rápida por no necesitar la previa constatación de la infracción administrativa, no ha tenido un amplio respaldo por nuestros tribunales, pues de ser así, supondría dotar de cierta eficacia horizontal a lo dispuesto en el art. 38 CE.

<sup>297</sup> FRIGNANI, A. y WAELBROECK, M. *Disciplina della concorrenza nella CEE*, *ob. cit.*, págs. 60-61.

<sup>298</sup> VELASCO SAN PEDRO, J. L. *Derecho europeo de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 71.

<sup>299</sup> Tales situaciones, denominadas como “*acuerdos o prácticas de boicot*”, son frecuentes en aquellos casos en los que una empresa, ya consolidada en un determinado sector, pretende iniciar una nueva estrategia competitiva de diversificación de producto mediante la entrada en sectores afines o relacionados, circunstancia ésta que conduce a las empresas consolidadas en ese nuevo sector al que pretende acceder a iniciar, ante el temor del éxito que antecede a la

las empresas se dirige al reparto de un territorio, ya sea con el fin de asegurarse un rédito económico estable o, incluso, “asfixiar” a un determinado competidor<sup>300</sup>; o los supuestos en los que cabe apreciar abusos de posición de dominio en los que la extralimitación del art. 38 CE quedaría incluida dentro de los elementos del tipo que, ya de por sí, caracterizan a esta clase de conducta abusiva.

Si se atiende a los elementos constitutivos de las conductas que se acaban de referir en los párrafos precedentes, es posible deducir el **fundamento y naturaleza que albergan estos comportamientos empresariales**. De una parte, los agentes que optan por excederse más allá de lo tolerado en el uso de su derecho de actividad empresarial hasta pervertir la competencia, en realidad esconden razones de permanencia económica, cuando no de comodidad y estabilidad; lo que conduce, de otra, a que, en líneas generales, puedan identificarse las conductas atentatorias de la competencia con comportamientos de carácter ofensivo, en tanto que éstas son adoptadas por

---

“empresa intrusa” por su poder de marca y buen posicionamiento, una serie de tácticas ofensivas que resultan totalmente desmesuradas en proporción al grado de tensión admitido en un sistema competitivo; además de encubrir, a su vez, un uso excesivo de su derecho de dirección empresarial y generar una vulneración del art. 38 CE para esta última empresa, la cual experimentará un cierre de mercado o bien deberá hacer frente a unas barreras de entrada del todo ajenas al funcionamiento ordinario del mercado. Para un mayor detalle acerca de las diferentes estrategias de disuasión existentes, véanse: BEGG, D. *et alii*, *Economía*, *ob. cit.*, págs. 162-164; y STIGLITZ, J. *Economía*, *ob. cit.*, págs. 459-461.

<sup>300</sup> En este escenario, el resto de competidores que permanecen al margen del acuerdo, o bien son directamente el objetivo de éste, ven vulnerado su derecho a la libre iniciativa empresarial, pues sufrirán serias dificultades para poder operar en un determinado territorio o, en su defecto, para poder actuar en dicha zona deberán hacer frente a un mayor coste económico que el de las “empresas transgresoras”, lo cual los termina por situar en una situación de clara desventaja en el mercado a causa de factores ajenos y arbitrarios. Sobre este particular, pueden servir de ejemplo las resoluciones del TDC de 4 de julio de 1996 (núm. expte. 366/1995) y de 28 de diciembre de 2006 (expte. 608/2006), citadas por BARRANTES, B. *Comentarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, en *Derecho español de la Competencia: comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002, ob. cit.*, pág. 49. Con mayor actualidad, puede también consultarse la resolución de la CNC de 18 de junio de 2014 (expte. 0469/13 Fabricantes de papel y cartón ondulado), la cual ha sido parcialmente modificada en sede de casación por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 692/2017, de 20 de abril (RJ 2017/1833), así como la resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2016 (expte. 0555/15 Prosegur-Loomis) relativo al cártel de transporte, recaudación y manipulación de fondos.

las empresas para mantener su *status quo* dentro del sector en el que operan<sup>301</sup>.

Con frecuencia las infracciones concurrenciales enmascaran aquellas aspiraciones más elementales y comúnmente compartidas por la mayoría de organizaciones empresariales: la adquisición de una posición prevalente en el mercado que, alejada de todo riesgo e incertidumbre económica, garantice una situación de rédito económico o de “renta monopolística”<sup>302</sup>. Ello, sin embargo, no debe conducirnos a identificar toda anomalía concurrencial con una conducta proactiva capaz de reportar a la empresa una situación de ventaja, pues también son constatables situaciones en las que el problema deriva de la otra cara de la moneda, esto es, de la existencia de perturbaciones causadas, previamente, por otros competidores<sup>303</sup>.

Como bien ha señalado FONT GALÁN los agentes económicos también pueden incurrir en extralimitaciones en el ejercicio de su libertad de empresa por razones meramente reactivas<sup>304</sup>. Las conductas contrarias a la competencia no tienen siempre que suponer la persecución de un mayor ánimo de lucro, ni tan siquiera la obtención de una fuente de ventaja, sino que los operadores económicos también pueden adoptarlas, en ocasiones, como mecanismos de defensa. Estas situaciones podrían reconducirse, muy gráficamente, a una suerte de “legítima defensa” apreciable en el ámbito mercantil y que, por supuesto, no constituye causa alguna de exclusión de la antijuridicidad concurrencial, pues en estos casos los operadores económicos se aferrarían, haciendo uso de sus propios recursos, a ciertas medidas

---

<sup>301</sup> BENEYTO, J. M. *Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España*, tomo I, *ob. cit.*, págs. 468-470; FONT GALÁN, J. I. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, *ob. cit.*, pág. 66.

<sup>302</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, *ob. cit.*, pág. 58.

<sup>303</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, *ob. cit.*, pág. 468.

<sup>304</sup> FONT GALÁN, J. I. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, *ob. cit.*, pág. 66.

correctoras con las que combatir, pese a ser también contrarias a la legalidad, actuaciones, de igual modo ilícitas, de otros empresarios<sup>305</sup>.

Llegados a este punto, previa toma en consideración de estos comportamientos tanto “ofensivos” como “defensivos”, es oportuno poner de manifiesto, pues ello será de vital importancia en orden a examinar, en posteriores apartados y capítulos, la tutela del derecho de la competencia; cuatro importantes conclusiones: la primera, la importancia de mantener unos adecuados niveles de competencia mediante el ejercicio coordinado, tanto de las funciones de policía y persecución, como de aquellas otras de fomento e implementación de buenas prácticas profesionales, pues un mercado que goza de buena salud y mecanismos eficaces de control y sanción, no solo presenta un menor índice de anomalías (no tendrían cabida las actuaciones ilícitas de carácter reactivo), sino que también puede llegar a generar un efecto represor, por la vía de la prevención general, en tanto que los operadores económicos, leales al sistema y motivados por la confianza en el poder de corrección del Estado, podrán advertir, por su posición privilegiada, los primeros síntomas de alerta a las autoridades de competencia; la segunda, que todo mercado con un elevado índice de conductas patológicas o, en su caso, privado de eficaces mecanismos de corrección, presenta el riesgo de que dichas conductas terminen por causar, ni siquiera como respuesta, la propagación de nuevas conductas irregulares (círculo de retroalimentación), máxime si tenemos

---

<sup>305</sup> FRIGNANI, A. y WAELBROECK, M. *Disciplina della concorrenza nella CEE*, ob. cit., págs. 115-117; SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, ob. cit., págs. 183-184. En esta línea, la existencia de conductas desleales por parte de un empresario como, por ejemplo, el uso de publicidad abusiva para aumentar la captación de clientela. La transgresión del buen hacer exigible en el tráfico empresarial, bien puede motivar que el resto de empresas de un sector acuerden, según su grado de compromiso y motivación, un falseamiento de la competencia con el que hacer frente a lo que en su momento constituyó la vulneración inicial. Algo similar puede suceder de forma inversa, es decir, cuando tras una conducta contraria a la competencia, aquellas empresas que resultan perjudicadas, bien por quedar excluidas de la conducta concurrencial, o bien porque han decidido no intervenir de acuerdo a sus directrices y política corporativa, pueden verse abocadas, en último término, a adoptar, en cuanto medidas de efecto inmediato, un elenco de prácticas empresariales que sean susceptibles de incurrir en competencia desleal, a pesar de perseguir, con ellas, el aseguramiento de su supervivencia en el mercado. Respecto a los requisitos que resultan exigibles a las conductas desleales para ser también contrarias a la competencia, así como la problemática que se ha suscitado en su aplicación judicial, vid., MONTAÑA, M. “Comentario al artículo 3 de la Ley de Defensa de la competencia 15/2007”, en *Derecho español de la Competencia: comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*, ob. cit., págs. 203-217.



presente la estrecha conexión entre el Derecho de la Competencia y la Competencia Desleal<sup>306</sup>; la tercera, el funcionamiento eficiente del mercado reduce, sustancialmente, el riesgo de producirse alteraciones de la competencia (en especial, las de corte defensivo), a la par que fortalece los mecanismos de persecución pública e incrementa el grado de concienciación de las empresas para no tolerar las conductas torticeras de sus competidoras; y la cuarta, que en todas las infracciones relativas a la competencia cabe individualizar un elenco de empresas, cuando no de particulares, que, por su particular posición en el mercado, sufrirán la afectación directa en cuanto a su ejercicio del art. 38 CE o bien una conculcación a sus legítimos intereses.

#### **I.5.- La controvertida traslación del *public enforcement versus private enforcement* en el Derecho Procesal. La configuración de un sistema “dual” de tutela de la competencia**

En la mayoría de ordenamientos jurídicos, donde la competencia es contemplada como un valor económico merecedor de reconocimiento y protección jurídica, toda ofensa contra ese mismo bien suele representar un doble incumplimiento para su autor. De una parte, constituye un ataque directo al orden público económico, al vulnerarse la dinámica competitiva que requiere todo espacio de intercambio que se repute libre y equitativo. De otra, la mayoría de comportamientos anticompetitivos también suelen ocasionar, con frecuencia, una lesión a los derechos empresariales e intereses económicos del resto de participantes en el mercado.

Tan es así, que preservar un espacio económico con unos adecuados niveles de competencia constituye un factor imprescindible para poder dar cumplimiento al mandato constitucional del art. 38 CE. Sin embargo, la dualidad de intereses público-privados que dimana de las normas protectoras

---

<sup>306</sup> BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 165-166; y FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., pág. 468; URÍA, R. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 275-277.

de la competencia<sup>307</sup>, a lo que debe además añadirse la pluralidad de objetivos que tales normas persiguen (fundamentalmente en sus preceptos se congenian un fin preventivo y represor, así como otros de orden compensatorio o correctivo)<sup>308</sup>, encuentran también su reflejo, como no podía ser de otro modo, en el entramado de principios, procedimientos y autoridades encargadas de velar por la realización efectiva de la normativa anticoncurrencial<sup>309</sup>. Por consiguiente, cualquier sistema de defensa de la competencia que pretenda hacer frente con una mínima solvencia a las alteraciones suscitadas dentro del tráfico económico, deberá estructurarse tomando en consideración el componente híbrido que caracteriza esta tipología de atentados jurídico-económicos<sup>310</sup>.

Los ilícitos concurrenciales, con todo acierto lingüístico, han sido considerados fenómenos poliédricos<sup>311</sup>, multifacéticos<sup>312</sup> o, más técnicamente, acontecimientos de carácter híbrido<sup>313</sup>. Ante el ejercicio extralimitado del art. 38 CE por parte de un operador económico, puede apreciarse, además de la conculcación general del propio sistema económico, en caso de presentar la

---

<sup>307</sup> CALVO CARAVACA, L. A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 10, núm. 2, 2018, pág. 9; FONT RIBAS, A. y GUAL DALMAU, M. A. "Teoría y práctica de la conducta culpable en el ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios por infracción de normas del ordenamiento de la competencia", en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012, pág. 134.

<sup>308</sup> WILS, W. P. *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*, en *World Competition Law and Economics Review*, vol. 32, núm. 1, 2009, págs. 16 y ss.

<sup>309</sup> CENGIZ, F. *Legitimacy and multi-level governance in European Union competition law: a deliberative discursive approach*, en *JCMS: Journal of Common Market Studies*, vol. 54, núm. 4, 2016, págs. 828-829.

<sup>310</sup> BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, *ob. cit.*, págs. 11 y ss.

<sup>311</sup> BARKER, K. "Private law, key encounters with public law", en *Private law, key encounters with public law* (dirigido por Barker K. y Jensen D.), Cambridge University Press, London, 2013, pág. 19.

<sup>312</sup> KAPLOW, L. *On the relevance market power*, en *Harvard Law Review*, vol. 130, núm. 5, 2017, pág. 1381.

<sup>313</sup> LOPATKE, J. y PAGE, W. *State action and the meaning of agreement under Sherman Act: an approach to hybrid restraints*, en *Yale Journal on Regulation*, núm. 20, 2003, pág. 271.

conducta una entidad y alcance suficiente (afectación del interés público), una diversidad de efectos negativos en la esfera privada de aquellos sujetos que, de un modo u otro, participan en el mercado<sup>314</sup>. La comisión de este tipo de actuaciones no solo atenta a la competencia, entendida como valor jurídico supraindividual, sino que también afecta al correcto desempeño de la actividad empresarial que la hace posible (tanto en la esfera del propio sujeto que efectúa el comportamiento infractor como del resto de operadores); lo que conduce a afirmar que la vulneración de la normativa de defensa de la competencia, además de infringir el orden económico, también puede cercenar los diferentes derechos subjetivos que dentro de él se desenvuelven<sup>315</sup>.

Nada obsta para afirmar que las actuaciones falsarias de la competencia suponen un atentado directo contra las premisas del sistema económico constitucional, pues introducen comportamientos contrarios al marco general de principios y valores dentro de los que deben desarrollarse las prácticas y operaciones comerciales (intereses de trascendencia pública)<sup>316</sup>. Ahora bien, es posible apreciar que el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de empresa, sobre el que descansan las infracciones a la libre competencia, también es susceptible de atentar, con carácter general, contra toda un serie de operadores económicos que, en atención a la particular posición que ocupan respecto a la conducta infractora, resultan directamente afectados mediante la conculcación de sus derechos individuales y que, además, en la mayoría de casos, terminan por causarles un daño o perjuicio económico<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> BERENGUER FUSTER, L. "La aplicación privada del Derecho de la Competencia", en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 51.

<sup>315</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., págs. 470 y ss.

<sup>316</sup> BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, ob. cit., págs. 16 y ss.; PASCUAL Y VICENTE, J. *Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia*, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 224, 2003, págs. 10-31; TORRE SUSTAETA, M. V. *Private enforcement en Derecho de la Competencia: ¿mito o realidad?*, ob. cit., págs. 86-87.

<sup>317</sup> GARRIDO PÉREZ, P. M. "El sistema passing-on: el ejercicio de acción y defensa procesal", en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., págs. 62-64.

Junto a todo lo anterior, también puede entrar en juego una segunda categoría de intereses a identificar con aquellos sujetos que, pese a no padecer una afectación concreta de sus derechos subjetivos (bien porque el desarrollo de su derecho a la libertad de empresa tiene lugar en un nivel distinto y más desplazado del foco en el que se ha producido la afectación, o bien porque acuden al mercado desde una posición que no les hace requerir del ejercicio de ningún derecho empresarial –así sucede con los consumidores persona física u operadores económicos que pretenden abastecerse sin integrar tal adquisición en su cadena productiva–), es lo cierto que también experimentan un perjuicio económico derivado de la conculcación de sus legítimos intereses<sup>318</sup>.

Por lo que se refiere a esta última vertiente individual o privada de la competencia, es posible identificar, en atención a la naturaleza del objeto que resulta vulnerado, **dos grandes categorías de afectados**<sup>319</sup>: por un lado,

---

<sup>318</sup> BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil, ob. cit.*, pág. 194. Desde una visión más genérica en torno a los intereses legítimos de los consumidores, vid. SEOANE SPIEGELBERG, J. L. “La tutela procesal de consumidores y usuarios”, en *Hacia un código del consumidor, ob. cit.*, págs. 44-46. Para un mayor tratamiento y diferenciación conceptual acerca de los derechos subjetivos e intereses legítimos en materia de consumo puede consultarse la obra de DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios, ob. cit.*, págs. 29 y ss. Para un análisis exhaustivo de la protección de los consumidores frente a los monopolios empresariales, especialmente en el sector bancario o de las telecomunicaciones, véase, por todos: VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

<sup>319</sup> La diferenciación entre los sujetos afectados por la primera y segunda categoría de intereses viene marcada en función de aquello que resulta afectado por la alteración de la competencia. Los sujetos que se integran en la primera categoría mantienen una afectación más directa respecto a la infracción al ver conculcado, de forma correlativa, su derecho de iniciativa empresarial, pues el ejercicio abusivo que padecen les impide desarrollar plenamente alguna de las facultades que integran el contenido esencial del art. 38 CE. Por el contrario, los agentes situados alrededor de la segunda categoría de intereses experimentan un perjuicio económico dentro de sus intereses legítimos, pero sin que ello suponga una afectación en orden al desarrollo de alguno de sus derechos subjetivos. En términos económicos, dicha distinción puede corresponderse con aquella que, a su vez, diferencia entre compradores directos (aquellos agentes empresariales que, abasteciéndose de otro operador, se sitúan en el siguiente nivel de la cadena de distribución en el que se ha producido la infracción y, en consecuencia, presentan una lesión directa de sus derechos subjetivos) y compradores indirectos. Mientras que resulta claro que los adquirentes finales, en caso de padecer un perjuicio económico, éste conculcará sus intereses legítimos, pero no afectará a sus derechos individuales; más discutible es determinar, por el contrario, si los compradores indirectos situados en los niveles intermedios de la cadena distributiva sufrirán una lesión en sus derechos subjetivos empresariales, una afectación a sus intereses legítimos, o bien, ni siquiera padecerán una vulneración, pues la causación del perjuicio puede quedar integrada dentro de la esfera de su propio poder de dirección empresarial.

aquellos sujetos que verán lesionados sus derechos subjetivos<sup>320</sup> y que, como regla general, se corresponderán con los agentes empresariales que ejercitan sus derechos en el tráfico empresarial en colisión con el ejercicio abusivo del infractor (vulneración del art. 38 CE en su esfera particular)<sup>321</sup>; y, por otro, los sujetos que, en cuanto receptores del ejercicio abusivo de otro operador, experimentan como carga que no tienen el deber de soportar, un perjuicio económico<sup>322</sup> (generalmente, la pérdida de una oportunidad de compra o la asunción de un sobrecoste producido por el incremento arbitrario de precios o bien por la reducción de la producción)<sup>323</sup>.

Por otra parte, la diversidad de intereses público-privados que concurren en la mayoría de atentados a la competencia, permite, en función del ámbito que en cada caso sea merecedor de tutela, individualizar dos parcelas distintas de actuación<sup>324</sup> que, aun gozando de autonomía conceptual y funcional, lo cierto

---

<sup>320</sup> FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, ob. cit., pág. 469.

<sup>321</sup> FRIGNANI, A. y WAELBROECK, M. *Disciplina della concorrenza nella CEE*, ob. cit., págs. 115-117.

<sup>322</sup> GARRIDO PÉREZ, P. M. "El sistema *passing-on*: el ejercicio de acción y defensa procesal", en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., págs. 76-78.

<sup>323</sup> NIVARRA, L. "La tutela civile: profili sostanziali", en *Diritto antitrust italiano*, tomo II, ob. cit., págs. 1456-1457; PARDO NÚÑEZ, C. "Los daños del Cártel: un caso de solidaridad impropia", en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 33-34. Por lo que respecta a la legitimación, la normativa protectora de la competencia no exige la lesión de un derecho subjetivo para constatar la existencia de un perjuicio económico, pudiéndose fundamentar la reparación del daño, si así corresponde, en la afectación de intereses legítimos (pues, en caso contrario, ciertas categorías de afectados, como pudieran ser los adquirentes finales o los compradores indirectos, verían muy reducidas sus posibilidades de resarcimiento). No obstante, sí resulta trascendente tener en consideración los diferentes grupos de afectados a los efectos de concretar aquello que puede ser objeto de "perjuicio económico" y, por lo tanto, resarcible. Así, el contenido de la pretensión indemnizatoria de las acciones de daños quedará delimitado en función de la tipología de perjudicado: desde el supuesto arquetípico de reclamación en manos del comprador directo (reparación civil por haber adquirido un producto o servicio a un precio mayor que el derivado de las reglas de libre mercado), hasta poder extender su cobertura a otros ámbitos de responsabilidad como pudiera ser la transmisión del sobrecoste a los adquirentes intermedios, o incluso cubrir las pérdidas de oportunidad ocasionadas a los compradores indirectos como a los compradores finales (quienes acaban por transferir una mayor parte de su riqueza a los operadores económicos para proveerse de un bien o servicio). Sobre la complejidad acerca de la pluralidad de sujetos y su legitimación en las acciones de reclamación por daños y perjuicios, vid. *infra* Cap. IV.2.2.

<sup>324</sup> Sobre los diferentes mecanismos de coerción previstos en nuestro sistema para reinstaurar la legalidad alterada por las conductas concurrenciales, así como cuál es el papel que debiera

es que se encuentran estrechamente relacionadas entre sí. Los dos ámbitos bajo los que parece haberse reagrupado la aplicación del Derecho de la Competencia han sido tradicionalmente recogidos bajo la denominación de *public enforcement* y *private enforcement*<sup>325</sup>.

Esta distinción conceptual encuentra su punto de partida en el Derecho *Antitrust* norteamericano en el que, a raíz de cuestionarse el grado de viabilidad y eficiencia de los poderes públicos en la aplicación de las normas de defensa de la competencia, la doctrina acabó por diferenciar dos grandes y tradicionales direcciones a través de las cuales puede materializarse la persecución de las conductas anticompetitivas: bien mediante un sistema de ***public enforcement***, donde la respuesta a los atentados de la competencia queda estructurada desde un plano vertical en el que el poder público, encabezado por un órgano judicial u otro de orden gubernativo, especializado o no, es investido de capacidad para investigar, procesar y finalmente sancionar las conductas de los agentes (privados o incluso públicos) que distorsionan la operatividad del mercado; o bien a través del ***private enforcement***, donde las tareas de investigación y represión de las actuaciones falsarias de la competencia corren a cargo de la iniciativa de los particulares. Son éstos los que, motivados por lograr su propia satisfacción, y desde una perspectiva horizontal marcada por las relaciones entre iguales, se encargan de promover la actividad de los órganos judiciales con el fin de alcanzar, en primer orden, la restitución del *status quo* alterado en su esfera particular (reparación de los hechos lesivos) y, en menor medida, la reposición del interés público gracias al restablecimiento de la competencia en el mercado<sup>326</sup>.

---

corresponderles en relación con la tutela privada del Derecho de la Competencia, véase, por todos, MARCOS FERNÁNDEZ, F. *Remedios y obligaciones impuestos por las autoridades de defensa de la competencia*, en Cuadernos de Derecho Transnacional, núm. 1, 2018, págs. 331-371.

<sup>325</sup> WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, *ob. cit.*, pág. 306.

<sup>326</sup> A simple título enunciativo, sin perjuicio del detalle de referencias bibliográficas sobre este particular recogidas en el siguiente capítulo de este trabajo de investigación (vid. *infra* Cap. II), véanse, por todos, BAXTER, W. *Separation of powers, prosecutorial discretion, and the "common law" nature of Antitrust law*, en *Texas Law Review*, vol. 60, 1981, págs. 682-683; CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and Antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 412 y ss.; HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 355 y ss.; POSNER, R. *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001, 2ª ed., págs. 278 y ss.

En la actualidad, y atendiendo a la diversidad de intereses y objetivos que confluyen dentro del Derecho de la competencia, es frecuente que la mayoría de los sistemas de competencia se estructuren a través de un **modelo de enjuiciamiento mixto o dual** en el que se encomiende el deber de velar por el correcto juego de la competencia a instituciones públicas, pero, reconociendo a su vez, el derecho de acción privada (eso sí, en proporción a la tradición y especificidades que resulten propias de cada sistema de protección anticoncurrencial)<sup>327</sup>.

Ahora bien, la articulación de todo el entramado protector de la competencia permite la creación de múltiples y variados modelos en los que entran en juego, además de los intereses y objetivos, toda una serie de factores que acaban por dotar de singularidad a cada uno de los diferentes sistemas normativos<sup>328</sup>. Por lo que respecta al enjuiciamiento del Derecho de la Competencia desde el *public enforcement*, es posible diferenciar, en función del número de organismos públicos a los que se les reconocen competencias de persecución y sanción, dos modelos distintos: los de agencia múltiple, donde la competencia para supervisar las conductas empresariales es encomendada a una pluralidad de organismos públicos, bien judiciales o administrativos, pero independientes entre sí; y aquellos otros modelos de agencia única o integrada, caracterizados por el hecho que las funciones de tutela y supervisión quedan concentradas en una única autoridad gubernativa o judicial<sup>329</sup>.

Sin embargo, la estructura institucional que conforma el *public enforcement* debe acabar de complementarse con el desarrollo y requisitos que cada modelo de competencia contempla para el ejercicio de acciones judiciales a

---

<sup>327</sup> KOVACIC, W. E. "Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?", en *Bates White Fifth Annual Antitrust Conference*, IESE, Barcelona, 2008, págs. 4-5.

<sup>328</sup> CENGIZ, F. *Legitimacy and multi-level governance in European Union competition law: a deliberative discursive approach*, *ob. cit.*, págs. 838 y ss.

<sup>329</sup> Para un estudio en torno a la pluralidad de variables sobre las que pueden estructurarse los diferentes sistemas protectores de la competencia, vid., por todos, VEDIA JEREZ, H. *Competition law enforcement and compliance across the world: a comparative review*, Kluwer Law International, Alphen, 2015, págs. 85 y ss.

cargo de sujetos y entidades privadas. En consecuencia, las autoridades públicas, ya estén organizadas en una única agencia como en una diversidad de ellas, presentarán un ámbito distinto de intervención no solo en función del alcance que presente la aplicación pública (reservando las funciones de instrucción, enjuiciamiento o resolución, más característico de los modelos de agencia múltiple, o bien concentrando todas esas funciones en un único organismo como suelen presentar los modelos de agencia integrada), sino también en función del grado de desarrollo que presente la iniciativa privada dentro de cada sistema<sup>330</sup>.

Junto a la diversidad de agentes a los que se les puede encomendar la puesta en práctica de las normas de defensa de la competencia, así como de las funciones que cada uno de ellos puede tener reconocidas, deben tenerse en cuenta también los **cauces jurídicos a través de los cuales se reprimirán las conductas y depurarán responsabilidades**, siendo estas últimas en su mayoría de naturaleza civil. Si bien en los modelos de agencia centralizada, por su propia naturaleza, la actividad desarrollada bajo el *public enforcement* es recogida en una única vía procedimental de carácter administrativo o penal (salvo que, en situaciones excepcionales, se opte por establecer distintos niveles de respuesta según la tipología o gravedad de la conducta anticompetitiva); en los modelos bifurcados o con pluralidad de agentes, por el contrario, cabe la posibilidad de que cada uno de los organismos legitimados en la persecución de las conductas *antitrust* desarrolle sus competencias a través de diferentes tipos de procedimientos de naturaleza civil, administrativa, o incluso, penal)<sup>331</sup>.

El análisis de cualquier sistema de competencia exige tener en cuenta, más allá de la inevitable división y reparto de funciones entre el ámbito público y privado, los diferentes parámetros que configuran cada una de las dos

---

<sup>330</sup> CENGIZ, F. *Antitrust federalism in the EU and the US*, Routledge, New York, 2013, págs. 39 y ss.

<sup>331</sup> BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, ob. cit., pág. 23; VEDIA JEREZ, H. *Competition law enforcement and compliance across the world: a comparative review*, ob. cit., pág. 87.



esferas<sup>332</sup>. En este sentido, tendrán especial relevancia aspectos tales como el número y naturaleza de los sujetos legitimados (pudiendo atribuir la legitimación solo a los organismos públicos o, por el contrario, reconocer diferentes derechos de acción a una o varias categorías de individuos, con la posibilidad de establecer mecanismos procesales que permitan la cesión o representación colectiva de los derechos de acción)<sup>333</sup>; los diferentes cauces procedimentales, en función del ámbito público o privado desde el que se lleva a cabo el enjuiciamiento; y el ámbito objetivo de actuación que puede encomendarse a cada organismo (pudiendo quedar limitado según la tipología de la conducta o de la pretensión de la acción que se interponga)<sup>334</sup>.

Centrando nuestro análisis en el escenario europeo, debe subrayarse que la práctica totalidad del aparato represivo del sistema de protección de la competencia comunitario ha sido construido desde la perspectiva del *public enforcement*. Fruto del escaso protagonismo que hasta el momento ha tenido en Europa la intervención de los particulares en las labores de represión de las conductas anticompetitivas (función esta relegada casi en su totalidad a los organismos públicos)<sup>335</sup>, la línea divisoria entre el *public* y el *private enforcement* se ha trazado en atención al bien jurídico que resulta de protección.

En consecuencia, el sistema comunitario de competencia ha acabado por identificar el *public enforcement* con la correspondiente aplicación de las normas de defensa de la competencia a cargo de las autoridades administrativas especializadas (o en su caso, a favor de la figura del acusador público, de estar las conductas anticompetitivas tipificadas como ilícitos

---

<sup>332</sup> KOVACIC, W. E. “*Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?*”, *ob. cit.*, págs. 21-22.

<sup>333</sup> HOVENKAMP, H. *The rule of reason*, en *Florida Law Review*, vol. 70, núm. 17, 2018, pág. 162; MAY, J. *Antitrust in the formative era: political theory in constitutional and antitrust analysis*, en *Ohio State Law Journal*, núm. 257, 1989, pág. 311.

<sup>334</sup> BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, *ob. cit.*, págs. 12-13.

<sup>335</sup> TORRE SUSTAETA, M. V. *El derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial a la administrativa*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 16, 2015, pág. 6.

penales); mientras que el *private enforcement*, por su parte, viene referido a la articulación de las normas de defensa de la competencia ante las autoridades judiciales, a los efectos de que éstas declaren las consecuencias civiles derivadas de aquellas actuaciones anticompetitivas una vez hayan sido sancionadas, con anterioridad, por parte de las autoridades públicas, o bien tras ser apreciadas como tales por la autoridad judicial que está conociendo del proceso. En puridad, bien puede advertirse como el *private enforcement* en el ámbito europeo no entra propiamente en el análisis de la anticompetitividad de las conductas, salvo en los casos excepcionales en los que la constatación de tales elementos constituya un presupuesto procesal ineludible para que el órgano jurisdiccional pueda declarar la responsabilidad civil.

Atendiendo al ámbito objetivo que comprende la aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia, los intereses que resultan protegidos por el *public enforcement*, pese a estar estrechamente conectados, son distintos de los que constituyen el objeto de protección del *private enforcement*. A la aplicación pública del Derecho de la Competencia le corresponderá velar por la salvaguarda del sistema económico, motivo éste por el que se impondrá a las conductas falsarias el correspondiente correctivo, en su mayoría de naturaleza pecuniaria, por parte de la autoridad pública competente<sup>336</sup>. Por el contrario, la aplicación privada del Derecho de la Competencia solo podrá tener lugar en sede judicial, quedando reservada al ejercicio de acciones jurisdiccionales en manos de los particulares afectados con las que pretenden la protección del resto de intereses legítimos que también han resultado vulnerados por la actuación anticompetencial y que no son atendidos, ni pueden ser reparados, en sede de aplicación pública<sup>337</sup>.

---

<sup>336</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, D. “La aplicación pública del derecho de la competencia”, en *Manual práctico de derecho de la competencia* (coordinado por Carbajo Cascón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 255 y ss.

<sup>337</sup> BENEYTO, J. M. *Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España*, tomo I, ob. cit., págs. 62-65; GARRIDO PÉREZ, P. M. *El sistema passing-on: el ejercicio de acción y defensa procesal*, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., pág. 46; HERNÁNDEZ BATALLER, B. “El derecho al pleno resarcimiento en la Directiva 2014/104/UE”, en *Derecho europeo de la competencia: proyecto europeo* (dirigido por Ruíz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 175 y ss.; MARCOS FERNÁNDEZ, F. *La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles*, en ICE: Revista de economía, núm. 876, 2014, págs. 91-104; SANCHO

Este modelo europeo basado en la distinción del interés que es objeto de protección (restitución del correcto funcionamiento del sistema económico a través de la aplicación pública, y reparación de los daños y demás consecuencias negativas de carácter individual por medio de la aplicación privada), ha sido también trasladado, como no podía ser de otro modo, a nuestro ordenamiento jurídico interno, el cual ha venido a configurar un sistema que bien podría denominarse de protección dual al enlazarse las dos esferas de protección antes referidas.

Ahora bien, por más que el elemento diferenciador entre uno y otro campo de aplicación sea la naturaleza pública o privada de las consecuencias producidas por el ilícito concurrencial (en cierta medida dicha distinción también resultará coincidente con la individualización subjetiva antes apuntada, que resulta más propia del sistema estadounidense); es evidente que el contenido que adquiere cada una de las dos esferas del Derecho de la Competencia difiere sustancialmente en función del continente desde el que son atendidas. Mientras que en el sistema competencial americano la mayoría de los ilícitos concurrenciales son descubiertos gracias al ejercicio de acciones civiles interpuestas por los competidores perjudicados, en la Unión Europea no existe una plena equiparación de funciones entre la aplicación pública y la privada, pues se parte de un modelo tradicional en el que la investigación y sanción es efectuada por la autoridad pública competente, mientras que se relega a los particulares, mediante el ejercicio de acciones individuales, la posterior reparación civil ante las autoridades judiciales.

Si bien lo habitual será que ambas esferas se desarrollen de forma escalonada (con carácter general, primero tendrá lugar la “aplicación pública” del Derecho de la Competencia por parte de la autoridad administrativa especializada y, a continuación, tras la previa constatación de la conducta infractora y su consiguiente depuración de responsabilidad en vía administrativa, se

---

GARGALLO, I. “El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 107-108; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 80.

desarrollará la “aplicación privada”, ahora ya en sede jurisdiccional, entre los particulares perjudicados y aquellos sujetos que hayan sido declarados infractores<sup>338</sup>); es lo cierto que también es posible que el sistema se desenvuelva a partir de la tramitación conjunta de ambas vías de protección (coexistencia de un proceso judicial civil de reclamación de daños con un proceso administrativo sancionador en materia de competencia)<sup>339</sup>. No obstante, este último escenario puede plantear serios inconvenientes de conexión, litispendencia o incluso abocar a un conflicto de competencia entre distintos órdenes jurisdiccionales<sup>340</sup>.

A pesar de coexistir ambas modalidades de aplicación, con más frecuencia de la deseada se ha sometido la aplicación pública y la privada a un continuo enfrentamiento, cuya cuestión de fondo no es otra que determinar, desde un punto de vista estrictamente económico, cuál de las dos modalidades de persecución es capaz de alcanzar un estado de disuasión óptimo<sup>341</sup> y una mayor tasa de detección de nuevas conductas anticompetitivas<sup>342</sup>. Si bien todavía existen férreos partidarios a favor de uno u otro sistema<sup>343</sup>, lo cierto es

---

<sup>338</sup> BERENGUER FUSTER, L. “La aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 51.

<sup>339</sup> Vid. *infra* Cap. IV.3.4.

<sup>340</sup> Éste es, precisamente, uno de aquellos aspectos que al hilo de la actual normativa presenta mayores inconvenientes en sede de *private enforcement* y, más en particular, en orden a la reparación del daño (BERENGUER FUSTER, L. “La aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 59).

<sup>341</sup> LANDES, W. *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, ob. cit., págs. 672-678.

<sup>342</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and Antitrust law*, ob. cit., págs. 379-381; PARDO NÚÑEZ, C. “Los daños del Cártel: un caso de solidaridad impropia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 43.

<sup>343</sup> Entre los críticos que seriamente han cuestionado la eficiencia de las acciones privadas se encuentran AUSTIN, A. D. *Negative effects of treble damage actions: reflections on the new antitrust strategy*, en *Reprints Antitrust Law & Economics*, vol. 26, núm. 117, 1996, págs. 1353 y ss.; BREIT, W. y ELZINGA, K. *The antitrust penalties: a study in law and economics*, AEI Press, Washington, 1986, págs. 21 y ss.; POLINSKY, M. A. *Private versus public enforcement of fines*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, núm. 1, 1980, págs. 105 y ss.; WERDEN, G. *et alii*, *Deterrence and detection of cartels: using all the tools and sanctions*, en *The Antitrust Bulletin: the journal of American and foreign antitrust and trade regulation*, núm. 56, 2011, págs. 207 y ss.; WILS, W. P. *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, ob. cit., págs. 11 y ss. Entre otras razones, han señalado como causas principales a favor de una exclusiva aplicación pública las siguientes: en primer lugar, se alega que es posible alcanzar un grado óptimo de disuasión con el solo ejercicio de acciones públicas en la lucha de conductas anticompetitivas, siempre y cuando el importe económico de las sanciones se module de

que no se dispone de datos empíricos exactos y suficientes con los que poder decantar el peso de la balanza hacia uno u otro lado<sup>344</sup>. De ahí, que cada vez vaya adquiriendo mayor relevancia una posición ecléctica que, lejos de incurrir en el error de simplificar la aplicación pública y privada de la competencia, hasta el extremo de concebirlas como dos vías sustitutivas y excluyentes entre sí; las contemple, acertadamente, como dos herramientas destinadas a cumplir una actuación recíproca y complementaria<sup>345</sup>.

La continua contraposición que ha suscitado la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia no deja de ser una manifestación del verdadero

---

acuerdo con las tasas de probabilidad de detección y de condena para cada uno de los tipos de conducta; en segundo lugar, con frecuencia se ha esgrimido que la utilización de la aplicación pública, como única vía en la lucha antimonopolística, comporta una reducción considerable de los costes que todo procedimiento entre particulares conlleva, por lo que también resulta más conveniente en términos estrictos de eficiencia y reducción de recursos; y, en último lugar, la aplicación privada, además de incurrir en un mayor consumo de medios y de tiempo para la Administración de Justicia como consecuencia de la posición que ocupan las partes y de la complejidad que se añade al objeto procesal que conforma este tipo de litigios privados (pues a él se adhieren nuevos elementos de deliberación como son la causación de los daños, la imputación y la cuantificación de los mismos, muchas veces de mayor dificultad que los elementos nucleares que conforman la detección de la conducta anticompetitiva), también incurre en el riesgo de desviarse de un propósito estrictamente disuasorio, al permitir la entrada a otras finalidades particulares de carácter resarcitorio o reparador, o cuando no, de intereses meramente espurios que resultan contrarios al espíritu competitivo. Por el contrario, otro sector doctrinal, especialmente predominante en los EEUU, se ha apremiado en reconocer los efectos positivos que aportan las acciones privadas dentro del sistema *antitrust*, alegando que el mayor número de infracciones anticompetitivas son descubiertas y perseguidas por la actividad de los particulares (en su mayoría empresas dependientes del infractor o competidores directos) hasta constituirse en el motor principal de la lucha antimonopolística de los EEUU. Además, la labor procesal asumida libremente por los sujetos privados constituye un importante descargo de medios y recursos públicos que, de no ser así, impediría preservar idénticos parámetros de eficiencia y efectividad en la protección de la competencia si se atiende a la estructura administrativa del Estado. Con carácter general, se han mostrado a favor de la aplicación privada, entre otros, CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 375 y ss.; FRIEDMAN, D. *Efficient institutions for the private enforcement of law*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 379, 1984, págs. 380 y ss.; LANDE, R. y DAVIS, J. *Comparative deterrence from private enforcement and criminal enforcement of the U.S. Antitrust Laws*, en *Brigham Young University Law Review*, núm. 315, 2011, págs. 315 y ss.; LANDES, W. *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, *ob. cit.*, págs. 670 y ss.; NOLAN, D. "A public law tort: understanding misfeasance in public office", en *Private law and power* (dirigido por K. Barker), Bloomsbury Publishing, New York, 2017, págs. 199 y ss.; o POSNER, R. y LANDES, W. *The private enforcement of law*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 4, núm. 1, 1975, págs. 4 y ss.

<sup>344</sup> BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, *ob. cit.*, pág. 20.

<sup>345</sup> GLOVER, J. M. *The structural role of private enforcement mechanisms in public law*, en *William and Mary Law Review*, vol. 50, 2012, págs. 1158-1160; WILMAN, F. *Private enforcement of EU law before national courts*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2015, págs. 551-552.

conflicto de fondo que subyace dentro del entramado de cualquier sistema de protección, y que guarda relación con las tensiones propias derivadas de su amalgama dispersa de objetivos: la disuasión y prevención, de una parte, y la búsqueda material de una justicia correctivo-reparadora para sus víctimas, de otra<sup>346</sup>.

Sin ánimo de negar que la función primordial a la que debe satisfacer cada parcela del Derecho de la Competencia guarda relación con el interés que resulta ser objeto de protección (en este sentido, mientras la esfera del *public enforcement* quedaría restringida a la protección del sistema económico, de ahí el motivo el cual, desde la esfera pública, resultan igualmente reprimibles tanto las conductas que vulneran la competencia por razón del objeto como por su efecto, sea éste real o potencial); su aplicación privada quedaría condicionada a la sola restitución de las consecuencias de fondo suscitadas por las conductas anticompetitivas (entre las que se encontraría la reparación del daño)<sup>347</sup>; lo cierto es que tampoco puede pasar inadvertido que cada una de ellas desempeña un papel accesorio en la medida que genera toda una serie implicaciones que contribuyen positivamente al correcto desarrollo de su correlativa.

Dentro del ámbito de la reparación de los perjuicios civiles, la sola aplicación pública no es capaz de remover la totalidad de las consecuencias perjudiciales ocasionadas por la vulneración de la competencia (papel que, por otro lado, tampoco le compete). Sin embargo, el espacio económico no puede considerarse restituido a su *status quo* si antes no ha tenido lugar la reparación a los agentes empresariales y particulares que han resultado lesionados dentro del tráfico económico; siendo éste, en esencia, un fin de innegable interés público, en la medida que el ejercicio desmesurado del derecho a la libertad de

---

<sup>346</sup> LANDES, W. *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, *ob. cit.*, págs. 672 y ss.

<sup>347</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Contra la armonización positiva: la propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia*, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2009, págs. 10 y ss.

empresa por parte de los agentes empresariales conculca tanto la estructura competitiva como los intereses de los sujetos que en él intervienen<sup>348</sup>.

De igual modo, el *public enforcement* no debe entenderse únicamente como un conjunto de medidas encaminadas a reprimir aquellas conductas que se reputan contrarias a la competencia, sino que también puede incidir favorablemente en el éxito de la reparación de los perjuicios por ellas ocasionados. La estructuración de un correcto sistema de protección del orden económico incidirá en las posteriores acciones privadas, pues, por un lado, incentivará y agilizará la tramitación de las mismas y, por otro, suministrará valiosa información respecto a ciertos elementos que resultan trascendentales para probar la real causación de los daños (en particular, la concreción del hecho antijurídico, la determinación del *modus operandi* y el grado de participación de los sujetos infractores o, incluso, coadyuvando a la identificación de los perjudicados). De ahí, precisamente, que cuando en mejores condiciones de desarrollo se encuentre el *public enforcement*, mayores probabilidades de éxito podrán encontrar los solicitantes de tutela en sede de *private enforcement*.

La aplicación privada, por su parte, aun cuando con su ejercicio también fuera capaz de perseguir, con ciertos matices, las conductas contrarias al ordenamiento de la competencia, carece de la legitimidad necesaria para imponer, mediante la autoridad judicial, un castigo corrector ante la más mínima vulneración de la dinámica competitiva. Por ello, tampoco resulta adecuado encomendar el correcto funcionamiento de todo el orden público-económico, una vez expuesta su relevancia constitucional, a la sola iniciativa privada que, dicho sea de paso, en numerosas ocasiones no dispondrá de la capacidad y medios necesarios para desarrollar con éxito tal función social, cuando no, carecerá del interés suficiente para iniciar o sostener tal actividad procesal en la medida que sus actuaciones quedan, legítimamente condicionadas, a razones de utilidad y rentabilidad económica.

---

<sup>348</sup> BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 165 y 190-196; ORDÓÑEZ SOLÍS, D. "La aplicación pública del derecho de la competencia", en *Manual práctico de derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 261 y ss.

No obstante, el *private enforcement* a través de la depuración de responsabilidades civiles y de la remoción de los efectos perjudiciales, no solo satisface un único fin resarcitorio, sino que también cumple, en menor medida, con una función preventiva<sup>349</sup> en orden a la futura comisión de infracciones contrarias a la normativa de defensa de la competencia<sup>350</sup>. Con todo, la labor de disuasión de aquellos comportamientos anticompetitivos que puede llegar a ofrecer la aplicación privada no constituye, en modo alguno, su finalidad principal, razón por la cual para que ésta tenga lugar no bastará con la simple previsión normativa sobre la posibilidad de hacer frente a una eventual reparación, sino que el efecto preventivo solo se originará si los mecanismos de reparación son lo suficientemente efectivos para garantizar, con carácter general para todos los hipotéticos infractores y desde una perspectiva *ex ante*, la consiguiente obligación de subsanación del daño<sup>351</sup>.

Ante la posibilidad de falsear el juego del libre mercado, los agentes económicos deberán ser capaces de anticipar y ponderar cuál será el alcance de su responsabilidad, no limitada esta vez a la simple afectación del mercado (sanción administrativa), sino que también comprenderá la restitución del *status quo* del resto de afectados mediante una eventual condena al pago de una

---

<sup>349</sup> Las finalidades accesorias que también es capaz de atender el Derecho de Daños, más allá de su función estrictamente reparatoria, son puestas de manifiesto por la más extensa doctrina en esta materia: CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L. *Derecho de Daños*, Bosch, Barcelona, 1999, págs. 46-48; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 231 y ss.; DÍEZ PICAZO, L. *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 42 y ss.; MARTÍN CASALS, M. "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en *Centenario del Código Civil*, tomo II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1256 y ss.; NAVEIRA ZARRA, M. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad extracontractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 285 y ss.; REGLERO CAMPOS, L. F. "Conceptos generales y elementos de delimitación", en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por el mismo autor), tomo I, Aranzadi, Navarra, 2008, 4ª ed., págs. 64 y ss.; ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO, M. *Derecho de daños: textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 7ª ed., págs. 24 y ss.; SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T. *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, Marcial Pons, Barcelona, 1997, págs. 107 y ss.

<sup>350</sup> LANDE, R. "Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de la Competencia", en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 76-78.

<sup>351</sup> WILS, W. P. *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, *ob. cit.*, pág. 485.



indemnización de daños y perjuicios (sentencias declarativas de condena)<sup>352</sup>, abarcando esta responsabilidad civil, adicional a las sanciones, un terreno de límites extensos y con importes difícilmente cuantificables<sup>353</sup>. Esta incertidumbre, que sin duda deberá ser solventada con el desarrollo prolongado de la práctica judicial, atenta contra la seguridad jurídica de los sujetos enjuiciados y puede ser contraria a los principios rectores del Derecho de Daños (reparación del daño causado sin incurrir en enriquecimiento injusto), pero también puede llegar a potenciar, en paralelo, la eficacia del llamado efecto disuasorio<sup>354</sup>.

De conformidad con lo hasta ahora expuesto, cabe deducir que las dos perspectivas en las que tradicionalmente se ha dividido el Derecho de la Competencia (*public y private enforcement*) resultan del todo incompletas si se examinan de forma individualizada. Ello es así, porque no son capaces de ofrecer, *per se*, un cauce de protección integral que incluya la restitución del normal funcionamiento del mercado y la remoción de todos los efectos perjudiciales causados dentro del marco competitivo, entre los que se incluye, la integridad de todos sus jugadores. Ambas parcelas, antes al contrario, están obligadas a desarrollar un papel complementario con el que contrarrestar los inconvenientes que presentaría la sola aplicación de cada una de ellas<sup>355</sup>.

Únicamente la apuesta por un sistema que haga posible la combinación de ambas fórmulas – con su consiguiente alineación de intereses –, y cuente para ello con mecanismos que permitan una mejor coordinación a fin de aliviar las

---

<sup>352</sup> WILS, W. P. *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, *ob. cit.*, pág. 483.

<sup>353</sup> MONCKTON CHAMBERS, A. M. “*Private enforcement of EC Competition Law*”, en *Introduction to EU Competition Law*, *ob. cit.*, págs. 288-294; WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, *ob. cit.*, pág. 312.

<sup>354</sup> POSNER, R. *Antitrust Law*, *ob. cit.*, págs. 266-267.

<sup>355</sup> Respecto a las funciones complementarias a las que se reconduce el ejercicio de las acciones indemnizatorias, así como la continua interrelación entre la aplicación privada del Derecho de la Competencia y el Derecho de Daños vid., ROY PÉREZ, C. “*La cuantificación de los daños por infracción de las normas de la competencia: la experiencia judicial en España*”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 225-242.

diferentes tensiones que puedan suscitarse, será capaz de aglutinar, sin distorsionar la finalidad natural a la que cada iniciativa está llamada a servir, las principales ventajas de todas ellas y lograr un mayor grado de eficiencia<sup>356</sup>: por lo que respecta a la aplicación pública, el carácter profesional y especializado de los órganos administrativos, el mayor grado de recursos y capacidades que ostentan en comparación con los particulares afectados, la facilidad de acceso a las fuentes de información y el efecto preventivo; mientras que de la aplicación privada es posible destacar las fórmulas de individualización y flexibilización que pueden permitir descargar de trabajo a las autoridades especializadas, la reasignación más equitativa de sus recursos y el incremento de canales rápidos de comunicación con los afectados dirigidos a la detección temprana de este tipo de ilícitos<sup>357</sup>.

Si bien puede resultar fácil advertir la estrecha y continua interrelación que presentan ambas vertientes<sup>358</sup>, tanto pública como privada, del Derecho de la Competencia, no lo es tanto alcanzar un equilibrio que garantice el desarrollo efectivo de derechos e intereses que se ventilan en cada una de ellas, especialmente por lo que respecta al ámbito propio de la responsabilidad civil<sup>359</sup>. Garantizar una correcta persecución de las conductas anticompetitivas (ya sea en vía administrativa como, en menor medida, en sede judicial) jugará, debido a las estrechas conexiones que presentan con una eventual y posterior acción indemnizatoria, un papel importante de cara a afianzar no solo el buen éxito de la reparación, visto éste como resultado final, sino también el pleno

---

<sup>356</sup> BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, ob. cit., págs. 20-21.

<sup>357</sup> BERENGUER FUSTER, L. "La aplicación privada del Derecho de la Competencia", en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 59.

<sup>358</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and Antitrust law*, ob. cit., págs. 370-371; POSNER, R. *Antitrust Law*, ob. cit., págs. 266-267; WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, ob. cit., págs. 306-308.

<sup>359</sup> MARCOS, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A. *Towards a european tort law damages actions for breach of the EC antitrust rules: harmonizing tort law through the back door?*, ob. cit., págs. 9-11; ROY PÉREZ, C. "La cuantificación de los daños por infracción de las normas de la competencia: la experiencia judicial en España", en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., págs. 226-228.

despliegue del derecho a la tutela judicial efectiva, entendido como medio ineludible dirigido a su materialización<sup>360</sup>.

Llegados a este punto de la investigación se hace necesario poner en relación el sistema protector de la competencia, en su completitud, así como las diversas modalidades de incoación que puede presentar **la aplicación privada de la competencia** (ya sea a través de acciones *stand-alone* como de *follow-on*), **con la propia dinámica del Derecho Procesal**, única vía capaz de aportar la protección debida no solo al interés público, sino también a los sujetos afectados (especialmente a los más necesitados de tutela como así sucede con los consumidores y usuarios).

Antes de todo, debemos remarcar que la articulación del *public enforcement* y del *private enforcement*, una vez solventada la anterior discrepancia en torno a su complementariedad, ha sido construida única y exclusivamente desde la perspectiva sustantiva del Derecho de la Competencia. Por el contrario, ha estado en todo momento desatendida su vertiente procesal, olvidándose que ésta resulta imprescindible para la materialización de las normas sustantivas. Y ello reviste todavía mayor gravedad por lo que se refiere a la llamada “aplicación privada” del Derecho de la Competencia, ya que es en este ámbito donde la disciplina procesal se manifiesta, todavía más si cabe, como la vía principal con la que articular su realización.

La distinción entre *public* y *private enforcement*<sup>361</sup>, aun normalizada tanto por los cuerpos normativos como por las instituciones comunitarias y nacionales, plantea, desde una perspectiva procesal, notables reticencias que, en buena medida, evidencian una falta de sintonía entre las normas materiales de la

---

<sup>360</sup> HERNÁNDEZ BATALLER, B. “El derecho al pleno resarcimiento en la Directiva 2014/104/UE”, en *Derecho europeo de la competencia: proyecto europeo*, ob. cit., págs. 183 y ss.; NIVARRA, L. “La tutela civile: profili sostanziali”, en *Diritto antitrust italiano*, tomo II, ob. cit., págs. 1456-1461; TORRE SUSTAETA, M. V. *El derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial a la administrativa*, ob. cit., págs. 5 y ss.; WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, ob. cit., pág. 718.

<sup>361</sup> ORTIZ BLANCO, L. *EC Competition Procedure*, ob. cit., págs. 39 y 64; WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, ob. cit., pág. 336.

competencia y sus homónimas procesales. De hecho, por un cúmulo de motivos concurrentes no parece correcto dividir – ni denominar – los diferentes ámbitos que conforman el Derecho de la Competencia en función del interés concreto que, en cada caso, pueda aparecer necesitado de tutela.

En primer término, mientras que en el terreno sustantivo la línea que parece separar la parte pública de la aplicación privada en materia de competencia puede presentarse de forma nítida; en el terreno procesal, por el contrario, cabe traer a colación la estrecha interrelación que existe entre ambas esferas porque, de una parte, la resolución de los aspectos “públicos”, propiamente relacionados con la declaración de la conducta infractora, tiene notables repercusiones también en orden al ejercicio de las “acciones privadas”<sup>362</sup>; y, de otra, tales intereses “privados”, si bien es cierto que afectan de modo singular a sujetos concretos y determinados, no lo es menos que en ocasiones también pueden alcanzar una cierta repercusión pública dentro del sistema socio-económico<sup>363</sup>.

En segundo lugar, el objeto que conforma cada uno de los dos ámbitos sustantivos en los que parece dividirse el Derecho de la Competencia, ya sea de “aplicación pública” como “privada”, no puede condicionar, en modo alguno, la verdadera naturaleza de los cauces por los que se tramitan ambas vías de protección (tanto en sede administrativa como jurisdiccional). Ello es así porque el proceso jurisdiccional siempre presenta un innegable carácter público<sup>364</sup>. La relación jurídica que se instaura con su inicio y permanece hasta la resolución del mismo, con independencia de la relación de derecho material a la que el

---

<sup>362</sup> CABALLOL i ANGELATS, LL. *Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., pág. 42.

<sup>363</sup> AREEDA, P. “Introduction to antitrust economics”, en *Antitrust policy in transition: the convergence of law and economics*, ob. cit., págs. 51 y ss; BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, ob. cit., págs. 16 y ss.

<sup>364</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *et alii*, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, ob. cit., págs. 139-142.

propio proceso pretende dar satisfacción<sup>365</sup>, es de innegable naturaleza pública<sup>366</sup>.

En tercer lugar, resulta obligado señalar que cualquier reconocimiento del derecho de acción, con independencia de la tipología de sujeto sobre el que recaiga, revestirá siempre, tal como ya advirtió en su época con gran sutileza CALAMANDREI<sup>367</sup>, una inmodificable naturaleza pública. Ello es importante tenerlo en cuenta en los sistemas protectores de la competencia que presenten un carácter híbrido, donde se reconozcan derechos de acción tanto a los operadores públicos (autoridades administrativas especializadas) como a los particulares agraviados. En ambos casos, la naturaleza pública del derecho de acción no se ve alterada por razón de la naturaleza del sujeto sobre el cual recae. Por lo que respecta al ámbito de la “aplicación pública”, la incoación del aparato persecutorio ante la CNMC corresponderá al propio órgano administrativo especializado, siendo ésta una facultad de naturaleza pública. Pero también sucede lo mismo con la puesta en funcionamiento de la “aplicación privada”, donde el derecho subjetivo de acción recaerá en manos de los particulares afectados, los cuales recabarán del Estado la restitución de sus derechos e intereses infringidos a través del proceso jurisdiccional<sup>368</sup>.

---

<sup>365</sup> ALESSANDRI, F. R. *Curso de Derecho Procesal: reglas comunes a todo procedimiento y juicio ordinario*, ob. cit., pág. 52; GUASP DELGADO, J. *La pretensión procesal*, ob. cit., págs. 35 y ss.; MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional*, ob. cit., págs. 34-35; RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y Proceso*, ob. cit., págs. 87 y ss.

<sup>366</sup> Por todos, vid. CHIOVENDA, G. *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Reus Editorial, Madrid, 1977, págs. 123-128 y ROSENBERG, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, ob. cit., págs. 8-14.

<sup>367</sup> CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 275, cuyas palabras resultan perfectamente acomodables respecto al actual sistema de persecución de infracciones de la competencia: “Recordamos lo que ya se dijo a su tiempo acerca de la distinción entre derecho privado y derecho público, basada no ya sobre la naturaleza privada o pública del interés protegido por la norma, sino sobre la correspondencia del poder de disponer de la tutela jurídica reconocida al mismo; [...] se tiene, por consiguiente, acción privada cuando el poder de provocar el ejercicio de la jurisdicción está reservado de un modo exclusivo al titular del interés individual que la norma jurídica protege, y acción pública cuando el poder es confiado por el Estado a un órgano público especial, que obra, independiente de todo estímulo privado, por deber de oficio”.

<sup>368</sup> Sobre este particular véanse, entre otros, ALMAGRO NOSETE, J. *El libre acceso como derecho a la jurisdicción*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, núm. 3, 1970, págs. 95 y ss.; CALAMANDREI, P. *La relatività del concetto di azione*, ob. cit., págs. 20 y ss.; CARNELUTTI, F. *Saggio di una teoria integrale dell'azione*, ob. cit., págs. 5 y ss.; COUTURE, E. J. “Las garantías constitucionales del proceso civil”, en su obra de Estudios

A día de hoy, de conformidad con la actividad normativa de las instituciones comunitarias, cada vez más preocupadas por potenciar la aplicación privada del Derecho de la Competencia hasta que ésta alcance el mismo grado de habitualidad que el del *public enforcement*, resulta innegable el sentido conjunto que deben ocupar ambas esferas del ordenamiento jurídico<sup>369</sup>. Esta conclusión, que no se ha presentado con claridad en el terreno sustantivo del Derecho de la Competencia, sí hubiera podido alcanzarse de haber tomado en consideración el sentido y alcance que el Derecho Procesal despliega en esta materia. Ello es así, porque el Derecho Procesal es una rama jurídica de naturaleza pública que a su vez tiene encomendada la protección de intereses privados. En consecuencia, la dicotomía entre la aplicación pública y privada suscitada en el terreno sustantivo, aun reconociendo su notable valía, no puede ser trasladada automáticamente al ámbito procesal, pues éste está a disposición de intereses particulares, pero, en paralelo, también sirve al ordenamiento jurídico en sí mismo considerado (cualquier tutela procesal sólo puede surgir, en todo caso, de un pleno y conectado sistema dual de la competencia).

De hecho, la estrecha interrelación que presenta nuestro sistema dual de protección de la competencia sería, a todas luces, más comprensible si se pusiera en relación con la dinámica que caracteriza al proceso como institución. La “aplicación privada” del Derecho de la Competencia, que se inicia mediante el ejercicio del derecho de acción sostenido por los particulares afectados, se desarrolla a través de los mecanismos de resolución de conflictos impuestos por el aparato estatal y bajo la resolución de un tercero imparcial, situado *supra-partes* y a quien le compete solventar la cuestión controvertida mediante

---

de *Derecho Procesal*, tomo I, *ob. cit.*, págs. 59 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, *ob. cit.*, págs. 68-69; FENECH NAVARRO, M. *Estudios de Derecho Procesal*, *ob. cit.*, págs. 23 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, *ob. cit.*, págs. 45 y ss.; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Derecho Procesal Civil*, *ob. cit.*, págs. 69 y ss.; SATTA, S. *L' esercizio dell' azione*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, núm. 1, 1947, págs. 108 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Jurisdicción, acción y proceso*, *ob. cit.*, págs. 17 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, *ob. cit.*, págs. 32-34.

<sup>369</sup> TORRE SUSTAETA, M. V. *El derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial a la administrativa*, *ob. cit.*, págs. 2 y ss.

el dictado de una resolución fácticamente motivada y jurídicamente fundada, que resulta de obligado cumplimiento para ambas partes en conflicto<sup>370</sup>.

Esta labor, innata al concepto de Jurisdicción<sup>371</sup> (entendida ésta como aquella función del Estado ejercida por jueces imparciales e incorporados a órganos jurisdiccionales independientes, predeterminados y preconstituidos por la ley, consistente en la aplicación del derecho vigente al caso concreto, con valor de cosa juzgada y, en su caso, a su ejecución, así como a la adopción de aquellas medidas de cautela que permitan garantizar el éxito, en última instancia, de la ejecución<sup>372</sup>); hace referencia al establecimiento de un “cauce público”<sup>373</sup>

<sup>370</sup> CARRERAS LLANSANA, L. “*El Derecho Procesal como arte*”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1962, págs. 51 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, V. “*El proceso como función de satisfacción jurídica*”, en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 353 y ss.; GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 180; GOLDSCHMIDT, W. *Guerra, duelo y proceso*, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 54, 1950, págs. 91-94; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Tratado de Derecho Procesal*, Aranzadi, Madrid, 1984, págs. 51 y ss.; PROTO PISANI, A. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, ob. cit., págs. 9 y ss.; SATTA, S. *Il misterio del proceso*, Adelphi, Milano, 1994, págs. 128 y ss.

<sup>371</sup> ASECIO MELLADO, J. M. “*De la jurisdicción de los tribunales civiles y las cuestiones prejudiciales*”, en *Proceso Civil Práctico* (dirigido por Gimeno Sendra), tomo I, La Ley, Madrid, 2018, 4ª ed., págs. 533 y ss.; CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs. 113-116; CHIOVENDA, G. *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, ob. cit., págs. 81 y ss.; FENECH NAVARRO, M. *Estudios de Derecho Procesal*, ob. cit., págs. 35-36 y 44; GARBERÍ LLOBREGAT, J. *et alii*, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, ob. cit., págs. 489-492; GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Labor, Barcelona, 1936, págs. 1-6; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs. 27 y ss.; MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional*, ob. cit., págs. 65-69; MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Civil: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 9ª ed., págs. 43-44; NIEVA FENOLL, J. *Jurisdicción y proceso*, ob. cit., págs. 19 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y Proceso*, ob. cit., págs. 115 y ss.; SATTA, S. y PUNZI, C. *Diritto Processuale Civile*, CEDAM, Milani, 2000, 13ª ed., págs. 10-13.

<sup>372</sup> Las dificultades a las que ha debido hacer frente la dogmática procesal en torno a la noción y contenido de la “jurisdicción”, así como la evolución histórica de este concepto son planteadas, con tono crítico por sumergir esta institución en un cierto relativismo, por SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Jurisdicción en Estudios de Derecho Procesal*, ob. cit., págs. 21 y ss.

<sup>373</sup> CALAMANDREI, P. *La dialetticità del proceso*, tomo I, Opere Giuridiche, Napoli, 1965, pág. 678 y ss. y, del mismo autor, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs. 125-127; CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*, ob. cit., págs. 21-23; CHIOVENDA, G. *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, ob. cit., págs. 123 y ss.; GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs. 96-100; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, ob. cit., págs. 31 y ss.; GUASP DELGADO, J. *Estudios jurídicos*, ob. cit., págs. 590-592; MARTÍNEZ BERNAL, A. *La misión del proceso en el sistema del Derecho*, en *Anales de la Universidad de Murcia*, núm. 4, 1943, págs. 1-13; PROTO PISANI, A. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, ob. cit., pág. 10; ROSENBERG, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, ob. cit., págs. 7 y ss.; VON BÜLOW, O. *Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, Librería El Foro, Buenos Aires,

mediante el que resolver el conflicto intersubjetivo planteado, en este caso, en materia de competencia, entre particulares. Solo si se atiende a la doble fundamentación jurídica que caracteriza al proceso<sup>374</sup>, puede entonces corroborarse la estrecha relación que existe entre ambos mecanismos de protección del Derecho de la Competencia, más pronunciado si cabe en el caso de su aplicación privada. La formulación conjunta y dinámica que existe entre acción y jurisdicción como característica del proceso<sup>375</sup>, convierten a esta institución en el nexo de unión entre las dos esferas del Derecho de la Competencia.

Además, debe tomarse en cuenta que todo proceso responde a una fundamentación jurídica subjetiva en virtud de la cual el particular decide hacer uso de su derecho de acción para ver satisfechas sus pretensiones (en nuestro caso, de resarcimiento de los daños ocasionados derivados de una conducta antijurídica). Todo ello con independencia, o al menos sin el propósito, de reprimir la vulneración acontecida en el mercado ni de preocuparse por el estado de la competencia, en el bien entendido de valor general del ordenamiento jurídico.

A esta visión subjetiva del proceso, como método de resolución de conflictos intersubjetivos, debe añadirse, a su vez, una fundamentación jurídica objetiva. Ello obedece a que si bien es cierto que la Administración de Justicia ofrecerá respuesta a una cuestión individual, razón por la que todo ciudadano acude al proceso con tal de satisfacer o tutelar sus derechos y legítimos intereses; no lo es menos que éste también cumple con una innegable función

---

2008, págs. 32 y ss. En contra de la concepción dualista que diferencia el derecho subjetivo material del derecho de acción, pero sin poner en duda, igualmente, la naturaleza pública del proceso, vid. SATTA, S. y PUNZI, C. *Diritto Processuale Civile*, ob. cit., págs.128-133.

<sup>374</sup> ARELLANO GARCÍA, C. *Teoría general del proceso*, Editorial Porrúa, México, 1998, págs. 7-8; CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs. 133 y ss.; CHIOVENDA, J. *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, ob. cit., págs. 84 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 4 y ss.; GUASP DELGADO, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Aguilar, Madrid, 1948, págs. 18 y ss., y también del mismo autor, *Derecho Procesal*, ob. cit., págs. 19 y ss.; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, ob. cit., págs. 219 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y proceso*, ob. cit., págs. 46-48 y 128-130; ROSENBERG, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, ob. cit., págs. 7-13.

<sup>375</sup> RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y proceso*, ob. cit., pág. 18.



pública, por cuanto a través del proceso se alcanza el cumplimiento de la normativa de la competencia, la restitución de la legalidad y la reafirmación del ordenamiento jurídico. Tan es así, que cuando el órgano jurisdiccional concluye el proceso mediante la emisión de una resolución judicial estimatoria de la pretensión (en este caso acerca de la declaración de daños ocasionados por ilícitos anticompetitivos), se estará dando respuesta a la controversia que haya sido planteada en el proceso y que resulta propia del *private enforcement*, pero también, como consecuencia de las especiales particularidades que envuelven al proceso y a la propia resolución jurisdiccional, su contenido también inferirá en lo que constituye la aplicación pública del Derecho de la Competencia.

Esta realidad es significativamente perceptible cuando se ejercita una acción de daños, perteneciente al *private enforcement*. La sentencia estimatoria del ejercicio de tal acción tiene implicaciones en las dos esferas del Derecho de la Competencia, pues no solo pretende reintegrar los intereses vulnerados alegados por el demandante y que han sido estimados por el órgano jurisdiccional (interés privado), sino que también tal pronunciamiento generará repercusiones favorables para la salvaguarda del interés público, toda vez que se reafirma la eficacia de la normativa protectora de la competencia, se incrementa el efecto represor propio de las sanciones administrativas, y se restituye el *status quo* vulnerado (no *in natura*, pero sí a través de su compensación económica), disminuyendo el atractivo de este tipo de conductas.

Puesta en valor la vertiente procesal que también le corresponde al Derecho de la Competencia, parece oportuno destacar, para terminar este apartado, que solo si se combina la aplicación pública y la privada, no como dos funciones excluyentes, sino como instrumentos complementarios a los que debe atender y dar satisfacción el proceso jurisdiccional, será posible alcanzar una plena y efectiva tutela procesal que, en todo caso, deberá implementarse mediante la aplicación de un sintónico **sistema de protección dual de la competencia**. Y es desde esta perspectiva, como se examinará en posteriores capítulos, donde es obligado poner de relieve, de una parte, la grave falta de sintonía entre

ambas vías de protección (tutela administrativa y tutela judicial)<sup>376</sup>; y de otra, analizar el alcance, finalidad y éxito que pueda corresponder al cauce de la reparación de daños que viene a ofrecernos el *private enforcement* dentro de nuestro sistema jurisdiccional.

---

<sup>376</sup> VICIANO PASTOR, J. *Derecho antitrust y contrato de agencia: los riesgos significativos e insignificantes del agente en las redes distribución de carburante según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Revista de derecho mercantil*, núm. 280, 2011, págs. 242-243.



## **CAPÍTULO II**

### **LA TUTELA SUSTANTIVA Y PROCESAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SISTEMA NORTEAMERICANO**



## **CAPÍTULO II.- LA TUTELA SUSTANTIVA Y PROCESAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE**

### **II.1.- Introducción**

Tras haber analizado en el capítulo precedente la conceptualización del Derecho de la Competencia, con especial referencia a su dimensión constitucional y la compleja traslación del *public enforcement* versus *private enforcement* en el ámbito del Derecho Procesal y, más particularmente, en relación al ejercicio de las acciones por daños y perjuicios; en este segundo capítulo del presente estudio monográfico centraremos nuestra atención en el examen de la tutela sustantiva y procesal del Derecho de la Competencia en el sistema norteamericano con el objetivo de sentar las bases que nos permitan, más tarde, compararla con aquella que es propia de la Unión Europea<sup>377</sup> y, más en particular, del ordenamiento jurídico español<sup>378</sup>. Este análisis sobre el sistema *antitrust* estadounidense nos permitirá, precisamente, ponderar cuáles de sus rasgos característicos pudieren inspirar una futura reforma legal sobre la materia en España, así como aquellos otros que, dado su funcionamiento práctico en EEUU, más bien parece que no sean un ejemplo a seguir, en un futuro inmediato, por parte de nuestro legislador sustantivo y procesal.

### **II.2.- La regulación *antitrust* en el ordenamiento jurídico estadounidense (planteamiento general)**

Como ya es bien sabido, la protección de la dinámica del mercado puede estructurarse en dos grandes y tradicionales direcciones: a través de la intervención de los poderes públicos, donde la respuesta a los atentados de la

---

<sup>377</sup> Vid. *infra* Cap. III.

<sup>378</sup> Vid. *infra* Cap. IV.

competencia viene orientada desde un plano vertical, en el que el poder público, encabezado por un órgano judicial u otro de orden gubernativo, es investido de capacidad para investigar, procesar y, finalmente, sancionar las conductas de los agentes que distorsionan la operatividad del mercado; o bien encomendándose el cumplimiento de la legislación protectora de la competencia a la actividad privada que, desde una perspectiva horizontal marcada por las relaciones entre iguales y provistos de similares medios y recursos, solicitan la intervención de los órganos jurisdiccionales en orden a declarar la ilicitud de la conducta y remover los efectos perjudiciales que ésta hubiera podido ocasionar<sup>379</sup>.

En Estados Unidos la denominada aplicación privada del Derecho de la competencia ha desempeñado, prácticamente desde la promulgación del ordenamiento sustantivo dirigido a su protección, un papel preponderante en cuanto a la detección y persecución de las alteraciones suscitadas o que pudieran suscitarse en el tráfico económico<sup>380</sup>. En contraposición a lo que cabe apreciar en aquellos Estados en los que el valor de la competencia también se ha configurado como un bien jurídico merecedor de tutela, el predominio del que disfruta la aplicación privada en el sistema norteamericano no puede considerarse casual, sino que responde, cuando menos, a la concurrencia de dos factores propios que han condicionado, y siguen condicionando, la tradición jurídica norteamericana: la falta de tolerancia ante el monopolio público y el recelo ante hipotéticas desviaciones de poder originadas de la propia actuación de las instituciones<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> BAXTER, W. *Separation of powers, prosecutorial discretion, and the "common law" nature of Antitrust law*, en *Texas Law Review*, vol. 60, 1981, págs. 682-683.

<sup>380</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, Little Brown, Boston, 1988, 2ª ed., pág. 370; MAY, J. *Antitrust in the formative era: political theory in constitutional and antitrust analysis*, en *Ohio State Law Journal*, núm. 257, 1989, págs. 50 y ss.; SWEENEY, B. E. "Defining antitrust violations in the United States", en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer y R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012, págs. 14-15.

<sup>381</sup> THORELLI, H. B. *The federal antitrust policy: origination of an american tradition*, MD: Johns Hopkins Press, Baltimore, 1995, págs. 53 y ss.

El primero de estos factores, relativo a la falta de tolerancia ante el monopolio público y que guarda estrecha relación con la innata animadversión de la nación americana hacia las concentraciones artificiales, concertadas o toleradas por el Estado<sup>382</sup>, ha alcanzado también, fruto del desarrollo de la actividad empresarial, la esfera de la litigación privada en sede de competencia. Uno de los rasgos más característicos de los que no puede desvincularse el espíritu de la ciudadanía norteamericana tiene que ver con la lucha incansable por garantizar el pleno desarrollo de las libertades individuales y, en particular, la libertad económica y la libre iniciativa empresarial. Ello responde al hecho de que la vinculación del libre desenvolvimiento empresarial a las capacidades y habilidades del individuo, constituye un medio imprescindible con el que alcanzar, de una parte, la prosperidad individual (al garantizar el acceso y la plena igualdad de posibilidades en el terreno económico)<sup>383</sup> y, de otra, el progreso de la sociedad, (siendo ésta la forma de asegurar que la actividad económica queda reservada a aquellas iniciativas exitosas, pretendidas y seleccionadas por la sociedad en cuanto contribuyen a su enriquecimiento)<sup>384</sup>.

El segundo de los factores, en estrecha relación con el elemento subjetivo tendente a repudiar las alteraciones artificiales del mercado, tiene que ver con el recelo y desconfianza de la propia ciudadanía hacia el funcionamiento ordinario de sus instituciones, así como los riesgos inherentes a que éstas puedan incurrir en distorsiones o desviaciones de poder<sup>385</sup>. Tal ha sido y es el grado de escepticismo mostrado ante la correcta actividad del Estado, que en

---

<sup>382</sup> HOVENKAMP, H. *Antitrust policy, federalism and theory of the firm: an historical perspective*, en *Antitrust Law Journal*, núm. 75, 1990, pág. 59; MAY, J. *The role of the states in the first century of the Sherman Act and the larger picture of Antitrust history the Sherman Act: the first century*, en *Antitrust Law Journal*, núm. 59, 1990, pág. 286; PRIETO, C. y BOSCO, D. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*, Éditions Bruylant, Bruselas, 2013, págs. 99-101.

<sup>383</sup> MAY, J. *The role of the states in the first century of the Sherman Act and the larger picture of Antitrust history the Sherman Act: the first century*, *ob. cit.*, págs. 94-95.

<sup>384</sup> THORELLI, H. B. *The federal antitrust policy: origination of an american tradition*, *ob. cit.*, págs. 564-572.

<sup>385</sup> MAY, J. *The role of the states in the first century of the Sherman Act and the larger picture of Antitrust history the Sherman Act: the first century*, *ob. cit.*, págs. 265-266.



raras ocasiones ha existido un pronunciamiento social favorable a centralizar toda la capacidad de regulación y de supervisión en manos públicas<sup>386</sup>.

La ciudadanía estadounidense, en lo que respecta al ejercicio de sus relaciones público-jurídicas, siempre se ha mostrado proclive a lo que bien podría denominarse cultura del *do-it-yourself*<sup>387</sup>. Es común que en aquellos ámbitos de actividad donde con frecuencia se establecen relaciones entre los poderes públicos y los particulares, o bien éstos parecen tener fuertes intereses necesitados de tutela que, en ocasiones, traspasan la esfera estrictamente privada (Derecho administrativo, Derecho civil e, incluso, en ciertos aspectos, Derecho penal); el ordenamiento jurídico norteamericano contemple mecanismos que habiliten, al margen de la intervención pública, la participación o autorealización por parte de los particulares<sup>388</sup>.

---

<sup>386</sup> Una visión general acerca de las relaciones público-privadas y sus diferentes formas de intervención son expuestas por BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, en *Academic Journal University of Queensland Law Journal*, núm. 37, 2018, págs. 15-16.

<sup>387</sup> MAY, J. *Antitrust in the formative era: political theory in constitutional and antitrust analysis*, *ob. cit.*, págs. 281-283; MITCHEL, W. *et alii*, *The antitrust treble damages remedy*, en *William Mitchell Law Review*, vol. 9, núm. 2, 1983, págs. 447-448.

<sup>388</sup> Los diferentes cauces de intervención contemplados en el Derecho Administrativo estadounidense son puestos de relieve por CANE, P. *Controlling administrative power: a historical comparison*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, págs. 368 y ss.; y D'GREEN, M. y CARDI, J. "Public authority liability outlined in the United States", en *The liability of public authorities in comparative perspective* (dirigido por Ken Oliphant), Intersentia, Cambridge, 2016, págs. 537 y ss. Por lo que se refiere al ámbito del Derecho penal, el sistema de enjuiciamiento criminal estadounidense destaca por ser un sistema acusatorio puro, donde el grueso de la actividad de investigación – y posteriormente de acusación – recae en la figura del acusador privado (ciudadanos que, directa o indirectamente, se han visto afectados por los hechos delictivos). Además, en la etapa inicial de la instrucción, las diligencias de investigación deben ser acordadas por los Fiscales (los cuales se integran dentro del poder ejecutivo), salvo que éstas afecten directamente a derechos fundamentales, en cuyo caso será preceptiva la autorización de un Juez de garantías. En los sistemas acusatorios puros como el estadounidense, la actividad desplegada por particulares es indispensable para promover y mantener la acción penal. Tan es así que, en ocasiones, reciben la denominación de "litigios penales privados". La delegación de la actividad acusatoria a favor de los particulares recobra todavía mayor importancia en los casos de enjuiciamiento de delitos de naturaleza pública cometidos por agencias u organismos públicos (vgr. prevaricación, malversación de fondos públicos, tráfico de influencias, cohecho o desobediencia), pues en tales casos es de vital importancia el papel activo asumido por los interesados en aras a evitar posibles desviaciones en la investigación por parte del órgano instructor, en este caso, dependiente del poder ejecutivo. También resultan relevantes las transacciones extrajudiciales que pueden tener lugar respecto de algunos ilícitos penales, en orden a la renuncia al ejercicio del derecho de acción. Todos estos aspectos son críticamente analizados por FARIFAX, R. A. *Outsourcing criminal prosecution? The limits of criminal justice privatization*, en *University of Chicago Legal Forum*, núm. 10, 2010, págs. 275-283.

Esta tendencia que se acaba de exponer no ha pasado inadvertida por lo que respecta a la aplicación de las normas de defensa de la competencia<sup>389</sup>. La aplicación pública únicamente desempeña una labor complementaria en la lucha por el restablecimiento de la competencia, puesto que los organismos públicos sólo promueven la persecución de las conductas si éstas reúnen unas características determinadas (vgr. resultan merecedoras, por su especial lesividad, de una respuesta penal, o bien vulneran de forma significativa los intereses de consumidores u usuarios)<sup>390</sup>.

Ante el temor de que las agencias públicas encargadas de velar por el normal funcionamiento del mercado pudieran incurrir en situaciones de inactividad o de excesiva tolerancia –como pudiera ser a causa de la influencia de grupos de poder presididos por las grandes y potentes compañías–; lo cierto es que el *private enforcement* ha adquirido, con una clara prevalencia por encima de la aplicación pública, una significativa importancia en la articulación del sistema legal de protección de la competencia adoptado en el ordenamiento estadounidense<sup>391</sup>. Tan es así, que desde la promulgación en 1890 de la primera ley destinada a proteger la libertad de comercio, y todavía con más fuerza a partir de bien entrado el siglo XX, la aplicación privada de las leyes de competencia, plasmada mediante la solicitud de tutela ante los tribunales tanto federales como estatales, más allá de erigirse en un mecanismo de salvaguarda conferido a los particulares con el que combatir posibles inacciones de las autoridades públicas (y de ahí que inicialmente se predicase su función residual), ha acabado por constituir, en verdad, el motor principal de

---

<sup>389</sup> BAKER, D. I. “*Private and public enforcement. Complements, substitutes and conflicts: a global perspective*” en *Research handbook on international Competition Law* (dirigido por Ariel Ezrachi), Edward Elgar Publishing, Oxford, 2013, págs. 238-239; DAVIS, J. y LANDE, R. *Toward an empirical and theoretical assessment of private antitrust enforcement*, en *Seattle University Law Review*, vol. 36, núm. 3, 2013, págs. 1269-1270.

<sup>390</sup> Vid. apartado II.4.2 de este mismo capítulo.

<sup>391</sup> CENGIZ, F. *Antitrust federalism in the EU and the US*, en *Routledge Research in Competition Law*, New York, 2012, págs. 23 y ss.; O’CONNOR, K. J. *et alii*, “*Interaction of public and private enforcement*”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer y R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012, pág. 288.

persecución sobre el que descansa todo el entramado protector norteamericano<sup>392</sup>.

El sistema estadounidense no fue pionero en elevar el fenómeno de la competencia a valor de especial protección jurídica, ya que antes de la promulgación de la legislación antimonopolio estadounidense existieron antecedentes normativos todavía más remotos que centraron el foco de atención en la lucha y persecución de los cárteles<sup>393</sup>. Sin embargo, el ordenamiento jurídico norteamericano sí que ha sido el primero en concebir la defensa de la competencia atendiendo a una visión holística<sup>394</sup>, pues en aras a alcanzar una efectiva y plena materialización tanto de las normas protectoras, de la estructura competitiva como de sus participantes, es imprescindible conjugar un amplio elenco de factores concurrentes<sup>395</sup>.

El sistema de defensa estadounidense ha destacado por ser el primero en articularse a través de un modelo estructurado<sup>396</sup>. Dentro de su entramado, se interrelaciona la actividad estrictamente normativa (vinculando, a su vez, la producción de normas más generales – políticas públicas económicas–, con las de ámbito más específico – leyes de carácter represor dirigidas a tipificar las

---

<sup>392</sup> HOVENKAMP, H. *Comparative antitrust federalism: review of Cengiz, antitrust federalism in the EU and the US*, en University of Iowa Legal Studies Research Paper, núm. 12-13, 2012, págs. 5-6; MITCHEL, W. *et alii*, *The antitrust treble damages remedy*, *ob. cit.*, págs. 435-437; SWEENEY, B. E. "Defining antitrust violations in the United States", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 14-15.

<sup>393</sup> Tal es el caso, entre otros, del Código Penal Francés de 1810 en el que en su art. 419 prohibía, entre otras conductas, la existencia de alianzas entre empresarios dirigidas a incrementar deliberadamente los precios o la producción; o de la Ley canadiense de 1889, que bajo la rúbrica "Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in the Restraint of Trade" abrió camino en cuanto a reprimir las conductas restrictivas de la competencia, en especial los fideicomisos, mediante la imposición de sanciones penales).

<sup>394</sup> BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, *ob. cit.*, pág. 16; HOFSTADTER, R. "What happened to the antitrust movement?", en *The political economy of the Sherman Act: The first one hundred years* (dirigido por Thomas Sullivan), Oxford University Press, New York, 1991, pág. 20; KOVACIC, W. E. "Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?", en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome* (dirigido por X. Vives), Oxford University Press, Oxford, 2009, págs. 314-315.

<sup>395</sup> AREEDA, P. *A second century of the rule of reason. The Sherman Act: the second century*, en *Antitrust Law Journal*, núm. 59, 1990, págs. 143 y ss.

<sup>396</sup> CENGIZ, F. *Antitrust federalism in the EU and the US*, *ob. cit.*, págs. 119 y ss.

conductas anticompetitivas—) con la realización específica de tales normas (esto es, con la aplicación y adaptación de las leyes a las conductas anticompetitivas concretas por parte de los órganos jurisdiccionales)<sup>397</sup>. Y todo ello sin desatender, en paralelo, el uso de los diferentes mecanismos procesales existentes que, a modo de puente de conexión entre la previsión normativa y la realización jurídica<sup>398</sup>, pueden contribuir o dificultar la subsunción de los elementos materiales de las conductas en orden a su tipificación legal, y a la consiguiente aplicación de las medidas correctivas o reparadoras que, en su caso, estuvieran previstas<sup>399</sup>.

De ahí, precisamente, que el sistema *antitrust* estadounidense haya acabado por convertirse en un ejemplo merecedor de especial referencia en orden a la configuración de otros modelos de defensa de la competencia contemporáneos. Por lo que respecta a las políticas de competencia de la Unión Europea<sup>400</sup>, de las que a su vez bebe nuestro sistema interno nacional, debe advertirse que la normativa antimonopolística norteamericana ha constituido más que una fuente de referencia para la construcción del modelo comunitario<sup>401</sup>.

Así fue, por ejemplo, durante la etapa fundacional de la Unión Europea en orden a determinar cuáles serían las directrices que darían pie a la creación del sistema de defensa de la competencia comunitario. La toma en consideración del *savoir-faire* estadounidense<sup>402</sup> permitió ampliar el foco del debate en torno a

---

<sup>397</sup> MAY, J. *Antitrust in the formative era: political theory in constitutional and antitrust analysis*, ob. cit., pág. 300.

<sup>398</sup> HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, West Group, Minnesota, 1985, pág. 388.

<sup>399</sup> BOUDIN, M. *Observations the Sherman Act: the first century*, en *Antitrust Law Journal*, núm. 59, 1990, págs. 131-133; HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, ob. cit., págs. 389-390.

<sup>400</sup> Vid. *infra* Cap. III.

<sup>401</sup> HOFSTADTER, R. "What happened to the antitrust movement?", en *The political economy of the Sherman Act: The first one hundred years*, ob. cit., págs. 20 y ss.; KOVACIC, W. E. "Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?", en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome*, ob. cit., pág. 318.

<sup>402</sup> CENGIZ, F. *Antitrust federalism in the EU and the US*, ob. cit., págs. 26 y ss.

los objetivos, estructura y rumbo que pretendía establecerse en materia de competencia dentro del seno de la Unión<sup>403</sup>. Igualmente, tras la consolidación del espacio único europeo, y ante el bajo índice de detección *ex officio* de los cárteles y la escasa capacidad de reparación (más allá de la imposición de correctivos de naturaleza pública), el modelo de competencia comunitario, se ha visto de nuevo obligado a su reformulación. Con una clara influencia del modelo competencial estadounidense, no solo se ha reforzado el carácter severo del Derecho de la competencia mediante el incremento del importe económico de las multas y la habilitación expresa a favor de las instituciones europeas para adoptar medidas dirigidas a asegurar el buen fin de la investigación (vgr. habilitación para entrada y registro en el domicilio social y demás locales de negocio, requerimientos de envío de información, vaciados de información confidencial)<sup>404</sup>; sino que también se ha pretendido estimular la reparación de los perjuicios derivados de las conductas anticompetitivas a través de la interposición de acciones de naturaleza privada.

Todo ello, como es fácil concluir, ha acrecentado los puntos de encuentro del modelo comunitario con el sistema *antitrust* estadounidense. Ello, sin embargo, no debe amparar una simple traslación automática entre ambos sistemas de protección, pues no es menos cierto que, más allá de no compartir idéntica tradición jurídica, tampoco descansan en similares fundamentos y principios estructurales. Cosa bien distinta es que la tendencia que, a día de hoy, parece presidir la configuración del Derecho de la Competencia en el ámbito europeo, obligue a tomar en consideración, siquiera como parámetros de comparación,

---

<sup>403</sup> En este sentido, como advierte KOVACIC, W. E. “*Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?*”, en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome*, *ob. cit.*, pág. 325, es posible observar que en líneas generales los principios estructurales de ambos sistemas se han homogeneizado en los últimos años por cuanto las finalidades de cada uno de ellos se han reconducido hacia dos objetivos centrales comunes: la protección de la competencia como valor de transcendencia jurídico-económica (de modo que el modelo europeo ha acabado por alejarse del interés por salvaguardar los intereses de los operadores individualmente considerados), y la preocupación por tutelar el bienestar de los consumidores (más allá del enfoque estrictamente económico en la sola búsqueda de eficiencia y que tanto alentaba el modelo norteamericano).

<sup>404</sup> KOVACIC, W. E. “*Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?*”, en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome*, *ob. cit.*, págs. 326-327.

los principales elementos que integran el *private enforcement* estadounidense<sup>405</sup>.

Con todo, son notables las divergencias que existen, dadas las particularidades propias del Derecho de la Competencia comunitario<sup>406</sup>, en uno y otro entramado anticompetitivo y a las que a continuación se hará referencia, como por ejemplo: la tipología de conductas infractoras<sup>407</sup> (todavía resulta más palpable en los supuestos de concentraciones y de ayudas públicas); los criterios empleados para la tipificación de los ilícitos anticompetitivos<sup>408</sup> (distinción de conductas *per se* y según la *rule of reason*, para el sistema estadounidense, y diferenciación de conductas por objeto y por efecto, para el comunitario); o el alcance y la mecánica empleada para la persecución de las conductas a través del *public* o del *private enforcement*)<sup>409</sup>.

---

<sup>405</sup> LANDE, R. “Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia* (dirigido por Velasco San Pedro), Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 75.

<sup>406</sup> IDOT, L. *Brefs regards sur 60 ans de politique européenne de concurrence*, en *Revue du marche commun et de l'Union Européenne*, núm. 623, 2018, págs. 639-640; KOVACIC, W. E. “Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?”, en *Competition Policy in the EU: Fifty Years from the Treaty of Rome*, *ob. cit.*, págs. 317 y ss.

<sup>407</sup> SWEENEY, B. E. “Defining antitrust violations in the United States”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 16-17. Sobre este particular véase el análisis comparado entre el Derecho estadounidense y el Derecho europeo de la competencia sostenido por KOVACIC, W. E. *et alii*, *Merger control procedures and institutions: a comparison of the EU and US practice*, en Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme, núm. 20, 2014, págs. 1-29.

<sup>408</sup> CENGIZ, F. *Antitrust federalism in the EU and the US*, *ob. cit.*, págs.76 y ss.; HOVENKAMP, H. *Comparative antitrust federalism: review of Cengiz, antitrust federalism in the EU and the US*, *ob. cit.*, págs. 6-7.

<sup>409</sup> Tal como señala KOVACIC, W. E. “Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?”, en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome*, *ob. cit.*, págs. 318-320, los dos sistemas de regulación y protección de la competencia más relevantes a nivel mundial, como son el estadounidense y el europeo, cada vez están sujetos a un mayor grado de interdependencia en la medida que una correcta aproximación e interrelación entre uno y otro modelo contribuye, de una parte, a mejorar la eficacia de las redes comerciales internacionales, y de otra, a alentar un mayor desarrollo de las estrategias empresariales de las organizaciones multinacionales que operan en una y otra zona del Atlántico. De este modo, cuanto mayor sea el grado de convergencia entre ambos sistemas (no sólo desde un plano sustantivo, sino también procesal) se conseguirá reducir una parte importante de los riesgos externos inherentes a la actividad económica, además de agilizar la toma de decisiones empresariales, tanto en costes como en tiempo (vgr. operaciones de fusión, concentración u otro tipo de alianzas estratégicas de carácter transnacional).

## **II.3.- La tutela sustantiva del Derecho de la competencia en el sistema estadounidense**

### **II.3.1.- Introducción**

Tras exponer las principales notas características que componen el sistema de competencia norteamericano, a continuación, centraremos nuestro estudio en analizar los aspectos sustantivos más destacados sobre los que se sustenta la aplicación, tanto pública como privada, de las normas de competencia estadounidenses, procediendo a examinar, en primer lugar, las disposiciones más relevantes previstas en el ordenamiento jurídico en materia de competencia (la *Sherman Antitrust Act* y la *Clayton Antitrust Act*), para seguidamente analizar el papel que han desempeñado los órganos jurisdiccionales mediante la creación y evolución de diferentes criterios de interpretación jurisprudencial (*rule of reason*, *per se rule* y *quick look rule*) en torno a la aplicación de la normativa *antitrust* y, por último, ponderar la viabilidad y la conveniencia de trasladar dichos criterios de enjuiciamiento al sistema europeo de defensa de la competencia.

### **II.3.2.- Génesis y evolución de las conductas anticompetitivas tipificadas en la *Sherman Antitrust Act*, *Clayton Antitrust Act* y otras leyes complementarias**

No fue hasta finales del siglo XIX cuando la preocupación por asegurar el pleno acceso al mercado, con su consiguiente pluralidad de competidores, se convirtió en una reivindicación de especial calado para la sociedad estadounidense. Antes, por el contrario, la libertad de comercio parecía afianzarse bajo un amplio paraguas de libertad contractual carente de la más mínima actividad normativa<sup>410</sup>. Sin embargo, la ausencia de regulación del

---

<sup>410</sup> PRIETO, C. y BOSCO, D. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*, ob. cit., pág. 192.

poder económico<sup>411</sup>, principal vestigio de inspiración liberalista que parecía garantizar la libertad de comercio en el mercado interno norteamericano, acabó por demostrarse insuficiente ante las crecientes concentraciones de poder orquestadas por los operadores económicos, y no por el Estado, en su lucha incansable de supervivencia y comodidad<sup>412</sup>.

La creciente eclosión productiva no tardó en dar paso a una acuciante saturación del mercado, y con ella, las primeras fórmulas asociativas entre empresarios<sup>413</sup> cedieron en favor de la aparición de mecanismos de coordinación más estables y dotados de cierta estructura jurídica: los **trusts o fideicomisos**<sup>414</sup>. La adaptación de estas instituciones, de clara naturaleza

---

<sup>411</sup> MAY, J. *Antitrust in the formative era: political theory in constitutional and antitrust analysis*, ob. cit., págs. 283-285; THORELLI, H. B. *The federal antitrust policy: origination of an american tradition*, ob. cit., págs. 36-50.

<sup>412</sup> HOVENKAMP, H. *Antitrust policy, federalism and theory of the firm: an historical perspective*, ob. cit., págs. 75-76; MAY, J. *Antitrust in the formative era: political theory in constitutional and antitrust analysis*, ob. cit., págs. 283-286.

<sup>413</sup> PRIETO, C. y BOSCO, D. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*, ob. cit., pág. 98; THORELLI, H. B. *The federal antitrust policy: origination of an american tradition*, ob. cit., págs. 170 y ss.

<sup>414</sup> En líneas generales, tal como expone RABASA, O. *El derecho angloamericano*, Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 300-310 y 353-354, el *trust*, equiparable en cierta medida al fideicomiso clásico del Derecho romano, es una de las principales figuras que se integran dentro del “derecho de equidad” o “*equity*”, característico de los ordenamientos jurídicos cuyas fuentes descansan en el *common law*. A grandes rasgos, el *trust* es un negocio jurídico formado por la voluntad del *settlor* (fideicomitente) de establecer una relación fiduciaria en virtud de la cual éste confiere la titularidad de determinados bienes de su propiedad – ocasionalmente también de terceros –, a favor del *trustee* (fiduciario). El *trustee* se convierte en el titular “formal” de tales bienes, mas tiene la obligación de administrar y gestionar los bienes recibidos en fideicomiso de acuerdo con las directrices marcadas y en interés de la persona que resulte designada como beneficiaria o fideicomisaria (persona que puede coincidir con el propio *settlor* o bien recaer en un tercero ajeno a la relación fideicomisaria). De acuerdo con el esquema lógico presentado, esta figura se materializa a partir de dos negocios jurídicos constitutivos. De una parte, el negocio subyacente con el cual se conforma el bien objeto del *trust*. El negocio subyacente podrá consistir en cualquier negocio jurídico, ya sea gratuito u oneroso, siempre que comporte la traslación de dominio, en este caso, del *settlor* hacia el *trustee*, pudiendo recaer tanto sobre bienes materiales e inmateriales (de ahí que puedan constituirse *trusts* sobre acciones o derechos de crédito). De otra, el derecho dispositivo queda conformado con el bien o conjunto de bienes que recibe el *trustee* y el uso o entrega que haga de los mismos de acuerdo con lo dispuesto por el *settlor*. Durante la vigencia del *trust*, los bienes a cuyo fin son adquiridos por el *trustee* se integran de forma separada e independiente en su patrimonio, por lo que existe plena separación de responsabilidades a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el *trust*. Por lo que respecta al funcionamiento de los *trusts* o fideicomisos en el ámbito empresarial, éstos respetan el planteamiento general apuntado sobre esta figura en la esfera civil. En consecuencia, la figura del *settlor* o fideicomitente recaerá en los accionistas de las sociedades, quienes transmitirán la propiedad de sus títulos societarios al *trustee* o fiduciario para que éste administre la participación del capital social y sus derechos sociales en beneficio e interés de los propios accionistas (en estos supuestos, las posiciones



civil<sup>415</sup>, a la gestión y dirección empresarial comportó la aparición de grandes grupos empresariales sobre la totalidad del mercado estadounidense. A través de los *trusts* proliferaron los primeros acuerdos o prácticas colusorias y es, en virtud de ellos, cuando las grandes empresas empiezan a concentrar importantes cuotas de poder, cuando no, situaciones cuasi-monopolísticas<sup>416</sup>. El crecimiento exponencial que supusieron los *trusts* para algunos operadores económicos también comportó, simultáneamente, una reducción proporcional de la competencia, debido a la exclusión de los pequeños agentes empresariales y comerciantes locales<sup>417</sup>. Es en este escenario donde las instituciones estadounidenses, ante un fuerte reclamo social que situó el funcionamiento del mercado bajo sospecha<sup>418</sup>, creyeron necesario desarrollar un derecho de control<sup>419</sup> respecto a los comportamientos económicos<sup>420</sup>.

En esta dirección de pensamiento, la primera disposición normativa con la que el Congreso estadounidense se dispuso a combatir las prácticas comerciales opresivas fue la ***Sherman Antitrust Act***, promulgada el 2 de julio de 1890<sup>421</sup>. De tomar en consideración la denominación literal de esta disposición podría llegar a pensarse, *a priori*, que era un instrumento legal dirigido exclusivamente

---

de *settlor* y de beneficiario resultan coincidentes). Tras la constitución de los *trusts* entre las sociedades dispuestas a subvertir el orden competitivo, los fideicomisarios de cada una de ellas, que a su vez tienen encargados la administración de las acciones, participan en la toma de acuerdos comunes con los que delimitar las políticas comerciales de las “empresas representadas” y redistribuir las ganancias derivadas de las prácticas colusorias o monopolísticas a favor de los fideicomisarios del *trust*.

<sup>415</sup> MARTÍN SANTIESTEBAN, S. *La regulación de la figura del trust en Europa*, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 2010, pág. 146.

<sup>416</sup> RABASA, O. *El derecho angloamericano*, *ob. cit.*, pág. 259.

<sup>417</sup> MITCHEL, W. *et alii*, *The antitrust treble damages remedy*, *ob. cit.*, pág. 438.

<sup>418</sup> THORELLI, H. B. *The federal antitrust policy: origination of an american tradition*, *ob. cit.*, pág. 174.

<sup>419</sup> AREEDA, P. *A second century of the rule of reason. The Sherman Act: the second century*, *ob. cit.*, págs. 143-144.

<sup>420</sup> HOFSTADTER, R. “*What happened to the antitrust movement?*”, en *The political economy of the Sherman Act: The first one hundred years*, *ob. cit.*, págs. 22 y ss.

<sup>421</sup> *Sherman Antitrust Act* 15 U.S.C. § 1 (1988).

a combatir los *trusts* o fideicomisos<sup>422</sup> (de ahí que la propia disposición pusiera expresamente énfasis en el calificativo de *antitrust*)<sup>423</sup>. Sin embargo, ello no fue así, pues en realidad su ámbito de aplicación objetivo se extendía a la persecución, por un lado, de cualquier acto o conducta individual restrictiva de la competencia y, por otro, de todo acuerdo o negocio jurídico que, con independencia de su denominación, supusiera, en definitiva, una alteración artificial del mercado<sup>424</sup>. El legislador americano ordenó por vez primera la prohibición expresa de realizar cualquier acto, de carácter unilateral u orquestado conjuntamente, con el que se pretendiera o intentase monopolizar o conspirar en contra del comercio interestatal<sup>425</sup>. De hecho, pese al silencio legal sobre el particular, se entendió que resultaba sancionable toda acción tendente a manipular, distorsionar o alterar la dinámica económica<sup>426</sup> (no

---

<sup>422</sup> Literalmente la sección primera de la *Sherman Antitrust Act* dispone, en relación con el ámbito objetivo de la prohibición, que: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*”, mientras que a continuación es complementada de acuerdo con lo dispuesto en la sección segunda por el elemento subjetivo de “*every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony*”.

<sup>423</sup> BAKER, J. B. *Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem, and contemporary economic theory symposium on tacit collusion*, en *The Antitrust Bulletin: the journal of American and foreign antitrust and trade regulation*, vol.1, núm. 38, 1993, págs. 143-144. En cualquier caso, tal como señala PRIETO, C. y BOSCO, D. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*, *ob. cit.*, págs. 97 y ss., el empleo del término “*antitrust*” debe entenderse como una manifestación más del contexto histórico en el que estaba inmersa la sociedad americana y de animadversión hacia los efectos adversos que causaba la constitución de los *trust* en la actividad económica, hasta el extremo de situar dicha figura en el centro de atención de las de las políticas económicas de la época. De hecho, ha sido tal la repulsa y repercusión que han representado los *trusts* para los agentes socio-económicos norteamericanos que las posteriores normas de competencia participaron de la misma denominación hasta acabar por equiparar dicho término como sinónimo de cualquier otra conducta de carácter bilateral, consensuada y con ánimo anticompetitivo (en particular destaca su empleo como sustitutivo de “cártel” o de cualquier otro acuerdo o práctica colusoria).

<sup>424</sup> STUCKE, M. E. *Does the rule of reason violate the rule of law?*, en *University of California Law Review*, vol. 42, núm. 5, 2009, págs. 1387-1388.

<sup>425</sup> KAPLOW, L. *Antitrust law and economics and the courts*, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 50, núm. 4, 1988, págs. 209 y ss.

<sup>426</sup> ARTHUR, T. C. *A workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the federal courts*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 68, núm. 2, 2000, pág. 338; BAKER, J. B. *Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem, and contemporary economic theory symposium on tacit collusion*, *ob. cit.*, págs. 144 y ss.

obstante, toda operación de fusión o concentración empresarial sí quedaba excluida de su ámbito de aplicación)<sup>427</sup>.

Aun cuando la *Sherman Antitrust Act* se promulgó con un más que notable respaldo social, tanto de los consumidores como de una gran parte del tejido empresarial<sup>428</sup>, lo cierto es que su entrada en vigor no condujo a los resultados esperados. Esa ley fue capaz de reprimir, siempre bajo el impulso de los organismos públicos, un pequeño número de operaciones cartelistas que se focalizaban en algunos sectores concretos de mercado, como sucedió con el sector ferroviario. Sin embargo, se mostró del todo insuficiente para hacer frente a aquellas colusiones empresariales, cada vez más generalizadas, que afectaban a la totalidad o a una gran parte del mercado nacional estadounidense<sup>429</sup>.

La falta de precisión normativa de sus secciones (más allá del empleo de términos generales e indeterminados como *monopolizar* o *conspirar*, sin especificar las conductas anticompetitivas ni detallar los actos singulares que pueden conducir a tales situaciones)<sup>430</sup> acabó por sumir a los órganos jurisdiccionales en la labor de suplir las lagunas legislativas que, con frecuencia, se ponían de manifiesto en orden a subsumir las conductas concretas dentro de las reglas de prohibición general<sup>431</sup>. Situación ésta que todavía se agravó más, si cabe, por el hecho de que los tribunales también

---

<sup>427</sup> El recorrido normativo que ha envuelto a este tipo de fórmulas de adquisición empresarial dentro del ordenamiento jurídico americano es ampliamente analizado por HOVENKAMP, H. *Merger policy and the 2010 merger guidelines*, en Iowa Legal Studies Research Paper, vol. 10, núm. 34, 2010, págs. 18 y ss.

<sup>428</sup> MAY, J. *Antitrust in the formative era: political theory in constitutional and antitrust analysis*, ob. cit., págs. 281 y ss.

<sup>429</sup> PRIETO, C. y BOSCO, D. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*, ob. cit., págs. 103 y ss.

<sup>430</sup> STUCKE, M. E. *Does the rule of reason violate the rule of law?*, ob. cit., págs. 1387-1388.

<sup>431</sup> ARTHUR, T. C. *A workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the federal courts*, ob. cit., pág. 338; BAKER, J. B. *Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem, and contemporary economic theory symposium on tacit collusion*, ob. cit., pág. 144; CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, ob. cit., pág. 397.

carecían, en un terreno plagado de tecnicismos ajenos a la ciencia jurídica, de referentes dogmáticos sólidos con los que sustentar sus interpretaciones<sup>432</sup>.

El desconcierto normativo, unido a la ausencia de antecedentes judiciales, dado el carácter incipiente de la ley, así como su escasa claridad expositiva en torno a delimitar el marco de su aplicación territorial (tampoco existía un firme consenso respecto de los criterios a considerar para diferenciar entre las afectaciones de la competencia que se suscitaban dentro del comercio estatal, de aquellas otras que presentaban una clara afectación interestatal)<sup>433</sup>, acabaron, en definitiva, por cuestionar el modo y las situaciones en las que la competencia económica debía vislumbrarse como un bien merecedor de protección jurídica.

Este panorama que se acaba de describir dejó al descubierto una brecha normativa que permitió a las grandes corporaciones seguir en su carrera por atesorar la mayor cuota de beneficio posible al menor coste<sup>434</sup>. No fueron pocos los operadores económicos que sirviéndose de la ineficacia de la ley incrementaron sus posiciones estratégicas en el mercado, no ya a través de los *trusts*, sino a través de otras formas todavía más innovadoras (vgr. acuerdos colusorios, pactos de exclusividad o concentraciones empresariales)<sup>435</sup> que, pese a no circunscribirse dentro de la acción de monopolizar *stricto sensu*, sí comportaban efectos adversos para la economía, impedían participar a los consumidores en los beneficios y expulsaban de la industria las pequeñas empresas, en su mayoría, de ámbito local.

---

<sup>432</sup> AREEDA, P. *A second century of the rule of reason. The Sherman Act: the second century*, ob. cit., pág. 145.

<sup>433</sup> SWEENEY, B. E. "Defining antitrust violations in the United States", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., 2012, pág. 18.

<sup>434</sup> THORELLI, H. B. *The federal antitrust policy: origination of an american tradition*, ob. cit., págs. 268 y ss.

<sup>435</sup> MAY, J. *Antitrust in the formative era: political theory in constitutional and antitrust analysis*, ob. cit., págs. 285 y ss.

Ante la tenue contundencia y la confusa aplicación de las disposiciones de la *Sherman Antitrust Act*, el legislador estadounidense se encontró de nuevo obligado a reconsiderar buena parte de las imprecisiones y lagunas legales que la práctica judicial puso de relieve en vista a reforzar el tenor represor de sus secciones<sup>436</sup>. Fue en el seno de ese mismo proceso revisionista donde se promulgó, pocos años después, una segunda ley en materia de competencia, que desde 1914 hasta la actualidad ha acabado por constituir la base fundamental del sistema competencial estadounidense<sup>437</sup>.

La *Clayton Antitrust Act* de 1914 acabó por remodelar la *Sherman Antitrust Act* de 1890 en la medida que complementó casi la totalidad de sus preceptos. Si bien su pretensión no se centraba en aportar un giro radical al *status quo* legalmente prestablecido, lo cierto es que, con un espíritu comedido pero acertado, se limitó a modificar aquellos aspectos necesitados de mejora. Tal vez ese haya podido ser el motivo por el que la *Clayton Antitrust Act* se ha considerado más bien como una enmienda a la totalidad de su predecesora - eso sí, dotada de un importante carácter sustantivo-, que una genuina disposición normativa adicional o complementaria en materia de competencia<sup>438</sup>.

Por lo que se refiere a su alcance objetivo, la *Clayton Antitrust Act* va más allá de la simple prohibición de “monopolizar” o “conspirar” contra la dinámica del mercado. Además de contemplar en sus dos primeras secciones las reglas de prohibición general fijadas por su predecesora, expresamente tipifica toda una serie de acciones específicas, cuya realización conduce a alcanzar situaciones

---

<sup>436</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, ob. cit., pág. 398; GARVEY, G. *The Sherman Act and the vicious will: developing standards for criminal intent in Sherman Act prosecutions*, en Columbus School of Law, vol. 28, 1980, pág. 389; KADISH, S. *Some observations on the use of criminal sanctions in enforcing economic regulations*, en Berkeley Law Scholarship Repository, vol. 30, núm. 3, 1963, pág. 427.

<sup>437</sup> PRIETO, C. y BOSCO, D. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*, ob. cit., pág. 104.

<sup>438</sup> FLINT, P. *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*, Fondo Editorial, Lima, 2002, pág. 230.

monopolísticas<sup>439</sup>, o bien denotan el resultado de comportamientos anticompetitivos previos<sup>440</sup>.

Las secciones 2 y 3 de la *Clayton Antitrust Act* no solo vienen a reemplazar a las anteriores secciones 1 y 2 de la *Sherman Antitrust Act*, sino que, además, las primeras facilitan una mejor traslación práctica de sus secciones en cuanto efectúan una descripción técnica sobre cada uno de los elementos que integran su contenido y los acompañan de un elenco casuístico de conductas<sup>441</sup>. A su vez, en su sección 3 se prevén las conductas que permiten crear situaciones monopolísticas o desequilibrar el juego de fuerzas dentro de una industria, como sucede con el reparto territorial de mercado entre competidores naturales, la celebración de contratos de exclusividad o de acuerdos vinculados, o la creación de holdings empresariales. Y en sus secciones 13 y 14 aparecen recogidas aquellas conductas que permiten a los operadores económicos debilitar el grado de competencia con el fin de disponer sobre cualquier condición de orden económico o de expulsar al resto de competidores. Tales casos hacen referencia a alteraciones artificiales de los precios (expresamente se contemplan los precios predatorios, la discriminación de precios y los precios excesivos), como a los acuerdos de exclusión de competidores.

Junto con lo anterior, la *Clayton Antitrust Act* también amplía considerablemente su ámbito objetivo de aplicación. En este sentido, en la sección 18 se establece, por primera vez, una prohibición para determinadas fusiones y adquisiciones de empresas<sup>442</sup>. No obstante, la previsión normativa

---

<sup>439</sup> BAKER, J. B. *Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem, and contemporary economic theory symposium on tacit collusion*, ob. cit., págs. 169 y ss.

<sup>440</sup> SWEENEY, B. E. "Defining antitrust violations in the United States", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 21-23.

<sup>441</sup> HOLMES, W. C. *Antitrust Law Handbook*, Thomson Reuters, Darfield, 2018, págs. 632 y ss.

<sup>442</sup> ARTHUR, T. C. *A workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the federal courts*, ob. cit., pág. 343; HOVENKAMP, H. *Antitrust policy, federalism and theory of the firm: an historical perspective*, ob. cit., pág. 78.

de estas figuras todavía mantiene un alcance limitado<sup>443</sup>, ya que el precepto exige que sea entre corporaciones competidoras situadas en el mismo rango de la cadena productiva o distributiva (carácter horizontal) y comporte, además, una reducción de la capacidad competitiva del mercado<sup>444</sup>.

En lo relativo al régimen de responsabilidad, resulta significativo el carácter funcional del que parece partir la sección 7 en cuanto a la determinación de los sujetos responsables<sup>445</sup>. Para la imputación de responsabilidad, la *Clayton Antitrust Act* no emplea en sus disposiciones un concepto riguroso y formalista de empresario, sino que, tal como apuntó indiciariamente su antecesora, la prohibición de las conductas anticompetitivas va dirigida, con carácter general, a todos aquellos agentes que, de un modo u otro, pudieran participar en el tráfico económico, con independencia de su naturaleza y estructura<sup>446</sup>.

En consonancia con lo anterior, la *Clayton Antitrust Act* contempla en la sección 24 todo un abanico de medidas correctivas, algunas de naturaleza civil (imposición de multas económicas) y otras de carácter penal (penas privativas de libertad hasta un máximo de tres años). En cualquier caso, corresponde al órgano judicial determinar la modalidad de sanción a imponer según su libre

---

<sup>443</sup> BAKER, J. B. *Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem, and contemporary economic theory symposium on tacit collusion*, ob. cit., págs. 199 y ss.; MARKOVITS, R. S. *Economics and the interpretation and application of U.S. and E.U. antitrust law: a summary*, en *The Antitrust Bulletin: the journal of American and foreign antitrust and trade regulation*, vol. 68, núm. 1, 2016, págs. 72 y ss.

<sup>444</sup> En correlación con la prohibición de ciertas fusiones y adquisiciones, se instaura en la actual sección 18 de la *Clayton Antitrust Act*, una diversidad de mecanismos obligatorios y con fines preventivos con los que comunicar a las autoridades competentes ciertas operaciones que pudieran poner en peligro la competencia. Entre los previstos, destaca la obligación de iniciar un procedimiento administrativo de notificación previa en caso de proceder a efectuar una fusión o concentración empresarial que no estuviera expresamente prohibida en la sección 7. A tal fin se prevé una exigencia de notificación, con carácter previo a la operación societaria, al organismo público competente para que éste, en un plazo de 30 días como regla general, autorice la procedencia de la operación tras un análisis de la estructura competitiva (al tratarse de operaciones societarias que afectan al mercado nacional, la expedición de las autorizaciones es competencia de la *Federal Trade Commission*).

<sup>445</sup> RUBIN, J. L. "Procedural defenses short of trial", en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer and R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012, págs. 256 y ss.

<sup>446</sup> CRAMER, E. L. y SIMONS, D. C. "Parties entitled to pursue a claim", en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer and R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012, págs. 64-65.

apreciación y valoración de las circunstancias del caso concreto, hasta el extremo de quedar facultado para imponer acumuladamente ambas sanciones cuando la especial gravedad de la conducta anticompetitiva así lo aconseje.

Si se atiende al carácter personalista que requieren las medidas penales – máxime cuando suponen la privación de libertad–, debe advertirse que la *Clayton Antitrust Act* dispuso, desde sus inicios, de un doble régimen sancionador en atención a la naturaleza del sujeto al que resulta imputable la conducta anticompetitiva. En este punto debe diferenciarse la responsabilidad entre personas jurídicas y personas físicas. Mientras a las primeras, con independencia de su estructura y forma societaria, les serán de aplicación las sanciones pecuniarias de hasta un máximo de 10 millones de dólares, a las segundas podrán acumularseles ambas categorías de sanciones, de tal forma que podrán ser multadas con un importe máximo de 350.000 dólares e incluso ser privadas de libertad hasta un máximo de 3 años<sup>447</sup>. Además, en lo que supuso un claro adelanto para el contexto de su época, seguido posteriormente en Europa mediante su inclusión en los arts. 101 del TFUE y 63.2 de la LDC<sup>448</sup>,

<sup>447</sup> La referencia a las sanciones y a las penas de prisión se corresponde con la versión actualizada de la *Sherman Antitrust Act* (enmienda de 2004, publicación legal núm. 108-237). Debe destacarse que existen importantes diferencias entre el texto original de 1914 y la disposición actual por lo que respecta a las medidas correctivas. Además de actualizar el importe de las sanciones económicas, el límite máximo de la pena privativa de libertad quedó establecido en 10 años. Sin embargo, fruto de las posiciones doctrinales que se han mostrado especialmente críticas en orden a mantener este tipo de medidas sancionadoras para las actividades anticompetitivas, dado el cuestionable elemento preventivo que generan en proporción al incremento de costes adicionales de carácter público mientras dura el tiempo de la condena, se fijó una reducción importante de la duración de las mismas. En esta línea de pensamiento, puede consultarse LANDE, R. “*Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de la Competencia*” en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 67 y ss.

<sup>448</sup> Recientemente el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) en su Sentencia núm. 430/2019, de 28 de marzo (RJ 2019/1496) ha venido a confirmar la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) núm. 153/2017, de 20 de abril (JUR 2017/243579) que ratificó en su día la resolución de la CNC de 30 de junio de 2016 (expediente S/DC/0519/14 Infraestructuras Ferroviarias). En dicha resolución, el organismo regulador extendió la responsabilidad administrativa a quien fuera entonces vicesecretario del Consejo de Administración de una de las empresas partícipes del cártel, por haber quedado acreditado que dicho directivo participó en varias de las reuniones en las que diferentes empresas del sector ferroviario acordaron concurrir conjuntamente a procedimientos de licitación pública, relacionados con el suministro ferroviario, convocados por ADIF durante los años 1999 y 2014. En la sentencia confirmatoria, el Tribunal Supremo, tras deliberar en torno a los elementos subjetivos del art. 63.2 LDC, concluye que el citado artículo permite extender el alcance de la responsabilidad administrativa a aquellos supuestos en los que el órgano de administración de la persona jurídica sea de carácter unipersonal, siempre que de lo actuado se acredite una participación activa del sujeto y éste haya concurrido en condición del



la *Clayton Antitrust Act* expresamente contempla en su sección 24 la posibilidad de extender la responsabilidad civil o penal a las personas físicas que, atribuyéndose el poder de control y dirección, hubieran autorizado, permitido o ejecutado algún acto o elemento constitutivo de la conducta anticompetitiva<sup>449</sup>. Ahora bien, en los supuestos de extensión de responsabilidad a los cargos directivos, la propia sección rebaja la gravedad del delito (considerándolo siempre delito menor) como los límites máximos de las penas, tanto de multa (no excediendo del valor máximo de 5.000 dólares) como de privación de libertad (máximo 1 año)<sup>450</sup>.

Sin ánimo de desmerecer la labor de concreción y normativización desplegada por la *Clayton Antitrust Act* en el terreno sustantivo, si en algo resultó especialmente innovadora esta disposición, a los efectos del estudio monográfico que nos ocupa, fue en su destacada contribución en orden a **habilitar a los sujetos afectados por los ilícitos concurrenciales** para

---

órgano directivo. Este criterio funcional, al margen de cualquier otro formalismo, ya fue advertido por la Audiencia Nacional en su sentencia núm. 153/2017 de 20 de abril, en la que vino a esclarecer los términos de “representante legal” y de “integrante del órgano de dirección” a los que se refiere el art. 63.2 LDC. De forma concisa, la AN estableció una interpretación estricta de la representación legal que es necesaria para extender la responsabilidad a las personas físicas al considerar que la normativa de competencia alude a “*los representantes legales de las personas jurídicas, y siendo múltiples y variadísimas las formas de personificación y tipologías que las mismas pueden revestir, haya de estarse a la regulación de cada una de éstas para determinar quien ostenta, en cada caso, la representación legal*”. Sin embargo, por lo que respecta al órgano directivo sí corrobora la interpretación de carácter abierto y funcional sostenida por la CNMC al entender por tal a “*cualquiera de los que la integran [la persona jurídica] que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan, en definitiva, su actuación*”. Similares pronunciamientos son recogidos en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1287/2019, de 1 de octubre (RJ 2019/3838) y en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 95/2020, de 28 de enero (RJ 2020/128).

<sup>449</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, ob. cit., págs. 405 y ss.

<sup>450</sup> LANDE, R. “Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de la Competencia” en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 64-65. La sección 24 de la *Clayton Antitrust Act* expresamente contempla que “*Whenever a corporation shall violate any of the penal provisions of the antitrust laws, such violation shall be deemed to be also that of the individual directors, officers, or agents of such corporation who shall have authorized, ordered, or done any of the acts constituting in whole or in part such violation, and such violation shall be deemed a misdemeanor, and upon conviction therefor of any such director, officer, or agent he shall be punished by a fine of not exceeding \$5,000 or by imprisonment for not exceeding one year, or by both, in the discretion of the court.*”

participar en la persecución y represión de tales conductas<sup>451</sup>. En este sentido, en su sección 4 se reconoció expresamente la legitimación de cualquier persona que haya sido lesionada en su esfera individual o empresarial<sup>452</sup>, a causa de un acto contrario a la competencia, para poder recabar, en virtud de su derecho de acción, la tutela de los órganos jurisdiccionales a fin de que éstos, tras enjuiciar tal comportamiento y declararlo lesivo, ordenen restituir y resarcir a la persona perjudicada<sup>453</sup>.

Sin perjuicio de efectuar un análisis más exhaustivo sobre este particular en el ulterior apartado de este epígrafe, debe anticiparse que junto a la previsión inicial de habilitar la aplicación privada en la lucha de los ilícitos concurrenciales, la *Clayton Antitrust Act* también instauró, en paralelo al reconocimiento de la legitimación de los particulares<sup>454</sup>, toda una serie de recursos con los que, sin perjuicio de constituir verdaderas excepciones a las reglas procesales generales del proceso americano<sup>455</sup>, se pretende incentivar el ejercicio de las acciones privadas, así como asegurar la correcta tutela de sus intereses desde el inicio y sustanciación del proceso hasta la ejecución del pronunciamiento judicial.

De todo el conjunto de medidas que aparecen previstas en la *Clayton Antitrust Act* para favorecer las acciones civiles de los particulares en materia de competencia, pueden destacarse, a título enunciativo, las siguientes: la aplicación de un múltiplo legalmente establecido sobre la totalidad del *quantum* indemnizatorio (concretamente el triple de la suma que resulte objeto de

---

<sup>451</sup> BRUCKNER, J. y SALZWEDEL, M. "Plaintiff's remedies", en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer and R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012, págs. 236-237.

<sup>452</sup> HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, ob. cit., págs. 356-357.

<sup>453</sup> ARTHUR, T. C. *A workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the federal courts*, ob. cit., págs. 339-341; SWEENEY, B. E. "Defining antitrust violations in the United States", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 16-17 y 22.

<sup>454</sup> CRAMER, E. L. y SIMONS, D. C. "Parties entitled to pursue a claim", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 68 y ss.

<sup>455</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, ob. cit., págs. 388-389.

reclamación)<sup>456</sup>; la recuperación de las costas procesales devengadas a favor del demandante para el caso de estimarse su pretensión<sup>457</sup>; la vinculación expresa de aquellas sentencias judiciales declarativas y estimatorias de la conducta anticompetitiva respecto a posteriores procesos de reclamación de daños planteados ante otros órganos jurisdiccionales<sup>458</sup>, pero sustanciados contra el mismo demandado<sup>459</sup>; el reconocimiento expreso de legitimación a favor del demandante particular para poder solicitar medidas cautelares de suspensión o cese de la conducta desde la interposición de la demanda, o incluso con carácter previo a tal actuación procesal (tutela cautelar *ante causam*)<sup>460</sup>; así como la previsión de un plazo de prescripción para el ejercicio de acciones de reclamación individuales de cuatro años con suspensión automática del cómputo en caso de iniciarse un proceso penal por parte de las autoridades públicas, en cuyo caso el plazo de prescripción se reanuda al

<sup>456</sup> HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, ob. cit., págs. 359 y ss.

<sup>457</sup> BRUCKNER, J. y SALZWEDEL, M. "Plaintiff's remedies", *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 257 y ss.

<sup>458</sup> RUBIN, J. L. "Procedural defenses short of trial", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 158 y ss.

<sup>459</sup> Según lo indicado en la sección 16, letra a), de la *Clayton Antitrust Act*: "A final judgment or decree heretofore or hereafter rendered in any civil or criminal proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws to the effect that a defendant has violated said laws shall be prima facie evidence against such defendant in any action or proceeding brought by any other party against such defendant under said laws as to all matters respecting which said judgment or decree would be an estoppel as between the parties thereto: Provided, That this section shall not apply to consent judgments or decrees entered before any testimony has been taken. Nothing contained in this section shall be construed to impose any limitation on the application of collateral estoppel, except that, in any action or proceeding brought under the antitrust laws, collateral estoppel effect shall not be given to any finding made by the Federal Trade Commission under the antitrust laws or under section 45 of this title which could give rise to a claim for relief under the antitrust laws".

<sup>460</sup> La tutela cautelar está expresamente prevista en la sección 26 de la *Clayton Antitrust Act*: "Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws, including sections 13, 14, 18, and 19 of this title, when and under the same conditions and principles as injunctive relief against threatened conduct that will cause loss or damage is granted by courts of equity, under the rules governing such proceedings, and upon the execution of proper bond against damages for an injunction improvidently granted and a showing that the danger of irreparable loss or damage is immediate, a preliminary injunction may issue: Provided, That nothing herein contained shall be construed to entitle any person, firm, corporation, or association, except the United States, to bring suit for injunctive relief against any common carrier subject to the jurisdiction of the Surface Transportation Board under subtitle IV of title 49. In any action under this section in which the plaintiff substantially prevails, the court shall award the cost of suit, including a reasonable attorney's fee, to such plaintiff".

año siguiente de haber finalizado el proceso promovido por la autoridad pública<sup>461</sup>.

Si bien los preceptos relativos a la aplicación privada de las normas de competencia y a las acciones de reclamación de daños han permanecido inalterados hasta la actualidad, debe señalarse que la *Clayton Antitrust Act* ha sido objeto de reforma en dos ocasiones. La primera de ellas tuvo lugar en 1936 a través de la ***Robinson-Patman Act***, con la que se modificó la sección 2 de la *Clayton Antitrust Act* en aras a reforzar las disposiciones relativas a la persecución de los comportamientos discriminatorios de precios y poder distinguir con mayor detalle las prácticas constitutivas de tales conductas<sup>462</sup>. Concretamente, con la aprobación de esta enmienda se prohibió la diferenciación de precios entre los distintos competidores ante productos de similar calidad y cantidad, siempre y cuando tal variación no estuviera justificada en causas económicas sobrevenidas o derivase de la naturaleza de los productos – vgr. caducidad, obsolescencia<sup>463</sup>.

---

<sup>461</sup> Así se dispone en la sección 16, letra i), de la *Clayton Antitrust Act*: “Whenever any civil or criminal proceeding is instituted by the United States to prevent, restrain, or punish violations of any of the antitrust laws, but not including an action under section 15a of this title, the running of the statute of limitations in respect to every private or State right of action arising under said laws and based in whole or in part on any matter complained of in said proceeding shall be suspended during the pendency thereof and for one year thereafter: Provided, however, That whenever the running of the statute of limitations in respect of a cause of action arising under section 15 or 15c of this title is suspended hereunder, any action to enforce such cause of action shall be forever barred unless commenced either within the period of suspension or within four years after the cause of action accrued”.

<sup>462</sup> COLLIN, T. J. *Antitrust law and economics of product distribution*, American Bar Association, Washington, 2006, págs. 295 y ss.; KAPLOW, L. *Antitrust law and economics and the courts*, *ob. cit.*, págs. 210-211.

<sup>463</sup> A pesar de que la enmienda *Robinson-Patman Act* todavía sigue vigente en el ordenamiento jurídico estadounidense, con frecuencia se ha ubicado en el foco de las críticas por parte de la doctrina americana. En este sentido, HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 80-87 y en *The Robinson-Patman Act and Competition: unfinished business symposium: antitrust at the millennium*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 68, núm. 2, 2000, págs. 125-144, propugna su derogación inmediata al considerar que la disposición excede de aquello que debería constituir el ámbito de protección del Derecho *Antitrust*. Argumenta el autor que la *Robinson-Patman Act* no es propiamente una disposición dirigida a proteger la competencia, por cuanto más bien incurre en un exceso de proteccionismo a favor del resto de competidores, con el consiguiente desacierto, por parte del legislador, de eliminar, en ocasiones, las eficiencias derivadas de la lucha competitiva en perjuicio de los consumidores (disminución de ofertas productivas e incremento de precios). En idéntica línea de pensamiento, también se ha manifestado SWEENEY, B. E. “Defining antitrust violations in the United States”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 37-38, quien, además, añade que la *Robinson-Patman Act* apenas ha sido aplicada por parte de los organismos públicos, lo

La segunda modificación destacada que ha debido afrontar la *Clayton Antitrust Act* tuvo lugar en 1950 con la aprobación de la **Celler-Kefauver Act**. Diferenciándose de la línea común de las que habían sido las políticas tradicionales de competencia –cuya preocupación se ha centrado siempre en las figuras colusorias y en las prácticas discriminatorias de precios–, la *Celler-Kefauver Act* situó el foco de atención en las afectaciones de la competencia derivadas de las operaciones de fusión y control inter-empresarial<sup>464</sup>. Con la promulgación de esta disposición normativa, se fortaleció sustancialmente las disposiciones de la sección séptima de la *Clayton Antitrust Act*, no sólo prohibiendo las fusiones y demás operaciones empresariales de carácter horizontal, sino estableciendo también serias restricciones para otras categorías de operaciones societarias (vgr. fusiones, adquisiciones o transferencia de activos)<sup>465</sup> siempre que, tras su oportuna valoración en virtud del proceso de notificación previa contemplado en la propia *Clayton Antitrust Act*<sup>466</sup>, se reputasen contrarias al nivel de competencia existente o bien dificultaran considerablemente el acceso de nuevos operadores (incremento de las barreras de entrada)<sup>467</sup>.

Tras exponer los principales rasgos característicos de la *Sherman Antitrust Act* y de la *Clayton Antitrust Act*, es obligado hacer mención, en último lugar, a una tercera disposición normativa, la **Federal Trade Commission Act** dictada en

---

que conduce a que la casi totalidad de las condenas existentes en materia de precios discriminatorios sean consecuencia del ejercicio de acciones privadas interpuestas por los propios competidores. A lo anterior debe también añadirse la excesiva facilidad probatoria en la que parece incurrir la *Robinson-Patman Act* si se compara con otros comportamientos anticompetitivos que presentan un mayor grado de nocividad para la competencia. De acuerdo con la *Robinson-Patman Act*, un comprador afectado por una posible práctica de precios predatorios únicamente tendrá la carga de probar, para el éxito de su reclamación, la existencia de una alteración de los precios y la causación del daño (siendo suficiente la demostración de la reducción de ventas por el incremento del precio), pero no la constatación de los efectos anticompetitivos que esa subida de precios ha comportado en el mercado.

<sup>464</sup> SWEENEY, B. E. “Defining antitrust violations in the United States”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 27-28.

<sup>465</sup> POSNER, R. *The rule of reason and the economic approach: reflections on the Sylvania decision*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 45, núm. 1, 1977, págs. 15-16.

<sup>466</sup> HOLMES, W. C. *Antitrust Law Handbook*, ob. cit., págs. 741 y ss.

<sup>467</sup> KAPLOW, L. *Antitrust law and economics and the courts*, ob. cit., págs. 208 y ss.

1914<sup>468</sup>, que, pese a no dirigirse directamente a combatir los comportamientos excluyentes entre competidores ni preservar la dinámica competitiva en las diferentes industrias del mercado, sí guarda una estrecha relación con la calidad de la misma y centra parte de su atención en la protección de los intervinientes en el mercado, muy en especial de los consumidores<sup>469</sup>.

Esta disposición normativa comprende una pluralidad de aspectos relacionados con el mantenimiento y calidad de la competencia<sup>470</sup>, sin descuidar otras cuestiones relacionadas más directamente con el derecho de consumo y la protección de los consumidores. A lo largo de sus secciones se tipifican toda una diversidad de conductas empresariales que, además de poder alterar la competencia, resulten perjudiciales para los intereses de los consumidores por ser prácticas injustas y desleales<sup>471</sup>, o bien por incurrir en engaño e información inexacta o ambigua<sup>472</sup> (lo que en el ámbito del Derecho europeo sería el equivalente a los actos de competencia desleal y de publicidad ilícita o engañosa).

### **II.3.3.- La aplicación judicial de la normativa antimonopolio estadounidense: la *rule of reason*, la *per se rule* y la *quick look rule***

Como se ha anticipado, correspondió a los órganos jurisdiccionales no solo poner fin a este tipo de litigios sino también solventar la problemática derivada de la inconcreción en torno a las conductas anticompetitivas que quedaban recogidas en la normativa antimonopolio estadounidense. Para servir a este propósito, los órganos jurisdiccionales procedieron a verter interpretaciones

---

<sup>468</sup> *Federal Trade Commission Act* (Pub. L. No. 96-252, 94 Stat. 374 US Code).

<sup>469</sup> BAKER, J. B. *Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem, and contemporary economic theory symposium on tacit collusion*, *ob. cit.*, págs. 211-212.

<sup>470</sup> KAPLOW, L. *Antitrust law and economics and the courts*, *ob. cit.*, págs. 202-206.

<sup>471</sup> Tales conductas aparecen recogidas en la sección 45 de la *Federal Trade Commission Act*.

<sup>472</sup> Vid. las secciones 52 a 54 de la *Federal Trade Commission Act*.

cuasi-legislativas y desarrollar parámetros de enjuiciamiento<sup>473</sup> con los que poder dilucidar si la comisión de una determinada conducta comportaba una restricción o alteración efectiva e injustificada de la estructura económica<sup>474</sup> y, en consecuencia, merecía ser considerada antijurídica<sup>475</sup>.

En esta primera etapa, que bien puede situarse en la primera mitad del siglo XX, el Derecho *Antitrust* estadounidense es desarrollado, en la práctica, por el impulso de la actividad que tiene lugar en sede judicial. De igual modo, sus bases normativas empiezan a quedar sentadas, no por la fuerza intrínseca de sus disposiciones, sino a medida que se consolidan las iniciales líneas jurisprudenciales. El ejercicio de las primeras acciones judiciales, en su mayoría promovidas bajo la iniciativa de los organismos públicos, dio paso a un gran número de resoluciones en las que debía discernirse si las conductas enjuiciadas eran susceptibles de calificarse como anticompetitivas y, en consecuencia, ser reprimidas a la luz de los preceptos de la *Sherman Antitrust Act*<sup>476</sup>.

La cuestión dirimente se centraba en interpretar aquello que debía entenderse por “restricción a la competencia” y que conformaba, en definitiva, el ámbito de aplicación de las leyes antimonopolio americanas<sup>477</sup>. Para ponderar la legalidad y adecuación de la conducta con el proceso competitivo, los órganos jurisdiccionales, en su mayoría Tribunales de Distrito (lo que en cierto modo equivaldría, de acuerdo con nuestra planta jurisdiccional, a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, en el buen entendido de ser órganos jurisdiccionales de primer grado con atribución de competencias generales, tanto en materia civil como penal, pero de ámbito federal) desarrollaron, un

---

<sup>473</sup> GARVEY, G. *The Sherman Act and the vicious will: developing standards for criminal intent in Sherman Act prosecutions*, ob. cit., pág. 391.

<sup>474</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, ob. cit., pág. 397; KAPLOW, L. *Antitrust law and economics and the courts*, ob. cit., págs. 194 y ss.

<sup>475</sup> HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, ob. cit., pág. 87.

<sup>476</sup> STUCKE, M. E. *Does the rule of reason violate the rule of law?*, ob. cit., págs. 1390 y ss.

<sup>477</sup> MARKOVITS, R. S. *Economics and the interpretation and application of U.S. and E.U. antitrust law: a summary*, ob. cit., págs. 11 y ss.

primer parámetro de control, conocido por la doctrina como *rule of reason*, que fue posteriormente confirmado y desarrollado por el Tribunal Supremo estadounidense en varias de sus emblemáticas sentencias (asunto Standard Oil y, posteriormente, asunto American Tobacco)<sup>478</sup>.

De acuerdo con la *rule of reason*, o regla de la razonabilidad, los preceptos de la *Sherman Antitrust Act* no prohibirían la existencia de acuerdos que pudieran afectar, de algún u otro modo, a la competencia por el mero hecho de que éstos tuvieran lugar en el mercado (valga el mero ejemplo de adoptar cualquier acuerdo de carácter asociativo, puesto que el propio acuerdo por sí mismo ya comporta una afectación, ni tan siquiera cuantitativa, de la competencia al reducir el número de competidores o el grado de rivalidad de algunos de ellos)<sup>479</sup>. La *rule of reason*, de lo contrario, vendría a disponer que solo resultan sancionables aquellos acuerdos o conductas que no pueden considerarse, a juicio del tribunal, como razonables y justificados para la competencia o para el interés de los competidores. Se trataría, por lo tanto, de acuerdos que realmente producen un impacto anticompetitivo y perjudicial para el mercado o

---

<sup>478</sup> Tal como señalan AREEDA, P. y KAPLOW, L. *Antitrust analysis: problems, text, cases*, Little Brown, Boston, 1988, págs. 60 y ss.; la determinación de la anticompetitividad de una conducta de acuerdo con la aplicación de la *rule of reason* se remonta por vez primera al asunto *Addyston Pipe and Steel Co. vs. United States*, 175 U.S. 211 (1899), en el que el Tribunal Supremo admitió la legalidad de determinados acuerdos restrictivos del comercio siempre que presentasen un carácter accesorio respecto de otro contrato principal válido y eficaz. La tesis inicial de la *rule of reason* limitada más por las formalidades del mismo que por la toma en consideración de los efectos restrictivos, no fue, sin embargo, reemplazada hasta las sentencias *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*, 221U. S.1 (1911), y *United States vs. American Tobacco Company*, 221 US 106 (1911). Es a través de los pronunciamientos judiciales contenidos en ambos asuntos con los que el Tribunal reemplaza la tesis que abogaba por la antijuridicidad de las “restricciones accesorias” y efectúa una definición de aquello que debe entenderse por “restricción del comercio” bajo el ámbito de la *Sherman Antitrust Act*. De este modo, relaciona la prohibición general de su sección primera con la comisión de cualquier acto, conducta, práctica o acuerdo que suponga, a causa de su naturaleza, de su intencionalidad, o de los efectos, una restricción injustificada o un impedimento irrazonable para la competencia y el desarrollo del comercio. Con la resolución de estos dos asuntos, además de establecer las primeras condenas que ordenaban la disolución de dos grandes *trusts* que afectaban al mercado interestatal estadounidense, se consagraron los primeros indicios que servirían de base a los Tribunales de Distrito para desarrollar los parámetros de prohibición con los que valorar la posible razonabilidad y justificación de la restricción, así como ponderar el carácter e intensidad de sus efectos perjudiciales.

<sup>479</sup> SWEENEY, B. E. “Defining antitrust violations in the United States”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 18-20.



para los intervinientes<sup>480</sup>. Al hilo de esta premisa, para la aplicación de la regla de la razón resulta imprescindible determinar cuándo una actuación o acuerdo puede reputarse anticompetitivo<sup>481</sup>, es decir, cuándo altera significativamente la estructura competitiva y en qué medida restringe o afecta negativamente al comercio sin que exista, obviamente, una causa objetiva que así lo justifique.

En atención al criterio de la *rule of reason*, los órganos jurisdiccionales establecieron que, para determinar la legalidad o la anticompetitividad de una conducta, primero era necesario analizar, con detalle, tanto el comportamiento como su contexto<sup>482</sup>. A este fin, los órganos judiciales debían observar el estado y las características del sector de mercado en el que acontecía el acuerdo o conducta, señalando tanto el mercado objetivo del producto, el ámbito de afectación geográfico, como el poder de mercado de cada uno de los agentes empresariales demandados.

Una vez atendida la contextualización económica de la conducta (donde cabía la posibilidad de que la conducta, por presentar una afectación exclusivamente estatal, no se circunscribiera dentro del ámbito de aplicación de la *Sherman Antitrust Act*)<sup>483</sup>, el órgano jurisdiccional procedería entonces a identificar los diferentes efectos e implicaciones que ésta hubiera generado en el sector de actividad<sup>484</sup>. Para este análisis, resulta imprescindible identificar tanto los

---

<sup>480</sup> POSNER, R. *The rule of reason and the economic approach: reflections on the Sylvania decision*, *ob. cit.*, págs. 13-14; STUCKE, M. E. *Does the rule of reason violate the rule of law?*, *ob. cit.*, págs. 1392 y ss.

<sup>481</sup> ARTHUR, T. C. *A workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the federal courts*, *ob. cit.*, págs. 341 y ss.

<sup>482</sup> EASTERBROOK, F. H. *Does antitrust have a comparative advantage?*, en *Harvard Journal Law & Public Policy*, núm. 23, 1999, págs. 6 y ss.; SWEENEY, B. E. *“Defining antitrust violations in the United States”*, en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 32 y ss.

<sup>483</sup> KAPLOW, L. *Antitrust law and economics and the courts*, *ob. cit.*, pág. 195.

<sup>484</sup> Los criterios más empleados por los tribunales estadounidenses en aras a valorar la razonabilidad y justificación de una conducta como competitiva aparecen recogidos en la sección 3.3 del documento de estudio *Antitrust guidelines for collaborations among competitors*, elaborado por el *U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission*, abril, 2000, págs. 10 a 25. Entre los más significativos, se tiene en cuenta el propósito e intencionalidad de la restricción, su naturaleza y duración, la situación *ex ante* y *ex post* de los agentes competidores, así como las barreras de entrada y salida.

efectos adversos que pudieran haberse ocasionado (para el propio proceso competitivo, para el resto de operadores económicos y para los intereses de los consumidores), como también detectar aquellas eficiencias positivas, reales o potenciales, que la conducta hubiera podido aportar (vgr. incremento de la rivalidad competitiva, estimulación de la demanda o de la cartera de productos, equivalencia o reducción de precios)<sup>485</sup>.

Por último, al órgano jurisdiccional tan solo le quedaría efectuar una especie de “balanza o juicio de anticompetitividad” que le permitiese valorar, tras ponderar la importancia y prevalencia de los elementos anteriores y el estado del sector, si finalmente prevalecen los efectos adversos a la competencia o si, pese a estar afectada, predominan las repercusiones positivas que la conducta hubiera podido aportar<sup>486</sup>.

Llegados a ese punto, parece oportuno concluir que no sería acertado evaluar el papel que ha desempeñado la *rule of reason* en su la lucha contra los ilícitos anticompetitivos si antes no se analiza el desarrollo sustantivo que ha tenido esta regla dentro del funcionamiento interno del proceso estadounidense (y ello con independencia de que éste fuera promovido por un organismo público o por un particular).

Para que el órgano jurisdiccional pueda constatar, en efecto, la comisión de un ilícito anticompetencial en virtud de la aplicación de la *rule of reason*, ésta exige que, previamente a su declaración de antijuridicidad, resulten acreditados todos y cada uno de los elementos constitutivos de la conducta en cuestión, además, de efectuar la contextualización económica y de ponderar los elementos

---

<sup>485</sup> KOVAR, R. *Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison"*, en *Revue trimestrielle de droit europeen*, vol. 23, núm. 2, 1987, pág. 237.

<sup>486</sup> Algunos de los asuntos más destacados que han sido resueltos bajo la *rule of reason* pueden consultarse en las sentencias: *Continental TV Inc. vs. GTE Sylvania Inc.*, 433 US 49 (1977); *National Collegiate Athletics vs. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984); *Business Electronics Corp. vs. Sharp Electronics Corp.*, 485 US 717 (1988); *State Oil vs. Kahn*, 522 US 3 10 (1997); *California Dental Ass'n vs. FTC*, 526 US 756 (1999); *Leegin Creative Leather Products Inc. vs. PSKS Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

positivos y negativos de la misma<sup>487</sup>. Todo ello se relaciona con la propia dinámica del proceso estadounidense, cabe señalar que la aportación de todos los elementos fácticos sobre los cuales el Tribunal debe fundamentar su decisión depende, íntegramente, del resultado de la actividad probatoria de parte, sin existir medio alguno de indagación *ex officio*<sup>488</sup>. Por consiguiente, corresponderá al demandante no solo acreditar la comisión de la conducta, la existencia del acuerdo o la práctica preconcertada, sino que también debe proponer aquella prueba que sea tendente a identificar y señalar el mercado relevante que se ha visto afectado (en su triple vertiente de producto, geográfica y de poder económico), así como concretar los efectos perjudiciales que han motivado la solicitud de tutela procesal<sup>489</sup>.

A todo lo anterior también debe sumarse la carga probatoria del actor en aras a acreditar que la conducta o acuerdo, objeto del proceso, reviste un carácter anticompetitivo<sup>490</sup> (elemento éste que, según la naturaleza de la conducta y de la ubicación que ocupe el demandante respecto de la restricción, puede convertirse en un extremo de difícil acreditación – vgr. supuestos de prácticas de exclusión o de boicot ante la entrada de un posible competidor, o acuerdos horizontales de fijación de precios donde el demandante es un cliente afectado por el cártel–)<sup>491</sup>. Además, en caso de que el proceso judicial fuera promovido por un demandante particular (ya sea competidor, adquirente, proveedor o consumidor), deberá sumarse un elemento adicional de prueba relacionado con su legitimación material<sup>492</sup>, en la medida que tendrá la obligación también de acreditar que la conducta, que reputa como anticompetitiva, le ha causado,

---

<sup>487</sup> O'CONNOR, K. J. *et alii*, "Interaction of public and private enforcement", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, pág. 291.

<sup>488</sup> JOLIET, R. *The rule of reason in antitrust law*, Springer, La Haya, 1967, págs. 28 y ss.

<sup>489</sup> HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 87-88.

<sup>490</sup> STUCKE, M. E. *Does the rule of reason violate the rule of law?*, *ob. cit.*, págs. 1400-1401.

<sup>491</sup> SWEENEY, B. E. "Defining antitrust violations in the United States", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, pág. 23.

<sup>492</sup> CRAMER, E. L. y SIMONS, D. C. "Parties entitled to pursue a claim", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, pág. 65.

o ha sido susceptible de causarle, un perjuicio individualizable dentro de su esfera personal o empresarial<sup>493</sup>.

Si bien las reglas de la carga probatoria también son exigibles para el agente empresarial al que se le imputa la restricción (en este sentido, el demandado puede adoptar una estrategia meramente defensiva, dirigida a negar la existencia de la conducta o acuerdo, o bien ofrecer un mayor grado de resistencia a la pretensión procesal esgrimida por la parte actora intentando aportar al proceso elementos de prueba con los que ilustrar al Tribunal sobre una posible justificación objetiva y competitiva de su conducta)<sup>494</sup>; bien puede afirmarse que la distribución general del *onus probandi* derivado de la *rule of reason* sitúa al demandado en una posición mucho más favorable que la de su contraparte<sup>495</sup>.

Toda vez que el éxito de la pretensión del perjudicado y la represión de la conducta anticompetitiva dependen directamente del grado de convicción que la parte actora sea capaz de generar en el órgano juzgador, la actividad probatoria del demandante queda situada en una primera línea de actuación, mientras que los elementos de resistencia a cargo del demandado, como regla general, se ven relegados a un segundo plano, pues solo resultarán indispensables para su defensa en caso de que el actor cumpla satisfactoriamente con su carga de la prueba<sup>496</sup>.

Debido al carácter técnico y a la dificultad que entraña un pleno despliegue en torno a la aportación y acreditación en el proceso de todos y cada uno de los

---

<sup>493</sup> O'CONNOR, K. J. *et alii*, "Interaction of public and private enforcement", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, pág. 291.

<sup>494</sup> Respecto a la diversidad de estrategias defensivas que puede acogerse el operador económico demandado en el proceso estadounidense, vid. RUBIN, J. L. "Procedural defenses short of trial", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 146 y ss.

<sup>495</sup> SWEENEY, B. E. "Defining antitrust violations in the United States", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, pág. 21.

<sup>496</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 373 y ss.

elementos que conforman la pretensión en esta clase de litigios<sup>497</sup>, así como el grado de discrecionalidad del que disponen los órganos judiciales en orden a interpretar las disposiciones de la normativa *antitrust*; lo cierto es que la aplicación generalizada de la *rule of reason* no tardó en desencadenar un buen número de resoluciones desestimatorias<sup>498</sup>, hasta el extremo de sumergir tales conductas en una incómoda impresión de impunidad y falta de represión<sup>499</sup>. No obstante, al margen de incrementarse la duración de los litigios y los costes procesales<sup>500</sup>, la interposición de las acciones privadas siguió ocupando una posición prevalente<sup>501</sup>.

Es en la segunda mitad del siglo XX cuando se conforma la segunda etapa del Derecho *Antitrust*<sup>502</sup>. El resultado anterior, aplicado a una materia de naturaleza híbrida y cuasi-represiva en la que están en juego una pluralidad de intereses no exclusivamente particulares, comportó la proliferación de posiciones duramente críticas por parte de algunos órganos jurisdiccionales<sup>503</sup>. Mientras que la mayor parte de los tribunales sostuvo una posición relajada que, con

---

<sup>497</sup> Los elementos que debían ser objeto de prueba bajo la regla de la razón se manifestaron en la práctica judicial de forma difusa y variable según el criterio expresado por cada órgano jurisdiccional hasta el punto de ser considerada tal regla, en palabras de POSNER, R. *The rule of reason and the economic approach: reflections on the Sylvania decision*, *ob. cit.*, pág. 14, como “*content of the Rule of Reason is largely unknown; in practice, it is little more than a euphemism for nonliability*”. Un comentario más extenso en torno a las vicisitudes y problemática derivada de las reglas generales de la carga probatoria en el Derecho estadounidense y su traslación a los procesos de defensa de la competencia es abordada exhaustivamente por HOVENKAMP, H. *The pleading problem in antitrust cases and beyond*, en *Iowa Legal Studies Research Paper*, vol. 55, núm. 64, 2010, págs. 95 y ss.

<sup>498</sup> MURIS, T. J. *The new rule of reason*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 57, núm. 3, 1988, págs. 858 y ss.; STUCKE, M. E. *Does the rule of reason violate the rule of law?*, *ob. cit.*, págs. 1396 y ss.

<sup>499</sup> KAPLOW, L. *Antitrust law and economics and the courts*, *ob. cit.*, pág. 295; MARTÍN-LABORDA, A. R. *Libre competencia y competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2001, págs. 146 y ss.

<sup>500</sup> EASTERBROOK, F. H. *Does antitrust have a comparative advantage?*, *ob. cit.*, pág. 5.

<sup>501</sup> SWEENEY, B. E. “*Defining antitrust violations in the United States*”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, pág. 42.

<sup>502</sup> MORENO MOLINA, A. M. “*Aspectos institucionales de la defensa de la competencia*”, en *Derecho Europeo de la Competencia* (dirigido por Calvo Caravaca), Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2000, págs. 89 y ss.

<sup>503</sup> ARTHUR, T. C. *A workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the federal courts*, *ob. cit.*, págs. 347-349.

frecuencia, conducía al beneplácito de las conductas anticompetitivas; otros, menos numerosos, pero conscientes de la dificultad probatoria de los perjudicados (tanto de la existencia de la conducta como de sus efectos anticompetitivos), empezaron a confeccionar, de acuerdo con las reglas de su experiencia, una especie de presunción judicial con la que enjuiciar estos comportamientos empresariales<sup>504</sup>.

El ánimo por desentenderse de la estricta razonabilidad que imponía la *rule of reason*, así como el propósito de restringir la tolerancia de cualquier atentado a la libertad de competencia, es lo que finalmente condujo hacia la adopción de un segundo parámetro interpretativo conocido como *per se rule*<sup>505</sup>. En virtud de la nueva regla de prohibición *per se*, la práctica judicial consideró que existían ciertas categorías de acuerdos y de conductas que, por su carácter nocivo y por presentar unas altas probabilidades de generar un perjuicio directo a la competencia, merecían ser consideradas, por sí solas, anticompetitivas e ilegales<sup>506</sup>. Y ello sin la necesidad de analizar previamente los efectos negativos o las causas de justificación.

Las conductas a las que la *per se rule* nació para dar respuesta se corresponden con las denominadas *naked restraints*, las cuales no quedan sujetas a ningún juicio de competitividad<sup>507</sup>. Debido a la especial afectación y gravedad que representan tanto para el mercado como para los competidores y consumidores, las conductas que se circunscriben dentro de la aplicación de

---

<sup>504</sup> STUCKE, M. E. *Does the rule of reason violate the rule of law?*, *ob. cit.*, págs. 1405 y ss.; TOM, W. y PAK, C. *Toward a flexible rule of reason*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 68, núm. 2, 2000, pág. 392.

<sup>505</sup> THORELLI, H. B. *The federal antitrust policy: origination of an american tradition*, *ob. cit.*, págs. 573 y ss.

<sup>506</sup> La escasa trascendencia que tenía para el órgano jurisdiccional la acreditación de los elementos de resistencia esgrimidos por la empresa investigada en aras a acreditar la competitividad de la conducta o ausencia de lesividad para el mercado, es puesto de manifiesto en los asuntos *Northern Pac. Ry. Co. vs. United States*, 356 US (1940); *In re Glass Flat Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350 (3er Cir. 2004); o en *Agnew vs. National Collegiate Athletic Ass'n*, 683 F.3d 328 (7th Circ. 2012).

<sup>507</sup> BORK, R. H. *The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division. Part II*, en *The Yale Law Journal*, vol. 75, núm. 373, 1966, pág. 384; HOVENKAMP, H. *The rule of reason*, en *Florida Law Review*, vol. 70, núm.17, 2018, págs. 136 y ss.

este segundo método de análisis, se consideran por sí mismas irracionales<sup>508</sup>, de tal modo que la regla *per se* estableció una especie de “presunción concluyente” en aras a estimar una afectación a la competencia y declarar tales conductas contrarias a la legalidad<sup>509</sup>.

En medio de todo este galimatías jurisprudencial, no exento de inseguridad jurídica<sup>510</sup>, la regla de prohibición *per se* estableció una presunción *iuris et de iure* con la que la mera comisión de un acuerdo era suficiente para tener por producida una afectación al comercio<sup>511</sup>, sin que el órgano jurisdiccional estuviera obligado a entrar a valorar el estado del mercado y ponderar los posibles efectos anticompetitivos<sup>512</sup>. Esta regla, toda vez que solo debe ser objeto de prueba la comisión de una conducta anticompetitiva (pero no sus efectos anticompetitivos, pues se presumen producidos)<sup>513</sup>, sirvió para hacer frente a las principales dificultades probatorias que comportaba la anterior *rule of reason*<sup>514</sup>.

Sin embargo, la coexistencia de ambas reglas de enjuiciamiento, con un contenido diametralmente opuesto entre sí, obligó a fijar un orden de prelación entre uno y otro criterio<sup>515</sup>. El Tribunal Supremo estadounidense determinó que

---

<sup>508</sup> KOVAR, R. *Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison"*, *ob. cit.*, págs. 237-239.

<sup>509</sup> Pueden destacarse, como casos de mayor importancia, que han sido resueltos a través de la regla de la prohibición *per se* los asuntos *US vs. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 US 150 (1940); *United States vs. Sealy Inc.*, 388 US 350 (1967); *United States vs. Topco Associates Inc.*, 405 US 596 (1972); o, más recientemente, *Craftsmen Limousine Inc. vs. Ford Motor Co.*, 363 F.3d 761 (8th Cir. 2004).

<sup>510</sup> EASTERBROOK, F. H. *Does antitrust have a comparative advantage?*, *ob. cit.*, pág. 6; POSNER, R. *The rule of reason and the economic approach: reflections on the Sylvania decision*, *ob. cit.*, págs. 15-16.

<sup>511</sup> KAPLOW, L. *Antitrust law and economics and the courts*, *ob. cit.*, págs. 198-199.

<sup>512</sup> HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 89-90; TOM, W. y PAK, C. *Toward a flexible rule of reason*, *ob. cit.*, págs. 393-394.

<sup>513</sup> HOLMES, W. C. *Antitrust Law Handbook*, *ob. cit.*, págs. 206- 207.

<sup>514</sup> EASTERBROOK, F. H. *Does antitrust have a comparative advantage?*, *ob. cit.*, pág. 6; STUCKE, M. E. *Does the rule of reason violate the rule of law?*, *ob. cit.*, págs. 1405 y ss.

<sup>515</sup> ARTHUR, T. C. *A workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the federal courts*, *ob. cit.*, págs. 347-349.

la prohibición *per se*, aun cuando suponía una excepción a la regla general de valoración racional, resultaba de aplicación prioritaria y preferente<sup>516</sup>, si bien ambas líneas interpretativas debían complementarse recíprocamente<sup>517</sup>. En puridad, no prevalecía un criterio por encima de otro, ya que mientras que la regla de la razón se reservaba para valorar la legalidad de las denominadas *ancillary restraints*<sup>518</sup>, la prohibición *per se* quedaría limitada al enjuiciamiento de aquellos comportamientos, ya fueran consensuados o unilaterales, que tradicionalmente han sido considerados por los órganos jurisdiccionales como especialmente nocivos y carentes de la más mínima eficiencia<sup>519</sup>.

<sup>516</sup> Así se expuso, entre otras, en la sentencia *Continental TV Inc. vs. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), al disponer el Tribunal Supremo que la *rule of reason* constituye el estándar general de análisis de las conductas que resultan contrarias al modelo competitivo. Ahora bien, lo anterior no impide que la prohibición *per se*, dada su aplicación limitada y exclusiva para aquellas prácticas en las que resulta fácil e indiscutible advertir que presentan un efecto dañino (*naked restraints*) resulte de aplicación preferente.

<sup>517</sup> Vid. asunto *National Soc. and Prof. Engineers vs. United States*, 435 U. S. 679 (1978).

<sup>518</sup> Como indica HOVENKAMP, H. *The rule of reason, ob. cit.*, págs. 138 y ss., mayor problema presentaban los acuerdos de carácter vertical por la interpretación ambivalente que han mantenido los tribunales estadounidenses, puesto que en ocasiones los han considerado como restricciones *per se*, dado su carácter altamente perjudicial, mientras que, en otras, cada vez más frecuentes, se han pronunciado a favor de la validez del negocio jurídico, de acuerdo con el análisis casuístico de sus cláusulas (vgr. de permanencia, de limitación territorial, de no competencia).

<sup>519</sup> BORK, R. H. *The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division. Part II, ob. cit.*, págs. 382-383. Como señala KOVAR, R. *Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison", ob. cit.*, pág. 239, la línea jurisprudencial inicial restringió el ámbito de aplicación de la prohibición *per se* a una lista tasada de conductas, en su mayoría de afectación horizontal y con necesidad de preconcertación entre empresas (como pudieran ser los acuerdos horizontales de fijación de precios y de restricción de la producción, acuerdos horizontales de asignación de mercado o conductas para la manipulación de licitaciones y concursos públicos *-bid rigging-*). Ahora bien, determinar las conductas que deben circunscribirse en cada una de las dos categorías ha constituido, desde la coexistencia de ambos criterios interpretativos, uno de los mayores puntos de desavenencia que ha encontrado la aplicación del Derecho de la Competencia en los Estados Unidos. De hecho, una de las principales fuentes generadoras de inseguridad jurídica y que ha aumentado el grado de incertidumbre respecto a la valoración que pudiera hacer un posible demandante acerca de la viabilidad de su pretensión procesal, encuentra su razón de ser en los constantes giros jurisprudenciales adoptados por los tribunales en cuanto al seguimiento de uno u otro criterio de interpretación (vid. CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law, ob. cit.*, págs. 376 y ss.). En este sentido pueden tomarse en consideración las prácticas basadas en la fijación de precios, tradicionalmente enjuiciadas a través de la *per se rule*, pero que, sin embargo, en 2007 con motivo del asunto *Leegin Creative Leather Products Inc. vs. PSKS Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), dicho criterio ha quedado modificado en la medida que se estima que la fijación de precios de venta a los distribuidores minoristas no debe constituir, por sí sola, una prohibición *antitrust (per se rule)*. Es más, el tribunal considera que, bajo la regla general de lacrazonabilidad, dicha imposición incluso puede generar un efecto pro-competitivo (estimulación de la competencia *inter-brand* a la vez que reduce las desigualdades *intra-brand*). Otro tanto puede decirse, esta vez respecto a los acuerdos compensatorios por infracción del derecho de patente (más conocidos como "*pay-for-delay*") contenidos en el asunto *FTC vs.*



Si bien la aplicación de la regla de la prohibición *per se* ha constituido una medida judicial eficaz en orden a perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas más perjudiciales para el sistema económico –muy en especial ha servido para revertir la impunidad de las acciones lucrativas derivadas de los cárteles más dañinos (los tradicionalmente *hard-core cartels*)–; no es menos cierto que tampoco ha estado exenta de serios inconvenientes<sup>520</sup>. La propensión que han mostrado los órganos jurisdiccionales por presumir la irracionalidad de un abanico concreto de conductas ha supuesto pasar por alto los objetivos clásicos de toda política de competencia (promoción de la eficiencia económica, redistribución y maximización de la riqueza, y descentralización del poder económico)<sup>521</sup>. Por ello, precisamente, la aplicación cada vez más extendida de la que han hecho uso los tribunales estadounidenses de la regla de prohibición *per se*<sup>522</sup>, como medida de gran solvencia, no ha tardado en generar serias contradicciones para el tejido económico<sup>523</sup>.

---

*Actavis*, 133 S. Ct. 2223 (2013), en cuya resolución el tribunal finalmente determinó la antijuridicidad de la conducta empleando la regla genérica de la *rule of reason* advirtiendo que, en estos casos, no puede ser de aplicación ningún tipo de presunción de ilicitud *per se*.

<sup>520</sup> AREEDA, P. y KAPLOW, L. *Antitrust analysis: problems, text, cases, ob. cit.*, págs. 200-275.

<sup>521</sup> Como indican AREEDA, P. y KAPLOW, L. *Antitrust analysis: problems, text, cases, ob. cit.*, págs. 188 y ss.; CRAMER, E. L. y SIMONS, D. C. “*Parties entitled to pursue a claim*”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States, ob. cit.*, págs. 67 y ss.; HOLMES, W. C. *Antitrust Law Handbook, ob. cit.*, págs. 206 y ss.; JOLIET, R. *The rule of reason in antitrust law, ob. cit.*, págs. 34 y ss.; un ejemplo de contradicción entre la disuasión -objetivo económico- y la reparación -objetivo social- podría venir dado, por ejemplo, por una orientación de las políticas de competencia a conseguir una plena y total reparación de los compradores y consumidores, lo cual puede ser contrario a la maximización de la riqueza social. Así sucede cuando se genera un exceso de sobredisuasión, al perseguir cualquier conducta aparentemente ilegal, porque, aunque pudiera aumentar el índice de riqueza individual de los sujetos perjudicados, se incrementarían los costes sociales - función de administrar justicia - y se desalentarían conductas que aun siendo ambiguas fueran eficientes (reduciendo la riqueza global de la sociedad). Aun cuando en apariencia todo apunta a una contradicción de los objetivos generales de las políticas de competencia, realmente se trata de buscar el correcto equilibrio de todas las piezas que conforman el engranaje del sistema antimonopolio, y no de una contradicción de espíritus (vid. KAPLOW, L. *Antitrust law and economics and the courts, ob. cit.*, págs. 201 y ss.).

<sup>522</sup> HOVENKAMP, H. *The rule of reason, ob. cit.*, pág. 136; SCHECHTER, C. M. *The rule of reason in European Competition Law*, en *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 9, núm. 2, 1982, págs. 5 y ss.

<sup>523</sup> Adversidades que, por otra parte, no pasaron desapercibidas en la Sentencia *National Collegiate Athletics vs. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984) donde ya se advirtió que la aplicación extendida del criterio *per se*, además de incurrir en multitud de ocasiones en un exceso de disuasión que desalienta el desarrollo empresarial,

La simplicidad de la regla *per se* favorece el enjuiciamiento de las conductas anticompetitivas, pero, a su vez, desalienta la proliferación de conductas que, si bien en apariencia pueden ser cuestionables, en realidad refuerzan la competencia, alientan la rivalidad dentro de la industria y benefician a los consumidores<sup>524</sup>. Al no requerir de ningún tipo de valoración judicial en orden a apreciar posibles efectos pro-competitivos<sup>525</sup>, la aplicación desmesurada de la *per se rule*<sup>526</sup> ha acarreado, en última instancia, un exceso de disuasión que ha acabado por constreñir la iniciativa empresarial e impedir su desarrollo competitivo<sup>527</sup>.

Asimismo, al ser la *per se rule* un criterio instaurado desde la práctica judicial sin contar con un respaldo normativo claro e inequívoco, ha comportado que todos los elementos que sirven de base a dicha construcción jurisprudencial (como así sucede con la determinación de la gravedad de la conducta y su cuasi irrefutable afectación negativa en el mercado), no dejan de ser elementos sujetos a la libre interpretación y valoración de cada órgano jurisdiccional de acuerdo con sus máximas de la experiencia<sup>528</sup>. Por consiguiente, los requisitos para determinar las conductas que deben resolverse a través de la aplicación de la prohibición *per se* carecían de parámetros ciertos y fiables<sup>529</sup>, pues dependen de las circunstancias de cada caso concreto y de la apreciación que

---

provoca el riesgo de enmascarar, bajo la presunción de antijuridicidad, ciertas prácticas comerciales que, pese a restringir o afectar a la competencia igualmente aportan efectos positivos para la estructura del mercado o para los consumidores.

<sup>524</sup> STUCKE, M. E. *Does the rule of reason violate the rule of law?*, *ob. cit.*, págs. 1407 y ss.

<sup>525</sup> HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 381-382.

<sup>526</sup> ARTHUR, T. C. *A workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the federal courts*, *ob. cit.*, pág. 349.

<sup>527</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 391 y ss.;

<sup>528</sup> ARTHUR, T. C. *A workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the federal courts*, *ob. cit.*, págs. 349-350; HOVENKAMP, H. *The rule of reason*, *ob. cit.*, págs. 137-138; y SWEENEY, B. E. "Defining antitrust violations in the United States", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 29-30.

<sup>529</sup> AREEDA, P. *A second century of the rule of reason. The Sherman Act: the second century*, *ob. cit.*, pág. 145.

efectúe el tribunal sobre las mismas<sup>530</sup>. Lo anterior ha conducido a que los operadores económicos se hayan visto inmersos en una clara inseguridad jurídica a la hora de establecer alianzas o estrategias conjuntas<sup>531</sup>.

La preferencia entre la *prohibición per se* y regla de la razonabilidad no puede reputarse en ningún caso una cuestión baladí, puesto que son destacables las repercusiones procesales que existen entre una y otra<sup>532</sup>. Para la primera es suficiente con la acreditación de la conducta o acuerdo para que el órgano jurisdiccional declare la antijuridicidad de la conducta, sin que el agente empresarial demandado tenga la ocasión de desplegar alguna estrategia defensiva más allá de pretender acreditar su inexistencia o la ausencia de participación en los hechos<sup>533</sup>. Por el contrario, en caso de sustanciarse bajo la regla de la razonabilidad, no solo se amplían las posiciones de defensa del demandado, pudiendo aportar cualquier otro elemento de descargo que considere oportuno a efectos de acreditar su “buen ánimo competitivo”, sino que también el éxito de la pretensión, y con ella, el de la persecución de la conducta anticompetitiva, quedan íntegramente condicionados a la actividad probatoria que el demandante sea capaz de desplegar en el proceso<sup>534</sup>.

Ante este escenario es fácil advertir como la subsunción de las conductas en uno u otro criterio no solo genera importantes efectos desde un plano individual (en vista a la seguridad jurídica de los intervinientes y a la consecución de sus

---

<sup>530</sup> EASTERBROOK, F. H. *Does antitrust have a comparative advantage?*, ob. cit., págs. 8 y ss.: “If a judge wrongly condemns as monopolistic a business practice that is efficient and beneficial to consumers, that is a false positive. Consumers would be better off if the judge had decided the case the other way. If the judge wrongly excuses conduct that is harmful to consumers, that is a false negative. Litigation produces both false positives and false negatives. The more complex or unusual the conduct, the more false positives and false negatives there will be. And of course the more complex the conduct and the scarcer our knowledge of its consequences, the longer the case will take to conclude, and the more it is apt to cost along the way”.

<sup>531</sup> HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, ob. cit., págs. 90-91.

<sup>532</sup> ARTHUR, T. C. *A workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the federal courts*, ob. cit., págs. 349-350.

<sup>533</sup> EASTERBROOK, F. H. *Does antitrust have a comparative advantage?*, ob. cit., pág. 10.

<sup>534</sup> AREEDA, P. y KAPLOW, L. *Antitrust analysis: problems, text, cases*, ob. cit., pág. 52.

intereses), sino que también comporta notables repercusiones estructurales para la configuración del propio sistema de aplicación de la competencia<sup>535</sup>. Tan es así, que la opción entre uno u otro parámetro de valoración ha acabado por condicionar la vía de enjuiciamiento para iniciar y sustentar la persecución de las conductas anticompetitivas<sup>536</sup>. De este modo, las conductas que, con frecuencia, recaen bajo el ámbito de aplicación de la prohibición *per se* suelen ser enjuiciadas por la vía penal a través de acciones promovidas por el Departamento de Justicia, mientras que aquellas otras conductas, cuya sanción depende de la previa valoración del contexto económico y de sus efectos, quedan relegadas a la vía civil y en manos de los particulares<sup>537</sup>.

Con el objetivo de corregir los inconvenientes que presenta la aplicación fragmentada de las dos construcciones jurisprudenciales, algunos órganos jurisdiccionales han desarrollado una tercera regla de control, conocida como **quick look rule**, que, desde una posición ecléctica e intermedia, les permite complementar, a la par que integrar, las ventajas de ambos criterios interpretativos<sup>538</sup>. Este nuevo parámetro de legalidad, que en la actualidad

---

<sup>535</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 371 y ss.

<sup>536</sup> GARVEY, G. *The Sherman Act and the vicious will: developing standards for criminal intent in Sherman Act prosecutions*, *ob. cit.*, págs. 390-391.

<sup>537</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 406 y ss.

<sup>538</sup> HOVENKAMP, H. *The rule of reason*, *ob. cit.*, págs. 98 y ss.; MURIS, T. J. *The new rule of reason*, *ob. cit.*, págs. 858 y ss.; POSNER, R. *The rule of reason and the economic approach: reflections on the Sylvania decision*, *ob. cit.*, págs. 45 y ss.; RADFORD, R. S. *Statistical error and legal error: type one and type two errors and the law*, en *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 21, núm. 3, 1988, págs. 843 y ss.; TOM, W. y PAK, C. *Toward a flexible rule of reason*, *ob. cit.*, págs. 394 y ss. La dicotomía existente entre uno y otro criterio por parte de los tribunales generaba toda una serie de situaciones ineficientes que afectaban negativamente a la estructura competitiva del mercado. Así, la resolución de los litigios planteados en materia de competencia a través de la prohibición *per se* daba lugar, a causa de la taxatividad que resultaba inherente a la propia regla, a desviaciones de carácter positivo (el exceso de disuasión se proyectaba sobre aquellas prácticas empresariales que, aun comportando efectos competitivos positivos, resultaban prohibidas, paralizando, con ello, el impulso competitivo de la industria). La aplicación de la regla de la razonabilidad, de modo contrario, conducía a alteraciones de signo inverso, pues la imposibilidad de cumplir, en ciertos casos, con la carga probatoria exigida sobre el promotor de la acción judicial hacía que la ratio de pronunciamientos judiciales condenatorios fuera relativamente menor en comparación con el número total de demandas presentadas, de tal modo que el grado de disuasión se mostraba a todas luces insuficiente para impedir que las grandes firmas no vieran las alteraciones de las normas económicas como un aliciente con el que distorsionar, en su beneficio, el correcto reparto de recursos y de oportunidades (debe remarcar, en este caso, que la falta de disuasión era debida a la baja probabilidad de condena y no a la gravedad e intensidad de las medidas previstas como penas).

cuenta con un mayor seguimiento, bien puede ser considerado un *tertium genus* de los dos criterios judiciales anteriores. Ello es así porque la *quick look rule* incrementa el margen de valoración y decisión a adoptar por el órgano jurisdiccional, si se compara con el exceso de taxatividad en el que incurría la regla *per se*<sup>539</sup>; pero también descarga al sujeto que insta la persecución de la conducta anticompetitiva de ciertas desventajas probatorias<sup>540</sup> que, de someterse a la regla general de la razonabilidad, debería hacer frente incluso en casos de difícil o imposible aportación<sup>541</sup>.

A través de la *quick look rule*, también denominada *rule of reason flexible*, al órgano jurisdiccional ya no le corresponde analizar todos y cada uno de los elementos constitutivos de la anticompetitividad de la conducta (y que anteriormente debían ser recabados con antelación por la parte demandante), sino que únicamente debe entrar a valorar, en una especie de “mirada rápida”<sup>542</sup>, los aspectos más trascendentales en orden a apreciar la anticompetitividad de la conducta (producción y participación en los hechos ilícitos y causación de efectos anticompetitivos); pudiendo presumir la existencia de aquellos otros factores accesorios o colindantes a la propia comisión<sup>543</sup> (así sucede con la identificación del contexto económico o con la posición y poder de mercado de cada uno de los agentes empresariales)<sup>544</sup>.

---

<sup>539</sup> TOM, W. y PAK, C. *Toward a flexible rule of reason*, *ob. cit.*, págs. 401-402.

<sup>540</sup> STUCKE, M. E. *Does the rule of reason violate the rule of law?*, *ob. cit.*, pág. 1410.

<sup>541</sup> POSNER, R. *Economic analysis of law*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2014, 9ª ed., págs. 241-243; TOM, W. y PAK, C. *Toward a flexible rule of reason*, *ob. cit.*, págs. 391 y ss.; MURIS, T. J. *The new rule of reason*, *ob. cit.*, págs. 858 y ss.

<sup>542</sup> Expresión ésta que fue acuñada en una de las primeras sentencias, concretamente en el asunto *FTC vs. Indiana Federation of Dentists*, 476 US 447, 459 (1986), en la que el tribunal decidió rebajar las exigencias derivadas de la carga probatoria en aquellas conductas que, pese a no poder considerarse automáticamente prohibidas, sí presentaban, sin embargo, una *ratio* elevada de generar efectos contrarios al libre mercado.

<sup>543</sup> SEMERARO, S. *Should the e-Book case presage the decline of the per se and market shares doctrines?*, en Thomas Jefferson Law Review, vol. 35, núm. 1, 2012, págs. 13-14, a modo de reflexión en su estudio del cártel de distribuidores de libros electrónicos (asunto *United States vs. Apple et alii*, 791 F. 3d 290 2012); TOM, W. y PAK, C. *Toward a flexible rule of reason*, *ob. cit.*, págs. 403-405.

<sup>544</sup> Pueden consultarse, entre otras, las resoluciones: *In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*, 618 F 3d 300 (2010); o *In re Southeastern Antitrust Litigation*, 739 F.3d 262 (2014).

De igual forma, la aplicación de esta nueva fórmula repercute favorablemente en el propio desarrollo del proceso, pues se agilizan los plazos de tramitación y se reducen los costes procesales en los que incurren los litigantes<sup>545</sup>. No obstante, esta regla únicamente ha venido a matizar las dificultades derivadas de dirimir la razonabilidad de las conductas en los casos en los que resultaba de aplicación la *rule of reason*, mientras que para los comportamientos que tradicionalmente se han considerado de mayor gravedad, todavía predomina con fuerza la tendencia de aplicar la *per se rule*<sup>546</sup>. Con todo, en este último caso, se ha reducido la traslación automática de la presunción al supuesto concreto con la concesión al demandado de un mayor margen de alegación para poder demostrar los posibles efectos pro-competitivos que ha podido generar con su actuación empresarial<sup>547</sup>.

#### **II.3.4.- La no extrapolación automática, al sistema comunitario de defensa de la competencia, de los criterios estadounidenses de la *per se rule* y de la *rule of reason***

Habiéndose analizado en el apartado anterior de esta investigación los principales criterios interpretativos en orden a enjuiciar las actuaciones carentes de competitividad, es obligado examinar, a continuación, si éstos pueden ser extrapolables al modelo comunitario de defensa de la competencia. Un sector minoritario de la doctrina europea se ha atrevido a afirmar que la normativa comunitaria, al hilo del ejemplo marcado por el sistema estadounidense, ha llegado a configurar todo el entramado de infracciones y exenciones anticompetitivas tomando en consideración la dicotomía entre la prohibición presuntiva *per se* y la regla de prohibición según la razonabilidad de la conducta a enjuiciar, motivo éste por el cual declaran que sí es posible

<sup>545</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, ob. cit., págs. 402 y ss.

<sup>546</sup> ARTHUR, T. C. *A workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the federal courts*, ob. cit., págs. 354-356; STUCKE, M. E. *Does the rule of reason violate the rule of law?*, ob. cit., págs. 1412-1413 y 1416.

<sup>547</sup> TOM, W. y PAK, C. *Toward a flexible rule of reason*, ob. cit., págs. 405 y ss.

apreciar una traslación directa de la regla de la razón y de la presunción *per se* dentro del Derecho europeo de la competencia<sup>548</sup>.

De secundarse este posicionamiento en el ámbito comunitario, la equiparación de la regla de la razón y de la presunción *per se* encontraría plena cabida dentro de aquella construcción doctrinal que diferencia los ilícitos anticompetitivos según sean infracciones por el objeto o infracciones por el efecto. Las **infracciones por el objeto** resultarían equiparables a las conductas sometidas a la presunción *per se* estadounidense (coincidiendo, de tal modo, con las denominadas *naked restraints*, es decir, con aquellas conductas anticompetitivas que se reputan infracciones administrativas con su mera comisión). Por su parte, las **infracciones por razón del efecto** anticompetitivo que causan o pudieren causar en el mercado, vendrían a equivaler a las conductas enjuiciadas de acuerdo con la regla de la razonabilidad estadounidense (estarían reservadas a aquellas otras conductas, las *ancillary restraints*, que solo serían sancionables en el caso de que la autoridad de competencia así lo hubiera considerado, tras efectuar una especie de juicio o “balance competitivo” entre el supuesto general de prohibición ex art. 101.1 TFUE y la apreciación racional de alguna de las exenciones previstas en el art. 101.3 TFUE).

Antes de centrarnos en la ponderación acerca de la hipotética correlación entre infracciones por el objeto y prohibiciones *per se*, primero es necesario hacer una breve referencia a qué debe entenderse por restricciones a la competencia bajo la óptica del Derecho de la Competencia comunitario. Y es que sobre este particular, las normas de competencia no proporcionan una definición exacta de aquello que debe entenderse por “restricción de la competencia”, más allá de establecer un criterio general de prohibición acompañado de una lista abierta de comportamientos restrictivos. Esta situación ha comportado una

---

<sup>548</sup> JOLIET, R. *The rule of reason*, Liege, 1966, págs. 36 y ss.; KOVAR, R. *Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison"*, *ob. cit.*, págs. 237-254; SCHECHTER, C. M. *The rule of reason in European Competition Law*, *ob. cit.*, págs. 2-20.

multiplicidad de criterios y divergencias en torno a la unificación de dicho concepto<sup>549</sup>.

De los diferentes criterios de sistematización existentes, goza de una especial importancia aquel que distingue entre infracciones por el objeto y por el efecto. Cabe advertir que ésta es una construcción autónoma y propia del Derecho europeo de la competencia con un claro origen jurisprudencial. Su nacimiento se halla en los pronunciamientos del TJUE, donde se proclamaron, a la luz del art. 101 TFUE<sup>550</sup>, dos vías metodológicas distintas dirigidas a constatar el carácter o ánimo restrictivo de las conductas empresariales<sup>551</sup>.

---

<sup>549</sup> Las múltiples corrientes y posicionamientos elaborados por la doctrina clásica mercantil en torno al concepto de “restricción de la competencia” de los arts. 101 TFUE y 1.1 LDC (desde el enfoque analítico centrado exclusivamente en el impacto de las prácticas anticompetitivas en la libertad de actuación del resto de competidores, hasta el análisis marcadamente económico, cuya principal consideración se centra en el grado de bienestar del consumidor y progreso social que se ha visto afectado por la alteración de la competencia) son recogidos y sistematizados por IBÁÑEZ COLOMO, P. y LAMADRID DE PABLO, A. “*On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know*”, en *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe* (dirigido por Gerard Damien), Éditions Bruylant, Bruselas, 2017, págs. 336-338.

<sup>550</sup> No obstante, tal como advierten DÍEZ ESTELLA, F. “*El abuso de posición dominante en el Derecho comunitario y español de defensa de la competencia*”, en *Tratado de Derecho de la Competencia* (coordinado por García Cruces), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 282-284; O’DONOGHUE, R. “*What makes a unilateral conduct abusive: the legal perspective*”, en *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe* (dirigido por Gerard Damien), Éditions Bruylant, Bruselas, 2017, págs. 214-215; SIGNES DE MESA, J. I. *Derecho de la Competencia*, Civitas Ediciones, Madrid, 2013, págs. 213 y ss.; la práctica jurisprudencial comunitaria, seguida de la nacional, también ha extendido el ámbito de las infracciones por el objeto a determinados comportamientos de abuso de posición dominante tipificados en el art. 102 TFUE siempre que presenten un carácter explotativo (como sucede con los supuestos de acuerdos de exclusividad o con los descuentos de fidelización). La extensión de las infracciones por el objeto a la figura de abuso de posición dominante puede extraerse del análisis de las siguientes resoluciones: STJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76 (Hoffmann-La Roche/Comisión Europea); STPIUE (Sala Primera) de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99 (British Airways plc/Comisión Europea); o la más reciente STGUE (Sala Segunda) de 28 de junio de 2016, asunto T-216/13 (Telefónica SA/Comisión Europea) en la que expresamente se constata, por el Tribunal General, la traslación de sendos criterios para enjuiciar la anticompetitividad de la figura del art. 102 TFUE: “*para poder demostrar la existencia de una infracción del art. 82 CE, basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante tiene por objeto restringir la competencia o, en otros términos, que el comportamiento puede tener dicho efecto*”.

<sup>551</sup> MOTTA, M. “*Cartels in the European Union: economics, law, practice*”, en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome* (dirigido por X. Vives), Oxford University Press, Oxford, 2009, págs. 96 y ss.



De acuerdo con la línea señalada por el TJUE, las infracciones por el objeto se relacionan con aquella clase de conductas cuyo contenido es portador de una finalidad directa e inequívoca de infringir el orden público-económico<sup>552</sup>. Encuentran, por lo tanto, encaje dentro de esta categoría todas aquellas actuaciones que la Comisión Europea, como las autoridades nacionales de la competencia, consideren reprimibles por su elevado riesgo de lesividad<sup>553</sup>, como sucede, por ejemplo, con los carteles de fijación de precios, de control de la producción, de reparto o de asignación de mercado<sup>554</sup>. Por su parte, las

---

<sup>552</sup> Tal como indica el considerando 24 de las *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, elaborado por la Comisión Europea con fecha 14 de enero de 2011 (2011/C 11/01), relativo a los acuerdos de cooperación horizontal: “se entiende por restricciones de la competencia por el objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1”; a lo que debe añadirse lo dispuesto en el considerando 25 del mismo documento: “[...] para apreciar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo procede examinar particularmente su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe. Además, si bien la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, nada impide a la Comisión tenerla en cuenta en su análisis”.

<sup>553</sup> Desde los primeros pronunciamientos del TJUE en los que declaró que las conductas, por razón del objeto o de su efecto, pudieran ser contrarias a la competencia a efectos de lo previsto en el art. 85.1 del Tratado CEE (vid. en este sentido la emblemática STJUE de 30 de junio de 1966, asunto C-56/65 -Société Technique Minière/Ulm. Maschinenbau-), la jurisprudencia comunitaria se ha erigido en firme defensora de considerar que determinadas conductas, por razón de su grado de nocividad, son constitutivas de infracciones por objeto. En este sentido, pueden citarse, entre otras, las resoluciones más recientes: STJUE (Sala Tercera) de 20 de noviembre de 2008, asunto C-209/07 (Comisión Europea/ Beef Industry Development Society Ltd); STPIUE (Sala Quinta) de 9 de julio de 2009, asunto 450/05 (Automobiles Peugeot SA/Comisión Europea); STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, asunto C-32/11 (Allianz Hungría Biztosító *et alii*/ Gazdasági Versenyhivatal); STJUE (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13 P (Groupement des cartes bancaires/ BNP Paribas); STJUE (Sala Segunda) de 20 de enero de 2016, asunto C-373/14 P (Toshiba Corporation/ Comisión Europea); STJUE (Sala Primera) de 27 de abril de 2017, asunto C-469/15 P (FSL Holdings NV *et alii*/Comisión Europea); STJUE (Gran Sala) de 23 de enero de 2018, asunto C-179/16 (La Roche Ltd *et alii*/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato). Por lo que respecta al ámbito interno, pueden consultarse sobre este particular: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 9 de diciembre de 2015 (RJ 2016/150); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 331/2018, de 1 de marzo (RJ 2018/750); ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 15 de marzo de 2018 (JUR 2018/82261); y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 43/2019, de 21 de enero (RJ 2019/278).

<sup>554</sup> No obstante, las infracciones por razón del objeto no se circunscriben exclusivamente a las formas de cooperación horizontal entre empresas, sino que la jurisprudencia comunitaria también ha extendido esta categoría de infracciones a cualquier otro tipo de acuerdos, prácticas o decisiones que resulten especialmente nocivos para el mercado. Tal ha sido el caso de los acuerdos de distribución [vid. STJUE (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011, asunto C-439/09 (Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence)] o de los acuerdos de intercambio de información dirigidos a fijar una estrategia coordinada de comportamiento entre diversos competidores [vid. STJUE (Sala Tercera) de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 (T-Mobile Netherlands *et alii*/Comisión Europea); STJUE (Sala Segunda) de 19 de marzo de 2015, asunto C-286/13 P (Dole Food Company/Comisión Europea)]. En contra del

infracciones por el efecto se corresponden con el resto de comportamientos en los que al no constatarse una clara intencionalidad de atentar contra la competencia (o aun cuando exista dicho ánimo, carece de entidad suficiente como para poder estimar un riesgo elevado de afectación real o potencial de la competencia)<sup>555</sup>, es necesario proceder a un examen pormenorizado acerca de los efectos perjudiciales que tal conducta ha ocasionado o pudiera ocasionar en el mercado<sup>556</sup>.

Mientras que las conductas anticompetitivas por razón del objeto pueden considerarse infracciones de mera actividad, pues a causa de albergar un contenido intrínsecamente anticompetitivo, el bien jurídico protegido se

---

criterio de extender las restricciones por objeto a los acuerdos de naturaleza vertical entre sujetos no competidores por entender que, de acuerdo con la doctrina estadounidense de las restricciones accesorias (*ancillary restraint*), ello contraviene los principios básicos de libertad contractual, se han pronunciado: ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia: una concepción privatística del Derecho antimonopolio*, en Indret: Revista para el análisis del Derecho, núm. 4, 2004, págs. 22-24; BAKER, J. B. *Vertical restraints with horizontal consequences: competitive effects of most favored customer clauses*, en Antitrust Law Journal, vol. 64, núm. 3, 1996, págs. 517 y ss.; LUGARD, P. y HANCHER, L. *Honey, I shrunk the article! A critical assessment of the Commission's notice on Article 81.3 of the EC treaty*, en European Competition Law Review, vol. 25, núm. 7, 2004, págs. 410-420.

<sup>555</sup> Por lo que respecta a la probabilidad de afectación en el tráfico comercial que resulta exigible para poder apreciar la existencia de una infracción por efecto, pueden consultarse los considerandos 36 a 43 de las *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado*, elaborado por la Comisión Europea de fecha 27 de abril de 2004 (2004/ C-101/ 07). Para un mayor análisis del marco temporal en el que deben desarrollarse los efectos, vid. IBÁÑEZ COLOMO, P. y LAMADRID DE PABLO, A. "On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know", en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, ob. cit., págs. 360-361.

<sup>556</sup> Respecto a la estimación de conductas anticompetitivas por su efecto, pueden consultarse, entre otras, las siguientes resoluciones: STJUE (Gran Sala) de 28 de abril de 1998, asunto C-306/96 (Javico International/Yves Saint Laurent Parfums SA); STJUE (Gran Sala) de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99 (J.C.J Wouters *et alii*/ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten); STJUE (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006, asunto C-238/05 (Asnef-Equifax *et alii*/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios); STJUE (Sala Tercera) de 6 de octubre de 2009, asunto C-501/06 P (Glaxo Smith Kline Services Unlimited *et alii*/Comisión Europea); STJUE (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014, asunto C-382/12 P (Master Card Inc. *et alii*/Comisión Europea *et alii*); STJUE (Sala Cuarta) de 26 de noviembre de 2015, asunto C-345/14 (Maxima Latvija/Konkurences padome); y STJUE (Sala Primera) de 23 de noviembre de 2017, asunto C-427/16 (CHEZ Elektro Bulgaria/Yordan Kotsev). Respecto a la apreciación de este particular en nuestro ámbito interno, pueden consultarse, entre otras, las siguientes resoluciones: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 20 de enero de 2007 (RJ 2007/790); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 460/2009, de 30 de junio (RJ 2009/5563); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 177/2016, de 17 de marzo (RJ 2016/857); o la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 66/2019, de 28 de enero (RJ 2019/363).

considera infringido con la mera existencia de la conducta; las conductas por razón del efecto deben ir precedidas de un análisis casuístico. Para poder constatar en este caso la infracción, es necesario proceder, previamente, a examinar, con detalle y de modo individualizado, el escenario económico en el que se desarrolla la conducta; sus efectos perjudiciales (o de potencial lesividad)<sup>557</sup>; y la relación de causalidad, entendida ésta como el vínculo entre la ejecución de la conducta y el efecto perjudicial causado, de tal modo que los hechos constitutivos de la acción anticompetitiva, es decir su base fáctica, sirvan de título de imputación del resultado antijurídico, esto es, el efecto o consecuencia negativa para el mercado o sus intervinientes<sup>558</sup>.

Si se analiza tal distinción desde una óptica procedimental se observa como, a diferencia de lo que acontece respecto a las infracciones por el efecto, donde corresponde al organismo competente efectuar un examen casuístico sobre un cúmulo de elementos<sup>559</sup>; en las infracciones por objeto la autoridad de competencia queda eximida de tener que acreditar, en el procedimiento administrativo correspondiente, que la conducta es susceptible de causar

---

<sup>557</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia: una concepción privatística del Derecho antimonopolio*, ob. cit., pág. 21; FRANQUET SUGRAÑES, M. T. *La acción de indemnización por daños en las prácticas concertadas en el sector del seguro decenal*, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, págs. 307-308; GALÁN CORONA, E., *“Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición”*, en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, tomo I, págs. 114-115; IBÁÑEZ COLOMO, P. y LAMADRID DE PABLO, A. *“On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know”*, en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, ob. cit., págs. 361 y ss.; MOTTA, M. *“Cartels in the European Union: economics, law, practice”*, en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome*, ob. cit., págs. 105 y ss.

<sup>558</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P. y LAMADRID DE PABLO, A. *“On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know”*, en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, ob. cit., págs. 340-341.

<sup>559</sup> MOTTA, M. *“Cartels in the European Union: economics, law, practice”*, en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome*, ob. cit., págs. 105-127; NEVEN, D. J. *“Identifying restrictions of competition some comments from a law and economics perspective”*, en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe* (dirigido por Gerard Damien), Éditions Bruylant, Bruselas, 2017, págs. 44 y ss.

efectos nocivos en el mercado, toda vez que se reputa anticompetitiva con su simple comisión<sup>560</sup>.

En orden a acreditar la anticompetitividad en las infracciones por el objeto resulta suficiente con apreciar que el contenido del acuerdo, decisión o práctica presenta un grado potencial de atentar contra la competencia (de ahí que se deduzca su intencionalidad anticompetitiva). No obstante, como ha señalado el TJUE, para poder advertir que una conducta por objeto presente un grado suficiente de lesividad, es necesario considerar toda una serie de factores como son el contenido y alcance del propio acuerdo, los objetivos que pretende alcanzar, así como el contexto económico en el que el comportamiento se circunscribe<sup>561</sup> (para lo que deberá tenerse en cuenta la naturaleza y características del producto o servicio objeto del acuerdo, y la estructura y

---

<sup>560</sup> Si bien son notables las diferencias internas que presenta uno y otro tipo de infracción (las conductas regidas por el criterio del objeto se orientan hacia una aplicación ágil y estandarizada, mientras que los comportamientos por razón de su efecto requieren de una mayor tarea de investigación dirigida a la identificación de todos y cada uno de sus elementos -acción, efectos y relación de causalidad-), no se desprenden grandes diferencias sustantivas entre ambas categorías, puesto que desde la óptica normativa del art. 101 TFUE tanto una como otra tipología de conductas resulta igualmente antijurídica y perseguible. Aun así, en lo que respecta a la cuantificación de la sanción será frecuente que las infracciones por el objeto presenten unos importes económicos más elevados que las multas derivadas de infracciones por el efecto. Con todo, las diferencias en la cuantificación de las sanciones encuentran su justificación si se pone en relación el hecho de que uno de los criterios orientadores para la determinación del importe de este tipo de correctivos es el de la gravedad de la conducta (vid. art. 23. 3 del Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia comunitarias o el art. 64.1 de la LDC de 2007). Ahora bien, tal como se indica en el apartado 54 y ss. del Informe de conclusiones del abogado general (Sr. Nils Wahl) presentadas el 27 de marzo de 2014 en el asunto C-67/13 P (Groupement des cartes bancaires/Comisión Europea), la diferenciación entre estas dos categorías de infracciones sí conlleva importantes repercusiones procesales, ya que el objeto del expediente administrativo, y en consecuencia el *thema probandi* sobre el que virará toda la actividad probatoria desplegada por el órgano administrativo, presenta variaciones sustanciales en uno y otro tipo de infracción. Como se indica en el referido informe, las numerosas ventajas que presenta la construcción de las infracciones por objeto (mayor seguridad jurídica a los comportamientos empresariales, incremento del efecto disuasorio general, y aumento de la economía procesal al evitar que la autoridad competente entre a valorar, de forma pormenorizada, aspectos tan complejos como los efectos ocasionados por la infracción) pueden desvanecerse si se incurre en un uso excesivo de esta clase de infracciones porque contraviene los principios y garantías mínimas que deben regir en el procedimiento administrativo sancionador.

<sup>561</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P. y LAMADRID DE PABLO, A. "On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know", en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, ob. cit., págs. 339-340.

funcionamiento del mercado de referencia)<sup>562</sup>. Siendo esto así, es posible que, en atención a las circunstancias individualizadas del entorno, la conducta finalmente no ostente un grado significativo de lesividad, del que se derive una probabilidad elevada de afectar negativamente en el tráfico económico<sup>563</sup>, careciendo en ese caso de contenido antijurídico<sup>564</sup> (vgr. puede ser que una restricción, en apariencia, nociva, luego no tenga la entidad suficiente para distorsionar la competencia si existe una demanda muy fragmentada y el poder de mercado es disperso)<sup>565</sup>.

Por consiguiente, es fácil inferir que el propósito principal que persigue la jurisprudencia comunitaria al idear este tipo de fórmulas no es otro que facilitar a las autoridades competentes, tanto comunitarias como nacionales, la interdicción de las conductas que resultan contrarias al orden económico de una forma más ágil y estandarizada. A través de las infracciones por el objeto se consigue modular el umbral de carga probatoria mínimamente necesario en el proceso sancionador con el que presumir la ilicitud de la conducta<sup>566</sup>.

---

<sup>562</sup> STJUE de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89 (Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG); STPIUE (Sala Tercera) de 28 de febrero de 2002, asunto T-395/94 (Atlantic Container Line AB *et alii*/Comisión Europea); STJCE (Sala Tercera) de 6 de abril de 2006, asunto C-551/03 P (General Motors/Comisión Europea); STJUE (Sala Tercera) de 11 septiembre 2014, asunto C-67/13 P (Groupement des cartes bancaires/BNP Paribas); STJUE (Sala Segunda) de 19 de marzo de 2015, asunto C-286/13 P (Dole Food Company/Comisión Europea); o STGUE (Sala Primera) de 19 de enero de 2016, asunto T-404/1 (Toshiba Corporation/Comisión Europea).

<sup>563</sup> STJUE (Sala Tercera) de 20 de noviembre de 2008, asunto C-209/07 (Comisión Europea/ Beef Industry Development Society Ltd); STJUE (Sala Tercera) de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 (T-Mobile Netherlands *et alii*/Comisión Europea); STJUE (Sala Tercera) de 6 de octubre de 2009, asunto C-501/06 P (Glaxo Smith Kline Services Unlimited *et alii*/Comisión Europea); STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011, asunto C-403/08 (Football Association Premier League Ltd *et alii*/QC Leisure *et alii*); STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, asunto C-32/11 (Allianz Hungária Biztosító Zrt *et alii*/Gazdasági Versenyhivata).

<sup>564</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P. y LAMADRID DE PABLO, A. "On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know", en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, *ob. cit.*, págs. 337 y 365.

<sup>565</sup> STJCE de 9 de julio de 1969, asunto 5/69 (Franz Völk/S.P.R.L. Vervaecke); STJCE de 10 de julio de 1980, asunto 99/79 (Lancôme/Cosparfrance Nederland); STJCE de 7 de junio de 1983 (Musique diffusion française *et alii*/Comisión Europea); STJUE (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006, asunto C-238/05 (Asnef-Equifax Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito/ Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios).

<sup>566</sup> NEVEN, D. J. "Identifying restrictions of competition some comments from a law and economics perspective", en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, *ob. cit.*, pág. 46.

Lo anterior, sin embargo, si se traslada al terreno de la aplicación privada de las normas de la competencia, más concretamente respecto a la reclamación de daños ocasionados por conductas anticompetitivas, no debe llevarnos a afirmar que las restricciones por razón del objeto no ocasionan efectos perjudiciales a los competidores, clientes o consumidores<sup>567</sup>. De hecho, en esta clase de infracciones los efectos perjudiciales directamente se presumen, toda vez que las restricciones por el objeto quedan reservadas a las conductas cuya naturaleza posee un elevado grado de nocividad, por lo que los sujetos infractores que resulten responsables de esta categoría de infracciones, de ningún modo pueden, reputarse exentos de una posterior reclamación en vía civil<sup>568</sup>.

---

<sup>567</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P. y LAMADRID DE PABLO, A. “On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know”, en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, ob. cit., pág. 353.

<sup>568</sup> Cuestión distinta es que en la resolución sancionadora que aprecia una infracción por objeto, aun cuando no sea una obligación de la autoridad de competencia, se acompañe de un análisis, *obiter dicta*, acerca de los posibles efectos anticompetitivos que la infracción hubiera podido tener en el mercado (pronunciándose, por ejemplo, en torno a la gravedad y extensión de la conducta, sobre la identificación de los afectados, o bien indicando los actos lesivos comerciales que pudieran dar lugar a una legitimación para reclamar). La inclusión de este tipo de pronunciamientos en las resoluciones administrativas, aun cuando no desvirtúan la esencia de las infracciones por objeto, lo cierto es que, de una parte, ayudan a motivar la concreta determinación del importe de la sanción y, de otra, son un elemento clave a tener en cuenta para la posterior cuantificación del daño, en caso de que existan eventuales responsabilidades. Esta tendencia tuitiva, a favor de que los afectados pudieran promover posteriores acciones de reclamación por daños y perjuicios, ha sido adoptada con frecuencia por la CNMC en varias de sus resoluciones [entre otras, en la resolución de la CNC de 31 de julio de 2010 (expte. S/0120/10, asunto Transitarios, ap. 4.2); en la resolución de la CNC de 29 de octubre 2014 (expte. S/0422/12, asunto Contratos de permanencia, ap. 4.3.2); en la resolución de la CNC de 26 de febrero de 2015 (expte. S/0425/12, asunto Industrias Lácteas 2, ap. 4.1.2); en la resolución de la CNC de 7 de abril de 2016 (expte. S/DC/0503/14, asunto Fabricantes de turrón, ap. 4.3); en la resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2016 (expte. S/0555/15, asunto Prosegur-Loomis, ap. 4.3); en la resolución de la CNC de 8 de marzo de 2018 (expte. S/DC/0578/16, asunto Mensajería y paquetería empresarial, ap.4.5); o en la resolución de la CNC de 26 de julio de 2018 (expte. S/DC/0596/16, asunto Estibadores de Vigo, ap. 3)]. No obstante, también debe señalarse que, sin perjuicio de abordar más exhaustivamente este aspecto en el Cap. IV.2.6, la Directiva 2014/104/UE, en su art. 17 ha venido a poner fin a la disparidad de tratamiento que pudieran correr los perjudicados en caso de acudir posteriormente a la vía civil según la resolución administrativa contuviera una infracción por el efecto o una infracción por el objeto. Al establecerse la presunción *iuris tantum* de que existe un daño (efecto lesivo) imputable a la actuación de un cártel, la Directiva 2014/104/UE parece corregir las diferencias probatorias entre uno y otro supuesto, debiendo el actor acreditar, con independencia del tipo de restricción, la existencia de un daño individualizable, la relación de causalidad entre su perjuicio y el efecto lesivo derivado de la infracción (que bien quedará acreditado en la resolución administrativa si se trata de una infracción por el efecto o, en su caso, se presumirá directamente en virtud del art. 17.2 de la Directiva 2014/104/UE), así como proceder a su cuantificación (asistido, por otra parte, de las reglas de flexibilidad y presunción de la carga probatoria previstas en el primer apartado del art. 17 de la Directiva).

Tras haber expuesto las principales características de las infracciones por el objeto y por el efecto que ocupan la tradición jurídica comunitaria, cabe ahora cuestionarnos si es posible apreciar una equiparación entre las infracciones por el objeto y las prohibiciones derivadas de la regla *per se* norteamericana<sup>569</sup>. El esfuerzo por querer encontrar una similitud entre el juego de la regla de la razón y la presunción *per se* con las infracciones por el objeto y por el efecto, ha provocado una cierta desvirtuación terminológica. Con frecuencia, las restricciones por el objeto se han identificado exclusivamente con las actividades derivadas de los cárteles *stricto sensu*, sin descuidar que, en ocasiones, también se han denominado como restricciones o prohibiciones *per se*<sup>570</sup>. Sin embargo, las prohibiciones por el objeto no pueden ser equiparables a la verdadera regla presuntiva estadounidense, toda vez que los términos que, desafortunadamente, acompañan a este tipo de infracciones deben ponerse en relación con la estructura interna de nuestro sistema de competencia<sup>571</sup>.

*A priori* pudiera parecer plausible admitir que nuestro sistema comunitario de la competencia hace uso de una especie de presunción *per se* para declarar la ilegalidad de aquellas conductas que presentan un mayor grado de lesividad. De forma similar a lo que sucede con las *naked restraints* estadounidenses, en nuestro sistema también existe una presunción de lesividad para este tipo de

---

<sup>569</sup> KOVACIC, W. E. "Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?", en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome*, ob. cit., pág. 335.

<sup>570</sup> Haciendo uso de la expresión prohibiciones *per se* en clara referencia a las restricciones por objeto, vid. AHLBORN, C. *et alii*, *The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality*, en *The Antitrust Bulletin: the journal of American and foreign antitrust and trade regulation*, vol. 2, núm. 49, 2004, págs. 287-241; CURTO POLO, M. y SOLERNOU SANZ, S. "Prohibición de conductas colusorias (II): restricciones horizontales" en *Tratado de Derecho de la Competencia* (coordinado por García Cruces), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 204; Díez ESTELLA, F. "El abuso de posición dominante en el Derecho comunitario y español de defensa de la competencia", en *Tratado de Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 280; BENNETT, M. y PADILLA, J. "Deciphering European Commission antitrust goals and rules", en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome* (dirigido por X. Vives), Oxford University Press, Oxford, 2009, págs. 62-64.

<sup>571</sup> SMULDER, B. "The bifurcated approach and its practical impact on the establishment of harm to competition", en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe* (dirigido por Gerard Damien), Éditions Bruylant, Bruselas, 2017, págs. 52-54.

conductas, hasta el extremo de estimar la existencia de efectos anticompetitivos con su mera realización.

No obstante, aun cuando pudiera admitirse que las infracciones por el objeto y la *per se rule* se asientan sobre un mismo fundamento común (agilizar la represión de aquellas conductas que, de acuerdo con las reglas de la experiencia económica, presentan un riesgo intrínseco e inherente de generar efectos substancialmente perjudiciales en el mercado)<sup>572</sup>; es lo cierto que compartir un mismo planteamiento formalista no las hace idénticas, ni tan siquiera equiparables<sup>573</sup>. Ello es así porque mientras que las conductas inmersas dentro de la *per se rule* estadounidense no pueden ser, en ningún caso, objeto de exoneración, las conductas anticompetitivas por razón del objeto les pueden ser aplicables diferentes causas de exención<sup>574</sup>.

Aun cuando los posicionamientos adoptados por el TJUE, en sus primeras resoluciones, pudieran dar a entender que dicho órgano supranacional habría hecho uso de una especie de *rule of reason* (acudiendo a la teoría de las restricciones accesorias o bien a través del balance de competitividad)<sup>575</sup>;

---

<sup>572</sup> Como indica SEMERARO, S. *Should the e-Book case presage the decline of the per se and market shares doctrines?*, *ob. cit.*, pág. 4, la regla presuntiva *per se* viene a cumplir con un cometido muy concreto en el Derecho *Antitrust* norteamericano, relacionado con criterios estrictos de simplicidad y eficiencia: “*since the rule cuts off all opportunities to defend a restraint, it only applies when the courts can predict with confidence that the restraint would be invalidated in all or almost all instances under the rule of reason because it would always or almost always tend to restrict competition and decrease output*”.

<sup>573</sup> IBÁÑEZ COLOMO, P. y LAMADRID DE PABLO, A. “*On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know*”, en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, *ob. cit.*, pág. 339.

<sup>574</sup> CURTO POLO, M. “*Prohibición de las conductas colusorias (I): prácticas prohibidas y régimen de exenciones*”, en *Manual Práctico de Derecho de la Competencia* (coordinado por Carbajo Cascón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 112 y ss.; GUTIÉRREZ CARRIZO, I. y COSTAS COMESAÑA, J. “*Justificación jurídico-económica de las conductas por objeto*”, en *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 42; HERRERO SUÁREZ, C. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2006, pág. 523.

<sup>575</sup> Las referencias jurisprudenciales que han servido de sustento a esta controvertida línea doctrinal pueden agruparse, esencialmente, en la STJCE de 25 de octubre de 1977, asunto 26/76 (MetroSB-Großmärkte/Comisión Europea y SABA); la STJUE de 11 de julio de 1985, asunto 42/84 (Remia BV/Comisión Europea); y la STJUE de 28 de enero de 1986, asunto 161/84 (Pronuptia/Comisión Europea). De todas ellas se puede extraer, como apunta KOVAR, R. *Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison"*, *ob. cit.*, págs. 237-239, dos manifestaciones de la *rule of reason* estadounidense. La primera de ellas encuentra su reflejo



parece oportuno concluir que la regla de la razón estadounidense, en ningún caso, puede constituir un criterio válido con el que apreciar la anticompetitividad de las conductas bajo los cimientos del Derecho europeo de la competencia.

Por más que puedan inferirse ciertas similitudes entre el mecanismo de la *rule of reason* y el método de la interpretación razonable, empleado por las autoridades de competencia europeas<sup>576</sup>; en puridad son múltiples los argumentos que también obligan a desestimar cualquier equiparación automática entre el sistema sustantivo de competencia estadounidense con nuestro modelo comunitario<sup>577</sup>.

Desde un punto de vista cuantitativo, han sido escasas y ocasionales las resoluciones del TJUE que han sugerido una posible aplicabilidad de la regla de la razón para la determinación de la antijuridicidad de las conductas; lo que impide afirmar que éste haya sido el criterio predominante y general adoptado por la jurisprudencia comunitaria. Por otro lado, si atendemos a razones cualitativas o de fondo, lo cierto es que la aplicación de las normas sustantivas

---

en la teoría de las restricciones accesorias, consagrada por la jurisprudencia americana, y en virtud de la cual el TJUE ratifica los pronunciamientos de la Comisión Europea al considerar que la vinculación de una cláusula de no competencia a un acuerdo de cesión, pese a suponer *a priori* una restricción de la libre iniciativa comercial, puede tener su justificación si la prohibición se acompaña de unos plazos de duración razonables. La otra manifestación de la *rule of reason* que, en cierta forma, ha sido apreciada en la STJUE en su Sentencia de 25 de octubre de 1977, asunto 26/76 (MetroSB-Großmärkte/Comisión Europea y SABA) guarda relación con el juicio o balance de competitividad en el marco de un contrato de distribución selectiva. En este sentido, el TJUE infiere que un acuerdo o práctica empresarial no puede estimarse por sí mismo contrario a la competencia, sino que, para apreciar su antijuridicidad, es necesario considerar el contexto económico real en el que se enmarca, así como atender a los efectos, positivos y negativos que la conducta pueda causar en conexión con las demás fuerzas del mercado. A lo anterior también viene a contribuir la Sentencia de 28 de enero de 1986, asunto 161/84 (Pronuptia/Comisión Europea) en la que, tomando en consideración la teoría de las restricciones accesorias, el TJUE concluye que deben convalidarse aquellas cláusulas contractuales que, pese a causar efectos restrictivos, resultan indispensables para la viabilidad de los negocios jurídicos (tal es el caso, por ejemplo, de las cláusulas vinculadas con la protección del *know-how* o las prohibiciones de efectuar la misma o similar actividad mientras dure la vigencia del contrato que motivó su inclusión).

<sup>576</sup> BENNETT, M. y PADILLA, J. “Deciphering European Commission antitrust goals and rules”, en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome*, ob. cit., págs.45 y ss.

<sup>577</sup> KOVACIC, W. E. “Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?”, en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome*, ob. cit., págs. 325-326.

de la competencia comunitarias tampoco se adecúa a la lógica interna que exige la *rule of reason* estadounidense. Si bien en ambos casos existe una evaluación previa del contexto económico como de la infracción globalmente considerada, ello no puede ser un indicio suficiente para afirmar que el sistema comunitario es favorable a emplear la regla de la racionalidad, ya que la simple constatación de ambos requisitos no constituye, sin más, un indicio suficiente para considerarlos elementos característicos y exclusivos de la *rule of reason*.

La ponderación del estado de competitividad con el correspondiente escenario económico resultante tras la comisión de la conducta, no encuentra una única explicación a través de la *rule of reason* estadounidense, sino que también puede hallar amparo en otros criterios distintos<sup>578</sup>. Es en este punto donde debe traerse a colación la dinámica propia de nuestra arquitectura competencial en orden a determinar la tipicidad de las conductas contrarias a la competencia, y de forma más particular, de los comportamientos colusorios<sup>579</sup>.

Dentro de esta mecánica son dos las etapas de comprobación, de orden consecutivo, que integran nuestro método de evaluación<sup>580</sup>. La primera de ellas

---

<sup>578</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales*, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 228, 2004, págs. 51-67.

<sup>579</sup> No obstante, el esquema general que, a continuación, se detalla para determinar la interdicción de los acuerdos, prácticas o decisiones que resultan contrarios a la competencia, también es trasladable a la modalidad de abuso de posición de dominio contemplada en el art. 102 TFUE. A pesar de no resultarle de aplicación a esta figura las causas de exención contempladas en el tercer apartado del art. 101 TFUE, sí conserva el mismo esquema bifásico dirigido a analizar la anticompetitividad del abusode modo que en primer lugar deberá apreciarse la concurrencia de los elementos exigidos por el tipo del art. 102 TFUE y, en segundo lugar, comprobar que no entran en juego las causas generales de justificación con las que excluir la antijuridicidad de la conducta. Vid. TEMPLE LANG, J. *“Restriction of competition and exclusionary abuse under article 102 –The solution”*, en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome* (dirigido por X. Vives), Oxford University Press, Oxford, 2009, págs. 248-249; y VICKERS, J. *“Some economics of abuse of dominance”*, en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome* (dirigido por X. Vives), Oxford University Press, Oxford, 2009, págs. 74-80.

<sup>580</sup> CURTO POLO, M. *“Prohibición de las conductas colusorias (I): prácticas prohibidas y régimen de exenciones”*, en *Manual Práctico de Derecho de la Competencia* (coordinado por Carballo Cascón), *ob. cit.*, págs. 122 y ss.; GUTIÉRREZ CARRIZO, I. y COSTAS COMESAÑA, J. *Justificación jurídico-económica de las conductas por objeto*, *ob. cit.*, págs. 43-44; SMULDER, B. *“The bifurcated approach and its practical impact on the establishment of harm to competition”*, en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, *ob. cit.*, págs. 52 y ss.; WARD, A. y LAVANDEIRA SUÁREZ, P. *Los intercambios de información entre competidores desde el punto de vista del Derecho de la*

es de carácter positivo y centrada en acreditar si la conducta que es objeto de control realmente constituye una actuación ilícita. Para ello deberá observarse si se cumplen con los elementos prohibitivos que se detallan para determinadas modalidades de comportamientos (previsiones específicas contempladas en el segundo inciso del art. 101.1 TFUE), o bien el acuerdo, práctica, decisión o recomendación, en su defecto, se circunscribe dentro de la *ratio prohibendi* del mandato general contenido en el primer inciso de art 101.1 TFUE.

Tras constatar la concurrencia de los diferentes elementos típicos, debe entrar en juego un segundo nivel de revisión, ahora sí, referido a determinar si la actuación, además de resultar típica, también reviste de carácter antijurídico y, en consecuencia, procede la imposición de algún tipo de medida punitiva. A tal efecto, se efectúa una segunda delimitación, esta vez de carácter negativo y relacionada, más propiamente, con la punibilidad de la conducta. En este segundo examen deberán ponderarse los efectos antijurídicos que la conducta empresarial ha ocasionado en el mercado de referencia<sup>581</sup>. Es decir, deberá verificarse que la conducta, además de cumplir con la *ratio prohibendi* del art. 101.1 TFUE, no es subsumible en alguna de las causas de exoneración previstas normativamente<sup>582</sup>.

---

*Competencia y su calificación como infracciones “por objeto”, en ICADE: Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 95, 2015, pág. 45.*

<sup>581</sup> SMULDER, B. “*The bifurcated approach and its practical impact on the establishment of harm to competition*”, en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe, ob. cit.*, págs. 58-59.

<sup>582</sup> La interacción entre los distintos apartados del art. 101 TFUE comporta que sus prohibiciones puedan ser declaradas inaplicables cuando, aun reuniendo los elementos de tipicidad de su apartado primero, concurren las exigencias de su apartado tercero como causas de exclusión de la antijuridicidad de la concertación. De forma inversa, constituirán concertaciones prohibidas aquellas que, cumpliendo con los elementos de tipicidad del primer apartado, no se ajusten a las exigencias del art. 101.3 TFUE. Como señala GALÁN CORONA, E., “*Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición*”, en *Tratado de Derecho de la Competencia* (coord. García Cruces), *ob. cit.*, págs. 108-113, la excepcionalidad de las conductas colusorias, prevista en el art. 101.3 TFUE, puede operar tanto para las concertaciones empresariales que sean apreciadas individualmente, como para aquellas otras que se incluyan dentro de las exenciones generales según el tipo o categoría de conducta. En ambos supuestos, pese a existir una afectación a la competencia, ésta no se reputa anticompetitiva, siempre que la restricción genere algún tipo de eficiencia técnica (mejore la producción, facilite la comercialización o aliente el desarrollo económico) y los beneficios de ésta puedan distribuirse entre el resto de participantes.

Por lo que respecta al ordenamiento de la competencia estadounidense, se observa como el régimen de tipicidad de la *Clayton Antitrust Act* no se estructura a través de diversas etapas, como sucede en el modelo comunitario; sino que, al ostentar la actividad de delimitación jurisprudencial un mayor peso que la labor de previsión normativa, el modelo norteamericano parece partir de un único sistema general de prohibición, cuyo alcance y concreción variará, eso sí, en función del criterio judicial que resulte de aplicación (teoría de las restricciones accesorias o, con mayor frecuencia, el método del balance competitivo)<sup>583</sup>.

Ante la realidad descrita en los párrafos precedentes de este apartado, cabe concluir que no es posible sostener un paralelismo mimético entre ambos sistemas competenciales; como tampoco afirmar que los dos criterios de prohibición característicos del Derecho *Antitrust* estadounidense (*per se rule* y *rule of reason*) encuentran plena cabida dentro de nuestro sistema comunitario. Ello es así, de una parte, porque, como bien ha podido constatarse en el ámbito comunitario, la acreditación de tipicidad y antijuridicidad no se efectúa en unidad de acto, sino en etapas diferenciadas<sup>584</sup>; y, de otra, porque ésta es homogénea e idéntica para todas las conductas, con independencia de que la prohibición sea por razón de su objeto o de su efecto)<sup>585</sup>.

---

<sup>583</sup> De hecho, la pluralidad de conductas anticompetitivas que pueden tener lugar en el entorno económico, junto con la falta de concreción metodológica en la que incurre la *Clayton Antitrust Act*, fueron los motivos que obligaron al Tribunal Supremo estadounidense a establecer los criterios hermenéuticos con los que enjuiciar los actos contrarios a la competencia (de una parte, las denominadas *naked restraints* o prohibiciones *per se*, donde no es posible apreciar ningún tipo de exención en atención a las circunstancias concurrentes de cada caso; y, de otra, las *ancillary restraints* o prohibiciones según su racionalidad, donde la tipicidad y antijuridicidad de la conducta debe ser determinada por el órgano jurisdiccional, tras ponderar las circunstancias positivas – eficiencias económicas y optimización de recursos –, como las negativas – reducción de competidores, distribución de riqueza, amortización de mano de obra–).

<sup>584</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia: una concepción privatística del Derecho antimonopolio*, ob. cit., pág. 26.

<sup>585</sup> SMULDER, B. “*The bifurcated approach and its practical impact on the establishment of harm to competition*”, en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, ob. cit., pág. 58.

Esta línea de pensamiento ha sido respaldada en numerosas ocasiones por el TJUE, llegando éste a negar, categóricamente y con carácter expreso, cualquier traslación de la regla de la razón dentro del ordenamiento comunitario a los efectos de poder apreciar algún tipo de exención<sup>586</sup>. En este sentido, es sólida la jurisprudencia del TJUE que ha afirmado que la normativa de la competencia comunitaria no contempla ningún tipo de conducta anticompetitiva que pueda reputarse directamente antijurídica con su simple comisión<sup>587</sup> (rechazando toda virtualidad, como anteriormente se ha remarcado, respecto a las conductas que pudieran ser constitutivas de infracción *per se*)<sup>588</sup>.

Al hilo de lo anterior, el TJUE también ha señalado que todas las modalidades anticompetitivas expresamente previstas, así como las que encuentran su amparo bajo la norma de prohibición general, pueden ser objeto de exención en virtud del art. 101.3 TFUE<sup>589</sup>. Hecho bien distinto es que, en la práctica,

<sup>586</sup> Así lo ha expresado el TJUE en la STJUE (Sala Sexta) de 8 de julio de 1999, asunto C-235/92 P (Montecatini Spa/Comisión Europea) y en la STJUE (Gran Sala) de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99 (J.C.J Wouters *et alii*/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten). También la traslación de la *rule of reason* ha sido expresamente rechazada en numerosas resoluciones del TPIUE, entre las que pueden destacarse la Sentencia de 6 de abril de 1995, asunto T-148/89 (Tréfilunion/ Comisión Europea) y la Sentencia de 18 de septiembre de 2001, asunto T-112/99 (Métropole télévision *et alii*/ Comisión Europea). Por otro lado, el actual TGUE, en resoluciones más actuales, también ha defendido inequívocamente la inexistencia de una regla de la razón dentro del sistema comunitario de la competencia, como así puede constatar en las STGUE (Sala Séptima) de 24 de mayo de 2012, asunto T-111/08 (MasterCard *et alii*/Comisión Europea); STGUE (Sala Quinta) de 29 de junio de 2012, asunto T-360/09 (E.ON Ruhrgas/Comisión Europea); STGUE (Sala Segunda) de 28 de junio de 2016, asunto T-208/13 (Portugal Telecom SGPS SA/Comisión Europea); o STGUE (Sala Novena) de 8 de septiembre de 2016, asunto T-472/13 (Lundbeck/ Comisión Europea).

<sup>587</sup> FRANQUET SUGRAÑES, M. T. *La acción de indemnización por daños en las prácticas concertadas en el sector del seguro decenal*, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales*, *ob. cit.*, págs. 311-314; IBÁÑEZ COLOMO, P. y LAMADRID DE PABLO, A. "On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know", en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, *ob. cit.*, pág. 337; SMULDER, B. "The bifurcated approach and its practical impact on the establishment of harm to competition", en *The notion of restriction of Competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, *ob. cit.*, págs. 58-59; WARD, A. y LAVANDEIRA SUÁREZ, P. *Los intercambios de información entre competidores desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y su calificación como infracciones "por objeto"*, *ob. cit.*, pág. 50.

<sup>588</sup> WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, 9ª ed., pág. 143.

<sup>589</sup> Si se observa con atención, son las exenciones de carácter individual o singular las que, a nuestro parecer, pueden dar lugar a confusión. Ello es así porque en los casos donde la conducta queda exonerada por medio de una previsión normativa (vgr. reglamentos de exención por categorías), el juicio de ponderación con el que contrastar los efectos positivos y

debido a la gravedad intrínseca que entraña la realización de ciertas conductas empresariales, resulte de aplicación alguna de las causas de exención<sup>590</sup>, ya que raramente ocasionarán efecto positivo alguno que justifique la licitud de la conducta (así acontece con las tradicionales infracciones por objeto, en especial con los cárteles)<sup>591</sup>.

Un posicionamiento similar debe mantenerse, dada la voluntad de nuestro legislador por alienarse con el Derecho comunitario de la competencia, respecto a la configuración sustantiva de nuestro sistema competencial de ámbito interno<sup>592</sup>. De hecho, además de seguir una idéntica secuencia estructural, la Ley de Defensa de la Competencia de 2007 también ha optado por incorporar otros supuestos de exoneración, por lo que primero entrarán en juego las reglas de prohibición previstas en el apartado 1 del art. 1 LDC, y luego las causas de exención de los apartados 3, 4 y 5 del mismo artículo.

---

el deterioro de la competencia corre a cargo de la propia institución que emite el reglamento, relegando tanto a los particulares como a los órganos competentes, si procede, la labor de examinar si el supuesto de hecho particular se circunscribe dentro del ámbito material del reglamento. Por el contrario, en las exenciones individuales sí que corresponde a los operadores económicos, así como a los órganos especializados, comprobar la licitud de la conducta y verificar el resultado de esa operación. Y es en este punto donde los criterios empleados a fin de contrastar los diferentes efectos resultan ser muy similares a los utilizados en la *rule of reason* estadounidense. No obstante, no es posible sostener ningún tipo de paralelismo una vez se ha contrastado el diferente origen que presentan –normativo, en el caso europeo, y jurisprudencial, para el estadounidense–, así como el diferente itinerario procedimental y secuencial en el que se desarrollan.

<sup>590</sup> CURTO POLO, M. y SOLERNOU SANZ, S. “Prohibición de conductas colusorias (II): restricciones horizontales” en *Tratado de Derecho de la Competencia*, ob. cit., pág. 207; FLINT, P. *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*, ob. cit., pág. 233; FOLGUERA CRESPO, J. y BACHES OPI, S. *Les normes de defensa de la competència a la Unió europea i als Estats Units d'Amèrica: introducció a l'estudi comparat*, en Nota d' Economia de la Conselleria d' Economia i Finances de la Generalitat de Catalunya, núm. 74, 2002, pág. 154.

<sup>591</sup> Resulta de especial significancia la Decisión de la Comisión Europea de 24 de julio de 2002 dictada en el asunto COMP/29/373 (Visa Internacional-Tasa Multilateral de Intercambio), en la que la autoridad de competencia finalmente concede a VISA una exención aplicable a las transacciones transfronterizas efectuadas con cualquiera de sus tarjetas cliente en los comercios minoristas, a pesar de quedar acreditado que dicha compañía infringió la libre competencia mediante la fijación del importe de la tasa multilateral de intercambio (TMI) con todos los bancos competidores (infracción por el objeto).

<sup>592</sup> GALÁN CORONA, E. “Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*, ob. cit., págs. 112-113.

Todo ello, antes de proceder a analizar la tutela procesal del Derecho de la Competencia en el ámbito estadounidense, permite considerar, de una parte, que el estudio del modelo norteamericano bien ha podido servir, y sirve, para enriquecer la reflexión acerca del presente y futuro de nuestra legislación sobre esta materia; y, de otra, que tales concepciones en orden a apreciar la antijuridicidad de las conductas empresariales no son trasladables, sin más, al Derecho comunitario ni español de la competencia<sup>593</sup>. Desde una perspectiva meramente sustantiva, no puede obviarse que uno de los puntos más significativos que separan nuestro sistema comunitario de protección de la competencia de su homónimo estadounidense, reside, justamente, en las diferencias de distinción y tratamiento que efectúan ambos ordenamientos jurídicos en aras a contrastar la antijuridicidad de las conductas anticompetitivas.

## **II.4.- La tutela procesal del Derecho de la competencia en el sistema estadounidense**

### **II.4.1.- Consideraciones generales**

Tras la exposición de los aspectos sustantivos más relevantes que se encuentran previstos dentro de la normativa *antitrust* estadounidense, llega el momento de trasladar el análisis a la dinámica procesal que configura el sistema de aplicación de la normativa estadounidense en materia de competencia, centrando en particular la atención en los diferentes sujetos legitimados para perseguir este tipo de atentados anticompetitivos, las diferentes vías de enjuiciamiento disponibles, así como los recursos e instituciones procesales más destacadas que el ordenamiento jurídico norteamericano pone a disposición de los interesados para combatir esta clase de actuaciones ilícitas.

---

<sup>593</sup> KOVACIC, W. E. "Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?", en *Competition policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome*, ob. cit., págs. 317-320.

De forma similar a lo que acontecía, desde una perspectiva sustantiva, con la concepción dogmática del Derecho de la Competencia, es también oportuno remarcar que la aplicación y realización de las normas procesales encuentra un claro y principal referente en el modelo norteamericano. De ahí precisamente que, desde una perspectiva procesal, también el modelo estadounidense constituya un referente de inspiración no sólo para el sistema de defensa de la competencia comunitario, sino también respecto a la orientación a seguir por la normativa interna de los distintos Estados miembros de la Unión Europea.

Como se ha anticipado, la mayoría de los ordenamientos jurídicos abogan, como regla general, por la instauración de modelos mixtos, dentro de los cuales se prevé la habilitación de un cauce específico para la aplicación privada de las normas de competencia. La intervención de los agentes privados queda relegada, casi en exclusiva, a la reparación de los daños y perjuicios, mientras que la intervención de la autoridad pública, especializada o no, suele centrarse en la persecución y restablecimiento de la propia competencia<sup>594</sup>. Sin embargo, el modelo *antitrust* de los Estados Unidos destaca por situar la actividad de los particulares en el motor principal sobre el que gira la lucha contra los ilícitos anticompetenciales. Siendo esto así, cabe entender que la mayoría de procedimientos dirigidos al descubrimiento y persecución de las conductas y prácticas restrictivas son promovidos a través de acciones privadas, sin contar con la intervención de ninguna autoridad pública.

Con carácter previo a analizar las diferentes fuentes de legitimación, así como las diversas vías de enjuiciamiento que conforman el sistema de competencia estadounidense en orden a la persecución de las conductas anticompetitivas, es obligado reseñar que la aplicación de las normas de competencia norteamericanas es ciertamente compleja, pues su estructura se configura mediante la superposición de un cúmulo de diferentes factores de orden institucional, procedimental y territorial<sup>595</sup>. Lo anterior permite colegir,

---

<sup>594</sup> CENGIZ, F. *Legitimacy and multi-level governance in European Union competition law: a deliberative discursive approach*, ob. cit., págs. 830 y ss.

<sup>595</sup> BAXTER, W. *Separation of powers, prosecutorial discretion, and the “common law” nature of Antitrust law*, ob. cit., págs. 677-678.



precisamente, que el modelo de aplicación *antitrust* norteamericano destaca principalmente por ser un sistema de enjuiciamiento mixto. Su desarrollo, además, gira alrededor de diferentes niveles, ya que los derechos de acción pueden provenir tanto de una pluralidad de sujetos situados dentro del *public enforcement*, como de diferentes agentes privados, reservándose a cada uno de ellos un cauce procedimental distinto<sup>596</sup>.

Dentro de la denominada aplicación pública del Derecho *Antitrust*, el sistema estadounidense ha optado por una opción mucho más compleja que conferir las funciones de protección y represión a una única autoridad o agencia estatal, como es propia de los modelos de competencia integrados europeos. En el caso norteamericano, el ***public enforcement*** se ha estructurado a través de un **modelo dual o de agencia múltiple**, en virtud del cual la legitimación para perseguir y reprimir las conductas concurrenciales se confiere a dos organismos distintos, pero situados en un mismo nivel de gobierno y autonomía<sup>597</sup>.

De conformidad con esta construcción, la persecución e investigación de las conductas anticompetitivas queda encomendada a dos brazos ejecutores: de una parte, la ***Antitrust Division del Departamento de Justicia*** que, si bien se encuentra sujeta a las instrucciones marcadas por el Gobierno federal, constituye el principal organismo llamado a desempeñar un papel destacado en la lucha contra las conductas antimonopolísticas (especialmente las de naturaleza colusoria); y de otra, la ***Federal Trade Commission***, órgano creado con posterioridad, a petición del Congreso estadounidense, y cuya actuación, dado su carácter de agencia independiente, es presidida por un mayor grado de especialización, independencia y autonomía<sup>598</sup>.

---

<sup>596</sup> KOVACIC, W. E. "Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?", *ob. cit.*, pág. 24; O'CONNOR, K. J. *et alii*, "Interaction of public and private enforcement", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, pág. 292; NOONAN, C. *Mediating between public and private enforcement in multi-jurisdictions settings*, en *University of Queensland Law Journal*, vol. 37, núm. 1, 2018, págs. 31 y ss.

<sup>597</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, Oxford University Press, New York, 2011, 2ª ed., pág. 177.

<sup>598</sup> En lo que concierne a los organismos estadounidenses a los que les corresponde la aplicación pública de la legislación de competencia, tanto la *Antitrust Division* del Departamento

Junto al reconocimiento de la intervención ordinaria de la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia y de la *Federal Trade Commission*, también cabe la posibilidad de que las normas *antitrust* confieran legitimación, en ocasiones excepcionales, a otras autoridades públicas de ámbito federal o incluso estatal para perseguir las actuaciones anticompetitivas<sup>599</sup>. Un ejemplo de ello puede encontrarse en la posibilidad de que los Fiscales Generales de los Estados también pueden promover acciones de estado en cumplimiento de la normativa de competencia federal<sup>600</sup>.

A la aplicación descentralizada del *public enforcement* estadounidense<sup>601</sup>, debe también añadirse la posibilidad de que los sujetos privados, bien de forma complementaria a una actuación pública anterior, o bien de forma única y

---

de Justicia como la *Federal Trade Commission* no cumplen únicamente con una labor persecutoria en orden a los comportamientos contrarios a las reglas del libre mercado, sino que las diferentes normas en materia de competencia también les habilitan para el desarrollo de otras funciones adicionales, entre las que destacan, por ejemplo, las competencias relacionadas con la autorización de fusiones y otras operaciones societarias (vid. la *Hart-Scott-Rodino Act*), así como la realización de informes de supervisión y regulación respecto a diferentes sectores especializados. Sin embargo, la concurrencia de competencias entre ambas instituciones, así como la ausencia de directrices claras sobre el reparto de funciones entre ambos organismos, ha comportado toda una serie de conflictos respecto a la atribución de competencia, así como a la existencia de procedimientos paralelos e ineficiencias de recursos. Por lo que respecta propiamente a las labores de persecución de las conductas anticompetitivas, con la excepción de aquellas prácticas restrictivas que quedan reservadas a la persecución penal, en cuyo caso se confiere legitimación exclusiva a la División *Antitrust*, ambas agencias tienen competencia para perseguir las conductas anticompetitivas en los respectivos órdenes civil y administrativo, así como también se les reconoce la legitimación para interponer acciones civiles dirigidas a ordenar el cese de tales comportamientos. Esta situación ha conducido, *de facto*, a que ambas instituciones se hayan visto obligadas a acordar un reparto interno de funciones en lo que respecta al enjuiciamiento de aquellas conductas que no se sustancien por la vía penal. En este sentido, la FTC ha asumido las labores de reparto y distribución de asuntos entre organismos, prestando atención a los criterios de gravedad, complejidad e importancia de las infracciones. Respecto a los criterios de distribución de competencias entre ambas instituciones, puede consultarse el último informe de 2019 (Big Tech Agreement), con el que ambas agencias han puesto fin a una larga historia de disputas e investigaciones paralelas, acordándose el reparto del seguimiento e investigación de las grandes empresas pertenecientes al sector tecnológico.

<sup>599</sup> O'CONNOR, K. J. *et alii*, "Interaction of public and private enforcement", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, pág. 281.

<sup>600</sup> Sobre este particular, vid. CENGIZ, F. *The role of State Attorneys General in U.S. antitrust policy: public enforcement through private enforcement methods*, en *ESRC: Centre for Competition Policy and School of Law*, vol. 19, núm. 6, 2006, págs. 5 y ss.

<sup>601</sup> HAW, R. *Amicus briefs and the Sherman Act: why Antitrust needs a New Deal*, en *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, págs. 1287-1288.

principal en ausencia de toda intervención institucional, hagan uso de sus derechos de acción (***private enforcement***).

Por lo que respecta a las **fuentes de legitimación de los agentes privados**, debe destacarse la competencia de los particulares, en su mayoría personas jurídicas y empresarios individuales, para interponer demandas ante la jurisdicción civil solicitando el cumplimiento de la normativa *antitrust*. Mediante el ejercicio de estas acciones civiles, los particulares pueden obtener la declaración de ilicitud de la conducta empresarial como título habilitante para lograr la consiguiente reparación privada. Asimismo, también pueden solicitar, ante la jurisdicción civil, el cese cautelar de una conducta que, indiciariamente, se presente anticompetitiva, siempre que se desprenda un riesgo elevado de causarles un daño económico. En la práctica, el ejercicio de estas acciones cautelares parece quedar reservado, casi en exclusiva, a la paralización de las operaciones de concentración económica donde pueda preverse la causación de un daño futuro<sup>602</sup>.

De otra parte, dentro del *private enforcement* también cabe contemplar, si bien con mayores salvedades, la posibilidad de que las autoridades públicas (en su mayoría los Fiscales Generales de los Estados) también puedan interponer, pese a no ser éste su cometido principal, acciones de cesación y de indemnización de daños y perjuicios en defensa de los intereses individuales. A través del ejercicio de este tipo de acciones, conocidas como ***parens patriae actions***, los Fiscales Generales asumen, bajo determinadas circunstancias y cumpliendo con ciertos requisitos, la representación de los particulares agraviados de un determinado territorio. Este tipo de acción, tan característico del ordenamiento norteamericano, destaca por ser el ejemplo más claro de la realización del Derecho privado desde el *public enforcement*<sup>603</sup>.

---

<sup>602</sup> HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, ob. cit., págs. 355-356.

<sup>603</sup> CENGIZ, F. *The role of State Attorneys General in U.S. antitrust policy: public enforcement through private enforcement methods*, ob. cit., págs. 14-18.

Una lectura conjunta de las diversas disposiciones en materia *antitrust* permite percibir que el modelo estadounidense ha instaurado un **sistema de triple atribución de legitimación**<sup>604</sup>. En dicho sistema se reconoce la legitimación para la incoación y represión de conductas anticompetitivas, en sede de *public enforcement*, tanto a la *Antitrust Division* (en virtud de la sección 15, letras a y f, de la *Clayton Antitrust Act*), como a la *FTC* (de acuerdo con lo dispuesto en la sección 42 y siguientes de la *Federal Trade Commission Act*). Igualmente, se contempla la capacidad para promover acciones civiles a aquellos particulares que resulten afectados por las prácticas anticompetitivas en virtud de lo dispuesto en la sección 4, letra a, de la *Clayton Antitrust Act*; así como, de forma más excepcional, a los Fiscales Generales de los diferentes Estados, según lo dispuesto en las secciones 4, letra c, y 16 de la *Clayton Antitrust Act* (ambas referidas a las acciones *parens patriae*).

Otro de los factores que debe tenerse en cuenta en orden a analizar el sistema de defensa de la competencia estadounidense guarda relación con el tipo de procedimiento a través del cual se sustancian las diversas acciones anticompetitivas. En consonancia con la multiplicidad de sujetos capacitados para promover la persecución de tales conductas concurrenciales, el sistema *antitrust* de los EEUU también contempla diversos cauces jurídicos a través de los cuales se materializa la lucha antimonopolística<sup>605</sup>.

Por lo que respecta al estudio de las diferentes vías de enjuiciamiento, en el modelo norteamericano la persecución de las conductas anticompetitivas se desarrolla dentro de un escenario presidido por una **dualidad jurisdiccional**. La determinación de la jurisdicción competente, así como el cauce procedimental bajo el cual debe sustanciarse la conducta, vienen determinados principalmente por la naturaleza del organismo u agente que impulsa la actividad represora. Asimismo, en caso de existir múltiples demandas entraran

---

<sup>604</sup> BAXTER, W. *Separation of powers, prosecutorial discretion, and the "common law" nature of Antitrust law*, ob. cit., págs. 690-691.

<sup>605</sup> NOONAN, C. *Mediating between public and private enforcement in multi-jurisdictions settings*, ob. cit., pág. 27.

entonces en juego otros criterios adicionales como, por ejemplo, la tipología de la conducta y su entidad.

En este punto, resulta especialmente ilustrativa la persecución de los acuerdos colusorios, pues tales supuestos pueden ser dirimidos a través de tres cauces distintos de enjuiciamiento. Una práctica de esta naturaleza podrá ser perseguida, en primer lugar, en vía civil a través de una demanda interpuesta por los particulares agraviados o, si lo consideran pertinente, también por las autoridades públicas; en segundo lugar, podrá incoarse un procedimiento administrativo en caso de que la *FTC* lo estimara conveniente en caso de afectar significativamente a los consumidores y usuarios; en último lugar, dada la especial gravedad que reviste este tipo de conductas, también podrá procederse, por parte de la *Antitrust Division*, a la apertura de un proceso penal<sup>606</sup>.

Sin perjuicio de los diferentes cauces de persecución que contempla el modelo *antitrust* estadounidense, la práctica habitual del sistema pone de manifiesto no solo la preeminencia del enjuiciamiento judicial de las normas de competencia, sino también el hecho de que las causas *antitrust* seguidas ante los órganos jurisdiccionales del orden civil constituyen su máximo exponente<sup>607</sup>. La jurisdicción civil se erige, en los Estados Unidos, en el cauce principal para dar respuesta a las actuaciones contrarias a la competencia que tienen lugar

---

<sup>606</sup> O'CONNOR, K. J. *et alii*, "Interaction of public and private enforcement", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 281-282.

<sup>607</sup> De conformidad con las estadísticas oficiales elaboradas por el Gobierno federal de los EEUU (cuya fuente primaria puede consultarse en el siguiente enlace web: <https://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/statistical-tables-federal-judiciary>), durante el año 2019 se tramitaron 571 procedimientos judiciales, civiles y penales, dirigidos a la persecución de ilícitos anticompetitivos producidos dentro del mercado federal estadounidense. De la cifra total de procedimientos judiciales en materia *antitrust*, 34 de ellos se sustanciaron ante la jurisdicción penal bajo la acusación de la *Antitrust Division*, mientras que los 537 procedimientos restantes pertenecen a causas civiles. Por lo que respecta a la jurisdicción civil, únicamente 25 de las 537 causas fueron iniciadas previa demanda de la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia, mientras que los 509 casos restantes se sustanciaron gracias a la interposición de demandas privadas. De acuerdo con las cifras anteriores, se observa como el ejercicio de la acción pública, dentro de las acciones antimonopolio de carácter civil, apenas adquiere una escasa representatividad del 4.65%. La actividad de enjuiciamiento *antitrust* no penal por parte de agentes privados se sitúa, por tanto, en un 94.78%. A su vez, también resulta significativo que los procesos antimonopolio sustanciados en vía penal, cuyo único promotor es la *Antitrust Division*, tan solo representan un escaso 3% sobre el total de las acciones judiciales emprendidas en esta materia.

dentro del mercado federal. El proceso civil es, sin duda, el medio de resolución de conflictos por excelencia que resultará de aplicación al grueso de las conductas anticompetitivas, y ello con independencia de que éstas constituyan un atentado a la propia estructura competitiva del mercado -vgr. fusiones, absorciones y demás operaciones societarias-, contravengan la calidad o el grado de rivalidad dentro del mismo -vgr. acuerdos restrictivos, condiciones vinculadas, prácticas paralelas-, o bien distorsionen cualquier otro procedimiento que debiera reputarse competitivo -vgr. *bid rigging*-.

Un tercer factor que explica la compleja aplicación de las normas *antitrust* norteamericanas tiene que ver con el carácter descentralizado y de doble nivel que reviste su **estructura de organización territorial**. Desde un ámbito federal, la persecución de las conductas anticompetitivas que afectan al comercio interetatal se encomienda a una dualidad de organismos públicos, sin perjuicio de la actividad judicial puesta en marcha por los particulares<sup>608</sup>. En este escenario, la normativa federal se ve sometida a una convivencia obligada con los sistemas normativos de carácter estatal, los cuales entrarán a conocer de la persecución de las conductas cuya entidad o efectos no excedan del territorio comercial de cada uno de los Estados federados.

Como sucede en la mayoría de modelos descentralizados y de doble imposición, debe tenerse presente que la dualidad de sistemas de defensa de la competencia dará lugar a conflictos relacionados con la determinación de la competencia entre autoridades, así como incrementará el riesgo de resoluciones contradictorias<sup>609</sup>. Ello se observa, muy especialmente, en el enjuiciamiento de conductas cuya anticompetitividad no es declarada *per se*, pues en estos casos existe la posibilidad de que la interpretación del interés público por parte de las autoridades locales pueda tomar un matiz más

---

<sup>608</sup> O'CONNOR, K. J. *et alii*, "Interaction of public and private enforcement", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 282-283.

<sup>609</sup> Sobre la incidencia que puede desencadenar el factor territorial en la realización de las normas de competencia dentro de los diferentes ordenamientos, resulta especialmente esclarecedor el estudio comparativo de HAW, B. y LAUDATI, L. *Antitrust federalism in the United States and decentralization of Competition Law enforcement in the European Union: a comparison*, en *Fordham International Law Journal*, vol. 20, núm. 1, 1996, págs. 18 y ss.

proteccionista y extenderse a otros valores que, pese a ser también susceptibles de tutela, no tienen cabida alguna en un plano estrictamente federal (vgr. incentivar la actividad económica de zonas territoriales o promover determinados tipos de producción)<sup>610</sup>.

## **II.4.2.- La persecución de los ilícitos *antitrust* ante la jurisdicción penal**

### **II.4.2.1.- Introducción**

Dentro de la denominada aplicación pública del Derecho *Antitrust*, la lucha por reprimir la comisión de conductas empresariales que comportan una alteración del correcto desarrollo de la competencia económica constituye una de las labores que aparece encomendada al Departamento de Justicia del Gobierno de los EEUU (en adelante, *DOJ*). Desde que empezó a fraguarse la preocupación por la proliferación de los *trusts* dentro del tejido empresarial el Departamento de Justicia asumió el rol de guardián de la competencia<sup>611</sup>. A través de la creación de una división específica destinada a la lucha de las restricciones comerciales (*Antitrust Division*), se encomendó al poder ejecutivo el cometido de recabar la actividad de los Tribunales ante el más mínimo indicio de sospecha acerca de la existencia de una conducta monopolística<sup>612</sup>.

---

<sup>610</sup> Sobre este particular, vid. ALLENSWORTH, R. H. *The new Antitrust federalism*, en *Virginia Law Review*, vol. 12, núm. 6, 2016, págs. 1387 y ss.; CENGIZ, F. *Antitrust federalism in the EU and the US*, *ob. cit.*, págs. 232 y ss.; OLDHAM, A. *Sherman's march (in)to the sea*, en *Tennessee Law Review*, vol. 74, 2007, págs. 356 y ss.; POSNER, R. *Federalism and the enforcement of antitrust laws by State Attorneys General*, en *The Georgetown Journal of Law and Public Policy*, vol. 2, núm. 5, 2004, págs. 12 y ss.; VEDIA JEREZ, H. *Competition law enforcement and compliance across the world: a comparative review*, *ob. cit.*, págs. 76-77.

<sup>611</sup> CARMONA BOTANA, P. *Prevention and deterrence of collusive behavior: the role of leniency programs*, en *Columbia Journal of European Law*, vol. 13, 2006, págs. 50 y ss.; GARVEY, G. *The Sherman Act and the vicious will: developing standards for criminal intent in Sherman Act prosecutions*, *ob. cit.*, págs. 389 y ss.

<sup>612</sup> BAXTER, W. *Separation of powers, prosecutorial discretion, and the "common law" nature of Antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 686 y ss.

En la actualidad, la *Antitrust Division* del *DOJ*, además de depender funcionalmente del poder ejecutivo, se encuentra internamente dividida en dos secciones que desarrollan su labor de forma autónoma e independiente, según el campo de actividad que en su caso corresponda. De una parte, compete a la **Sección Penal de la *Division Antitrust*** el ejercicio de la acción penal ante aquellas conductas monopolísticas que pudieran incurrir en delitos penales, establecer las directrices internas relacionadas con los criterios de acusación y de oportunidad, implementar los diferentes programas de clemencia y cooperar, cuando las circunstancias lo requieran, con el resto de agencias especializadas de otros programas de delincuencia económica. De otra, es competencia de la **Sección Civil de la *Antitrust Division*** la interposición de demandas de esta naturaleza ante comportamientos restrictivos, ofrecer asesoramiento previo a cualquier tipo de operación societaria, así como desarrollar una importante función reguladora dentro de determinados segmentos de mercado.

Con independencia de que la actividad desplegada por la *Antitrust Division* tenga lugar ante la jurisdicción penal o civil, como más adelante se detallará, lo cierto es que su intervención queda enteramente sujeta al principio acusatorio<sup>613</sup>. Toda petición sostenida por la agencia pública (ya sea dirigida a la represión de un hecho delictivo y al establecimiento de sus consiguientes responsabilidades penales, como a la determinación y sanción de las consecuencias civiles), deberá tener siempre lugar en el seno de un proceso judicial e ir precedida de una previa decisión favorable del órgano jurisdiccional (bien ante la institución del Gran Jurado, en caso de que la conducta adquiera relevancia penal, o ante el propio Juez de Distrito si se circunscribe a la sola responsabilidad y sanción civil)<sup>614</sup>. Con todo, debe destacarse que la *Antitrust Division* del *DOJ* sí ostenta ciertas facultades resolutorias (vgr. poder de decisión sobre si emprender una investigación interna o interponer una acción

---

<sup>613</sup> KOVACIC, W. E. “*Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?*”, *ob. cit.*, pág. 15.

<sup>614</sup> POSNER, R. *Divergent paths: the academy and the judiciary*, Harvard University Press, Massachusetts, 2016, pág. 104; SCHEB, J. *Criminal law and procedure*, Wadsworth/Thomson Learning, Belmont, 2002, 4ª ed., págs. 237-238.



judicial contra un determinado sujeto empresarial, así como la potestad de poner fin anticipadamente al proceso mediante la adopción de un acuerdo transaccional)<sup>615</sup>.

A continuación, centraremos la atención de nuestra investigación, si quiera sea brevemente, en analizar las principales líneas de actuación de las que dispone la *Antitrust Division* del *DOJ* para el enjuiciamiento de conductas aparentemente anticompetitivas, así como en señalar los condicionamientos que impone el principio acusatorio a la actuación del *DOJ* y los principales recursos empleados por éste en el orden jurisdiccional penal.

#### **II.4.2.2.- El enjuiciamiento de los ilícitos *antitrust* a cargo de la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia**

La persecución de las conductas que aparecen tipificadas como ilícitos penales al vulnerar las disposiciones de la *Sherman Antitrust Act*<sup>616</sup>, constituye una de las pocas excepciones que resultan contrarias a la tradición jurídica estadounidense, siempre predispuesta a favor de la descentralización y del consiguiente reconocimiento de múltiples fuentes de legitimación. Sin embargo, dentro del ámbito penal, por lo que respecta a las actuaciones delictivas que atentan contra el orden económico, la *Antitrust Division* del *DOJ* ostenta el **monopolio del ejercicio de la acción penal**<sup>617</sup>, de modo que es el único sujeto a quien le corresponde la entera facultad de dirigir y mantener la acción penal, así como de efectuar la acusación y solicitar la pena que considere

---

<sup>615</sup> BARNETT, T. “*Seven steps to better cartel enforcement*”, en la presentación del 11th Annual Competition Law and Policy, organizado por European Union Institute, Florence, Italy, 2 de junio de 2006 (puede consultarse en el siguiente enlace web: <https://www.justice.gov/atr/speech/seven-steps-better-cartel-enforcement>).

<sup>616</sup> ROSZKOWSKI, E. M. y BRUBAKER, R. *Attempted monopolization: reuniting a doctrine divorced from its criminal law roots and the policy of the Sherman Act*, en *Marquette Law Review*, vol. 73, núm. 3, 1990, págs. 383 y ss.; SMITH, D. *Taming Sherman's wilderness*, en *Indiana Law Journal*, vol. 94, núm. 3, 2019, pág. 1238.

<sup>617</sup> BAXTER, W. *Separation of powers, prosecutorial discretion, and the “common law” nature of Antitrust law*, *ob. cit.*, pág. 691.

conveniente. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad civil o administrativa a la que, adicionalmente, pudieran dar lugar tales conductas, así como de los sujetos que estén legitimados para actuar en las restantes jurisdicciones<sup>618</sup>.

La atribución exclusiva del ejercicio de acción penal para la represión de los ilícitos anticompetitivos a favor de un único organismo no solo ha comportado la instauración de una sola acusación, de carácter público y oficial, sino que también ha abierto la posibilidad de restringir considerablemente el **ámbito objetivo del proceso penal** para este tipo de conductas al supeditarse la maquinaria del proceso al criterio que el *DOJ* decida sostener en cada caso concreto<sup>619</sup>. En este sentido, la *Antitrust Division* del *DOJ* ha reservado la persecución penal para las conductas que, por su relevancia y afectación, resultan merecedoras de reproche punitivo<sup>620</sup>, en detrimento de aquellas otras que, pese a alterar el tráfico económico, no alcanzan un grado de lesividad de suficiente<sup>621</sup> y, en consecuencia, su sanción y remoción queda reservada a la jurisdicción civil o administrativa<sup>622</sup>.

No obstante, cabe señalar que la reserva de la acción penal para aquellas conductas de mayor gravedad no es solo fruto de una concreta política institucional de la *Antitrust Division*, sino que a ello también han contribuido los requisitos exigidos por los propios órganos jurisdiccionales, pues éstos son los que acaban por condicionar el éxito de la pretensión punitiva<sup>623</sup>. En este

---

<sup>618</sup> O'CONNOR, K. J. *et alii*, "Interaction of public and private enforcement", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 280-282.

<sup>619</sup> GARVEY, G. *The Sherman Act and the vicious will: developing standards for criminal intent in Sherman Act prosecutions*, *ob. cit.*, págs. 392-393.

<sup>620</sup> BAXTER, W. *Separation of powers, prosecutorial discretion, and the "common law" nature of Antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 685 y ss.; LOUGHLIN, J. *Mens rea and felony violations under the Sherman Act*, en *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 11, núm. 7, 1979, págs. 166-167.

<sup>621</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, *ob. cit.*, pág. 177; KADISH, S. *Some observations on the use of criminal sanctions in enforcing economic regulations*, *ob. cit.*, pág. 427.

<sup>622</sup> SMITH, D. *Taming Sherman's wilderness*, *ob. cit.*, págs. 1241-1242.

<sup>623</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, *ob. cit.*, pág. 177.

sentido, los tribunales estadounidenses solo han estimado la existencia de responsabilidad penal derivada de un hecho anticompetitivo si, además de constatarse la alteración de la dinámica competitiva y la relación de imputación entre ésta y la actuación colusoria o abusiva, ésta se acompaña de un elemento de prueba de carácter subjetivo que acredite la intencionalidad del agente infractor (esto es, el ánimo o la intención, ya sea expresa o eventual, de subvertir, con la actuación empresarial, la dinámica competitiva)<sup>624</sup>.

Han sido las exigencias probatorias impuestas por los órganos jurisdiccionales en orden a considerar la comisión de un delito anticompetitivo las que han comportado una suerte de “selección natural” hasta el extremo que la *Antitrust Division* tan solo promueve el ejercicio de la acción penal contra las conductas empresariales que resulten altamente lesivas. La adopción de este criterio cualitativo debe ponerse en relación con las infracciones a las que les resulta de aplicación la regla presuntiva *per se*<sup>625</sup>, analizada en los epígrafes anteriores de este capítulo<sup>626</sup>. Es por ello que únicamente motivarán la apertura de la vía penal las actuaciones de los denominados *hard-core cartels* (concertaciones inter-empresariales cuyo objeto consista en la fijación de precios, la limitación de la producción o la asignación de mercado, así como la manipulación de licitaciones y otras ofertas públicas)<sup>627</sup>.

---

<sup>624</sup> En referencia a la intencionalidad de subvertir o infringir el normal funcionamiento del mercado como elemento subjetivo del tipo penal exigido por la *Sherman Antitrust Act*, sirvan de ejemplo las siguientes resoluciones: *United States vs. Giordano*, 416 U.S. 505 (1974); *United States vs. Brighton Bldg. Maintenance Co.*, 598 U.S.1101 (7th Cir. 1979); *United States vs. Cargo Service Stations Inc.*, 657 U.S. 676 (5th Cir. 1981); *United States vs. Seville Indus. Machinery Corp.*, 696 F. Supp. 986 (1988); o *United States vs. Guy Potter and Matthew Giovenco*, 11-CR-316 (2014).

<sup>625</sup> HAUSFELD, M. “*Initiation of a private action*”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer and R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012, pág. 97; LOUGHLIN, J. *Mens rea and felony violations under the Sherman Act*, *ob. cit.*, págs. 164-165.

<sup>626</sup> Vid. *supra* apartado II.3.3 de este mismo capítulo.

<sup>627</sup> GARVEY, G. *The Sherman Act and the vicious will: developing standards for criminal intent in Sherman Act prosecutions*, *ob. cit.*, págs. 399-400; HOVENKAMP, H. *Antitrust and the patent system: a reexamination*, en *Ohio State Law Journal*, vol. 76, núm. 3, 2015, págs. 519-520; KADISH, S. *Some observations on the use of criminal sanctions in enforcing economic regulations*, *ob. cit.*, pág. 429.

Esta restricción del ámbito objetivo del proceso penal puede considerarse acertada. Ello es así, porque si la jurisdicción penal hubiera optado por extender su conocimiento a las restantes tipologías de conductas anticompetitivas se hubiera acabado por comprometer seriamente la viabilidad del proceso civil. A causa de la *vis attractiva* que envuelve el proceso penal y del efecto suspensivo que comporta sobre el ejercicio de las restantes acciones de reclamación civil (vid. la sección 15 de la *Clayton Antitrust Act*)<sup>628</sup>, el ejercicio de la acción penal por parte de la *Antitrust Division* acarrearía la suspensión o la no incoación de las actuaciones en sede jurisdiccional civil, lo que, en definitiva, además de vaciar de contenido el objeto del proceso civil, acabaría por asignar, *de facto*, derechos de acción de primera y segunda categoría. Además, en caso de mantenerse el monopolio de la acción penal a favor de la *Antitrust Division*, prevalecería, en primer lugar, la facultad decisoria de la agencia gubernativa, y solo cuando ésta optase por no ejercer su derecho de acción en vía penal, el resto de sujetos legitimados podrían, entonces, plantear sus pretensiones ante la jurisdicción civil.

De otra parte, el hecho de que la *Antitrust Division* sea el único sujeto legitimado para perseguir actos anticompetitivos en los procesos jurisdiccionales penales, también ayuda a corregir el elevado grado de incertidumbre e imprevisibilidad<sup>629</sup> que deriva de la inconcreción de las normas sustantivas norteamericanas. La canalización de las diversas fuentes de legitimación a favor de un único sujeto, aun cuando contravenga el espíritu general del sistema, refuerza el principio de seguridad jurídica<sup>630</sup>, sobre todo en este ámbito particular, donde las consecuencias jurídicas que pueden derivarse adquieren una mayor notabilidad (en esta vía, los eventuales acusados deben hacer frente a elevadas penas de multa, cuando no a penas privativas de

---

<sup>628</sup> BRUCKNER, J. y SALZWEDEL, M. "Plaintiff's remedies", en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer and R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012, pág. 252.

<sup>629</sup> KADISH, S. *Some observations on the use of criminal sanctions in enforcing economic regulations*, *ob. cit.*, pág. 438; LOUGHLIN, J. *Mens rea and felony violations under the Sherman Act*, *ob. cit.*, pág. 162.

<sup>630</sup> BAXTER, W. *Separation of powers, prosecutorial discretion, and the "common law" nature of Antitrust law*, *ob. cit.*, págs. 680-681.

libertad y/o de inhabilitación para el desempeño de la actividad profesional)<sup>631</sup>. Seguridad jurídica que no solo se manifiesta respecto a la distinción acerca de las conductas empresariales que pueden motivar la incoación de un eventual proceso para la depuración de responsabilidades penales, sino también por cuanto permite conocer los criterios y directrices internas de actuación de quien sustenta la acusación<sup>632</sup>, así como cuáles serán los estándares probatorios necesarios y exigibles a los que deberá hacer frente el sujeto pasivo del proceso con una mínima probabilidad de éxito y sin ver mermadas las garantías básicas de defensa<sup>633</sup>.

Centrándonos con mayor detenimiento en los aspectos penales, las actuaciones empresariales que resulten contrarias al contenido de las secciones 1 y 2 de la *Sherman Antitrust Act* reciben la consideración de delitos penales mayores (más técnicamente conocidos como *felonies*). El hecho de que los ilícitos contrarios a la competencia constituyan delitos mayores conlleva importantes repercusiones procesales. Entre otras, la más destacada guarda relación con el tipo de procedimiento que resulta de aplicación para el enjuiciamiento de esta clase de conductas. Ello es así porque las normas procesales estadounidenses concretan el cauce procedimental que resulta aplicable a cada actuación criminal tomando como referencia la naturaleza y

---

<sup>631</sup> La regla general de atribución de competencia investigadora a favor del Fiscal General presenta excepciones en los supuestos de delitos conexos. Ante la aparición de delitos conexos relacionados con conductas anticompetitivas descubiertos en el seno de otra investigación criminal, las normas de funcionamiento interno del Departamento de Justicia prevén para los supuestos en los que, habiéndose iniciado una investigación criminal por un Fiscal del Estado, aparecieran indicios criminales que estuvieran relacionados con un atentado a la competencia, la obligación de notificar preceptivamente a la División Antimonopolio sobre la existencia y curso de la causa, a fin de que ésta determine si asume la competencia del procedimiento o por el contrario autoriza que el Fiscal o Abogado del Estado extienda también la acusación a los delitos relacionados con las leyes *antitrust*. Respecto a las cuestiones de determinación del órgano o autoridad competente encargado de la persecución de conductas *antitrust* en casos de conexión o sobrevenidas al hilo de una investigación principal, pueden consultarse las recomendaciones publicadas por el Departamento de Justicia (U.S. Department of Justice, “Chapter III. Investigation and Case Development”, en *Antitrust Division Manual*, Independent Publishing Platform, 2017, 5 ed., págs. 109-111).

<sup>632</sup> KADISH, S. *Some observations on the use of criminal sanctions in enforcing economic regulations*, ob. cit., págs. 428-429; SMITH, D. *Taming Sherman's wilderness*, ob. cit., págs. 1236-1237.

<sup>633</sup> GARVEY, G. *The Sherman Act and the vicious will: developing standards for criminal intent in Sherman Act prosecutions*, ob. cit., págs. 409 y ss.

gravedad del delito; de modo que la distinción entre las diferentes categorías delictivas no solo es importante a efectos de precisar la intensidad de la respuesta punitiva, sino que también adquiere especial trascendencia para identificar, con carácter previo, la vía procedimental a seguir ante una determinada conducta anticompetitiva<sup>634</sup>.

A grandes rasgos, el sistema procesal penal norteamericano prevé, en función de cuál sea la categoría delictiva, la posibilidad de que las causas penales (entre las que se encuentran aquellas que son iniciadas por la comisión de conductas aparentemente anticompetitivas) puedan ser sustanciadas ante un órgano jurisdiccional de carácter técnico, o bien, por el contrario, que el hecho justiciable sea sometido al criterio y valoración de un Jurado Popular. Siendo esto así, es obligado señalar, de forma expresa, que la determinación de la responsabilidad penal para las causas criminales de mayor gravedad, entre las que se encuentran los ilícitos concurrenciales, corresponderá preceptivamente a la **institución del Jurado**<sup>635</sup>.

Del análisis de los diversos preceptos de las leyes de procedimiento penal, es posible advertir que el código procesal estadounidense contempla para los procedimientos seguidos ante la comisión de delitos mayores, entre los que se

---

<sup>634</sup> SCHEB, J. *Criminal law and procedure*, ob. cit., pág. 237.

<sup>635</sup> American Bar Association, *Handbook on Antitrust Grand Jury investigations: a project of the criminal practice and procedure committee of the Antitrust Section of the American Bar Association*, ABA Publishing, USA, 2002, 3ª ed., págs. 1 y ss. Literalmente la Sexta Enmienda de la Constitución de EEUU relativa a los derechos y garantías de las personas acusadas en causas penales por los Tribunales federales norteamericanos dispone lo siguiente: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence*”. En consonancia con el destacado reconocimiento constitucional que ocupa esta figura, en lo que respecta al ámbito procesal penal, la institución americana del Jurado se encuentra fundamentalmente recogida en las leyes de procedimiento penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*), cuyo ámbito de aplicación, tal como se dispone en su regla primera, viene referido a regir todos los procedimientos penales que se sustancien ante los Tribunales de Distrito, los Tribunales de Apelación, así como los suscitados ante el Tribunal Supremo de EEUU, quedando únicamente excluidos de dicho cuerpo procesal los procedimientos relativos a órdenes de entrega y extradición, procedimientos penales dirigidos contra menores de edad, así como en relación a procedimientos de ejecución penal y de otras medidas de expropiación forzosa.

encuentran los actos dirigidos a monopolizar o restringir la competencia, **dos clases distintas de jurado** (el Gran Jurado – *Grand Jury* –, y el Pequeño Jurado – *Jury trial* –), correspondiendo a cada uno de ellos un ámbito de actuación distinto según las etapas del proceso (el primero es competente en la etapa instructora o de investigación, mientras que el otro es relegado a la posterior etapa de plenario)<sup>636</sup>.

El **proceso penal por delitos graves** a través del cual se ventilan los comportamientos *antitrust* se caracteriza por ser un procedimiento bifásico. Una primera etapa preliminar, competencia del Gran Jurado, dirigida a investigar y recopilar los vestigios relacionados con la eventual comisión de un hecho de apariencia delictiva, así como a valorar la continuidad del proceso, decretando la apertura de juicio o, por el contrario, el sobreseimiento de las actuaciones (lo que vendría a corresponder, en cierto modo, con nuestra etapa intermedia del proceso)<sup>637</sup>. Solo en el caso de que el Gran Jurado estime la existencia de indicios suficientes que sustenten los cargos de la acusación, es cuando se abre, entonces, una segunda etapa, ya de juicio oral o plenario, en la que el Gran Jurado, como órgano de control, es sustituido y renovado en su composición por un nuevo órgano colegiado (Pequeño Jurado), al que le corresponden las funciones de cognición en orden a la resolución del objeto del proceso (emisión de una resolución, a ser posible sobre el fondo del asunto, en la que se concrete la comisión de los hechos delictivos, así como las circunstancias determinantes de la culpabilidad o inocencia de la persona acusada, de acuerdo con los elementos de prueba practicados y apreciados por el Tribunal en el acto del juicio)<sup>638</sup>.

En cuanto la *Antitrust Division* del *DOJ* tiene conocimiento de una posible vulneración del estatus competitivo, gracias a la información obtenida de

---

<sup>636</sup> SCHEB, J. *Criminal law and procedure*, *ob. cit.*, págs. 36-37.

<sup>637</sup> ASECIO GALLEGOS, J. M. *Juicio oral en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española*, Juruá, Lisboa, 2017, págs. 23 y ss.

<sup>638</sup> SCHEB, J. *Criminal law and procedure*, *ob. cit.*, págs. 598 y ss.

terceros o de oficio<sup>639</sup>, adoptará una de las siguientes actuaciones: bien procederá a interponer un escrito de investigación ante el Gran Jurado o, en su defecto, iniciará de oficio una investigación preliminar. En cualquier caso, tanto la solicitud de investigación preliminar como la presentación de las actuaciones criminales ante el Gran Jurado deberán ponerse en comunicación de la *FTC*, con el fin de obtener su conformidad.

Aun cuando es posible que la *Antitrust Division* pueda instruir directamente actuaciones penales ante la constitución del Gran Jurado, lo más habitual será que ordene iniciar toda una serie de actuaciones internas de carácter preliminar a la actuación judicial<sup>640</sup>. La apertura de una **investigación preliminar** (*preliminary inquiring*) es lo que permite que la *Antitrust Division* pueda recabar los indicios o elementos de prueba suficientes para poder suponer que un acto restrictivo de la competencia ha tenido lugar (tanto en lo que se refiere, si bien de modo indiciario, al objeto y tipología de la conducta, a su ámbito objetivo, geográfico y temporal de afectación, así como al resto de elementos periféricos –vgr. grado de implicación y culpabilidad de los participantes, existencia y distribución de los sobrecostes–)<sup>641</sup>.

En esta etapa previa también se analizará la viabilidad de la acción penal, ponderando los elementos anteriores con otros factores más relacionados con

---

<sup>639</sup> Tal como expresamente se indica en el *U.S. Department of Justice, "Chapter III. Investigation and Case Development"*, en *Antitrust Division Manual, ob. cit.*, págs. 7 y ss., son múltiples las vías por las cuales la *Antitrust Division* del *DOJ* puede tener conocimiento de la *notitia criminis*, pudiendo sintetizarse en las siguientes: primero, a través de información obtenida de empresas o particulares (ya sea de forma voluntaria mediante denuncia o comunicación anónima dirigida a la entidad pública, o bien por declaraciones prestadas en el marco de otras investigaciones o procesos judiciales previos); segundo, de oficio, durante el desempeño de actividades propias de este organismo (dicho conocimiento puede derivar de la documentación adjuntada en las comunicaciones de operaciones societarias, del seguimiento de procesos civiles de reclamación de daños interpuestos por los perjudicados, o bien del análisis acerca del estado y evolución de las diferentes industrias del mercado en las que el *DOJ* tiene atribuidas competencias de regulación); y tercero, a través de la confesión y envío de documentos por parte de empresas partícipes en el cártel u operación restrictiva que pretendan acogerse a uno de los programas de clemencia.

<sup>640</sup> American Bar Association, *Handbook on Antitrust Grand Jury investigations: a project of the criminal practice and procedure committee of the Antitrust Section of the American Bar Association, ob. cit.*, pág. 3.

<sup>641</sup> BARNETT, T. "Seven steps to better cartel enforcement", en la presentación del 11th Annual Competition Law and Policy, *ob. cit.*



el principio de oportunidad de las actuaciones, como pudieran ser la constatación de elementos que justifiquen la relevancia del acto a enjuiciar (conducta especialmente lesiva e intencionalidad inequívoca de los infractores)<sup>642</sup>, así como la idoneidad de la jurisdicción penal (vgr. inexistencia de actuaciones judiciales previas o seguidas en la vía jurisdiccional civil por otro organismo, adecuación de la investigación criminal con los objetivos y recursos disponibles en relación con su relevancia y grado de afectación en el mercado federal)<sup>643</sup>.

Asimismo, debe señalarse que la etapa de investigación preliminar también permite a las autoridades de competencia, primero la *Antitrust Division*, seguido de la autorización de la *FTC*, determinar si la conducta se presentará como un asunto penal (en caso de cumplir con los estándares internos exigidos por la *Antitrust Division*) o, en su defecto, se tramitará como una causa civil<sup>644</sup>. De seguirse la vía penal, la etapa preliminar finalizará con la presentación, a cargo de la *Antitrust Division*, de un escrito de solicitud de constitución del Gran Jurado. Solo en el caso de no superarse el estándar mínimo para incoar el proceso penal, o bien cuando el tipo de conducta resulte expresamente excluido de esta vía (vgr. operaciones de fusión o concentración de empresas), las actuaciones previas finalizarán con la presentación de una demanda de investigación civil.

Dentro del proceso penal estadounidense por delitos mayores, entre los que como ya hemos anticipado se encuentran los ilícitos concurrenciales, el binomio seguido entre acusación pública y órgano jurisdiccional (Gran Jurado) presenta un elevado grado de dependencia y vinculación en la medida que la

---

<sup>642</sup> BAXTER, W. *Separation of powers, prosecutorial discretion, and the "common law" nature of Antitrust law*, *ob. cit.*, pág. 688.

<sup>643</sup> American Bar Association, *Handbook on Antitrust Grand Jury investigations: a project of the criminal practice and procedure committee of the Antitrust Section of the American Bar Association*, *ob. cit.*, págs. 1-2.

<sup>644</sup> Para una mayor concreción en relación al procedimiento de formación del expediente o formulario de la investigación preliminar, así como a la intervención de los diferentes organismos implicados, vid. *U.S. Department of Justice, "Chapter III. Investigation and Case Development"*, en *Antitrust Division Manual*, *ob. cit.*, págs. 8-11.

acusación pública requiere de la ratificación del Gran Jurado. Ello supone una especie de *imprimatur*<sup>645</sup> para todas y cada una de las actividades de investigación que pretenda desarrollar la acusación en la etapa preliminar, así como para la posterior aprobación de los cargos que, llegado el caso, derivarán en una acusación formal<sup>646</sup>.

Los medios de los que dispone el Gran Jurado para la correcta formación de las actuaciones se encuentran previstos, con carácter general, dentro de las *Federal Rules of Criminal Procedure*. La mayoría de ellos constituyen ser *subpoenas* o citaciones. Tal como se contempla en la regla 17, letras c) y g), de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, el Gran Jurado puede acordar, siempre previa solicitud por parte del *Attorney General* de la *Antitrust Division* y en vistas a investigar y recopilar el mayor número de vestigios relacionados con la eventual comisión de un hecho de apariencia delictiva<sup>647</sup>, dos clases de diligencias de actuación: las **citaciones *duces tecum***<sup>648</sup> y las **citaciones *ad testificandum***<sup>649</sup>.

---

<sup>645</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., pág. 182.

<sup>646</sup> BACIGAL, R. y TATE, M. K. *Criminal law and procedure: an overview*, Delmar Cengage Learning, Clifton Park, 2014, 4ª ed., págs. 243-245. En este sentido pueden consultarse las resoluciones *Blakely vs. United States*, 542 US 296 (2004), y *United States vs. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

<sup>647</sup> BACIGAL, R. y TATE, M. K. *Criminal law and procedure: an overview*, ob. cit., págs. 246 y ss.

<sup>648</sup> Las citaciones *duces tecum*, previstas en el apartado c) de la regla 17 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, son un requerimiento dirigido a una persona determinada con el fin de que aporte y exhiba ante el Tribunal un determinado material documental que obre en poder de la persona que está siendo investigada o de un tercero.

<sup>649</sup> Las citaciones *ad testificandum*, contempladas en la letra a) de la regla 17 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, constituyen órdenes de comparecencia dirigidas a determinados sujetos para que presten declaración ante el Gran Jurado en relación con los hechos que son objeto de investigación. En esta línea, el DOJ parece distinguir entre aquellos sujetos que presentan una relación causal que les sitúa en una posición mucho más directa en relación con la comisión o participación en los hechos que son objeto de investigación (recibiendo, por consiguiente, la gráfica denominación de *objetivos* o *targets* del proceso); de aquellos otros que son llamados a prestar declaración ante el Gran Jurado porque, por razón de la situación o condición que ostentan respecto de los hechos del proceso, disponen en su poder de información o documentación relevante para el esclarecimiento de los mismos (testigos), o bien porque de la investigación todavía no se desprenden indicios suficientes en orden a situarlos en el foco central de la actividad criminal (son los *sujetos* o *subjects* del proceso).

En el curso de las investigaciones seguidas por ilícitos concurrenciales, el Gran Jurado suele ordenar la práctica de las citaciones *duces tecum* con la finalidad de requerir registros de compañías telefónicas, de entidades bancarias o financieras, así como para obtener la aportación de documentos que obren en poder de terceros (vgr. documentación contractual o contable de proveedores o distribuidores de las empresas implicadas en las actuaciones restrictivas que son objeto de la investigación)<sup>650</sup>.

Si en algo presentan un mayor grado de complicación las citaciones *ad testificandum*, a diferencia de las anteriores, es que la práctica de las mismas es susceptible de colisionar con lo dispuesto en la Quinta Enmienda, más en particular, con el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo<sup>651</sup>. Sin embargo, la limitación a la obligación de declarar contra uno mismo no plantea grandes inconvenientes en materia de defensa de la competencia porque, de una parte, las personas jurídicas, como también acontece con cualquier otro tipo de corporación, no pueden acogerse a los privilegios contenidos en la Quinta Enmienda<sup>652</sup>; y de otra, las personas físicas que deben prestar declaración en relación con los hechos investigados por razón de su cargo o puesto directivo, lo hacen en condición de miembros de la corporación o sociedad, sin poder tampoco acogerse a las garantías que resultarían propias de su estatus jurídico individual<sup>653</sup>.

---

<sup>650</sup> American Bar Association, *Handbook on Antitrust Grand Jury investigations: a project of the criminal practice and procedure committee of the Antitrust Section of the American Bar Association*, ob. cit., págs. 51-57; BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., págs. 179 y ss. Para un mayor estudio en torno a la notificación y práctica de esta diligencia, vid. U.S. Department of Justice, "Chapter III. Investigation and Case Development", en *Antitrust Division Manual*, ob. cit., págs. 105 y ss.

<sup>651</sup> BACIGAL, R. y TATE, M. K. *Criminal law and procedure: an overview*, ob. cit., págs. 247-249. El derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo ha sido reconocido por el Tribunal Supremo de EEUU como uno de los pilares que constituyen el modelo de juicio justo y debido proceso, resultando ser un claro límite para los medios de investigación de los tribunales –*subpoenas*– (vid., entre otras sentencias, el asunto *Collective entity Braswell vs. United States*, 487 U.S. 99, 118 -1988-).

<sup>652</sup> Esta línea de pronunciamiento se ha declarado en la Sentencia *United States vs. Doe*, 465 U.S. 605 (1984).

<sup>653</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., pág. 179.

Las normas procesales federales también prevén que el Gran Jurado disponga de la facultad de requerir a las personas que están siendo investigadas para que aporten muestras caligráficas con las que comparar la autoría o autenticación de escrituras, firmas o rúbricas que pudieran constar en el material documental (***subpoenas for exemplars***)<sup>654</sup>. Por lo que respecta a esta prueba caligráfica, su práctica suele ser habitual dentro de las investigaciones seguidas por presuntos actos anticompetitivos. De hecho, es frecuente que el *Attorney General* de la *Antitrust Division* la solicite cuando presuma la existencia de cárteles con el ánimo de identificar a las diferentes empresas participantes del acuerdo, o en aquellas otras situaciones en que pretenda acreditar documentalmente el ánimo conspirativo de las mismas o el conocimiento de la existencia de la restricción<sup>655</sup>.

Señalar, por último, que las citaciones de comparecencia o de aportación documental pueden ser complementadas con la posibilidad de que el *Attorney General* de la *Antitrust Division* solicite al Gran Jurado, de acuerdo con lo previsto en la regla 41 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, la adopción de órdenes de entrada y registro en domicilios o sedes en la que se almacene documentación u otros vestigios relevantes para la investigación. La *Antitrust División* del *DOJ* suele recurrir, en lo relativo a los ilícitos concurrentiales que ahora nos ocupan, a este tipo de diligencias de actuación, mucho más gravosas que las anteriores, cuando en el seno de la investigación y tras la práctica de declaraciones testimoniales, se desprenden sólidas sospechas de la existencia de fuentes de prueba, en su mayoría de naturaleza documental, que

---

<sup>654</sup> Las *subpoenas for exemplars* constituyen diligencias de carácter híbrido que requieren de una comparecencia obligatoria ante el Gran Jurado (a diferencia de las citaciones *duces tecum*), pero cuyo objeto no comprende una declaración, sino que se dirige a la producción de un elemento documental de prueba (a diferencia del contenido que es propio de las citaciones *ad testificandum*).

<sup>655</sup> American Bar Association, *Handbook on Antitrust Grand Jury investigations: a project of the criminal practice and procedure committee of the Antitrust Section of the American Bar Association*, *ob. cit.*, pág. 51.

pueden ser destruidas o bien han permanecido deliberadamente ocultas y retenidas tras la práctica de las citaciones *duces tecum*<sup>656</sup>.

Llegados a este punto de la investigación, es obligado señalar que solo cuando el Gran Jurado haya ratificado la existencia de indicios criminales suficientes que sustenten la acusación contra una persona determinada, tendrá lugar la apertura de juicio oral (*Jury Trial*)<sup>657</sup>. Conforme con lo dispuesto en la regla 23 y ss. de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, la etapa de *Jury Trial* se dirigirá a la concreción de los hechos criminales y a la consiguiente depuración de responsabilidad penal mediante la práctica de las fuentes de prueba adquiridas en la anterior etapa de *evidency*<sup>658</sup>.

Sin embargo, es frecuente que los litigios seguidos ante conductas antimonopolísticas finalicen sin que tenga lugar la celebración de juicio *stricto sensu*<sup>659</sup>. Es común que el acusado por un delito contra el orden competitivo, con el propósito de ahorrarse los costes que una defensa penal pudiera

---

<sup>656</sup> American Bar Association, *Handbook on Antitrust Grand Jury investigations: a project of the criminal practice and procedure committee of the Antitrust Section of the American Bar Association*, ob. cit., págs. 59-62.

<sup>657</sup> BACIGAL, R. y TATE, M. K. *Criminal law and procedure: an overview*, ob. cit., págs. 284-285. La competencia acerca de la etapa de *Jury Trial* viene atribuida en el sistema norteamericano al *Petit Jury*. Dadas las importantes funciones de cognición que desempeña el *Petit Jury* para la emisión de su veredicto, éste es dirigido por un juez técnico, y su actuación es presidida por un reparto de funciones internas: de una parte, corresponde a los integrantes del Jurado valorar las cuestiones fácticas del proceso (acordar si se han cometido las actuaciones delictivas alegadas por la acusación pública y si resultan imputables a la persona acusada); y de otra, tras la emisión del veredicto final, compete al Juez de Distrito el dictado de sentencia en el que, quedando vinculado por los hechos considerados probados por el jurado, deberá efectuar la calificación jurídica de los mismos y proceder a la imposición del castigo penal.

<sup>658</sup> Para una visión general acerca de esta institución característica del Derecho Procesal estadounidense, así como la principal problemática de su despliegue dentro del proceso penal, véanse, BACIGAL, R. y TATE, M. K. *Criminal law and procedure: an overview*, ob. cit., págs. 295 y ss.; y SCHEB, J. *Criminal law and procedure*, ob. cit., págs. 650 y ss.

<sup>659</sup> De acuerdo con las estadísticas oficiales elaboradas por el Gobierno federal de los EEUU (cuya fuente primaria puede consultarse en el siguiente enlace web: <https://www.uscourts.gov/statistics/table/d-4/statistical-tables-federal-judiciary/2019/06/30>) a lo largo del año 2019 -periodo fiscal-, de los 34 procesos penales en materia de competencia, únicamente en 3 de ellos se procedió a la celebración de juicio *stricto sensu*, mientras que los 31 casos restantes finalizaron con una declaración de culpabilidad.

ocasionarle<sup>660</sup>, así como de incrementar, en ocasiones, la dificultad probatoria de posteriores acciones civiles de reclamación de daños<sup>661</sup>, opte por declararse culpable y acepte tanto los hechos como la responsabilidad penal derivada de los mismos<sup>662</sup>, o bien decida acogerse a una **declaración de *nolo contendere***<sup>663</sup>.

El acusado que, por motivos de conveniencia, decidiera finalmente acogerse a la conducta procesal de “no resistencia”, no presentará oposición alguna en orden a acreditar su inocencia, pero tampoco aceptará la existencia y participación en los hechos ni los cargos que la acusación le impute<sup>664</sup>. La declaración de *nolo contendere* produce los mismos efectos que una declaración de culpabilidad, siendo así que tras ella persistirá la obligación de emitir una sentencia condenatoria<sup>665</sup>.

A *priori*, podría presuponerse que las sentencias de *nolo contendere* no aportan, dentro del proceso penal, ventaja o privilegio alguno para el acusado, pues en realidad deberá hacer frente a idénticas penas (de multa o de privación de libertad) que las derivadas de la asunción expresa de culpabilidad<sup>666</sup>. Ahora bien, las declaraciones de *nolo contendere*, a diferencia

<sup>660</sup> FRECCERO, S. *The use and effect of an Antitrust guilty plea in subsequent civil litigation*, en The Journal of the Antitrust and Unfair Competition Law section of the State bar of California, vol. 22, 2013, pág. 2.

<sup>661</sup> BACIGAL, R. y TATE, M. K. *Criminal law and procedure: an overview*, ob. cit., págs. 281 y ss.; HAYDEN, T. *The plea of nolo contendere*, en Maryland Law Review, vol. 25, núm. 3, 1965, págs. 231 y ss.

<sup>662</sup> Opción ésta motivada, con frecuencia, en función del beneficio que pudiera derivar de un programa de clemencia.

<sup>663</sup> LENVIN, N. y MEYERS, E. *Nolo contendere: its nature and implications*, en Yale Law Journal, vol. 51, núm. 8, 1942, págs. 1255 y ss.

<sup>664</sup> Como advierten LENVIN, N. y MEYERS, E. *Nolo contendere: its nature and implications*, ob. cit., págs. 1256-1257.

<sup>665</sup> HAYDEN, T. *The plea of nolo contendere*, ob. cit., pág. 233.

<sup>666</sup> Es más, al hilo de lo expresado por ECKERT, R. *The appealability of a conviction based on a plea of guilty*, en University of Miami Law School, vol. 22, núm. 1, 1967, págs. 189-190; LENVIN, N. y MEYERS, E. *Nolo contendere: its nature and implications*, ob. cit., págs. 1257-1258, la declaración de *nolo contendere* tiene aparejada dos serios inconvenientes: de una parte, en caso de que el sujeto vuelva a cometer un nuevo acto delictivo, una declaración de *nolo contendere* constituye una circunstancia agravante en vistas a determinar de nuevo la

de lo que acontece con las declaraciones de culpabilidad, sí producen importantes consecuencias respecto a la interposición de futuras acciones civiles de reclamación de daños<sup>667</sup>.

Las sentencias penales fundadas en una declaración de *nolo contendere* producen el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada (*ne bis in idem*) pero, sin embargo, carecen del efecto positivo o vinculante de la *res iudicata* (los hechos declarados probados en la sentencia penal no serán vinculantes ni surtirán efecto alguno en un juicio posterior)<sup>668</sup>. En consecuencia, la limitación de los efectos de cosa juzgada para este tipo de sentencias resulta de especial utilidad para el condenado, máxime en los casos en los que, tras la comisión del delito *antitrust*, debiera hacer frente a eventuales responsabilidades civiles<sup>669</sup>.

Por todo ello, las sentencias de *nolo contendere* no resultan desconocidas en el ámbito de los delitos anticompetitivos<sup>670</sup>. Aun cuando la regla 11 de las *Federal Rules of Criminal Procedure* supedita la adopción de este tipo de acuerdos al previo consentimiento del órgano jurisdiccional (solo podrá

---

responsabilidad criminal; y de otra, los Tribunales estadounidenses han declarado que acogerse a este tipo de declaración también debe considerarse una aceptación del acusado respecto a los defectos procesales que pudiera adolecer el procedimiento, motivo por el cual, no es admisible que el condenado por *nolo contendere* pueda alegar cualquier vicio procesal o vulneración en fase de un posterior recurso.

<sup>667</sup> FRECCERO, S. *The use and effect of an Antitrust guilty plea in subsequent civil litigation*, ob. cit., pág. 7; LENVIN, N. y MEYERS, E. *Nolo contendere: its nature and implications*, ob. cit., págs. 1264-1267; SCHENK, D. *Admissibility and evidentiary effect of criminal judgements under section 5(a) of the Clayton Act*, en *The John Marshall Law Review*, vol. 1, núm. 1, 1967, págs. 120 y ss.

<sup>668</sup> FRECCERO, S. *The use and effect of an Antitrust guilty plea in subsequent civil litigation*, ob. cit., págs. 3-4.

<sup>669</sup> No obstante, no han faltado voces críticas dentro de la doctrina estadounidense que, amparándose en principios de eficiencia procesal, han defendido que el contenido de los hechos declarados en la sentencia penal debiera ser considerado, en cualquier caso, como una evidencia de prueba *iuris tantum*, en caso de sustanciarse un proceso civil posterior, siempre y cuando el *thema probandi* verse sobre hechos idénticos. En esta línea de posicionamiento, véase, SCHENK, D. *Admissibility and evidentiary effect of criminal judgments under section 5(a) of the Clayton Act*, en *The John Marshall Law Review*, vol. 1, núm. 1, 1967, págs. 130 y ss.

<sup>670</sup> HAYDEN, T. *The plea of nolo contendere*, ob. cit., págs. 227-229.

acordarse cuando resulte aconsejable por motivos de interés público)<sup>671</sup>; lo cierto es que en su valoración muchas veces pesa más el cese de la infracción y la restitución de la competencia que las eventuales dificultades añadidas para los futuros demandados<sup>672</sup>. Por más que el *Attorney General* de la *Antitrust Division* se muestre contrario a promover este tipo de declaraciones (con excepción de casos puntuales en los que sería fácil suponer un ahorro importante de tiempo y de recursos para la Administración)<sup>673</sup>, se ha constatado la tendencia de los Tribunales por finalizar esta clase de litigios concurrenciales con una resolución de *nolo contendere*<sup>674</sup>.

#### II.4.2.3.- Especial referencia a los *leniency programs* en el ámbito penal y su interrelación en los procesos de reclamación civil

Con frecuencia, los procesos penales en materia de competencia promovidos por la *Antitrust Division* del *DOJ* no sólo se reputan largos y complejos, dadas las cuantiosas especificidades técnicas que deben dirimirse en el proceso, sino que la obtención y aportación de información suele requerir, en las etapas iniciales de la investigación, de un gran despliegue de medios y recursos públicos en vista a recabar una mínima actividad probatoria de cargo<sup>675</sup>. Ante

---

<sup>671</sup> LENVIN, N. y MEYERS, E. *Nolo contendere: its nature and implications*, ob. cit., pág. 1268.

<sup>672</sup> La admisión de declaraciones de *nolo contendere* en delitos anticompetitivos tal vez constituya la más clara manifestación de cómo la aplicación privada acaba siendo la gran sacrificada en aras a dotar de mayor efectividad al castigo público de las normas de la competencia, lo que no es otra cosa que sacrificar, en definitiva, la realización de Justicia, en términos generales, al éxito de un único proceso, cuyo objetivo, además, no es capaz de abarcar la protección de todos los intereses que han sido lesionados por un mismo acto anticompetitivo (vid. SCHENK, D. *Admissibility and evidentiary effect of criminal judgments under section 5(a) of the Clayton Act*, ob. cit., págs. 111 y ss.).

<sup>673</sup> FRECCERO, S. *The use and effect of an Antitrust guilty plea in subsequent civil litigation*, ob. cit., pág. 9; HAYDEN, T. *The plea of nolo contendere*, ob. cit., págs. 236-237.

<sup>674</sup> Entre otros, vid. los asuntos *Parklane Hosiery Co. vs. Shore*, 439 U.S. 322 (1979); *Libretti vs. United States*, 516 U.S. 29 (1995); *United States vs. Transfiguration*, 442 U.S. 1228 (2006); y *United States vs. Florida West Int'l Airways Inc.*, 282 U.S. 695 (2012).

<sup>675</sup> CARMONA BOTANA, P. *Prevention and deterrence of collusive behavior: the role of leniency programs*, ob. cit., págs. 54-55.



esta situación, resulta común que la Administración estadounidense, como también el propio acusado, se muestren proclives a consensuar, en paralelo a la sustanciación de las actuaciones penales, una solución intermedia que, sin desmerecer el carácter solemne del proceso penal, sí contribuya al menos a reducir algunos de los principales inconvenientes que presenta la propia realización de la Justicia (buena prueba de ello lo constituyen las declaraciones de admisión de culpabilidad y, en menor medida, las declaraciones de *nolo contendere*)<sup>676</sup>.

En línea con la agilización y eficiencia del proceso, cuestión nada desdeñable en materia *antitrust*, también es oportuno traer a colación la **institución de la clemencia o leniency**<sup>677</sup>, cuya puesta en práctica es susceptible de ocasionar serias interdicciones por lo que respecta a la interposición de futuras acciones civiles<sup>678</sup>.

Desde su inicio, la aplicación de los primeros programas de clemencia incrementó significativamente los primeros índices de detección y persecución de las conductas que se mostraban especialmente lesivas para el mercado<sup>679</sup>. Ahora bien, el empleo discrecional de esta facultad de redención por parte de

---

<sup>676</sup> CARUSO, A. *Leniency programs and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, núm. 6, 2010, págs. 453 -454; TABACCO, J. y MARTIN, S. "Settlement practice from both a plaintiff and defense perspective", en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer y R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012, págs. 314-316.

<sup>677</sup> Como señala WILS, W. P. *Leniency in Antitrust enforcement: theory and practice*, en *World Competition Law and Economics Review*, vol. 30, núm. 1, 2007, págs. 35 y ss., esta institución fue instaurada por primera vez en los EEUU a mediados de 1978 por la *Antitrust Division* del *DOJ* como herramienta principal dirigida a descubrir y obtener información relevante en orden a corroborar la existencia de los primeros *hard-core* cárteles que por aquel entonces empezaban a distorsionar el mercado interestatal de los EEUU.

<sup>678</sup> GRASSO, R. *The E.U. leniency program and U.S. civil discovery rules: a fraternal fight?*, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 29, núm. 3, 2008, págs. 566 y ss.; ZINGALES, N. *European and American leniency programs: two models towards convergence*, en *Competition Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2008, págs. 15 y ss.

<sup>679</sup> O'CONNOR, K. J. *et alii*, "Interaction of public and private enforcement", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 286 y ss.; RODA, J. C. *La clémence en droit de la concurrence*, Presses Universitaires d'Aix-Marseilles, Provenza, 2008, págs. 22 y ss.; WILS, W. P. *Leniency in Antitrust enforcement: theory and practice*, *ob. cit.*, pág. 28.

la *Antitrust Division* no tardó en ocasionar un efecto perverso<sup>680</sup>. La falta de correctivo penal al que conducían las concesiones de clemencia convidaba a las entidades a confesar los hechos y a admitir su entera culpabilidad, lo que, por otra parte, permitía a las autoridades públicas detectar las alteraciones artificiales del mercado<sup>681</sup>.

Sin embargo, la propia ausencia de responsabilidad criminal conducía, en no pocas ocasiones, a la reiteración de nuevas prácticas anticompetitivas<sup>682</sup>. Así, junto al incremento de la detección de los cárteles<sup>683</sup>, se constató también una reducción de los efectos preventivos o disuasorios acerca de su constitución<sup>684</sup>. Ello explica, precisamente, que ya en 1993 se abordase una reforma sustantiva fundamentada en la necesidad de sustituir los criterios discrecionales<sup>685</sup> de los programas de clemencia, que culminó en un nuevo modelo, reglado y sometido al cumplimiento de un elenco de requisitos y presupuestos<sup>686</sup>.

Los **actuales programas de clemencia** se presentan útiles respecto al reconocimiento de hechos por parte de las empresas<sup>687</sup>, como para reunir diferentes medios de prueba en contra del resto de participantes de prácticas

---

<sup>680</sup> GRASSO, R. *The E.U. leniency program and U.S. civil discovery rules: a fraternal fight?*, *ob. cit.*, págs. 566-567.

<sup>681</sup> ZINGALES, N. *European and American leniency programs: two models towards convergence?*, *ob. cit.*, págs. 7 y ss.

<sup>682</sup> CARMONA BOTANA, P. *Prevention and deterrence of collusive behavior: the role of leniency programs*, *ob. cit.*, págs. 49-50; DE LA VEGA GARCÍA, F. *La clemencia (leniency) en el Derecho de la Competencia (antitrust)*, Dykinson, Madrid, 2017, pág. 18.

<sup>683</sup> MOTTA, M. y POLO, G. *Leniency programs and cartel prosecution*, en *International Journal of Industrial Organization*, núm. 21, 2003, págs. 347-348; RODA, J. C. *La clémence en droit de la concurrence*, *ob. cit.*, págs. 28-30.

<sup>684</sup> MOTTA, M. y POLO, G. *Leniency programs and cartel prosecution*, *ob. cit.*, pág. 479.

<sup>685</sup> WILS, W. P. *Leniency in Antitrust enforcement: theory and practice*, *ob. cit.*, págs. 48 y ss.

<sup>686</sup> GRASSO, R. *The E.U. leniency program and U.S. civil discovery rules: a fraternal fight?*, *ob. cit.*, pág. 567; WILS, W. P. *Leniency in Antitrust enforcement: theory and practice*, *ob. cit.*, págs. 35-36.

<sup>687</sup> CARUSO, A. *Leniency programs and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, *ob. cit.*, págs. 454-455.

colusorias o, en su caso, fomentar declaraciones de culpabilidad<sup>688</sup>. Persiguen como objetivo principal alentar el descubrimiento de conductas que hayan atentado contra la dinámica competitiva, promoviendo que los solicitantes de clemencia desempeñen dos clases de acciones complementarias<sup>689</sup>: de una parte, el reconocimiento expreso e individual de los solicitantes en la participación y comisión de los hechos anticompetitivos (declaración de reconocimiento de hechos)<sup>690</sup>; y, de otra, garantizar su estrecha colaboración con las autoridades públicas mediante la aportación de elementos de prueba que refrenden aquello que han expresado en sus manifestaciones<sup>691</sup>.

Como contraprestación a la colaboración activa prestada al Departamento de Justicia, éste concede a los sujetos beneficiarios de clemencia un estatus específico. El **reconocimiento del estatus de clemencia** comporta, como privilegio principal, la concesión de inmunidad total y absoluta, inhibiendo cualquier represión que pudiera tener lugar desde el *public enforcement* del Derecho de la Competencia estadounidense<sup>692</sup>. La concesión favorable del estatus de clemencia exonera de todo castigo penal la participación del agente beneficiario, aun cuando esté expresamente reconocida y documentada en el proceso. Del mismo modo, el estatuto de clemente también prohíbe el inicio o la continuación de una investigación independiente, de naturaleza administrativa, por parte de la *Federal Trade Commission*<sup>693</sup>.

---

<sup>688</sup> American Bar Association, *Handbook on Antitrust Grand Jury investigations: a project of the criminal practice and procedure committee of the Antitrust Section of the American Bar Association*, ob. cit., págs 3-4.

<sup>689</sup> WILS, W. P. *Leniency in Antitrust enforcement: theory and practice*, ob. cit., págs. 25-26.

<sup>690</sup> ZINGALES, N. *European and American leniency programs: two models towards convergence?*, ob. cit., pág. 8.

<sup>691</sup> CARUSO, A. *Leniency programs and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, ob. cit., págs. 453-458.

<sup>692</sup> RODA, J. C. *La clémence en droit de la concurrence*, ob. cit., págs. 256 y ss.; WILS, W. P. *Leniency in Antitrust enforcement: theory and practice*, ob. cit., pág. 24 y ss.

<sup>693</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., págs. 184 y ss.

A diferencia del régimen de clemencia articulado en nuestro ordenamiento jurídico<sup>694</sup>, donde se contemplan dos modalidades distintas de aplicación (bien alternativa o concurrente)<sup>695</sup>; el modelo de EEUU articula los programas de clemencia a través de un **régimen de concesión único y excluyente**, regido por criterios de estricta prioridad temporal<sup>696</sup>.

Con mayor detalle, la *Antitrust Division* únicamente puede conceder una sola exclusión de responsabilidad (comúnmente conocida como amnistía total) a favor de la entidad corporativa que primero hubiera decidido acogerse y presentar su solicitud<sup>697</sup>. De este modo, el programa de clemencia estadounidense queda agotado con la concesión de una sola inmunidad. No obstante, el resto de agentes que se hubieran mostrado dispuestos a colaborar con el *DOJ* también pueden acogerse a otros mecanismos de “simplificación”

---

<sup>694</sup> En el modelo comunitario, y por extensión en nuestro modelo interno, se reconocen dos tipos distintos de beneficios con los que premiar a los agentes infractores que han brindado colaboración con las autoridades de la competencia. De una parte, el art. 65 LDC, así como la Comunicación 2006/C-298/11 de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, prevén una exención absoluta de responsabilidad administrativa, en este caso reservada para el primer solicitante de clemencia. De otra, el art. 66 LDC, en correlación con la citada comunicación, contempla posibles reducciones en el importe de la sanción administrativa para los restantes solicitantes que, no cumpliendo con los requisitos de tiempo y forma anteriores, también hubieran colaborado activamente con las autoridades.

<sup>695</sup> Por lo que se refiere las diferentes modalidades y estructura que pueden revestir, con carácter general, los programas de clemencia y de exención, vid. con carácter general, VEDIA JEREZ, H. *Competition law enforcement and compliance across the world: a comparative review*, *ob. cit.*, págs. 364- 366.

<sup>696</sup> CARUSO, A. *Leniency programs and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, *ob. cit.*, págs. 454-455; OLMEDO PERALTA, E. “La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el Derecho Europeo de la Competencia”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE* (dirigido por Ruíz Paris), Aranzadi, Madrid, 2016, págs. 397-398.

<sup>697</sup> En relación con el sistema de clemencia único, véanse, por todos, CARMONA BOTANA, P. *Prevention and deterrence of collusive behavior: the role of leniency programs*, *ob. cit.*, pág. 60; DE LA VEGA GARCÍA, F. *La clemencia (leniency) en el Derecho de la Competencia (antitrust)*, *ob. cit.*, págs. 39 y ss.; GRASSO, R. *The E.U. leniency program and U.S. civil discovery rules: a fraternal fight?*, *ob. cit.*, págs. 573-575; OLMEDO PERALTA, E. “La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el Derecho Europeo de la Competencia”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, *ob. cit.*, págs. 391 y ss.; WILS, W. P. *Leniency in Antitrust enforcement: theory and practice*, *ob. cit.*, págs. 96-102.

procesal<sup>698</sup>. Es frecuente que, tras el otorgamiento del estatus de clemencia, el Fiscal General de la *División Antitrust* se muestre proclive a alcanzar declaraciones de culpabilidad que, si bien no pueden excluir la responsabilidad penal, sí suelen contener correctivos penales inferiores a los que corresponderían en circunstancias normales<sup>699</sup>. También pueden acogerse a posibles “descuentos” penales aplicables a la comisión de otras prácticas anticompetitivas producidas en otros mercados (son los conocidos como programas *amnesty plus* y *penalty plus*, que tienen como objetivo favorecer la confesión y descubrimiento de nuevas infracciones)<sup>700</sup>.

Aun cuando la legislación *antitrust* estadounidense se articula en torno a un único y exclusivo reconocimiento de clemencia a favor del primer solicitante; lo cierto es que sus peticionarios pueden acogerse a este privilegio en distintos momentos procesales<sup>701</sup>. Con independencia de la apertura o no de una investigación judicial en curso, el momento en el que los participantes deciden acogerse a los programas de clemencia no comporta diferencias significativas en cuanto a sus efectos, pues en cualquier supuesto se concede igualmente la impunidad penal. Con todo, los requisitos necesarios para la clemencia diferirán sustancialmente en función del momento en el que los solicitantes se hayan mostrado dispuestos a colaborar y, en especial, si lo hacen con carácter previo o *a posteriori* de que la *Antitrust Division* haya tenido conocimiento de la actuación delictiva.

La primera modalidad de clemencia que entra en juego tiene lugar cuando el peticionario de la misma decide poner en conocimiento una conducta antimonopolística sin que previamente exista una investigación penal en curso

---

<sup>698</sup> ZINGALES, N. *European and American leniency programs: two models towards convergence?*, *ob. cit.*, pág. 29.

<sup>699</sup> CARUSO, A. *Leniency programs and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, *ob. cit.*, pág. 454.

<sup>700</sup> Respecto a la aplicación de la amnistía plus, vid. CARMONA BOTANA, P. *Prevention and deterrence of collusive behavior: the role of leniency programs*, *ob. cit.*, pág. 53.

<sup>701</sup> MOTTA, M. y POLO, G. *Leniency programs and cartel prosecution*, *ob. cit.*, págs. 373 y ss.

ni el *DOJ* tampoco haya incoado internamente una investigación preliminar<sup>702</sup>. Este supuesto de **clemencia de primer grado**, opera de forma cuasi-automática cuando el solicitante cumple con los diferentes requisitos objetivos<sup>703</sup>. No obstante, en los supuestos en los que el *DOJ* haya podido tener conocimiento sobre la existencia de una posible afectación de la competencia, dando curso a un proceso penal o bien a una investigación interna de carácter preliminar, también cabe la posibilidad de que los partícipes puedan acogerse a una segunda modalidad de clemencia. La **clemencia de segundo grado**, la cual es solicitada dentro de un proceso penal o en el curso de una investigación preliminar, confiere idéntico efecto de inmunidad que la modalidad anterior, pero para su concesión se exige un mayor número de requisitos, algunos de ellos sometidos a la entera discrecionalidad del *DOJ*<sup>704</sup>.

Con independencia del momento procesal en el que tiene lugar el reconocimiento de inmunidad, el Departamento de Justicia ofrece, en función de la naturaleza y tipología de los sujetos solicitantes, **dos programas de clemencia (*leniency programs*)** a los que pueden acogerse aquellos sujetos que son conocedores y tienen en su poder información controvertida sobre su participación en un hecho anticompetitivo<sup>705</sup>.

En la actualidad, el programa estrella que recibe un mayor número de solicitudes es el dirigido a buscar la cooperación de sociedades, así como del resto de entidades corporativas que han participado en cárteles o en otras prácticas restrictivas (***corporate leniency program***). No obstante, la *Antitrust Division* del *DOJ* también dispone de otra línea, paralela y complementaria de

---

<sup>702</sup> RODA, J. C. *La clémence en droit de la concurrence*, *ob. cit.*, pág. 263.

<sup>703</sup> ZINGALES, N. *European and American leniency programs: two models towards convergence?*, *ob. cit.*, pág. 30.

<sup>704</sup> En relación a los requisitos que son propios de cada una de ellas, vid. U.S. Department of Justice, "*Chapter III. Investigation and Case Development*", en *Antitrust Division Manual*, *ob. cit.*, págs. 97-100. Respecto a la fundamentación que ha motivado la introducción de los programas de clemencia tardía (segundo grado) y su efecto disuasorio, vid. ZINGALES, N. *European and American leniency programs: two models towards convergence?*, *ob. cit.*, págs. 33 y ss.

<sup>705</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, *ob. cit.*, págs. 185-187.

clemencia, dirigida a las personas físicas (*individual leniency program*). El programa de clemencia individual, aun cuando presenta una aplicación más residual que el corporativo, cumple con una importante función subsidiaria. La previsión de programas de clemencia específicos para personas físicas opera como un potente incentivo para que los empleados, directivos o mandos intermedios que hubieran podido participar en la realización de tales conductas, puedan realizar autoinculpaciones y reconocimientos de hechos con tal de salvaguardarse de futuras responsabilidades penales cuando las empresas infractoras no presten ningún tipo de colaboración<sup>706</sup>.

La diferencia más relevante entre una y otra categoría de programas, como se ha anticipado, no guarda relación con el efecto que producen sobre los agentes beneficiarios, pero sí difieren en cuanto al alcance de su inmunidad<sup>707</sup>. A diferencia de lo que acontece con la clemencia individual, cuya exención de responsabilidad penal únicamente se extiende a favor de la persona física que ha solicitado la clemencia (*cooperating individual*); en los programas de clemencia corporativa, ya sea de primer o segundo grado, el alcance de la inmunidad no se circunscribe exclusivamente a la entidad o corporación solicitante, sino que la protección también se extiende en favor de las personas individuales que, en manifestación de la voluntad de la entidad, han participado activa o pasivamente en la decisión o ejecución del acto restrictivo. No obstante, para ello es necesario que las personas físicas implicadas reconozcan simultáneamente los hechos y se muestren dispuestas a colaborar ante los requerimientos de la *Antitrust División*<sup>708</sup>.

---

<sup>706</sup> CARMONA BOTANA, P. *Prevention and deterrence of collusive behavior: the role of leniency programs*, ob. cit., págs. 70-72; DE LA VEGA GARCÍA, F. *La clemencia (leniency) en el Derecho de la Competencia (antitrust)*, ob. cit., págs. 23-26; MOTTA, M. y POLO, G. *Leniency programs and cartel prosecution*, ob. cit., pág. 374; OLMEDO PERALTA, E. "La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el Derecho Europeo de la Competencia", en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, ob. cit., págs. 412 y ss.; WILS, W. P. *Leniency in Antitrust enforcement: theory and practice*, ob. cit., págs. 26 y ss.

<sup>707</sup> RODA, J. C. *La clémence en droit de la concurrence*, ob. cit., págs. 263 y ss.

<sup>708</sup> WILS, W. P. *Leniency in Antitrust enforcement: theory and practice*, ob. cit., págs. 28 y ss.

Por lo que respecta al **objeto sobre el que recae la inmunidad**, éste únicamente se limita a la responsabilidad criminal, sin que tal privilegio pueda extenderse, en modo alguno, a las acciones de responsabilidad civil de los perjudicados por las actuaciones anticompetitivas<sup>709</sup>. El hecho de que los programas de clemencia no inhiban a sus beneficiarios de la exposición de posteriores acciones civiles *follow-on*, resultándoles de aplicación las reglas generales de imputación y de responsabilidad, ha constituido un claro desincentivo para los agentes empresariales en aras a prestar su colaboración, hasta el extremo que el Congreso de EEUU se vio obligado a buscar un equilibrio entre la concesión de los programas de clemencia y el ejercicio de futuras acciones de reclamación civil.

Las notables desavenencias que existían entre los incentivos derivados de las políticas de persecución pública y el derecho individual de los perjudicados al pleno resarcimiento<sup>710</sup>, finalmente, se diluyeron en 2004 con la ***Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act***<sup>711</sup>. Con la promulgación de este texto normativo, el Congreso estadounidense pretendió realzar la atracción de los programas de clemencia, solventando las principales desventajas que presentaba su aplicación para con el ejercicio de posteriores acciones de responsabilidad civil (vgr. riesgo de ser civilmente condenado por

<sup>709</sup> RODA, J. C. *La clémence en droit de la concurrence*, ob. cit., págs. 234 y ss.

<sup>710</sup> GRASSO, R. *The E.U. leniency program and U.S. civil discovery rules: a fraternal fight?*, ob. cit., págs. 602 y ss.; OLMEDO PERALTA, E. “*La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el Derecho Europeo de la Competencia*”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, ob. cit., págs. 401 y ss.

<sup>711</sup> En línea con lo reseñado por ZINGALES, N. *European and American leniency programs: two models towards convergence?*, ob. cit., págs. 15-16, la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (118 Stat. 661) fue promulgada en 2004 por el Congreso estadounidense. Con posterioridad ha sido ratificada en 2010 por la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 Extension Act* (2010 H.R. 2675, 111th) que ha acabado por prorrogar la vigencia del Plan ACPERA hasta finales del año 2020. En líneas generales, la ley ACPERA pretende reforzar la persecución penal de las conductas anticompetitivas tanto en términos de detección y descubrimiento, como de disuasión y prevención general, a través de la aplicación conjunta de dos tipos de medidas. De una parte, la introducción de mejoras en la figura de la clemencia, así como de importantes ventajas en cuanto al ámbito y alcance de la responsabilidad civil con las que aumentar los índices de detección y descubrimiento de los comportamientos anticompetitivos; y de otra, potenciar el efecto preventivo general de las leyes *antitrust* mediante el incremento sustancial de las penas previstas en las secciones 1 y 2 de la *Sherman Antitrust Act* para los actos de monopolización y restricción del comercio interestatal.



*treble damages*)<sup>712</sup>. Todo ello, claro está, sin llegar a caer en el extremo de fomentar una protección excesiva que terminase por conculcar los derechos de acción de los perjudicados y les impidiera alcanzar su pleno resarcimiento<sup>713</sup>.

De igual forma, la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* contiene el denominado “**Estatuto o Plan ACPERA**”, destinado a combatir los principales y comunes inconvenientes que acompañan a los beneficiarios de clemencia<sup>714</sup>. Si bien con la aplicación del Plan ACPERA no se ha pretendido extender la impunidad penal al ámbito de la responsabilidad civil, sí se han instaurado **reglas específicas en el terreno de la aplicación privada**, atendiendo al buen ánimo colaborativo de los agentes delatores, con las que reducir considerablemente el alcance de su responsabilidad<sup>715</sup>.

---

<sup>712</sup> CARMONA BOTANA, P. *Prevention and deterrence of collusive behavior: the role of leniency programs*, ob. cit., págs. 72 y ss.; ZINGALES, N. *European and American leniency programs: two models towards convergence?*, ob. cit., pág. 14.

<sup>713</sup> GOLDBERG, J. y GUSTAFSON, D. “*Pretrial discovery in civil litigation*”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer and R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012, pág. 183.

<sup>714</sup> La Comisión Europea también sometió a consideración, en el marco del proceso de reforma y promoción del *private enforcement* europeo, la posibilidad de limitar, o incluso reducir, el alcance de la responsabilidad civil para los beneficiarios de las políticas de clemencia en posteriores procesos civiles. Con ello se trataba de incentivar el empleo de los programas de clemencia y combatir el riesgo que pudiera derivarse para sus solicitantes en orden a ser demandados en posteriores juicios civiles. Dicha posibilidad, a pesar de haber sido objeto de estudio tanto en el *Informe Ashurt*, de 31 de agosto de 2004, como en el posterior *Libro Verde de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, de 19 de diciembre de 2005 (COM/2005/0672 final), acabó por ser desestimada por la propia Comisión, como así se refleja en la actual Directiva 2014/104/UE. La Directiva de daños, tras incluir una regulación detallada y cautelosa acerca de los presupuestos y requisitos para el acceso y exhibición de documentos y otros contenidos que integran los programas de clemencia, finalmente en su art. 11.4 no ha contemplado ningún tipo de reducción de responsabilidad civil para aquellos sujetos que se hayan beneficiado de una exención de responsabilidad administrativa (los cuales deberán responder por la totalidad de los daños que efectivamente hubieran causado a los compradores o proveedores perjudicados). No obstante, el propio art. 11.4 de la Directiva sí reconoce, a modo de pequeño privilegio para esta clase de infractores, que los beneficiarios de clemencia queden excluidos de la regla de responsabilidad conjunta y solidaria, si bien no con carácter absoluto, pues el propio precepto también prevé determinados supuestos en los que la obligación de responder solidariamente por los daños causados se extiende igualmente a todos los participantes del cártel. Sobre este particular nos remitimos al Cap. IV.2.3.

<sup>715</sup> TABACCO, J. y MARTIN, S. “*Settlement practice from both a plaintiff and defense perspective*”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., pág. 314.

De una parte, el Plan *ACPERA* expresamente exime a los beneficiarios de las políticas de clemencia de responder de forma conjunta y solidaria con el resto de sujetos participantes en la conducta restrictiva, de modo que únicamente podrán ser condenados en sede civil a resarcir el daño que resulte imputable a su comportamiento individual<sup>716</sup>. De otra, la responsabilidad única e individual de los beneficiarios de clemencia se extiende solamente a los daños reales que efectivamente hayan causado en la esfera patrimonial de la persona o entidad perjudicada, sin que tampoco resulte de aplicación ningún otro múltiple respecto a la estimación del *quantum* indemnizatorio, como sí deberán afrontar el resto de agentes civilmente condenados, los cuales, además de quedar sometidos a la regla de solidaridad, también deberán responder de acuerdo a la regla de daños triples y no por el daño real causado<sup>717</sup>.

Las reglas de restricción de la responsabilidad civil previstas en el Plan *ACPERA* no resultan de aplicación automática tras la concesión de un programa de clemencia, lo que debe llevarnos a concluir que el reconocimiento de clemencia en un proceso penal no comporta, sin más, una reducción de la responsabilidad civil *ex delicto*. Junto al reconocimiento de inmunidad penal, el cual constituye un presupuesto indispensable para acceder a este estatuto, el Plan *ACPERA* también exige que esas mismas entidades se comprometan a cooperar satisfactoriamente con los perjudicados que hubieran acudido a la jurisdicción civil.

Atendiendo al propósito principal que ha motivado la promulgación del Plan *ACPERA*, un elemento que se torna imprescindible es la suscripción de un **compromiso de colaboración** entre el perjudicado demandante y el demandado solicitante de dicho estatuto<sup>718</sup>. En este sentido, la entidad demandada debe comprometerse a prestar dicha colaboración de forma

---

<sup>716</sup> ZINGALES, N. *European and American leniency programs: two models towards convergence?*, *ob. cit.*, pág. 18.

<sup>717</sup> CARUSO, A. *Leniency programs and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, *ob. cit.*, págs. 456 y ss.

<sup>718</sup> SWEENEY, B. E. *Earning ACPERA's civil benefits: what constitutes "timely" and "satisfactory" cooperation?*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 29, núm. 1, 2014, pág. 57.

satisfactoria, plena y eficiente<sup>719</sup>. Para considerar acreditado este compromiso de colaboración no es suficiente con que el demandado cumpla diligentemente con los requerimientos de aportación y exhibición de prueba, como por otro lado debiera corresponder a cualquier sujeto en cumplimiento de un mandato judicial, sino que debe también brindar al demandante un soporte activo y dinámico en las labores de búsqueda y aportación de información en las diferentes etapas del proceso de reclamación civil (vgr. relatar todos y cada uno de los elementos que estén bajo su custodia; aportar dichos elementos al demandante, incluso antes de la interposición de la demanda; señalar los documentos relevantes para la fundamentación de las alegaciones que se hallen en poder de terceros, así como indicar la identidad de los mismos; y comparecer en el proceso y prestar testimonio)<sup>720</sup>.

No obstante, como así lo han reconocido los órganos jurisdiccionales norteamericanos<sup>721</sup>, la prestación de ayuda y soporte al demandante carece del más mínimo contenido imperativo, de modo que el cumplimiento efectivo del compromiso de cooperación queda relegado a la entera disposición y voluntad del demandado<sup>722</sup>. En consecuencia, la falta de colaboración, o bien la insuficiencia de la misma, no podrá dar lugar ni a la adopción de medidas coercitivas dentro del propio proceso civil por parte del órgano judicial, ni tampoco podrá suponer modificación alguna de la exención de responsabilidad criminal declarada previamente en el proceso penal.

En todo caso, el cumplimiento del compromiso de colaboración, como presupuesto básico para acceder a las limitaciones de responsabilidad civil del Plan *ACPERA*, constituye un elemento que debe ser apreciado por el órgano

---

<sup>719</sup> ZINGALES, N. *European and American leniency programs: two models towards convergence?*, *ob. cit.*, págs. 19-20.

<sup>720</sup> MANNING, A. B. *ACPERA: eight years later, "satisfactory cooperation" lacks a "satisfactory" definition*, en American Bar Association Section of Antitrust Law: International Cartel Workshop, Chicago, 2012, págs. 4 y ss.

<sup>721</sup> En este sentido pueden consultarse los asuntos *In re Sulfuric Acid Antitrust Litigation*, 231 F.R.D. 351 (N.D.Ill. 2005); *United States vs. TFT-LCD (Flat Panel)*, 599 2d 1179 (N.D. Cal. 2009); *Medical Mutual of Ohio vs. AbbVie Inc. et al.*, 301 3d 917 (N.D. Ill. 2018).

<sup>722</sup> RODA, J. C. *La clémence en droit de la concurrence*, *ob. cit.*, págs. 247 y ss.

jurisdiccional civil que conozca de la demanda<sup>723</sup>. Corresponderá al propio órgano judicial valorar, dentro de la fase de formación de la sentencia, el tipo y alcance de responsabilidad civil que resulte atribuible a cada uno de los demandados, de acuerdo con las circunstancias de cada caso en concreto y en atención al grado de colaboración y coordinación que el demandado *ACPERA* hubiera desplegado en la actividad procesal del actor.

Para ponderar si el demandado ha prestado una efectiva y satisfactoria colaboración en la sustanciación de la pretensión reparatoria, el Tribunal civil deberá tomar en consideración, entre otros parámetros, el alcance de la colaboración, así como la calidad de la misma<sup>724</sup>. Aquí es posible individualizar, precisamente, uno de los aspectos más críticos que ha generado la implementación de las medidas *ACPERA*: discernir si la colaboración de las entidades, declaradas penalmente exentas de responsabilidad, ha resultado realmente efectiva para que los perjudicados pudiesen emprender con éxito las acciones de reclamación civil o si, por el contrario, dicho compromiso ha sido un mero ofrecimiento formal<sup>725</sup>. De hecho, una práctica frecuentemente empleada por los beneficiarios de clemencia para acreditar, en apariencia, los presupuestos del Plan *ACPERA*, consiste en ofrecer públicamente su colaboración, si bien de forma dilatada en el tiempo o, incluso, cuando ya ha transcurrido un periodo prudencial desde la resolución del proceso penal, para así cerciorarse de que los actores civiles, ponderando los costes procesales y la exención a satisfacer daños triples<sup>726</sup>, terminen por avenirse a negociar un

---

<sup>723</sup> SWEENEY, B. E. *Earning ACPERA's civil benefits: what constitutes "timely" and "satisfactory" cooperation?*, *ob. cit.*, págs. 37-39.

<sup>724</sup> WILS, W. P. *Leniency in Antitrust enforcement: theory and practice*, *ob. cit.*, págs. 60-61.

<sup>725</sup> CARUSO, A. *Leniency programs and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, *ob. cit.*, pág. 458.

<sup>726</sup> CARMONA BOTANA, P. *Prevention and deterrence of collusive behavior: the role of leniency programs*, *ob. cit.*, pág. 59; GOLDBERG, J. y GUSTAFSON, D. "Pretrial discovery in civil litigation", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, pág. 184.

acuerdo transaccional que incorpore una indemnización inferior a aquella que correspondería determinar al órgano judicial<sup>727</sup>.

### **II.4.3.- La persecución de los ilícitos *antitrust* ante la jurisdicción civil**

#### **II.4.3.1.- Introducción**

Si en algo destaca el modelo de protección de competencia estadounidense es en la innegable prevalencia, marcada desde sus inicios con la promulgación de la *Sherman Antitrust Act*, del ejercicio de acciones judiciales de carácter civil. Éstas constituyen, sin duda, el cauce principal para dar respuesta a las actuaciones contrarias a la competencia que acontecen dentro del mercado federal norteamericano.

El desarrollo del *private enforcement*, cuya actividad se sitúa muy por encima de la protección institucional de los distintos organismos públicos, ya sea en sede penal como, en menor medida, administrativa, halla principalmente su razón de ser en factores idiosincráticos de la sociedad estadounidense (vgr. la propia cultura del litigio y del desapego institucional). No obstante, para que la judicialización de los conflictos de orden económico haya acabado por consolidarse como principal motor de detección y lucha *antitrust*, se necesitan cimientos más sólidos y vehiculares. Las vías dispuestas para la resolución de conflictos, más en particular el acondicionamiento del proceso civil norteamericano<sup>728</sup>, no sólo han facilitado que los perjudicados puedan acceder

---

<sup>727</sup> MANNING, A. B. *ACPERA: eight years later, "satisfactory cooperation" lacks a "satisfactory" definition*, *ob. cit.*, págs. 6 y ss.; SWEENEY, B. E. *Earning ACPERA's civil benefits: what constitutes "timely" and "satisfactory" cooperation?*, *ob. cit.*, pág. 40.

<sup>728</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, Kluwer Law International, New York, 2014, 4ª ed., apartado 300a; BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, *ob. cit.*, págs. 196-197; CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, Oxford University Press, New York, 2011, pág. 163; HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, en Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2011, págs. 1-3; JUSKA, Z. *The effectiveness of private enforcement and class actions to secure antitrust enforcement*, en *The Antitrust Bulletin: the journal of American and Foreign Antitrust and Trade Regulation*, vol. 62, núm. 3, 2017, pág. 602; LANDE, R. *Why*

a la jurisdicción para tutelar los derechos subjetivos afectados en esta clase de atentados<sup>729</sup>, sino que la jurisdicción civil también se manifiesta como la vía más efectiva para ello, a un coste menor que el derivado de la imposición de un correctivo penal<sup>730</sup>.

Frente a la tradicional práctica jurídica comunitaria que ha tenido lugar con carácter previo a la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE y de sus diferentes normativas de transposición, la configuración del proceso civil estadounidense ha permitido desarrollar la aplicación privada del Derecho de la Competencia hasta convertirla en una vía de protección autónoma y no necesitada de una previa intervención pública<sup>731</sup>. Tan es así, que las instituciones procesales norteamericanas han sabido resguardar la posición de los perjudicados, hasta el extremo de otorgarles todas aquellas facultades necesarias para contrarrestar las principales debilidades y carencias propias de las relaciones horizontales en las que suelen desenvolverse los ilícitos anticompetitivos<sup>732</sup>. En esta dirección, la consolidación del *private enforcement* en el Derecho *Antitrust* de EEUU se ha sustentado, como analizaremos con detalle en posteriores apartados de esta investigación, sobre la aplicación conjunta de un amplio abanico de cuestiones procedimentales, recursos e instituciones.

---

*antitrust class actions are essential for compensation and deterrence*, en *Antitrust Magazine*, vol. 30, núm. 2, 2016, pág. 81 y ss.; WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, en *New York University Law Review*, vol. 78, núm. 5, 2003, págs. 1888-1889.

<sup>729</sup> CRANE, D. A. *Optimizing private antitrust enforcement*, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 63, núm. 2, 2010, págs. 675-678.

<sup>730</sup> LANDE, R. y DAVIS, J. *Comparative deterrence from private enforcement and criminal enforcement of the U.S. antitrust laws*, *ob.cit.*, págs. 21y ss.

<sup>731</sup> BUCAN GUTTA, N. *The enforcement of EU Competition rules by civil law*, *Maklu Competition Series*, Portland, 2014, págs. 44-46.

<sup>732</sup> CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, en *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41, núm. 3, 2010, págs. 629-630; CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, *ob. cit.*, págs. 163-164.

#### **II.4.3.2.- Cuestiones de procedimiento en torno a la interposición de las *antitrust damages actions***

Por lo que hace referencia a las cuestiones procedimentales de las *antitrust damages actions*, de forma similar a lo que acontece en el ámbito penal, el sistema de enjuiciamiento civil estadounidense establece, como regla general, que los asuntos civiles seguidos por causas antimonopolio recaigan bajo el ámbito competencial del Jurado Popular, como así dispone la sección 4 de la *Clayton Antitrust Act*, de conformidad con lo establecido en la regla 38 de las *Federal Rules of Civil Procedure* (en adelante, *FRCP*).

No obstante, la institución del Jurado Popular no goza de un gran respaldo entre las partes litigantes que se ven envueltas en un proceso *antitrust* de naturaleza civil<sup>733</sup>. Los aspectos marcadamente técnicos, en su mayoría de carácter económico, que suelen dotar de contenido a las pretensiones de este tipo de litigios (vgr. la determinación del mercado relevante, su estructura económica y el poder de mercado, en lo que se refiere a la constatación de una distorsión de la competencia; así como la discusión en torno al grado de elasticidad que pudiera presentar la demanda, la concreción, si lo hubiere, del sobreprecio cartelista, o la posible repercusión del mismo dentro de la cadena de producción, por lo que respecta a la delimitación de las pérdidas patrimoniales derivadas de dicha distorsión) conducen, en numerosas ocasiones, a cuestionarse la capacidad y preparación que presentan los jurados populares para apreciar correctamente los diversos elementos de prueba y emitir en conciencia un pronunciamiento justo sobre todas las cuestiones objeto de controversia<sup>734</sup>.

---

<sup>733</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 306a; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, en *Southwestern Law Journal*, vol. 31, núm. 3, 1977, pág. 651.

<sup>734</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 306c; BECKNER, C. y SALOP, S. *Decision theory and antitrust rules*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 67, núm. 1, 1999, págs. 61 y ss.; CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, ob. cit., págs. 637-638 y 645; CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, ob. cit., págs. 122-124; MCALLISTER, B. *The big case: procedural problems in antitrust litigation*, en *Harvard Law Review*, vol. 64, núm. 1, 1950, pág. 28.

De hecho, un número considerable de acciones privadas en materia *antitrust* no son resueltas a través de estos tribunales populares y acaban siendo dirimidas por los Juzgados de Distrito<sup>735</sup>. Los mecanismos que posibilitan la sustracción de los litigios *antitrust* del Jurado son muy diversos: la decisión consensuada entre las partes (la presentación de un acuerdo voluntario, antes de la celebración del juicio, en el que ambas partes expresan someter la disputa al conocimiento de un juez técnico –*bench trial* –, o bien a cualquier otro medio de alternativo de resolución de conflictos); la renuncia expresa del actor en el momento de presentar la demanda, siempre que el demandado no manifieste su oposición en la siguiente actuación procesal; o la propia actuación defensiva del demandado<sup>736</sup>.

Junto a la conveniencia o no en esta materia de la figura del Jurado Popular, son otras muchas las cuestiones que con frecuencia son objeto de discusión en el ámbito de los procesos civiles *antitrust*. Dada su relevancia, centraremos nuestra atención, a continuación, en las fuentes de legitimación, la defensa *passing-on*, el acceso a las fuentes de prueba, o la condena a daños triples.

#### **II.4.3.3.- Las fuentes de legitimación para el ejercicio de las *antitrust damages actions*. La construcción de la *antitrust injury* como requisito de control y el reconocimiento de las *parens patriae actions***

El sistema procesal *antitrust* de los EEUU reviste una especial complejidad debido, entre otros factores, a la pluralidad de agentes legitimados<sup>737</sup>. Si bien la protección de la competencia desde la aplicación pública queda fundamentalmente reservada a dos organismos estatales; respecto a la promoción del *private enforcement*, las normas *antitrust* reconocen el ejercicio

<sup>735</sup> WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, ob. cit., pág. 1889.

<sup>736</sup> CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, ob. cit., pág. 118.

<sup>737</sup> HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, ob. cit., pág. 25.



de acciones civiles al *DOJ* y la *FTC*, así como a todos aquellos particulares y agentes empresariales que se hayan visto afectados, directa o indirectamente, por el ilícito concurrencial.

La experiencia judicial norteamericana atestigua como el desarrollo de los litigios civiles en materia *antitrust* queda mayormente relegado a la actividad de los perjudicados<sup>738</sup>. Es habitual que la *FTC* tan solo recabe la actividad de los órganos jurisdiccionales civiles a fin de obtener, durante el transcurso de las actuaciones administrativas y siempre a título cautelar, un pronunciamiento con el que el órgano judicial declare *prima facie* la ilicitud de la conducta y ordene el cese inmediato de la misma, pero sin prever la imposición de ningún otro correctivo civil<sup>739</sup>. Por lo que respecta a la posibilidad de que la *Antitrust Division* del *DOJ* acuda a la jurisdicción civil, su actividad es reconducible, en la generalidad de los casos, a uno de los siguientes motivos: de una parte, cuando se trate de supuestos donde el Estado es el perjudicado directo por la infracción, de modo que tras la imposición del correspondiente correctivo penal, dicho organismo interpondrá una acción civil de seguimiento (*piggyback*), dirigida a obtener la reintegración patrimonial sufrida al erario público (resulta ser muy habitual ante prácticas de *bid rigging*)<sup>740</sup>; de otra, también es frecuente que el acusador público promueva, con carácter subsidiario, la actividad de los órganos judiciales civiles cuando estime que la acción penal carece de viabilidad (bien porque el acto cuya anticompetitividad se presume no reúne los requisitos de ilicitud *per se* o, aun cumpliéndolos, no ha podido recabar elementos de prueba sólidos en cuanto a acreditar la intencionalidad delictiva; o bien porque existen pronunciamientos judiciales opuestos, contradictorios o ambiguos que desaconsejen acudir a la vía penal)<sup>741</sup>.

---

<sup>738</sup> CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, *ob. cit.*, págs. 50-51; LANDE, R. y DAVIS, J. *Comparative deterrence from private enforcement and criminal enforcement of the U.S. antitrust laws*, *ob. cit.*, pág. 23.

<sup>739</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 302e.

<sup>740</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, *ob. cit.*, pág. 196.

<sup>741</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 303b4 y ss.; LANDE, R. y DAVIS, J. *Comparative deterrence from private enforcement and criminal enforcement of the U.S. antitrust laws*, *ob. cit.*, págs. 4 y ss.

Mayor complejidad reviste, por el contrario, la **concreción de los sujetos privados** a los que se les reconoce legitimación activa para proceder, entre otras acciones, a reclamar los daños y perjuicios derivados de los actos anticompetitivos<sup>742</sup>. La normativa *antitrust* norteamericana, en particular la *Clayton Antitrust Act*, en sus secciones 4 y 16, relativas a la interposición de acciones civiles de daños<sup>743</sup> y a la solicitud de medidas cautelares de cesación<sup>744</sup>, reconoce la posibilidad de que cualquier sujeto que haya padecido un perjuicio económico en su actividad empresarial o en su esfera patrimonial, como consecuencia de una conducta anticompetitiva, pueda recabar la tutela judicial para exigir el cese inmediato de tal conducta, así como solicitar el resarcimiento íntegro por los daños ilícitos padecidos. En tales casos, el importe indemnizatorio deberá corresponderse, salvo contadas excepciones, con el triple del valor del perjuicio que el agente infractor hubiere efectivamente causado.

Un primer análisis acerca del contenido de las disposiciones 4 y 16 de la *Clayton Antitrust Act* bien pudiera conducir a afirmar que la prevalencia de la que goza la aplicación privada dentro del sistema *antitrust* estadounidense obedece, en buena medida, al generoso y amplio régimen de legitimación dispuesto en el propio sistema<sup>745</sup>. Sin embargo, nada más lejos de la realidad,

---

<sup>742</sup> HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, ob. cit., págs. 24-26; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit. pág. 654.

<sup>743</sup> La sección 4 de la *Clayton Antitrust Act* dispone, en relación con la capacidad para interponer una acción de reclamación de daños *antitrust*, que: “Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee.”

<sup>744</sup> La sección 16 de la *Clayton Antitrust Act* confiere legitimación para solicitar la declaración de una medida cautelar de cese de la actividad o conducta anticompetitiva a “Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws, including sections 13, 14, 18, and 19 of this title, when and under the same conditions and principles as injunctive relief against threatened conduct that will cause loss or damage is granted by courts of equity, under the rules governing such proceedings, and upon the execution of proper bond against damages for an injunction improvidently granted and a showing that the danger of irreparable loss or damage is immediate”.

<sup>745</sup> HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, ob. cit., pág. 24.

el reconocimiento de un amplio abanico de sujetos legitimados resulta ciertamente problemático en orden al enjuiciamiento de los ilícitos anticompetitivos<sup>746</sup>.

Si atendemos a la afectación que esta categoría de atentados tiene sobre el normal funcionamiento del mercado es fácil prever que los ilícitos *antitrust*, no solo son susceptibles de ocasionar una multitud de efectos y repercusiones no deseadas – vgr. sobrecostes, pérdidas de oportunidad, reducciones de compra, descenso de ventas, pérdidas de cuota o expulsiones de mercado<sup>747</sup>, sino que también pueden afectar a una diversidad de sujetos con diferentes roles y funciones (afectados directos o de primer nivel, intervinientes situados dentro de la cadena de distribución, operadores económicos de mercados relacionados, consumidores, e incluso ciertos colectivos dependientes o vinculados con el infractor, como pudieran ser, entre otros, accionistas o trabajadores)<sup>748</sup>. De ser así, el reconocimiento *in abstracto* de todas estas fuentes de legitimación termina por acarrear serios escollos respecto a la individualización de la lesión y la posible repercusión de los daños.

El primer escenario en el que se tuvieron que desenvolver los Tribunales de Distrito estadounidenses, en su carrera por sentar las bases del *private enforcement*, se encontró teñido precisamente de esa problemática. Las bajas barreras de acceso de las que, en un principio, disfrutaron los afectados para ver admitidas sus correspondientes demandas civiles (la mayoría de ellas por

---

<sup>746</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 335a; BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., pág. 62; CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, ob. cit., págs. 49 y ss.; FREUND, F. *The pleading and pre-trial of an antitrust claim*, en Cornell Law Review, vol. 46, núm. 4, 1961, págs. 555 y ss.; GOLDBERG, J. y GUSTAFSON, D. *“Pretrial discovery in civil litigation”*, en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., pág. 181; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit. pág. 651; WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, ob. cit., págs. 1890 y ss.

<sup>747</sup> CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, ob. cit., págs. 182-184.

<sup>748</sup> CRANE, D. A. *Optimizing private antitrust enforcement*, ob. cit., págs. 679 y ss.

reclamación por pérdidas patrimoniales causadas en el ámbito empresarial)<sup>749</sup>, no tardaron en sepultar a los demandados bajo un alud de procesos civiles que, aun sin pretenderlo, daban lugar a un sinfín de resoluciones contradictorias y opuestas entre sí<sup>750</sup>. A la ineficiencia y complejidad procesal de aquel entonces, debía añadirse, además, el hecho de que el entresijo de resoluciones judiciales, con frecuencia, solía acabar por concentrar todo el *quantum* indemnizatorio en favor de un único sujeto<sup>751</sup>, o bien, por el contrario, conducía a situaciones en las que el infractor tenía que hacer frente a indemnizaciones excesivas o incluso duplicadas<sup>752</sup>.

El abuso que acompañó a las primeras décadas de vigencia de la *Clayton Antitrust Act* desembocó en la obligación de los órganos judiciales civiles de modular el alcance de la legitimación que emanaba de sus propias disposiciones<sup>753</sup>. Finalmente, el Tribunal Supremo estadounidense, a partir de la adopción de dos construcciones hermenéuticas y de aplicación complementaria, ha acabado por exigir el cumplimiento de diversos factores para que el perjudicado pudiera ser investido de la denominada “legitimación *antitrust*”.

Desde 1977 el Tribunal Supremo, a raíz del asunto *Brunswick Corp.*, ha elaborado la **construcción de la *antitrust injury*** como requisito adicional con el que cumplir unas mínimas exigencias de legitimación para poder interponer cualquier tipo de acción de carácter declarativo que se dirija contra un ilícito concurrencial<sup>754</sup>. Tras la instauración de la *antitrust injury*, ya no es suficiente

---

<sup>749</sup> CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, *ob. cit.*, págs. 53-56; MICHAEL, R. *The Supreme Court's new notice pleading requirements: revolutionary or evolutionary*, en *Willamette Law Review*, núm. 52, 2016, págs. 272-273.

<sup>750</sup> BRUNET, E. *Antitrust summary judgment and the quick look approach*, en *SMU Law Review*, vol. 62, núm. 2, 2009, págs. 505 y ss.

<sup>751</sup> MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, *ob. cit.* págs. 654-655.

<sup>752</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 311b.

<sup>753</sup> BRUNET, E. *Antitrust summary judgment and the quick look approach*, *ob. cit.*, pág. 509; CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, *ob. cit.*, págs. 59-62.

<sup>754</sup> Vid. *Brunswick Corp. vs. Pueblo Bowl-O-Mat Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

con demostrar la comisión de una actuación contraria a la competencia, la causación de un daño y el vínculo de causalidad entre ambos elementos, sino que, para cumplir con dicha cuestión de fondo, resulta también indispensable que el perjudicado acredite haber padecido una lesión antimonopolio<sup>755</sup>. El Alto Tribunal estadounidense ha concretado en resoluciones posteriores, entre las que destaca por su claridad expositiva el asunto *Associated General Contractors of California*<sup>756</sup>, que corresponde al demandante la obligación de aportar un principio mínimo de prueba que permita al órgano judicial apreciar que la lesión, que sirve de base a su pretensión indemnizatoria, deriva o es consecuencia directa de un hecho que, además de serle lesivo, es también contrario a la normativa de competencia federal<sup>757</sup>.

De conformidad con esta visión jurisprudencial que se acaba de exponer, quien se repute afectado por un atentado antimonopolístico únicamente tiene derecho a exigir el resarcimiento de su lesión si corrobora que su reclamación procede de una conducta anticompetitiva, cuya lesividad, además de incidir negativamente en su esfera patrimonial, también debe de haber afectado, negativamente, al *statu quo* económico<sup>758</sup>. De forma inversa, el órgano jurisdiccional estará obligado a desestimar una reclamación por daños y perjuicios si el perjudicado tan solo se limita a probar la lesión patrimonial y el

---

<sup>755</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 337a; CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, ob. cit., págs. 170-172; FREUND, F. *The pleading and pre-trial of an antitrust claim*, ob. cit., págs. 555-556; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit., págs. 652-653.

<sup>756</sup> Vid. *Associated General Contractors of California Inc. vs. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983). También pueden consultarse sobre este particular, las resoluciones *Cargill vs. Monfort*, 479 U.S. 104 (1986); *Atlantic Richfield Co. vs. USA Petroleum Co.*, 495 US 328 (1990); *Klehr vs. AO Smith Corp.*, 521 US 179 (1997); *Verizon Comm. vs. Oficinas Legales de Trinko*, 540 US 398 (2004); o *Comcast Corp. vs. Behrend*, 569 US 27 (2013).

<sup>757</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 337d; HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, ob. cit., pág. 56; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit. pág. 679.

<sup>758</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., págs. 62 y ss.

hecho de que el demandado hubiere contravenido la normativa *antitrust*<sup>759</sup>, ya que cabe la posibilidad que el perjuicio patrimonial haya sido causado por un comportamiento empresarial más eficiente<sup>760</sup>.

Sin embargo, no han faltado, desde la doctrina norteamericana, voces críticas que se han opuesto a admitir una suerte de “legitimación especial” de la que se hace depender el nacimiento del derecho de acción indemnizatorio<sup>761</sup>. De acuerdo con este planteamiento, al que por otra parte nos acogemos por considerar más acertado, la formulación de la *antitrust injury* de ningún modo debiera conceptualizarse como un requisito adicional en orden al otorgamiento de legitimación activa en las acciones privadas planteadas por daños anticompetitivos, sino entendemos que, por diversas razones, se presenta como una concreción, en el ámbito propio del Derecho de la Competencia, de los elementos básicos de la teoría general de la responsabilidad civil extracontractual.

De una parte, la construcción de la *antitrust injury* guarda una relación directa con el hecho causante que da lugar a la obligación de resarcir<sup>762</sup>. El daño patrimonial causado en la esfera empresarial o personal, que fundamenta la acción privada *antitrust*, aun cuando se desenvuelve en el terreno económico, debe revestir igualmente de naturaleza antijurídica, puesto que es ese efecto negativo, no tolerado por el ordenamiento jurídico, el título que genera la

---

<sup>759</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 335c2.

<sup>760</sup> CRAMER, E. L. y SIMONS, D. C. “Parties entitled to pursue a claim”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., pág. 66.

<sup>761</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 335b; CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, ob. cit., pág. 172; FREUND, F. *The pleading and pre-trial of an antitrust claim*, ob. cit., págs. 556 y ss.; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit. págs. 651-652; MICHAEL, R. *The Supreme Court's new notice pleading requirements: revolutionary or evolutionary*, ob. cit., págs. 269 y ss.

<sup>762</sup> La reconducción de la *antitrust injury* hacia los presupuestos intrínsecos de la responsabilidad civil extracontractual encuentra su respaldo en los pronunciamientos contenidos en el asunto *Associated General Contractors of California Inc. vs. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983).

obligación de reparar<sup>763</sup>. La antijuridicidad, al analizar las acciones de responsabilidad extracontractual originadas dentro del Derecho *Antitrust*, no puede identificarse con otra noción que no sea el efecto anticompetitivo de la conducta que contraviene lo dispuesto en las normas jurídicas<sup>764</sup>.

De otra, para que el ordenamiento jurídico muestre su rechazo a una conducta empresarial, y a los efectos derivados de la misma, es imprescindible que ésta, además de generar un daño, haya también cercenado el bien jurídico protegido por tales disposiciones (esto es, la competencia económica y no los intereses empresariales de los agentes económicos)<sup>765</sup>. Si se lesionan los derechos e intereses de un particular, pero el resultado dañoso escapa o excede del alcance restrictivo o colusorio de la conducta anticompetitiva, la lesión, aun siendo existente, carecerá de antijuridicidad<sup>766</sup> y deberá ser, en consecuencia, tolerada por el propio agente empresarial, pues éste no podrá hacer valer ningún título jurídico compensatorio.

Llegados a este punto, respecto a los agentes que se encuentran también legitimados para la interposición de las acciones civiles de daños, resulta obligado hacer mención, en último lugar, a las **acciones *parens patriae***<sup>767</sup>. Dentro de la aplicación privada de la normativa de la competencia, la *Clayton*

---

<sup>763</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 335e.

<sup>764</sup> MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit. págs. 651-652.

<sup>765</sup> MICHAEL, R. *The Supreme Court's new notice pleading requirements: revolutionary or evolutionary*, ob. cit., págs. 268-270.

<sup>766</sup> CRAMER, E. L. y SIMONS, D. C. "Parties entitled to pursue a claim", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 70-71; HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, ob. cit., págs. 42 y ss.

<sup>767</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., págs. 195-196; MALINA, M. y BLECHMAN, M. *Parens patriae suits for treble damages under the antitrust laws*, en *Northwestern University Law Review*, vol. 65, núm. 1, 1970, págs. 193-194; O'CONNOR, K. *et alii*, "Interaction of public and private enforcement", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., pág. 293; PAPADA, J. M. *State does not have standing to sue as parens patriae under section 4 of the Clayton Act for damages to the general economy attributed to violations of the Antitrust laws*, en *Villanova Law Review*, vol. 18, núm. 1, 1972, págs. 80 y ss.; POSNER, R. *Federalism and the enforcement of antitrust laws by state attorneys general address*, ob. cit., pág. 8; RATLIFF, J. *Parens patriae: an overview*, en *Tulane Law Review*, vol. 74, núms. 5-6, 2000, págs. 1850 y ss.

*Antitrust Act*, en su sección 4, reconoce a los Fiscales Generales de cada uno de los Estados la facultad para interponer acciones civiles dirigidas a la reparación de los daños y perjuicios que una conducta anticompetitiva hubiera podido causar en la comunidad social<sup>768</sup>.

Las acciones *parens patriae*, tal y como acontece con las acciones colectivas promovidas por los perjudicados, permiten agrupar, bajo una sola representación, una pluralidad de intereses que se han visto afectados por una misma infracción de la competencia<sup>769</sup>. Ahora bien, en las *parens patriae actions* la autoridad pública desarrolla su intervención procesal en nombre y representación de los ciudadanos, es decir, su actuación se centra exclusivamente en proteger los intereses de todas aquellas personas físicas que se hallan bajo su competencia territorial. Dicha circunstancia impide, precisamente, que las *parens patriae actions* puedan emplearse para reparar los daños y perjuicios cuyo origen se encuentre en una actividad empresarial o comercial, pues los compradores directores e indirectos quedan excluidos de este tipo de acciones<sup>770</sup>.

Pese a presentar un ámbito subjetivo mucho más limitado que las acciones colectivas tradicionales, las acciones *parens patriae* constituyen un instrumento de litigio colectivo ciertamente ventajoso para el bienestar de los consumidores. Ello es así, porque además de posibilitar su recuperación económica (sin

---

<sup>768</sup> Con mayor detalle, la *Clayton Antitrust Act* en su sección 4, apartado 1, dispone que: “Any attorney general of a State may bring a civil action in the name of such State, as *parens patriae* on behalf of natural persons residing in such State, in any district court of the United States having jurisdiction of the defendant, to secure monetary relief as provided in this section for injury sustained by such natural persons to their property by reason of any violation of sections 1 to 7 of this title. The court shall exclude from the amount of monetary relief awarded in such action any amount of monetary relief (A) which duplicates amounts which have been awarded for the same injury, or (B) which is properly allocable to (i) natural persons who have excluded their claims pursuant to subsection (b)(2) of this section, and (ii) any business entity”.

<sup>769</sup> Para un análisis más exhaustivo en torno al ejercicio de las acciones *parens patriae* en la persecución de ilícitos anticompetitivos, así como de los principales problemas que suscita la interacción de estas acciones con el ejercicio coetáneo o sucesivo de demandas colectivas privadas, pueden consultarse los estudios temáticos de POSNER, R. *Federalism and the enforcement of antitrust laws by state attorneys general address*, ob. cit., págs. 11 y ss.; y RATLIFF, J. *Parens patriae: an overview*, ob. cit., págs. 1853-1855.

<sup>770</sup> POSNER, R. *Federalism and the enforcement of antitrust laws by state attorneys general address*, ob. cit., págs. 9-10.



quedar excluidos de la regla de los *treble damages*), también aporta notorias ventajas procesales (vgr. no es necesario un trámite previo de certificación, como sí sucede con las acciones de clase porque en este caso es el propio Fiscal General quien asume la representación; los perjudicados disponen de mayores recursos públicos para la coordinación y estructuración de la acción de clase; o los requisitos para la admisión de la demanda y el acceso a la etapa de *discovery* son menos estrictos y limitados a la fundamentación de la pretensión)<sup>771</sup>.

#### **II.4.3.4.- La interrelación entre la *indirect purchaser rule* y el *passing-on defense* en las *antitrust damages actions***

Si el perjudicado cumpliera con la carga de demostrar una lesión monopolística (hecho antijurídico), así como del resto de elementos que acompañan a todo supuesto de responsabilidad extracontractual (esto es, lesión patrimonial y nexo de causalidad), se estaría dando cumplimiento a lo dispuesto en las secciones 4 y 16 de la *Clayton Antitrust Act*. Ahora bien, existen determinadas situaciones en las que la concurrencia de los presupuestos anteriores resulta del todo insuficiente para que el sujeto afectado pueda acogerse al ejercicio de su derecho de acción<sup>772</sup>.

Como ha precisado el propio Tribunal Supremo en el asunto *Standard Oil*<sup>773</sup>, el sistema *antitrust* estadounidense consagra un régimen de legitimación activa en el que fácilmente se constatan importantes diferencias de tratamiento según cuales sean los sujetos que se hayan visto afectados por la conducta

---

<sup>771</sup> O'CONNOR, K. *et alii*, "Interaction of public and private enforcement", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, pág. 294; PAPADA, J. M. *State does not have standing to sue as parens patriae under section 4 of the Clayton Act for damages to the general economy attributed to violations of the Antitrust laws*, *ob. cit.*, págs. 90 y ss.

<sup>772</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 335d.

<sup>773</sup> Vid. *Hawaii vs. Standard Oil Co. of California*, 405 U.S. 251 (1972).

anticompetitiva<sup>774</sup>. Dentro del *private enforcement* son notables las preferencias por hacer descansar el cumplimiento y reclamación de los daños *antitrust* a favor de aquellos sujetos que han interactuado de forma directa e inmediata con los infractores (compradores de primer nivel)<sup>775</sup> y, en menor medida, de los competidores directos de los mismos. A esta categoría privilegiada de agentes se les reconoce, salvo contadas excepciones, el derecho de acción, debiendo cumplir tan solo con los presupuestos generales de responsabilidad antes reseñados. Por el contrario, el resto de agentes afectados, en función del grado de proximidad que presente su lesión con el epicentro anticompetitivo, pueden verse seriamente afectados, cuando no excluidos, de toda intervención procesal<sup>776</sup>.

Una de las restricciones más significativas que el sistema estadounidense *antitrust* efectúa en torno al otorgamiento de la legitimación activa se manifiesta en la denominada regla del comprador indirecto. La ***indirect purchaser rule*** es una construcción de origen jurisprudencial que fue consagrada, por vez primera, en la sentencia *Illinois Brick*<sup>777</sup>. Este criterio interpretativo constituye una de las más graves limitaciones subjetivas que el comprador indirecto padece en su derecho de acción<sup>778</sup>. Con arreglo a esta regla, el Tribunal Supremo afirmó que los compradores indirectos, aun cuando se les hubiere causado un daño anticompetitivo, carecen de legitimación activa para entablar acciones judiciales de reparación bajo la sección 4 de la *Clayton Antitrust Act*. Ello es así, a juicio del máximo tribunal, porque tales agentes empresariales no han sufrido una lesión directa causada por la infracción anticompetitiva. Aun cuando estos sujetos sufran las consecuencias negativas de la lesión derivada

---

<sup>774</sup> CRANE, D. A. *Optimizing private antitrust enforcement*, ob. cit., pág. 681.

<sup>775</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 335c3.

<sup>776</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., pág. 63; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit. págs. 652-653.

<sup>777</sup> Vid. *Illinois Brick Co. vs. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

<sup>778</sup> BRUNET, E. *Antitrust summary judgment and the quick look approach*, ob. cit., págs. 515-516; CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, ob. cit., págs. 207-208; PAGE, W. *The limits of state indirect purchaser suits: class certification in the shadow of Illinois Brick*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 67, núm. 1, 1999, pág. 6.

del ilícito concurrencial (generalmente en forma de sobrecoste)<sup>779</sup>, lo cierto es que su alejada posición del infractor les impide exigir la recuperación de los daños y perjuicios que hubieren sido causados por un comportamiento de naturaleza restrictiva<sup>780</sup>.

La regla del comprador indirecto, a nuestro juicio, no deja de ser una manifestación invertida de la prevalencia, característica del sistema *antitrust* estadounidense, por reservar la persecución privada de los comportamientos anticompetitivos a los sujetos inmediatamente afectados por las actuaciones ilícitas. Por más que el comprador indirecto cumpla con los presupuestos materiales de la responsabilidad extracontractual, queda igualmente impedido de la iniciativa procesal para el ejercicio de la acción indemnizatoria<sup>781</sup>. Es más, la concentración de la legitimación a favor del comprador directo ha sido puesta de relieve en una multitud de pronunciamientos del Tribunal Supremo, entre los que destaca, por su precocidad, el asunto *Hanover Shoe*<sup>782</sup>, con arreglo al cual se señaló que los compradores de primer nivel eran los sujetos que, por su

---

<sup>779</sup> HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, *ob. cit.*, pág. 16.

<sup>780</sup> No obstante, debe destacarse que las restricciones de legitimación *ad causam* no resultan de aplicación en cuanto al ejercicio de las acciones cautelares de cesación amparadas en la sección 16 de la *Clayton Antitrust Act*. Ello obedece a que el reconocimiento de la capacidad del comprador directo, como del resto de perjudicados para este tipo de acciones, no comporta, por la propia naturaleza de la tutela cautelar, ningún riesgo adicional de condena múltiple o excesiva, así como tampoco incrementa la dificultad probatoria del objeto del proceso (sobre este particular, vid. BRODER, D. *U.S. Antitrust law and remedy: lessons from the American experience*, *ob. cit.*, pág. 632; CRAMER, E. L. y SIMONS, D. C. "Parties entitled to pursue a claim", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 69-70). Igualmente, las restricciones de legitimación derivadas de la doctrina *Illinois Brick* tampoco pueden extenderse al ejercicio de acciones de indemnización por parte de los consumidores o destinatarios finales no comerciales. Así se infiere de la posición adoptada por el Tribunal Supremo en el asunto *Blue Shield of Virginia vs. McCready*, 457 U.S. 465 (1982), en la que, al beneficiario de un plan de salud, pese a no haber adquirido directamente el mismo, se le reconoce legitimación como consumidor para poder reclamar el sobreprecio de las primas periódicas derivadas de un cártel entre entidades aseguradoras. En idéntico sentido, también puede consultarse los asuntos *Fond du Lac Bumper Exch. Inc. vs. Jui Li Enter. Co.*, núm. 09-CV-00852 (E.D. Wis. Sep. 5, 2012), y *Apple Inc. vs. Pepper*, 139 S. Ct. 1514 (2019).

<sup>781</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 335c2; CRANE, D. A. *Optimizing private antitrust enforcement*, *ob. cit.*, pág. 682.

<sup>782</sup> Vid. *Hanover Shoe, Inc. vs. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

posición, ostentaban una mayor capacidad para hacer cumplir las normas *antitrust*<sup>783</sup>.

La tendencia por reservar la legitimación al primer sujeto ubicado tras la posición del infractor responde, en esencia, a razones de racionalidad económica y de eficiencia procesal<sup>784</sup>. Es fácil prever que el comprador directo es el agente que, por la proximidad que presenta con el ilícito concurrencial, haga valer las acciones judiciales para atacar tales conductas anticompetitivas, al ver conculcados sus intereses y ostentar una mejor posición en relación para con los hechos<sup>785</sup>. A lo anterior debe añadirse, además, lo manifestado por el propio Tribunal Supremo de EEUU que, motivado por estrictos criterios de economía procesal, ha visto siempre con recelo permitir la intervención del resto de sujetos ubicados en posiciones concatenadas de la cadena de distribución. A juicio del TS estadounidense, son notorias las dificultades probatorias en torno a la distribución de los daños y la trazabilidad del sobrecoste que se ha ido desplazando entre los agentes que integran la cadena hasta llegar al consumidor final, lo que comportaría, de introducir tales cuestiones en el proceso, un incremento de su duración y complejidad, sin perjuici del riesgo de incurrir en reparaciones reiteradas<sup>786</sup>.

Pese a la consolidación de la regla del comprador indirecto, que tiene pocos visos de ser modificada o suprimida de inmediato, existen algunos supuestos en los que, a fin de lograr una efectiva reparación del daño, el comprador

---

<sup>783</sup> PAGE, W. *The limits of state indirect purchaser suits: class certification in the shadow of Illinois Brick*, *ob. cit.*, págs. 1 y ss.

<sup>784</sup> LANDE, R. y DAVIS, J. *Comparative deterrence from private enforcement and criminal enforcement of the U.S. antitrust laws*, *ob. cit.*, págs. 37-38.

<sup>785</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 335g; BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, *ob. cit.*, pág. 63; CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, *ob. cit.*, págs. 156-159; PAGE, W. *The limits of state indirect purchaser suits: class certification in the shadow of Illinois Brick*, *ob. cit.*, pág. 5.

<sup>786</sup> *Kloth vs. Microsoft Corp.*, 444 F.3d 312 (4th Cir. 2006); *Sullivan vs. DB Invs.*, 667 F.3d 273 (3d Cir. 2011); *Warren General Hosp. vs. Amgen Inc.*, 643 F.3d 77 (3d Cir. 2011); *Hartig Drug Co. vs. Senju Pharm. Co.*, 836 F.3d 261 (3d Cir. 2016); o de mayor actualidad, *Ortiz vs. Ferrellgas Partners, L.P. (In re Pre-Filled Propane Tank Antitrust Litig.)*, núm. 16-4086 (8th Cir. Jun. 22, 2018).

indirecto sí queda investido de legitimación<sup>787</sup>. Las **principales excepciones de la doctrina *Illinois Brick***, reconocidas hasta ahora por algunos Tribunales de Distrito, pueden reconducirse a dos grandes supuestos: el primero, referido a las situaciones de transmisión contractual entre comprador directo y cliente por medio de un acuerdo expreso de cesión de los derechos de acción (a tal efecto, resulta válida la inclusión de cláusulas contractuales, por ejemplo, en contratos de suministro periódico, donde se especifique la transmisión de los derechos de acción entre proveedor y suministrado)<sup>788</sup>; y el segundo, de mayor problemática práctica, tiene que ver con aquellas situaciones en las que el adquirente de primer nivel no se halla en condiciones de ejercer un derecho legítimo de reclamación por haber formado parte de la conspiración, haber intervenido en los hechos anticompetitivos (supuestos en los que la infracción se desenvuelve desde un plano horizontal), o bien, aun no interviniendo directamente en ellos, por estar bajo control de alguno de los infractores (se trata, por ejemplo, de un supuesto de cartelización de un producto en el nivel de producción, cuya distribución se efectúa a través de empresas participadas o filiales de las infractoras)<sup>789</sup>.

Otro escenario en el que se confiere legitimación más allá de la figura del comprador directo guarda relación con los daños producidos por un incremento de precios a cargo de un tercer operador que, aun no habiendo participado en el ilícito anticompetitivo, decide aprovecharse de ese entorno económico para incrementar los precios de sus productos o servicios dentro del mismo mercado de la infracción o en otro relacionado<sup>790</sup>. La excepcionalidad de este supuesto, más técnicamente conocido como incremento de precios bajo el efecto paraguas (*umbrella pricing*), no se encuentra en el hecho de que el reclamante

---

<sup>787</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 335h; BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., págs. 63-64.

<sup>788</sup> CRAMER, E. L. y SIMONS, D. C. "Parties entitled to pursue a claim", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 80-82.

<sup>789</sup> MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit. págs. 659-661.

<sup>790</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 347; LANDE, R. *Are antitrust 'treble' damages really single damages?*, ob. cit. págs. 148-150.

reúna o no la condición de comprador directo, puesto que sí lo es respecto del tercero que genera el sobre coste, sino en la posibilidad de que los agentes empresariales que han infringido el *status quo* económico sean declarados responsables directos de un hecho dañoso ocasionado, esta vez, por un tercer operador<sup>791</sup>.

Si bien todavía no existe un pronunciamiento unánime entre los Tribunales estadounidenses<sup>792</sup>, pueden constatarse varias resoluciones que, como excepción a las reglas generales de imputación, han admitido la posibilidad de que los perjudicados, por adquirir de un tercero, productos a un coste mayor, también estén facultados para reclamar el incremento indebido a los agentes que han actuado de forma anticompetitiva<sup>793</sup>. En este caso, cabe apreciar un supuesto de extensión de responsabilidad por hecho ajeno, reconocido por algunos órganos judiciales que, atendiendo a razonamientos de causalidad material indirecta<sup>794</sup>, han considerado pertinente imputar las consecuencias nocivas generadas por un tercer agente a los propios cartelistas, por ser éstos los que con su actuación, deliberada y de mala fe, han propiciado las circunstancias económicas idóneas para que el tercero haya podido incrementar su margen de beneficio, sin restarle competitividad ni acogida en el mercado<sup>795</sup>.

---

<sup>791</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 337b.

<sup>792</sup> La legitimación de los perjudicados para reclamar los daños generales derivados del efecto paraguas se ha reconocido, entre otros, en los asuntos *Beef Indus. Antitrust Litig.*, 600 F.2d 1148 (5th Cir. 1979); *Costco Wholesale Corp. vs. Au Optronics Corp.*, núm. C13-1207RAJ (W.D. Wash. Sep. 23, 2014); *In Re London Silver Fixing, Ltd.* 213 F. Supp. 3d 530 (SDNY 2016); *Sharp Elecs. Corp. vs. Hitachi*, núm. 1917 Ltd. MDL (ND Cal. 26 de octubre de 2016). En contra, vid. *Garabet vs. Autonomous Technologies Corporation*, 116 F. Supp. 2d 1159 (C.D. Cal. 2000); *In re Vitamins Antitrust Litigation*, núm. 1285 (D.D.C. Apr. 30, 2002); *Cnty de San Mateo vs. CSL, Ltd.* núm. 10-cv-05686-JSC (ND Cal. 20 de agosto de 2014); o *In re Processed Egg Prods. Antitrust Litig.*, núm. 08-md-2002 (E.D. Pa. Sep. 6, 2016).

<sup>793</sup> CRAMER, E. L. y SIMONS, D. C. "Parties entitled to pursue a claim", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 76-77.

<sup>794</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 338a.

<sup>795</sup> Sobre esta línea de pronunciamiento pueden consultarse, entre otros, los asuntos *In re Bristol Bay Alaska Salmon Fishery*, 530 F. Supp. 36 (W.D.Wash.1981); *In re Flash Memory*, 643 F.Supp.2d 1133, 1154 (N.D.Cal. 2009); *In re TFT-LCD (FLAT Panel)*, 822 F. Supp. 2d 953 (N.D. Cal. 2011); *In re Ductile Iron Pipe Fittings (DIPF)*, núm. 12-169 (D.N.J. Oct.

Admitir la prevalencia del comprador directo para la realización privada de las normas de competencia –posicionamiento que, por otra parte, resulta del todo contrario a la tradición marcada en el Derecho de la Competencia comunitario y a los fundamentos esenciales de la responsabilidad civil extracontractual–, conduce a desatender determinados supuestos que, pese a su complejidad, se producen con reiterada frecuencia en la práctica económica. Pensemos, por ejemplo, en aquellas situaciones en las que, dependiendo del grado de elasticidad de la demanda, el comprador directo consigue repercutir, hacia los siguientes eslabones de la cadena distributiva, el sobrecoste originado por la infracción, incluso añadiendo, en el mejor de los escenarios, un porcentaje adicional de beneficio.

Si bien en estos casos no decae el interés del comprador directo en perseguir judicialmente la conducta anticompetitiva (la normativa *antitrust* sigue ofreciendo como aliciente la posibilidad de reclamar los daños causados de forma triplicada –aun cuando fueran menores y más difíciles de acreditar por versar sobre hechos como son la disminución de competitividad, la reducción de las ventas o la pérdida de clientes–); lo cierto es que no han faltado voces críticas que han puesto de relieve como los anteriores criterios jurisprudenciales conducen a situaciones en las que tanto la competencia económica como la legitimación terminan por distorsionarse<sup>796</sup>. De hecho, es la aplicación de la *indirect purchaser rule* el factor que impide a los sujetos que efectivamente han padecido una lesión exigir su reparación en sede judicial<sup>797</sup>, mientras que, por defecto, habilita a otros a recabar dicha tutela por un importe que será indebido, si se corresponde con una lesión antijurídica no producida

---

2, 2013); o más recientemente, *In re Cathode Ray Tube* (CRT), MDL No. 1917 (N.D. Cal. Jul. 7, 2016). Otras decisiones que, en sentido contrario, han desestimado la condena de los cartelistas a reparar los daños causados por actuaciones llevadas a cabo fuera del cártel al entender que no existe una relación de causalidad, son los asuntos: *Mid–West Paper Products Co. vs. Continental Group, Inc.*, 596 F.2d 573 (3d Cir.1979); *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Prods*, 691 F.2d at 1341 (9th Cir. 1982); *Garabet vs. Autonomous Technologies Corporation*, 116 F. Supp. 2d 1159 (C.D. Cal. 2000); o *Automotive parts*, 29 F. Supp. 3d 982 (E.D. Mich. 2014).

<sup>796</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., págs. 65-66.

<sup>797</sup> HOVENKAMP, H. *The indirect-purchaser rule and cost-plus sales*, ob. cit., págs. 1718 y ss.

(de haberse repercutido el sobrecoste en su totalidad)<sup>798</sup> o bien será excesivo (si se han trasladado parte de las consecuencias nocivas a otros agentes)<sup>799</sup>.

Tras exponer la regla de exclusión del comprador indirecto, sus excepciones y su interacción con el régimen general de legitimación previsto dentro del *private enforcement*, es fácil advertir como el modelo estadounidense ha priorizado el derecho de acción de las víctimas que han resultado inmediatamente afectadas y cuyas lesiones han sido causadas directamente por el infractor, todo ello en detrimento del resto de afectados.

La preferencia a favor del comprador directo, sin embargo, no solo adquiere importancia en cuanto al análisis de la titularidad del derecho o interés legítimo que se dirime en el proceso, sino también en orden a las consecuencias sobre el tratamiento de otras cuestiones estructurales que conforman la responsabilidad por daños derivada de ilícitos concurrenciales. Así sucede, en particular, con los motivos de defensa que puede alegar el agente empresarial a quien se le imputa la comisión de un ilícito concurrencial y, más particularmente, con el ***passing-on defense***, entendido como aquella estrategia defensiva desplegada por el demandado y dirigida a la desestimación de la acción indemnizatoria, por entender que el actor carece de una causa de pedir suficiente, al no haber padecido un daño antijurídico, o bien, de haberlo padecido, tener un alcance mucho menor al alegado como consecuencia de la transmisión, total o parcial, de los efectos lesivos al resto de operadores económicos o al comprador final<sup>800</sup>.

Si bien el *passing-on* constituye una institución autónoma e independiente al margen del reconocimiento y restricción de las fuentes de legitimación de los posibles afectados, lo cierto es que un análisis riguroso de todo sistema procesal de defensa de la competencia exige que ambas figuras, dada su

---

<sup>798</sup> CRAMER, E. L. y SIMONS, D. C. "Parties entitled to pursue a claim", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., pág. 66.

<sup>799</sup> CRANE, D. A. *Optimizing private antitrust enforcement*, ob. cit., págs. 682-684.

<sup>800</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 346b.



interacción y eficacia recíproca, sean abordadas de forma conjunta<sup>801</sup>. Tan es así, que la *indirect purchaser rule* también ha acabado por condicionar el reconocimiento y el alcance de esta estrategia defensiva dentro las acciones privadas por daños anticompetitivos.

En un sistema procesal *antitrust* como el estadounidense, donde la iniciativa de acción procesal, por regla general, reside prácticamente en exclusiva en una única tipología de afectados (compradores directos), resulta del todo desaconsejable habilitar la defensa *passing-on* como causa impeditiva de la estimación de la pretensión del perjudicado. No es posible admitir que un mismo sistema de competencia permita al demandado articular una defensa *passing-on* y, en paralelo, prevea un régimen de legitimación *ad causam* que excluya la intervención de aquellos sujetos que se han visto indirectamente afectados por la infracción<sup>802</sup>.

De ser así, la interacción entre ambas figuras no solo incrementaría las probabilidades de sentencias desestimatorias sobre el fondo de la cuestión (cuando el infractor consiguiera acreditar que el comprador directo ha repercutido el daño anticompetitivo), sino que, además, tal combinación comportaría, de una parte, que los agentes hacia los que se ha desplazado la lesión antijurídica no puedan recabar la tutela de sus derechos e intereses

---

<sup>801</sup> La inclusión o no de la defensa *passing-on* suele constituir siempre uno de los puntos más polémicos y controvertidos en cuanto a su examen y regulación dentro de los sistemas de defensa de la competencia. Como ha advertido HOVENKAMP, H. *The indirect-purchaser rule and cost-plus sales*, en *Harvard Law Review*, vol. 103, núm. 7, 1990, págs. 1717 y ss., en función de cómo se modulen las fuentes de legitimación y se articule la defensa *passing-on* en cada régimen general de reclamación, podría incrementarse alguno de los siguientes riesgos: a) que el sistema de defensa de la competencia no sea capaz de ofrecer una respuesta lo suficientemente punitiva y reparadora (así acontece en los modelos donde se admite la defensa *passing-on*, pero, por el contrario, no se da entrada al comprador indirecto); b) que la función resarcitoria, aun ofreciendo una respuesta punitiva, quede seriamente distorsionada (así sucede en el modelo estadounidense, donde en determinadas situaciones existen fuertes restricciones a la promoción de las acciones privadas de reclamación que hacen que el sujeto susceptible de tutela sea justamente quien no ha acumulado la lesión antijurídica); y c) que se desencadenen situaciones de sobredisuasión (si se reconoce el derecho de acción a cualquier afectado pero, en cambio, no se toma en consideración la efectiva transmisión del sobre coste).

<sup>802</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 335g.

legítimos<sup>803</sup>, puesto que las reglas actuales de legitimación no les facultan para acceder al proceso; y de otra, impediría que la normativa *antitrust* desplegara efecto preventivo alguno – ni general ni especial –, ya que de estimarse por el órgano judicial la defensa *passing-on*, el infractor quedaría exento, en la práctica, de la más mínima responsabilidad<sup>804</sup>.

Por lo que respecta al *private enforcement* dentro de los EEUU, la supresión de la defensa *passing-on* encuentra un sólido respaldo en las sentencias del Tribunal Supremo de *Illinois Brick* y *Hanover Shoe*<sup>805</sup>. Más en particular, en el asunto *Hanover Shoe* se reconoce la facultad del demandante (comprador directo) para sostener una acción de reclamación de daños aun cuando de la prueba practicada por las empresas demandadas quedara acreditado que el reclamante hubiere transferido el sobreprecio, total o parcialmente, al resto de agentes de la cadena distributiva<sup>806</sup>.

---

<sup>803</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 346j.

<sup>804</sup> Gran parte de este debate en torno a la legitimación de los compradores directos y a los efectos que debiera producir la transmisión del sobreprecio, también se aprecia en el proceso legislativo seguido recientemente en el seno de la Unión Europea, donde, primero con la propuesta y después con la promulgación definitiva de la Directiva de daños, se ha valorado con detalle las consecuencias generales que ambos aspectos pudieran ocasionar en la reparación del daño civil, sobre todo en cuanto al tratamiento de la legitimación y su efecto sobre las reglas presuntivas relativas a la traslación de los daños. Sobre este particular, la Directiva de daños finalmente ha optado por una solución intermedia en la que, partiendo de un régimen general de legitimación (art. 1.1), reconoce el derecho de acción a todo sujeto que haya padecido un daño, siempre que derive de una conducta contraria a la competencia, y ésta pueda ser posteriormente modulada, en cada caso concreto, en función de las tesis fácticas y elementos de prueba que despliegue el demandado en el proceso (vid. art. 12 de la Directiva y art. 79 LDC). Ahora bien, en ningún caso el modelo comunitario permite excluir la legitimación, como sucede en otros sistemas, por razón de la naturaleza o condición del sujeto reclamante. La principal ventaja que ofrece el sistema europeo es que coadyuva a favor de la obtención de resoluciones más proporcionales y ajustadas a los criterios de Justicia material, pues no solo la condena de reparación queda limitada al daño efectivamente causado, sino que, además, se reconoce el derecho de resarcimiento a los sujetos que los hayan padecido de un modo más concreto e individualizado. Cabe advertir, con todo, que con esta regulación también se incrementa la dificultad de las cuestiones fácticas y probatorias relacionadas con la identificación, trazabilidad y cuantificación de la lesión anticompetitiva (en especial, por lo que respecta a la determinación del sobreprecio y a la operatividad de las reglas presuntivas previstas en el art. 14 de la Directiva y art. 79 LDC). Para un tratamiento más exhaustivo acerca de la defensa *passing-on* y el anclaje de las diferentes presunciones en el sistema de competencia comunitario tras la Directiva 2014/104/UE, vid. Caps. III y IV.

<sup>805</sup> Vid. *Hanover Shoe Inc. vs. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

<sup>806</sup> HOVENKAMP, H. *Apple v. Pepper: rationalizing Antitrust's indirect purchaser rule*, en Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019, pág. 10.

#### II.4.3.5.- El reconocimiento de los *trebles damages* como mecanismo de resarcimiento, prevención y promoción de las *antitrust damages actions*

El reconocimiento de los *treble damages* contenidos en la sección 4 de la *Clayton Antitrust Act* constituye uno de aquellos factores que han contribuido, en mayor medida, a la proliferación de las acciones privadas en materia de defensa de la competencia<sup>807</sup>. De conformidad con la institución de los daños triples, si el perjudicado aporta prueba suficiente en torno a la existencia de un ilícito anticompetitivo, así como también acredita haber padecido un perjuicio con ocasión de esa misma infracción de las normas *antitrust*, la condena impuesta por el órgano judicial al agente empresarial no se limitará únicamente al importe exacto de las consecuencias perjudiciales que hayan quedado acreditadas en juicio, sino que la responsabilidad del demandado se extenderá hasta el triple de la suma de las mismas<sup>808</sup>.

La previsión de esta fórmula indemnizatoria como una manifestación más de daños punitivos<sup>809</sup>, si bien en este caso específica para el ámbito de las infracciones *antitrust*, ha reforzado significativamente la aplicación de la normativa protectora de la competencia en manos de los particulares, quienes han visto en la configuración de los *treble damages* un incentivo económico con el que promover, atendida la elevada tasa de retorno económico, la persecución de este tipo de atentados en el terreno judicial<sup>810</sup>.

---

<sup>807</sup> CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, ob. cit., pág. 633.

<sup>808</sup> Para un análisis más detallado acerca de la operatividad de la regla de daños triples en los procesos civiles estadounidenses, vid. AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 330; BUCAN GUTTA, N. *The enforcement of EU Competition rules by civil law*, ob. cit., págs. 62 y ss.; HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, ob. cit., págs. 17 y ss.; LANDE, R. *Are antitrust 'treble' damages really single damages?*, en *Ohio State Law Journal*, vol. 54, 1993, págs. 115 y ss.

<sup>809</sup> LANDE, R. *Are antitrust 'treble' damages really single damages?*, ob. cit., págs. 123.

<sup>810</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., págs. 196-197; FRIEDMAN, D. *Efficient institutions for the private enforcement of law*, ob. cit., 1984, págs. 390 y ss.; JONES, C. "A new dawn for private competition law remedies in Europe? Reflections from the U.S.", en *European Competition Law Annual: Effective private enforcement of EC antitrust* (dirigido por Ehlermann C. y Atanasiu, I.), Oxford: Hart Publishing, United States, 2001, págs. 102 y ss.; WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, ob. cit., págs. 1891-1892.

El principal fundamento que ha conducido al legislador estadounidense a optar por este régimen específico de responsabilidad civil (*treble damages*) se halla en las razones sistémicas que envuelven al propio proceso civil estadounidense<sup>811</sup>. La sección 4 de la *Clayton Antitrust Act* actúa como una cláusula tuitiva en interés de todo particular que haya sido ilegítimamente perjudicado<sup>812</sup>. Con la fijación de un múltiple de cuantificación adicional, el legislador norteamericano ha pretendido impedir situaciones en las que el actor, cuyas pretensiones finalmente se han visto respaldadas por la decisión de un órgano jurisdiccional y que, por tanto, ha acreditado con solvencia los diferentes elementos que originan el nacimiento de la responsabilidad extracontractual, se encuentre ante una resolución que, aun declarando su derecho de reparación, lo haga por importe inferior al de los daños y perjuicios efectivamente padecidos<sup>813</sup>.

Estas situaciones de infradimensión en la valoración de las consecuencias nocivas son producidas por cuestiones estrictamente técnicas y relacionadas con los métodos de estimación económica. Poco tienen que ver con apreciaciones de índole jurídica, pero, sin duda, supone un grave deterioro para el propio sistema judicial al poner de relieve el hecho que el proceso constituye una vía útil en cuanto a la posible detección de comportamientos empresariales ilícitos, pero, por el contrario, se revela como un mecanismo incapaz de ofrecer una respuesta precisa e íntegra a la vulneración que previamente ha constatado.

La existencia de este tipo de daños punitivos también cumple con una destacada función de soporte económico para los demandantes, pues éstos en múltiples ocasiones no ven cubiertos los costes y desembolsos económicos a los que deben hacer frente *ante e intra processum*. Los *treble damages*

---

<sup>811</sup> CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, *ob. cit.*, pág. 632.

<sup>812</sup> LANDE, R. *Are antitrust 'treble' damages really single damages?*, *ob. cit.*, pág. 126.

<sup>813</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 330b; CRANE, D. A. *Optimizing private antitrust enforcement*, *ob. cit.*, págs. 678 y ss.

cumplen con una **doble función resarcitoria**<sup>814</sup>: actúan como un instrumento de crédito diferido, permitiendo al perjudicado poder recuperar la falta de previsión de intereses remuneratorios devengados con carácter previo a la interposición de la demanda; pero también operan como fondo de compensación ante determinadas situaciones en las que las normas procesales estadounidenses no disponen de ninguna previsión al respecto o restan excluidas (así acontece, por ejemplo, con los daños padecidos que se derivan de una pérdida de oportunidad, puesto que en este caso la normativa *antitrust* no permite incluir su coste dentro del *quantum* indemnizatorio)<sup>815</sup>.

Adicionalmente, la práctica judicial ha revelado que la presencia de este múltiplo adicional también ha aliviado la carga del órgano jurisdiccional por lo que se refiere a la exacta determinación de los perjuicios que, directa o indirectamente, pudieran derivarse de un acto anticompetitivo<sup>816</sup>. La previsión de daños triples no libera al perjudicado de la obligación de corroborar todos y cada uno de los presupuestos que originan el nacimiento de la responsabilidad extracontractual, como tampoco lo hace del correlativo deber del órgano judicial en aras a la delimitación del daño. Sin embargo, sí ha contribuido a “descongestionar” la valoración y cuantificación de los efectos perjudiciales que pueden derivarse de un acto *antitrust*<sup>817</sup>.

---

<sup>814</sup> Por todos, véase, CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, ob. cit., págs. 633 y ss.; CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, ob. cit., págs. 164 y ss.; HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, ob. cit., págs. 20-21; LANDE, R. *Are antitrust 'treble' damages really single damages?*, ob. cit., págs. 123 y ss.

<sup>815</sup> La *Clayton Antitrust Act* también confiere una protección adicional en favor del demandante respecto del régimen de las costas procesales. Ello se constata en su sección cuarta, que incorpora una corrección a la regla general de vencimiento (*loser-pays rule*). En la mayoría de procesos civiles estadounidenses, los gastos relativos a la postulación y defensa técnica (*attorney's fees*) quedan excluidos de su devolución (salvo que exista acuerdo privado entre los litigantes). Por el contrario, en los procesos de reclamación de daños civiles en materia *antitrust*, la condena en costas impuesta al agente infractor también cubre, por un importe razonable, las *attorney's fees* (BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: A practice introduction*, ob. cit., pág. 205; CRANE, D. A. *Optimizing private antitrust enforcement*, ob. cit., pág. 680; WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, ob. cit., págs. 1916-1917).

<sup>816</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 330b2.

<sup>817</sup> HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, ob. cit., pág. 25.

Tampoco faltan quienes atribuyen a los *treble damages* una función expropiatoria y redistributiva de las ganancias ilícitas obtenidas por el agente infractor, en tanto que son transferidos a la esfera patrimonial del perjudicado<sup>818</sup>. Además, el reconocimiento de daños triples también contribuye favorablemente a la realización de los fines que se persiguen desde el *public enforcement*<sup>819</sup>. Ello obedece a que los *treble damages*, junto a su finalidad compensatoria, también tienen un efecto disuasorio o preventivo de las disposiciones *antitrust*, siendo lo cierto que los agentes empresariales quedan expuestos a mayores consecuencias sancionadoras<sup>820</sup>.

Con todo, la apuesta que efectúa la *Clayton Antitrust Act* a favor de este remedio punitivo ha propiciado, dentro de la doctrina estadounidense, un número considerable de detractores que se han apresurado en advertir que la utilización generalizada de un multiplicador conduce a una sobredimensión del daño verdaderamente causado<sup>821</sup>, lo que, en última instancia, resulta contrario a la búsqueda de un nivel óptimo de disuasión, pues no todas las tipologías de ilícitos concurrenciales presentan idénticos índices de comisión ni tampoco el mismo “*time lag*” indispensable para su detección<sup>822</sup>.

---

<sup>818</sup> CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, ob. cit., pág. 643.

<sup>819</sup> CRANE, D. A. *Optimizing private antitrust enforcement*, ob. cit., págs. 690-692.

<sup>820</sup> HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, ob. cit., págs. 8 y ss.; LANDE, R. *Are antitrust 'treble' damages really single damages?*, ob. cit., págs. 116 y ss.; LANDES, W. *Optimal sanctions for antitrust violations*, ob. cit., pág. 672; WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, ob. cit., págs. 1916-1917.

<sup>821</sup> Los principales críticos al uso extendido de los daños triples proponen, como corrección, vincular el múltiplo económico a estrictos parámetros estadísticos, de modo que el multiplicador debería incluso elevarse para aquellas tipologías de conductas que presentan limitadas probabilidades de detección o bien la pretensión del demandante es acompañada de una baja tasa de éxito. Por el contrario, para aquellos otros comportamientos fácilmente detectables o que cuenten con un amplio elenco de elementos de prueba, el multiplicador debería quedar reducido a su expresión natural de daños simples, pues, de no ser así, la regla cuarta de la *Clayton Antitrust Act* previsiblemente incurriría en un exceso de sobreprotección (vid. CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, ob. cit., págs. 395 y ss.; CAVANAGH, E. *Detrebling antitrust damages in monopolization cases*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 76, núm. 1, 2009, págs. 97 y ss.; CRANE, D. A. *Optimizing private antitrust enforcement*, ob. cit., págs. 681-685; EASTERBOOK, F. H. *Detrebling antitrust damages*, ob. cit., págs. 445 y ss.; HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, ob. cit., págs. 387 y ss.; LANDES, W. *Optimal sanctions for antitrust violations*, ob. cit., págs. 686 y ss.; POSNER, R. y LANDES, W. *The private enforcement of law*, ob. cit., págs. 13 y ss.).

<sup>822</sup> LANDE, R. *Are antitrust 'treble' damages really single damages?*, ob. cit., págs. 130-132.

Por último, es necesario tomar en consideración que el régimen general de responsabilidad por daños triples no resulta de aplicación en algunos supuestos específicos, los cuales se rigen por la **regla de responsabilidad limitada al daño real y efectivo** que se hubiera ocasionado<sup>823</sup>. Desde una visión pasiva del proceso, encontramos como excepción a los daños triples de la *Clayton Antitrust Act*, los supuestos en los que el demandado es beneficiado por un programa de clemencia, siempre que además hubiera cumplido con las medidas de colaboración fijadas en el Estatuto *ACPERA*<sup>824</sup> (nótese como esta limitación de responsabilidad subjetiva únicamente puede operar en acciones indemnizatorias *follow-on*, y siempre que así lo disponga expresamente el propio Tribunal en la sentencia condenatoria). La segunda limitación a la regla general de daños triples resulta de aplicación a las acciones de reclamación civil promovidas por el propio poder público, con la excepción de los casos en los que el organismo ostente la condición de damnificado directo por la infracción o bien se persone en ejercicio de una acción *parens patriae*<sup>825</sup>.

#### **II.4.3.6.- La institución del *discovery* y las reglas de acceso a las fuentes de prueba**

De bien poco serviría el efecto incentivador de la previsión de daños triples de la sección 16 de la *Clayton Antitrust Act* si luego los particulares afectados que finalmente hubieran optado por el proceso judicial, como la vía más indicada para la tutela de sus intereses y derechos subjetivos, se dieran contra una muralla infranqueable que, sistemáticamente, desestimase sus pretensiones,

---

<sup>823</sup> CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, *ob. cit.*, pág. 634.

<sup>824</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 303d2.

<sup>825</sup> CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, *ob. cit.*, págs. 150-155; PAPADA, J. M. *State does not have standing to sue as parens patriae under section 4 of the Clayton Act for damages to the general economy attributed to violations of the Antitrust laws*, en *Villanova Law Review*, vol. 18, núm. 1, 1972, págs. 84-85.

por carecer éstas de la evidencia suficiente que permitiera al órgano jurisdiccional poder constatar la existencia de una lesión ilegítima.

A fin de no despojar al *private enforcement* de su mínimo contenido, las *Federal Rules of Civil Procedure* prevén las **discovery rules** o reglas de descubrimiento, las cuales, además de dotar de una singularidad especial al sistema procesal civil de EEUU, se han convertido en una institución primordial para la correcta tramitación ordinaria del proceso civil estadounidense<sup>826</sup>. Esta institución procesal persigue como finalidad principal dotar a las partes de las herramientas y capacidades necesarias para identificar y, en su caso, acceder a aquellas fuentes de prueba que escapan de su esfera de control, con tal de recabar las evidencias fácticas indispensables que corroboren sus respectivas pretensiones<sup>827</sup>.

La actividad de **discovery**, que puede tener lugar tanto en la etapa inicial o preliminar al proceso (ya sea después de la interposición de la demanda, o incluso en un momento previo si resulta indispensable para el demandante en cuanto a la elaboración de las alegaciones iniciales), pero siempre con anterioridad al acto de juicio *-pretrial disclosure-*, se encamina a contrarrestar las diferentes asimetrías que existen entre las partes respecto al conocimiento, manejo y obtención de información<sup>828</sup>, reforzando la equivalencia e igualdad de armas entre los litigantes<sup>829</sup>.

---

<sup>826</sup> MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit. págs. 680 y ss.

<sup>827</sup> CARUSO, A. *Leniency programmes and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol.1, núm. 6, 2010, pág. 587; EIPSTEIN, R. *Of pleading and discovery: reflections on Twombly and Iqbal with special reference to Antitrust*, en *University of Illinois Law Review*, 2011, pág. 188; FREUND, F. *The pleading and pre-trial of an antitrust claim*, ob. cit., págs. 559 y ss.; MCALLISTER, B. *The big case: procedural problems in antitrust litigation*, ob. cit., pág. 29; MICHAEL, R. *The Supreme Court's new notice pleading requirements: revolutionary or evolutionary*, ob. cit., págs. 273 y ss.

<sup>828</sup> WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, ob. cit., págs. 1901-1902.

<sup>829</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., pág. 220.



Este último efecto recobra, precisamente, una singular importancia en orden a las acciones de reclamación de daños anticompetitivos. Ello es así, porque mediante las reglas de descubrimiento pueden corregirse las grandes desventajas de conocimiento e información a las que se ven expuestos la mayoría de los agentes que resultan afectados por los ilícitos de la competencia<sup>830</sup>. Es habitual que los perjudicados, en el momento de interponer la demanda únicamente cuenten con la certeza de haberse producido una anomalía o comportamiento disfuncional del mercado. De ahí podrán deducir la existencia de una pérdida económica, así como la sospecha de un posible comportamiento, individual o concertado, de otros operadores económicos<sup>831</sup>, pero, por el contrario, carecerán de los medios necesarios que permitan corroborarlo<sup>832</sup>. Por ello la importancia de la institución de las *discovery rules*.

Las diligencias dirigidas al descubrimiento y recopilación de las fuentes de prueba se encuentran previstas en las secciones 26 a 37 de las *FRCP*. Sin perjuicio de lo que por acuerdo dispongan los propios litigantes<sup>833</sup>, el régimen de las actividades de *discovery* se articula mediante una **regla general e imperativa de divulgación**<sup>834</sup>, luego acompañada de la previsión de aquellas

---

<sup>830</sup> CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, ob. cit., págs. 647-648.

<sup>831</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 307b; WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, ob. cit., págs. 1891-1892.

<sup>832</sup> GOLDBERG, J. y GUSTAFSON, D. "Pretrial discovery in civil litigation", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., pág. 189.

<sup>833</sup> Como señala MICHAEL, R. *The Supreme Court's new notice pleading requirements: revolutionary or evolutionary*, ob. cit., págs. 275-276, la articulación de toda la etapa de Discovery viene presidida por los principios de desjudicialización y autorregulación de las actividades de descubrimiento. De conformidad con el planteamiento general que subyace en el articulado de las *FRCP*, corresponde a las propias partes establecer, de común acuerdo y en consideración a las particularidades de su controversia, no solo los medios de investigación que llevarán a cabo, sino también los términos, lugar y fecha de su práctica. Durante la etapa de Discovery, el órgano judicial se limita a cumplir con una función secundaria de supervisión, quedando reservada su intervención para los casos de desacuerdo o disputa y siempre que una de las partes presente una solicitud formal de descubrimiento ("*formal request to discovery*"). Con todo, las *FRCP*, en su regla 37, exigen que, con carácter previo a la presentación de una solicitud formal ante el Tribunal, las partes hubieran celebrado un encuentro informal de avenencia.

<sup>834</sup> Con mayor detalle, la regla 26 *FRCP* regula el descubrimiento inicial (*duty to disclose*), donde se establecen unas obligaciones mínimas de difusión que deben cumplir tanto el demandante con la presentación de su escrito de alegaciones, como el demandado en caso de

otras actividades de descubrimiento que expresamente soliciten las partes<sup>835</sup>. Con carácter general, los **medios de descubrimiento** de los que pueden disponer las partes para recopilar los elementos fácticos, en refuerzo de sus pretensiones, son los siguientes: la realización de interrogatorios escritos (regla 33, letra b, 2 *FRCP*); la exhibición y/o reproducción de documentos e imágenes (regla 34 *FRCP*)<sup>836</sup>; la solicitud, más específica, de copia o reproducción de información registrada a través de medios electrónicos (reglas 34 y 193 a 195 *FRCP*); y, por último, los interrogatorios o deposiciones para investigar (reglas 30 y 31 *FRCP*).

Si bien las *FRCP* permite que cualquiera de los litigantes pueda hacer uso de las *discovery rules*, es obligado señalar, por lo que se refiere a los procesos civiles de naturaleza *antitrust*, que tales medios de acceso y recopilación de elementos de prueba se han convertido en el motor principal de la actuación de los perjudicados<sup>837</sup>, siendo frecuente que los agentes infractores asuman el deber de atender al contenido de sus solicitudes, o bien aleguen las causas que consideran más pertinentes para impedir su práctica<sup>838</sup>.

---

proceder a su contestación. Entre otras, se señala la obligación de poner en conocimiento de la parte contraria las alegaciones, documentos, testigos y demás fuentes de prueba que se hallen bajo control o disposición de las partes, así como facilitar la información necesaria acerca de la determinación y cuantificación del daño. La regla general de descubrimiento puede ser, a su vez, complementada durante toda la etapa *discovery* por otras actividades de investigación como pudieran ser, entre otras, la *disclosure of expert testimony* prevista en el apartado segundo de la regla 26 *FRCP*, o las divulgaciones previas al juicio (*pretrial disclosures*), siempre que su práctica tenga lugar 30 días antes de la celebración del juicio oral (regla 26, letra a, apartado 3 *FRCP*).

<sup>835</sup> CARUSO, A. *Leniency programmes and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, *ob. cit.*, págs. 588-590; MCALLISTER, B. *The big case: procedural problems in Antitrust litigation*, *ob. cit.*, págs. 30 y ss.

<sup>836</sup> La utilización de este medio de investigación no viene limitada a la consulta u obtención de fuente documental no electrónica, sino que también alcanza a la inspección ocular de objetos, personas y espacios físicos [vid. *Clark vs. Vega Wholesale Inc.*, 181 F.R.D. 470 (D. Nev. 1998); *Directv Inc. vs. Hess*, núm. 04-2233-GTV-DJW (D. Kan. Feb. 9, 2005); *Swofford vs. Eslinger*, núm.6:08-cv-66-Orl-35DAB (M.D. Fla. Jan. 21, 2009); o *Ramkelawan vs. Globus Med. Inc.*, núm. 5:18-cv-100-Oc-JSM-PRL (M.D. Fla. Apr. 22, 2019)]. Conviene subrayar, no obstante, que en el ámbito de la ilicitud concurrencial, el despliegue de dicho medio de investigación viene ceñido, por regla general, a la aportación de material escrito documental y registral.

<sup>837</sup> FREUND, F. *The pleading and pre-trial of an antitrust claim*, *ob. cit.*, págs. 559-560.

<sup>838</sup> MCALLISTER, B. *The big case: procedural problems in antitrust litigation*, *ob. cit.*, págs. 38-40.

En la mayoría de acciones civiles por daños anticompetitivos, el *discovery* desempeña una labor indispensable. Ello es así, porque tales medios contribuyen a alcanzar el éxito de la pretensión indemnizatoria. Debido a las particularidades que envuelven esta clase de atentados concurrenciales, si el perjudicado no pudiera acogerse a tal recurso, estaría en disposición de aportar información relacionada con su pérdida patrimonial, pero difícilmente podría probar la ilicitud de la que deriva su daño, así como tampoco conocería, con exactitud, los hechos de la actuación anticompetitiva<sup>839</sup>.

Dentro de los litigios *antitrust*, uno de los principales medios de divulgación y formación de prueba al que suelen recurrir los demandantes para corroborar los presupuestos de su derecho de acción y recabar así la documentación contable-económica que les permita delimitar el ámbito temporal de la infracción y la estimación de las ganancias ilícitas correspondientes al sobreprecio, consiste en solicitar la exhibición y reproducción documental que obre en manos del sujeto pasivo<sup>840</sup>.

Respecto a aquéllo que puede ser objeto de descubrimiento, debe destacarse que el perjudicado tan solo está facultado para exigir la aportación de aquella información que resulte relevante para corroborar las alegaciones por él sostenidas, con exclusión de la actividad de descubrimiento que se dirija a desvirtuar las tesis fácticas alegadas de contrario<sup>841</sup>. Tratándose de un supuesto relativo a la fijación de precios, la actividad de *discovery* quedará marcada, por ejemplo, por la admisión, a instancias del perjudicado, de la aportación de aquella información documental que acredite, en el caso concreto, el particular incremento de precios que excediera del precio de

---

<sup>839</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., pág. 218; BUCAN GUTTA, N. *The enforcement of EU Competition rules by civil law*, ob. cit., págs. 53-55; FREUND, F. *The pleading and pre-trial of an antitrust claim*, ob. cit., pág. 561.

<sup>840</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., págs. 220-221; FREUND, F. *The pleading and pre-trial of an antitrust claim*, ob. cit., págs. 562-563; MCALLISTER, B. *The big case: procedural problems in antitrust litigation*, ob. cit., págs. 48 y ss.

<sup>841</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 307b; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit. págs. 681-682 y 684.

mercado. *Sensu contrario*, no se le admitirán aquellos medios de descubrimiento dirigidos a constatar que dicha subida de precios no responde a causas económicas ni de mercado. Ello obedece a que las reglas de descubrimiento no pueden emplearse para desacreditar las tesis fácticas de la contraparte, pues su *ratio decidendi* viene limitada a demostrar las alegaciones relacionadas con la pretensión particular de cada una de las partes<sup>842</sup>.

Por lo que respecta al alcance de los medios de *discovery*, las *FRCP*, en su regla 45, permiten recabar no solo la documentación que se encuentre en posesión de las propias partes litigantes, sino también aquella otra que esté en poder de instituciones públicas o de terceros ajenos a la relación procesal<sup>843</sup>. En este último caso, los Tribunales de Distrito no se han limitado a aplicar este recurso sobre los conocimientos que se hallen bajo la esfera de control o disposición del sujeto requerido, sino que también han considerado de aplicación la regla 45 *FRCP* cuando la información se hallare en poder de un tercero con el que el demandado tuviera una relación contractual o de colaboración, o bien este tercero se encontrase bajo su dependencia o control (vgr. relación laboral, subcontratación), pues en todos estos supuestos se entiende que la información no excede del ámbito de poder del obligado a cumplir con la exhibición<sup>844</sup>.

Llegados a este punto, y ante la realidad que se acaba de exponer, parece oportuno plantearse, respecto al ejercicio de las *antitrust private damages*, la cuestión relativa a cuáles deben ser los **límites del descubrimiento respecto al acceso a la información contenida en los registros y expedientes** de un proceso judicial o administrativo y en qué medida la petición de acceso puede

---

<sup>842</sup> FREUND, F. *The pleading and pre-trial of an antitrust claim*, *ob. cit.*, págs. 564-565.

<sup>843</sup> MCALLISTER, B. *The big case: procedural problems in antitrust litigation*, *ob. cit.*, págs. 33-35; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, *ob. cit.* págs. 681-683.

<sup>844</sup> GOLDBERG, J. y GUSTAFSON, D. "Pretrial discovery in civil litigation", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 192-193.

condicionar la correcta consecución del proceso judicial o administrativo previo a la reclamación de daños y perjuicios<sup>845</sup>.

En ocasiones la finalidad instructiva que proporcionan las reglas de *discovery* puede colisionar con la realización del interés público del Derecho *Antitrust*, sobre todo en aquellos casos en los que los perjudicados interponen acciones de seguimiento o *follow-on* tras la tramitación de un proceso judicial o administrativo a cargo de una autoridad pública (*DOJ* o *FTC*)<sup>846</sup>.

Permitir bajo este contexto un acceso indiscriminado a las fuentes documentales contenidas en los archivos de las actuaciones procesales, aun cuando las solicitudes de *discovery* fueran bien intencionadas y se dirigieran al esclarecimiento de los presupuestos de la acción civil *antitrust*, comportaría que la aplicación de las normas públicas del Derecho de la Competencia quedase seriamente comprometida. Los programas de clemencia corporativa se verían privados de buena parte de su eficacia y operatividad, si se tiene en cuenta que la solicitud de los mismos requiere de la entrega de documentación especialmente sensible (por su carácter contable-estratégico, o por contener confesiones o elementos inculpatórios). De ser así, los agentes empresariales que han prestado su colaboración con el *DOJ* se situarían en una clara posición de desventaja respecto a futuras responsabilidades civiles<sup>847</sup>. Ello ha hecho, precisamente, que desde los poderes públicos se haya resaltado e intensificado la labor por alcanzar un correcto funcionamiento de los programas de clemencia, pero sin que ello suponga, por otro lado, deteriorar la actividad derivada de la aplicación privada). El trasvase entre ambos mecanismos no solo encuentra un único punto de encuentro en las medidas del Estatuto

---

<sup>845</sup> CARUSO, A. *Leniency programmes and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, ob. cit., pág. 590; GOLDBERG, J. y GUSTAFSON, D. "Pretrial discovery in civil litigation", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 183-184.

<sup>846</sup> CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, ob. cit., pág. 648.

<sup>847</sup> MILLER, S. *et alii*, *U.S. discovery of European Union and U.S. leniency applications and other confidential investigatory materials*, en *The CPI Antitrust Journal*, 2010, págs. 648-649.

ACPERA, relacionadas con la limitación de las consecuencias civiles<sup>848</sup>, sino que también se refleja en el control y límites de acceso a la información generada en el seno de los procesos *antitrust*<sup>849</sup>.

Las actividades de *discovery* encuentran un serio límite en la información contenida dentro de los programas de clemencia. En este sentido, el DOJ, en consonancia con los posicionamientos sostenidos por los órganos judiciales, ha mantenido una política interna de estricta confidencialidad, mostrándose reacio a facilitar información relativa a la identidad de los solicitantes de clemencia, así como la documentación y testimonios recabados dentro de dichos programas.

Sin embargo, por lo que respecta al ámbito de aplicación de las *discovery rules*, es necesario distinguir aquellos documentos que han sido generados en el curso del programa de clemencia (vgr. confesiones de culpabilidad, propuestas y acuerdos definitivos), de aquellos otros que han sido aportados por los solicitantes y se han anexado al expediente<sup>850</sup>. Respecto a los primeros, quedan excluidos de cualquier solicitud de divulgación (*privilege matters*), en la medida que gozan de un grado absoluto de confidencialidad<sup>851</sup>. Por el contrario, al material suministrado por los solicitantes, cuya existencia es anterior a la participación en un programa de clemencia, sí le resultan de aplicación las reglas de descubrimiento, motivo por el cual podrán ser objeto de

---

<sup>848</sup> En este punto, parece necesario señalar que las medidas de cooperación entre infractor y perjudicado fijadas en el Estatuto ACPERA también contribuyen a fomentar la actividad de descubrimiento inicial.

<sup>849</sup> GOLDBERG, J. y GUSTAFSON, D. "Pretrial discovery in civil litigation", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 207 y ss.

<sup>850</sup> CARUSO, A. *Leniency programmes and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, ob. cit., págs. 454-455; GOLDBERG, J. y GUSTAFSON, D. "Pretrial discovery in civil litigation", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 208 y ss.

<sup>851</sup> Buena prueba de ello lo constituye el hecho de que tanto los registros de las solicitudes de clemencia, como de su documentación complementaria, realizados por la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Libertad de Información (FOIA), en virtud de la cual se instaura el derecho de libre acceso y consulta a los registros públicos elaborados por las autoridades y agencias federales estadounidenses (vid. exenciones 6 y 7 FOIA). En esta dirección, véanse los asuntos *Stolt-Nielsen Transportation Group Ltd. vs. United States*, 534. 728, (2008); y *Berry vs. Mi-Das Line S.A.*, núm. CV408-159 (S.D. Ga. Oct. 5, 2009).

exhibición si así lo acuerdan las partes o, en su defecto, lo ordena, en el caso concreto, el propio órgano jurisdiccional<sup>852</sup>.

Es clara la positiva función que cumplen las *discovery rules* en orden a mejorar la pericia probatoria de la parte “débil” del proceso (tratándose de las acciones civiles *antitrust*, con frecuencia se corresponderá con los perjudicados por el ilícito concurrencial)<sup>853</sup>. Sin embargo, la falta de control en la práctica de estas reglas y los relajados presupuestos de fundamentación y justificación que requieren tales actividades<sup>854</sup>, también abren la puerta a un **uso fraudulento o distorsionado**<sup>855</sup>, ajeno a la motivación de su previsión, por parte de los perjudicados (como así sucede, por ejemplo, con las *discovery blackmail* o las *fishing expeditions*)<sup>856</sup>.

Las ***discovery blackmail***<sup>857</sup> son empleadas con más frecuencia de la deseada por los perjudicados en el seno de procesos judiciales que suelen llevar aparejados costes sociales elevados (vgr. acciones colectivas). Dichas prácticas se caracterizan por el hecho que el solicitante promueve una actividad intesa de descubrimiento, pero caerente de toda intencionalidad investigadora, ya que su única finalidad es “invitar” a la parte contraria a alcanzar un acuerdo extrajudicial y así evitar tener que hacer frente a los elevados costes económicos derivados de la actividad de descubrimiento que, a falta de acuerdo, sería propuesta por el perjudicado.

---

<sup>852</sup> CARUSO, A. *Leniency programmes and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, ob. cit., págs. 457.

<sup>853</sup> BECKNER, C. y SALOP, S. *Decision theory and antitrust rules*, ob. cit., págs. 51-53.

<sup>854</sup> EIPSTEIN, R. *Of pleading and discovery: reflections on Twombly and Iqbal with special reference to Antitrust*, ob. cit., págs. 201 y ss.

<sup>855</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 304b.

<sup>856</sup> BUCAN GUTTA, N. *The enforcement of EU Competition rules by civil law*, ob. cit., págs. 57-58; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit. págs. 681 y ss.

<sup>857</sup> WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, ob. cit., págs. 1904 y ss.

El control limitado y de *ultima ratio* que tiene el órgano judicial sobre las actividades de *discovery*, también ha conducido a la proliferación de otra práctica espuria conocida bajo los términos de ***fishing expeditions***<sup>858</sup>. En estos casos, si bien el demandante ostenta un verdadero *animus* por investigar y reunir evidencias probatorias, lo cierto es que la investigación termina por centrarse en el hallazgo deliberado de evidencias relativas a la comisión de otros comportamientos anticompetitivos, totalmente ajenos a aquellos que constituyen el objeto del proceso con el objetivo de obtener una posición de ventaja respecto a la interposición de una demanda posterior, o bien obtener un rédito económico a cambio de no desvelar la información.

La generalización de tales distorsiones en la etapa de descubrimiento, derivadas de las *discovery blackmail* y *fishing expeditions*, ha comportado que los órganos judiciales sostengan, en múltiples ocasiones, una visión restrictiva y cautelosa<sup>859</sup>, acotando, en casos de desavenencia ante la práctica de una actividad de investigación, los términos y alcance de su práctica, o bien inadmitiéndola cuando el peticionario no hubiere acreditado suficientemente su pertinencia<sup>860</sup>.

---

<sup>858</sup> MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, *ob. cit.* pág. 685; MICHAEL, R. *The Supreme Court's new notice pleading requirements: revolutionary or evolutionary*, *ob. cit.*, pág. 273; WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, *ob. cit.*, págs. 1905-1906.

<sup>859</sup> MICHAEL, R. *The Supreme Court's new notice pleading requirements: revolutionary or evolutionary*, *ob. cit.*, págs. 276-277.

<sup>860</sup> En este sentido pueden consultarse las resoluciones *Major League Baseball vs. Crist*, 331 F.3d 1177 (11th Cir. 2003); *In re Automotive Refinishing Paint Antitrust*, 358 F.3d 288 (3d Cir. 2004); *Evans vs. Chalmers*, 703 F.3d 636 (4th Cir. 2012); o *In re Dairy Farmers of Am. Inc. Cheese Antitrust Litig.*, 801 F.3d 758 (7th Cir. 2015).



#### II.4.3.7.- La interposición de las *class actions* para la reparación de los daños y perjuicios en los procesos *antitrust*

Sin perjuicio de analizar con mayor detalle los diversos modelos de acciones colectivas de los que pueden disponer los sistemas procesales civiles, así como la función que desempeña este mecanismo procesal en la realización del *private enforcement* en capítulos posteriores de este estudio<sup>861</sup>, debemos hacer antes una breve referencia, por la especial consideración que esta institución ha ocupado en el proceso de renovación del Derecho de la Competencia europeo, a las acciones colectivas estadounidenses interpuestas en su mayoría por los compradores directos y, en menor medida, por los adquirentes finales, para la recuperación de los daños ilícitos derivados de una conducta anticompetitiva.

Las *class actions* son un mecanismo de litigación colectiva que permite articular los intereses comunes de una pluralidad de demandantes, se halle o no individualizada, bajo una sola representación procesal durante el transcurso de todas las etapas del proceso (desde la interposición de la demanda y desarrollo del *discovery* hasta la emisión de la sentencia o, incluso, hasta la resolución de un eventual recurso), sin necesidad de que cada uno de los individuos que pueda verse afectado deba iniciar un proceso judicial para la tutela individual de su derecho o interés legítimo<sup>862</sup>. A fin de poder reunir a todos los hipotéticos interesados en una clase o grupo litigante, es imprescindible que éstos, además de resultar lesionados por una misma causa

---

<sup>861</sup> Vid. *infra* Cap. IV.3.2.

<sup>862</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 331a; DOUGLAS, R., EISENKRAFT, M. y SHAFROTH, A. "Class actions", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, pág. 112; HANSELMAN, D., CASTLE, N. y VAUGHN, S. "Class action defence", en *Americas Antitrust Review*, Law Business Research, United Kingdom, 2019, pág. 53; HOVENKAMP, H. *Tying arrangements and class actions*, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 36, núm. 2, 1983, págs. 216-217; JACOBSON, J. *Antitrust law developments*, American Bar Association, Chicago, 6ª ed., vol. I, 2007, pág. 886; LANDE, R. *Why antitrust class actions are essential for compensation and deterrence*, *ob. cit.*, pág. 81; LÓPEZ CÁRDENAS, C. M. *La acción de grupo: reparación por violación a los derechos humanos*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, págs. 23 y ss.; PELLEGRINI GRINOVER, A. *De la "class action for damages" a la acción de clase brasileña. Requisitos de admisibilidad*, en *Ius et Veritas*, núm. 23, 2001, pág. 67.

material, también presenten características similares que les sitúen en posiciones idénticas o muy parecidas dentro de la relación procesal<sup>863</sup>.

Con mayor detalle, la regla 23 *FRCP*, relativa a las acciones colectivas, exige, para que el órgano judicial proceda a la admisión de una demanda colectiva, que ésta reúna los siguientes **requisitos básicos**: primero, el número de sujetos afectados debe ser lo suficientemente considerable para que resulte impracticable la acumulación, en un único proceso, de todas las acciones individuales contra un mismo demandado (*numerosity*); segundo, todos los perjudicados, agrupados bajo una sola clase, deben compartir cuestiones de hecho y derecho comunes y homogéneas (*commonality* y *predominance*); tercero, el interés del demandante que asuma las funciones de representación de clase, además de ser común con el del resto de sus miembros, deberá descansar en una justa causa de pedir (*typicality*); y cuarto, el representante de clase debe comprometerse a desempeñar su intervención procesal de forma justa y adecuándose en todo momento a los intereses comunes del resto de sus miembros (*adequacy of representation*)<sup>864</sup>.

Junto a los requisitos básicos que debe reunir una demanda colectiva para su admisión, la regla 23 *FRCP* dispone que la adhesión a este tipo de acción será de carácter *opt-out*. Los **modelos de acción colectiva *opt-out*** se caracterizan porque la representación de los intereses de clase queda encomendada a un único demandante, de tal modo que es el representante del grupo quien ostenta la legitimación para demandar y emprender todas las actuaciones procesales que considere adecuadas, pero siempre en nombre e interés del

---

<sup>863</sup> MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit., pág. 686.

<sup>864</sup> Para un análisis más detallado sobre la concurrencia de cada uno de los requisitos necesarios para la correcta interposición de una class action, vid. AUSTIN, B. *Antitrust class actions handbook*, American Bar Association, Chicago, 2010, págs. 36 y ss.; HANSELMAN, D., CASTLE, N. y VAUGHN, S. "Class action defence", ob. cit., págs. 54-58.; JACOBSON, J. *Antitrust law developments*, ob. cit., págs. 887 y ss.; LÓPEZ CÁRDENAS, C. M. *La acción de grupo: reparación por violación a los derechos humanos*, ob. cit., págs. 26 y ss.; PELLEGRINI GRINOVER, A. *De la "class action for damages" a la acción de clase brasileña. Requisitos de admisibilidad*, ob. cit., págs. 68 y ss.

resto de los integrantes de su clase<sup>865</sup>. En los modelos de adhesión *opt-out*, la actuación del representante vincula a todos los sujetos cuyos rasgos y datos resulten coincidentes con los parámetros señalados en la demanda y, posteriormente, admitidos por el órgano judicial después de la resolución favorable de un incidente dirigido al otorgamiento de la representación colectiva (***class certification***)<sup>866</sup>.

A diferencia de los modelos de acciones colectivas *opt-in* o de inclusión, en los que se requiere la adhesión expresa de cada uno de los interesados para que puedan formar parte de la relación procesal, en los modelos *opt-out* o de exclusión voluntaria, la adhesión opera de forma automática<sup>867</sup>. De tal forma que es suficiente con cumplir con las características que se han detallado en el trámite de certificación para considerar integrado, dentro de la acción colectiva, a todo sujeto que reúna las características de la certificación. Toda vez que el órgano judicial resuelva favorablemente el trámite de la certificación de clase, se le impondrá al demandante, que hubiera asumido las funciones de representación, la obligación de poner en conocimiento de los posibles afectados la existencia de una acción colectiva en curso; el derecho que les asiste a comunicar su deseo de no participar y separarse de la clase; así como de advertirles que, en caso contrario, quedarán vinculados por la resolución que ponga fin al procedimiento judicial<sup>868</sup>. Se advierte como este trámite

---

<sup>865</sup> LESKINEN, C. “Reparaciones de daños y perjuicios en materia de Defensa de la Competencia: la conveniencia de las acciones colectivas *opt-out* en casos que implican numerosas demandas de poco valor”, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, (dirigido por Velasco San Pedro), Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 293-294.

<sup>866</sup> KOSTOLANSKY, K. y HAZEL, D. *Class action settlements: res judicata, release, and the identical factual predicate doctrine*, en *Idaho Law Review*, núm. 55, 2019, págs. 267-268.

<sup>867</sup> Para una visión general acerca de las particularidades de ambos sistemas de adhesión, pueden consultarse, por todos, las obras monográficas de AUSTIN, B. *Antitrust class actions handbook*, *ob.cit.* págs. 92 y ss.; LESKINEN, C. “Reparaciones de daños y perjuicios en materia de Defensa de la Competencia: la conveniencia de las acciones colectivas *opt-out* en casos que implican numerosas demandas de poco valor”, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 287 y ss.; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, *ob. cit.*, págs. 685 y ss.; y SANDE MAYO, M. J. “La configuración de los procesos colectivos sobre un modelo mixto de *OPT-IN* y *OPT-OUT*”, en *Acciones colectivas: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, *ob. cit.*, págs. 121 y ss.

<sup>868</sup> A efectos de cumplir con el deber de notificación a los posibles afectados por la interposición de una acción colectiva, las *FRCP* (regla 23 letra c) contemplan dos medios distintos de notificación. De una parte, impone al representante la obligación de cumplir con

desempeña un papel fundamental en los modelos *opt-out*, pues se exige una manifestación expresa por parte del interesado en la que anuncie su voluntad de separación de la acción de clase<sup>869</sup>.

Por lo que respecta al **impacto de las *class actions* dentro de los litigios anticompetitivos**, lo cierto es que esta tipología plural de acción ha venido a reforzar significativamente la aplicación privada del Derecho de la Competencia norteamericano<sup>870</sup>. Ello se refleja en el crecimiento exponencial que han tenido las acciones colectivas en los últimos años en los procesos civiles *antitrust*<sup>871</sup>. Sin embargo, las *class actions* también han contribuido a mejorar el acceso de las *antitrust damages actions* en la medida que permiten trasladar el esquema clásico de la tutela procesal a una litigación de masas<sup>872</sup>, favoreciendo la entrada en el proceso de aquellos perjudicados que, debido a la escasa entidad de su lesión o a la alejada posición que ocupan respecto a los elementos sustanciales de prueba, suelen presentar, por lo general, un escaso interés en litigar<sup>873</sup>.

De hecho, la acumulación bajo una sola representación procesal de una suma de intereses individuales, pero comúnmente compartidos por una categoría de

---

una notificación personal, aplicable a los supuestos en los que, a través de un “esfuerzo razonable”, el representante de grupo pudiera identificar a los interesados. De otra, en aquellos casos en los que no es posible la individualización, se entenderá que el representante ha cumplido con su deber de notificación si efectúa la comunicación a través de un medio de publicación conocido y de notoria difusión.

<sup>869</sup> JACOBSON, J. *Antitrust law developments*, ob. cit., pág. 922; LESKINEN, C. “Reparaciones de daños y perjuicios en materia de Defensa de la Competencia: la conveniencia de las acciones colectivas *opt-out* en casos que implican numerosas demandas de poco valor”, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 297.

<sup>870</sup> JUSKA, Z. *The effectiveness of private enforcement and class actions to secure antitrust enforcement*, ob. cit., págs. 605-606.

<sup>871</sup> AUSTIN, B. *Antitrust class actions handbook*, ob.cit. págs. 2-3; DOUGLAS, R., EISENKRAFT, M. y SHAFROTH, A. “Class actions”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., pág. 295.

<sup>872</sup> SANDE MAYO, M. J. “La configuración de los procesos colectivos sobre un modelo mixto de *OPT-IN* y *OPT-OUT*”, en *Acciones colectivas: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, ob. cit., pág. 124.

<sup>873</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., págs. 200-201.

sujetos, es lo que ha permitido vencer los costes de oportunidad a los que debían enfrentarse muchos de los sujetos afectados por esta clase de atentados, la mayoría de ellos consumidores<sup>874</sup>, ya que de no poder éstos acogerse a una demanda colectiva, la rentabilidad esperada de una demanda individual ni siquiera cubriría, en la mayoría de casos, los costes de inversión que son necesarios para la preparación del proceso<sup>875</sup>.

Ahora bien, las *class actions* dentro del ámbito *antitrust* no sólo han supuesto una optimización de recursos y del número de procesos. Todo mecanismo que favorece el acceso de los damnificados al empleo de acciones resarcitorias contra los que han transgredido la competencia, también incrementa el efecto disuasorio de la normativa *antitrust*<sup>876</sup>. Con la litigación colectiva, los infractores se encuentran expuestos a una amenaza todavía mayor que hacer frente a las eventuales indemnizaciones por daños triples de sus víctimas más directas, pues se abre la puerta a que sean demandados por una masa cuasi-indeterminada de perjudicados<sup>877</sup>.

La correcta interposición de una demanda colectiva significa para el demandado tener que lidiar con el riesgo de responder a unos daños, cuyo alcance, además de ser desconocido (pues *ab initio* difícilmente podrá estimarse el número total de afectados), a buen seguro será exorbitante, porque si bien el valor unitario del daño de cada uno de los interesados es ínfimo, no sucederá lo mismo con el valor global de las lesiones de todos los integrantes de la clase (a los que se les aplicará también la fórmula de los

---

<sup>874</sup> LANDE, R. *Why antitrust class actions are essential for compensation and deterrence*, *ob. cit.*, pág. 81.

<sup>875</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, *ob. cit.*, pág. 200; JUSKA, Z. *The effectiveness of private enforcement and class actions to secure antitrust enforcement*, *ob. cit.*, págs. 605 y ss.; LESKINEN, C. "Reparaciones de daños y perjuicios en materia de Defensa de la Competencia: la conveniencia de las acciones colectivas opt-out en casos que implican numerosas demandas de poco valor", en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 295 y ss.

<sup>876</sup> AUSTIN, B. *Antitrust class actions handbook*, *ob. cit.* págs. 171-172; HANSELMAN, D., CASTLE, N. y VAUGHN, S. "Class Action Defence", *ob. cit.*, pág. 54; LANDE, R. *Why antitrust class actions are essential for compensation and deterrence*, *ob. cit.*, pág. 83.

<sup>877</sup> JUSKA, Z. *The effectiveness of private enforcement and class actions to secure antitrust enforcement*, *ob. cit.*, págs. 629-631.

*treble damages*)<sup>878</sup>. De hecho, es frecuente que una vez agotadas sin éxito las estrategias dirigidas a desvirtuar la certificación de clase, el agente infractor muestre su disponibilidad para alcanzar una solución extrajudicial que le permita concretar, en un entorno más cordial y con mayor poder de disposición, el alcance total de su responsabilidad<sup>879</sup>. No obstante, debido a las excepciones que presentan las acciones colectivas respecto a las reglas generales de legitimación, la regla 23, letra e) de la *FRCP*, requiere que el acuerdo extrajudicial, celebrado entre el demandado y el representante de clase, sea presentado ante el órgano jurisdiccional para su convalidación<sup>880</sup>.

Uno de los aspectos que mayor polémica ha ocasionado en lo que concierne al ejercicio de las *class actions* dentro de los litigios seguidos por daños anticompetitivos, guarda relación con el análisis de las condiciones necesarias, a la luz de la regla 23 *FRCP*, para que el órgano judicial pueda validar correctamente la certificación de clase y permitir la consolidación de una sola posición activa del proceso.

Los agentes infractores suelen impugnar con frecuencia los presupuestos que dan lugar a la *class certification*, ya sea durante el examen de la *class certification*<sup>881</sup>, bien una vez haya sido otorgada a través de las cuestiones específicas de certificación, o incluso con las mociones de juicio sumario. Uno de los motivos más ampliamente discutido en cuanto a la valoración de la *class certification* tiene que ver con la **apreciación de los elementos de commonality y de predominance** entre los integrantes de la clase<sup>882</sup>. Determinar si los diferentes interesados comparten, en realidad, intereses

---

<sup>878</sup> AUSTIN, B. *Antitrust class actions handbook*, *ob. cit.* págs. 156-157.

<sup>879</sup> DOUGLAS, R., EISENKRAFT, M. y SHAFROTH, A. "Class actions", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, pág. 125; KAMENIR, E. *Seeking antitrust class certification: the role of individual damage calculations in meeting class action predominance requirements*, en *George Mason Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2015, pág. 217.

<sup>880</sup> KOSTOLANSKY, K. y HAZEL, D. *Class action settlements: res judicata, release, and the identical factual predicate doctrine*, *ob. cit.*, págs. 266 y ss.

<sup>881</sup> Por lo que respecta al procedimiento de certificación puede consultarse JACOBSON, J. *Antitrust law developments*, *ob. cit.*, págs. 908-910.

<sup>882</sup> HOVENKAMP, H. *Tying arrangements and class actions*, *ob. cit.*, págs. 215-216.

homogéneos que hagan justificable la unión de todos ellos en una sola categoría de demandantes, se convierte, muchas veces, en una labor bastante compleja si se tienen en cuenta las múltiples formas en las que pueden manifestarse las consecuencias nocivas de un atentado a la competencia<sup>883</sup>.

Aun cuando los sujetos que pretenden agruparse bajo una categoría sustentan su pretensión en un mismo hecho antijurídico, tal circunstancia es insuficiente para considerar que todos ellos ostentan una posición común conforme a lo dispuesto en la regla 23 de las *FRCP*<sup>884</sup>. Ello es así, porque los interesados, a pesar de verse afectados por un mismo ilícito concurrencial, no se habrán visto expuestos de la misma forma. Por consiguiente, las reclamaciones surgidas de un mismo atentado *antitrust* no conllevan, sin más, que sean comunes y susceptibles de ser agrupadas<sup>885</sup>.

Afirmar lo contrario nos conduciría a una categoría demasiado genérica de afectado y permitiría dar entrada, bajo una misma clase litigante, a peticiones con un contenido muy diverso o, incluso contradictorio, si se agruparan los perjudicados de una misma cadena de distribución (como pudiera suceder con la unión de adquirentes finales con compradores directos en relación a la repercusión o asunción del sobrecoste)<sup>886</sup>. Como finalmente han detallado los Tribunales de Distrito en diversas resoluciones<sup>887</sup>, la correcta apreciación de ambos requisitos en el ámbito *antitrust* requiere que los perjudicados que

---

<sup>883</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 331d.

<sup>884</sup> KAMENIR, E. *Seeking antitrust class certification: the role of individual damage calculations in meeting class action predominance requirements*, ob. cit., págs. 208 y ss.

<sup>885</sup> AUSTIN, B. *Antitrust class actions handbook*, ob.cit. pág. 163.

<sup>886</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 331d1; AUSTIN, B. *Antitrust class actions handbook*, ob. cit. pág. 169; HANSELMAN, D., CASTLE, N. y VAUGHN, S. "Class action defence", ob. cit., págs. 57-58; HOVENKAMP, H. *Tying arrangements and class actions*, ob. cit., pág. 218; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, ob. cit, págs. 686-687.

<sup>887</sup> Sobre este particular pueden consultarse las resoluciones *Deiter vs. Microsoft Corp*, 436 F.3d 461 (4th Cir. 2006); *Sullivan vs. DB Investments Inc.*, 613 F.3d 134 (3d Cir. 2010); *Soutter vs. Equifax Info. Servs., LLC* 307 F.R.D. 183 (E.D. Va. 2015); o *Henderson vs. Trans Union*, civil action núm. 3:14-cv-00679-JAG (May. 2, 2017).

pretenden agruparse bajo un interés de clase, además de pertenecer a una tipología de afectados, también deban presentar el mismo tipo de lesión antijurídica<sup>888</sup>.

Otra de las vicisitudes propias de los ilícitos anticompetitivos que también ha resultado problemática en cuanto a la admisión de la certificación de clase por parte del órgano judicial, se relaciona con aquellas situaciones en las que el demandado advierte que no todos los integrantes de una *class action* han experimentado efectivamente un daño anticompetitivo. Sin embargo, la jurisprudencia no ha considerado que la falta de lesión de alguno de los integrantes de una acción colectiva constituya un grave impedimento para reconocer la legitimación de clase y proseguir con el procedimiento de reclamación, siempre que el número de no lesionados no sea significativo dentro de los miembros agrupados bajo una misma clase<sup>889</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo, a raíz en el asunto *Wal-Mart vs. Dukes*<sup>890</sup>, se ha mostrado muy cuidadoso a la hora de diferenciar entre los requisitos exigibles para conceder la certificación de clase de aquellos otros presupuestos materiales que sirven de base para estimar la acción de responsabilidad extracontractual (es en éstos últimos donde debe incluirse la lesión patrimonial ocasionada por la conducta antijurídica)<sup>891</sup>. De este modo, si se corrobora que alguno de los integrantes no ha sufrido ningún perjuicio

---

<sup>888</sup> DOUGLAS, R., EISENKRAFT, M. y SHAFROTH, A. "Class actions", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., págs. 119 y ss.; HOVENKAMP, H. *Tying arrangements and class actions*, ob. cit., págs. 225-227; JACOBSON, J. *Antitrust law developments*, ob. cit., págs. 891-893; KAMENIR, E. *Seeking antitrust class certification: the role of individual damage calculations in meeting class action predominance requirements*, ob. cit., págs. 212-213.

<sup>889</sup> En esta línea de pensamiento pueden consultarse los asuntos *Kohen vs. Pac. Inv. Mgmt. Co. LLC*, 571 672 (7th Cir. 2009); *Messner vs. Northshore Univ. Health System*, 669 802 (7th Cir. 2012); *Tyson Foods Inc. vs. Bouaphakeo*, 136 S. Ct. 1036, 1043 (2016); o *Lamictal Indirect Purchaser and Antitrust Consumer Litig.*, 2018 WL 6567709 (D.N.J. Dec. 12, 2018). En contra, vid. asuntos *Asacol Antitrust Litigation*, 907 42 (1st Cir. 2018); y *Thalomid and Revlimid Antitrust Litigation*, WL 6573118 (D.N.J. Oct. 30, 2018).

<sup>890</sup> Vid. asunto *Wal-Mart vs. Dukes*, 564 U.S. 338 (2011).

<sup>891</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 331d1; JACOBSON, J. *Antitrust law developments*, ob. cit., págs. 886-887.



patrimonial ocasionado por la conducta anticompetitiva, éste quedará excluido del contenido de la resolución, pues carecerá de cualquier legitimación, pero en ningún caso podrá condicionar negativamente el reconocimiento de la legitimación de clase para sustentar el proceso colectivo<sup>892</sup>.

#### **II.4.3.8.- Breve referencia a las posturas procesales del demandado ante el ejercicio de las *antitrust damages actions***

Tras exponer las principales herramientas que el proceso civil estadounidense pone a disposición de los perjudicados (con especial referencia, en un apartado previo de este capítulo, a la *passing-on defense*), debemos ahora centrar nuestro análisis en las posturas que el demandado pueda adoptar en los litigios *antitrust*.

Junto a las cuestiones relativas a la legitimación, es habitual que el agente empresarial, relacionado con una actuación susceptible de vulnerar la competencia, trate de impedir directamente el pronunciamiento del órgano jurisdiccional poniendo en cuestión la propia sustanciación y viabilidad del proceso mediante el uso de diferentes estrategias procesales<sup>893</sup>. Dentro de las diferentes opciones contempladas, en las normas procesales estadounidenses, en orden a impedir o dificultar la viabilidad de cualquier proceso civil, merecen

---

<sup>892</sup> HANSELMAN, D., CASTLE, N. y VAUGHN, S. “*Class action defence*”, *ob. cit.*, págs. 62-64.

<sup>893</sup> Como indica RUBIN, J. “*Procedural defenses short of trial*”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 146-147, la mayoría de las excepciones que el demandado puede alegar para evitar la estimación de la pretensión del perjudicado encuentran cabida dentro de la categoría de las denominadas “*dispositive motions*”. Con el planteamiento de esta clase de cuestiones previas, cuya tramitación tiene lugar por medio de la apertura de un incidente, de acuerdo con lo dispuesto en la regla 41 *FRCP*, la parte que las alega pretende poner fin anticipadamente al proceso, decretando el archivo provisional de lo actuado ante la falta de algún presupuesto procesal (*motion to dismiss*) o bien que la resolución sobre el fondo de la pretensión se delegue, de forma sumaria, a un juez técnico (*motion for summary judgment*).

una especial mención, en el ámbito de las causas de reclamación de daños *antitrust*, tanto las *motion to dismiss* como las *motion to summary judgment*<sup>894</sup>.

Por lo que respecta a las *motion to dismiss*, es frecuente que, tras la presentación de una demanda de daños, la primera actuación del demandado se dirija a solicitar su inadmisión, *ad limine litis*, por el órgano jurisdiccional<sup>895</sup>. Aun cuando ésta suele ser una cuestión frecuentemente planteada en los procesos civiles de responsabilidad extracontractual, lo cierto es que, en los últimos años, ha alcanzado su mayor tasa de éxito como excepción impositiva dentro de los procesos civiles *antitrust*<sup>896</sup>.

Inicialmente los Tribunales de Distrito norteamericanos, en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal Supremo en una clara interpretación acorde con el principio *pro-actione* y con los presupuestos de admisión de la demanda contenidos en la regla 8 *FRCP*, consideraban, como baremo suficiente para dar curso a las actuaciones procesales, que la pretensión alegada por el perjudicado en su demanda estuviera fundamentada en hechos que resultasen lógicos, razonables y verosímiles<sup>897</sup>. De tal modo que una indicación coherente acerca de los hechos esenciales de la infracción (vgr. marco temporal, mercado relevante, e identificación y descripción de las actuaciones económicas inciertas) ya constituía una fundamentación suficiente para que el órgano jurisdiccional admitiese la demanda y se procediera, tras las alegaciones del demandado, a la posterior fase de precisión y recopilación de los elementos de

---

<sup>894</sup> WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, *ob. cit.*, págs. 1893 y ss.

<sup>895</sup> Las “*motion to dismiss*” aparecen contempladas en la regla 12, letra b, apartado 6 *FRCP*. Aun cuando la normativa permite el uso de este tipo de cuestiones para denunciar la falta de cualquier presupuesto procesal, en los procesos civiles *antitrust* suele emplearse mayormente para solicitar la improcedencia de la demanda por falta de fundamentación o veracidad de los hechos en ella expuestos. Sobre esta cuestión, vid. BRODER, D., *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, *ob. cit.*, págs. 219-220.

<sup>896</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 307d; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, *ob. cit.* págs. 679-680; WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, *ob. cit.*, págs. 1891 y ss.

<sup>897</sup> Vid. asunto *Conley vs. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957).

prueba (*discovery*)<sup>898</sup>. Ante el planteamiento de una cuestión impeditiva en la que se solicitase el archivo de las actuaciones, el órgano jurisdiccional únicamente quedaba facultado para poner fin al ejercicio de la acción civil en los casos en los que considerase que el relato fáctico del perjudicado no hubiera tenido lugar, derivase manifiestamente de su actividad inventiva, o bien evaluase, *ex ante*, que la pretensión no pudiera quedar acreditada en ningún momento posterior del proceso<sup>899</sup>.

Sin embargo, la interpretación amplia y flexible de los requisitos que debiera cumplir toda pretensión de reparación de daños en orden a su admisión, sufrió un duro revés en 2007, cuando el Tribunal Supremo de los EEUU introdujo severas matizaciones a lo que hasta ahora venía siendo la regla general de admisión de la demanda para los litigios civiles *antitrust*<sup>900</sup>. A raíz del asunto *Twombly*, se advierte como el Tribunal Supremo incurre en un trascendente y drástico giro al fallar que, para proceder a la apertura de un proceso civil antimonopolio, no es suficiente con la aportación de una fundamentación fáctica razonable, lógica y verosímil. En concreto, para poder considerar debidamente acreditada la exigencia de credibilidad (o lo que es lo mismo, para que el juez pudiera desestimar una *motion to dismiss* planteada por el demandado) se añadió, a raíz del caso *Twombly*, la necesidad de que el órgano jurisdiccional efectuara un análisis doble y consecutivo en el que, además de observar en un primer momento los requisitos anteriores, se valorase si los hechos descritos por el actor podrían quedar mínimamente confirmados con la actividad probatoria introducida en posteriores etapas del proceso<sup>901</sup>. La apreciación de este último requisito exige al propio órgano

---

<sup>898</sup> HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, *ob. cit.*, págs. 26 y ss.; MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, *ob. cit.* págs. 655 y ss.

<sup>899</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 307d; CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, *ob. cit.*, págs. 645-646.

<sup>900</sup> Vid. asunto *Bell Atlantic Corp. vs. Twombly*, 550 US 544 (2007).

<sup>901</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 307d; BECKNER, C. y SALOP, S. *Decision theory and antitrust rules*, *ob. cit.*, págs. 73 y ss.; CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, *ob. cit.*, pág. 646; EIPSTEIN, R. *Of pleading and discovery: reflections on Twombly and Iqbal with special reference to Antitrust*, *ob. cit.*, págs. 190 y ss.

judicial, por extensión, el deber de adecuar la veracidad de las alegaciones del perjudicado con el contexto económico, la tipología de la conducta, y las reglas de su experiencia<sup>902</sup>.

La instauración de esta doctrina *Twombly*, cuyos razonamientos han sido definitivamente confirmados y extendidos al resto de causas civiles<sup>903</sup>, supone una grave restricción al ejercicio del derecho de acción civil de los sujetos que se han visto perjudicados por una alteración de la competencia. Ello es así, porque se exige, justo en la etapa inicial del proceso, que se desprenda de los hechos descritos por el actor, una expectativa *prima facie* de prueba<sup>904</sup>. La exigencia de tal suposición probatoria ha supuesto un incremento del número de demandas *antitrust* inadmitidas *ad limine litis*, toda vez que se ha acabado por conferir al órgano jurisdiccional un mayor margen de discrecionalidad<sup>905</sup>. De ponerse en relación con el ambiente oculto y secreto en el que se fragua la mayoría de conductas anticompetitivas (con la excepción de las acciones civiles de seguimiento siempre que alguno de los implicados se hubiera acogido a un programa de clemencia), la concreción de una expectativa mínima de prueba constituirá una tarea compleja para el propio órgano jurisdiccional, ya que es bastante probable que, en ese estadio inicial del procedimiento, incluso desconozca el concreto alcance y delimitación del *thema probandi*.

No obstante, la apariencia de buen derecho no debe abarcar todos los hechos alegados por el actor. La aproximación de prueba instaurada por la doctrina *Twombly* únicamente resulta exigible al presupuesto fáctico que servirá de

---

<sup>902</sup> MICHAEL, R. *The Supreme Court's new notice pleading requirements: revolutionary or evolutionary*, *ob. cit.*, págs. 277 y ss.; RUBIN, J. "Procedural defenses short of trial", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 159 y ss.

<sup>903</sup> Vid. asunto *Ashcroft vs. Iqbal*, 556 US 662 (2009).

<sup>904</sup> CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, *ob. cit.*, pág. 641; FREUND, F. *The pleading and pre-trial of an antitrust claim*, *ob. cit.*, pág. 558.

<sup>905</sup> BECKNER, C. y SALOP, S. *Decision theory and antitrust rules*, *ob. cit.*, pág. 59; EIPSTEIN, R. *Of pleading and discovery: reflections on Twombly and Iqbal with special reference to Antitrust*, *ob. cit.*, págs. 194-195; RUBIN, J. "Procedural defenses short of trial", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 162-163.

base a la pretensión indemnizatoria (vgr. acreditación del acuerdo colusorio o de la conducta paralela), pero no a los otros elementos que, pese a ser también constitutivos de la acción de responsabilidad extracontractual, carecen de dicha entidad (vgr. relación de causalidad, existencia del propio daño o cuantificación)<sup>906</sup>. De sostener lo contrario, el órgano judicial se vería obligado a examinar, nada más iniciado el proceso, todos y cada uno de los elementos de fondo que integran la pretensión procesal del actor.

El incremento de aceptación de las *motion to dismiss* a raíz del asunto *Twombly*, también ha comportado un extraño efecto colateral relacionado con el modo en el que las partes litigantes deciden finalizar el proceso. La mayor incertidumbre en torno al progreso de la pretensión indemnizatoria, no solo ha reforzado la posición negociadora del demandado fuera del proceso, sino también el riesgo para el perjudicado de acabar asumiendo los gastos de asesoramiento previo y de representación legal (costes de inversión no recuperables ante un posible archivo provisional), lo que finalmente ha comportado un mayor número de acuerdos privados de reparación con los que las partes dan por extinguida la cuestión controvertida<sup>907</sup>.

Tras la presentación y admisión de la demanda *antitrust*, o incluso una vez que la pretensión indemnizatoria del perjudicado ha vencido una moción de sobreseimiento, el agente infractor todavía tiene la posibilidad de presentar una ***motion for summary judgment***<sup>908</sup>. A diferencia de lo que acontece con las *motion to dismiss*, las solicitudes de declaración de juicio sumario son cuestiones impeditivas cuya finalidad principal no se dirige a poner fin al litigio *antitrust* ante la falta manifiesta de un presupuesto procesal, sino a solicitar al

---

<sup>906</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 335f; MICHAEL, R. *The Supreme Court's new notice pleading requirements: revolutionary or evolutionary*, ob. cit., pág. 279; PAGE, W. *The limits of state indirect purchaser suits: class certification in the shadow of Illinois Brick*, ob. cit., págs. 7-9; RUBIN, J. "Procedural defenses short of trial", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, ob. cit., pág. 167.

<sup>907</sup> EIPSTEIN, R. *Of pleading and discovery: reflections on Twombly and Iqbal with special reference to antitrust*, ob. cit., pág. 196.

<sup>908</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, ob. cit., apartado 308a.

órgano jurisdiccional que emita, antes de la constitución y celebración del juicio por Jurado, un pronunciamiento sobre el fondo<sup>909</sup>.

Sin obviar las dificultades de concreción que presentan los presupuestos establecidos en la regla 56 *FRCP* en relación a este tipo de cuestiones impeditivas<sup>910</sup>, las declaraciones de juicio sumario constituyen una de las estrategias de defensa alegadas con mayor frecuencia por los agentes empresariales demandados<sup>911</sup>. En los procesos de reclamación por daños anticompetitivos, el promotor de las declaraciones de juicio sumario, en la mayoría de ocasiones, se corresponderá con la parte pasiva del proceso, de modo que recaerá en el agente empresarial, al que se le imputa la realización de un comportamiento anticompetitivo, acreditar ante el órgano jurisdiccional, con la debida fundamentación, que de los elementos de prueba por él aportados es posible advertir la existencia de hechos enunciados en la demanda que no han sido contrastados suficientemente por la actividad probatoria del actor en la etapa de descubrimiento<sup>912</sup>. Con ello, no solo se pondrá en duda la realización de una determinada conducta empresarial, sino también que ésta presenta un carácter anticompetitivo<sup>913</sup>.

---

<sup>909</sup> RUBIN, J. "Procedural defenses short of trial", en *Private enforcement of antitrust law in the United States*, *ob. cit.*, págs. 175-176.

<sup>910</sup> De acuerdo con lo dispuesto en la regla 56 *FRCP*, para que prospere favorablemente la interposición de una declaración de juicio sumario es necesario que el solicitante acredite ante el órgano jurisdiccional, encargado de resolver la cuestión incidental, que el enjuiciamiento de la cuestión controvertida debe someterse a su entero conocimiento, resultando innecesaria la celebración de juicio ante un Jurado civil porque, tras la recopilación del material probatorio en la etapa de descubrimiento, los elementos materiales controvertidos que conforman el objeto del proceso ahora resultan claros, indiscutibles y confirmatorios de lo alegado por el solicitante de la cuestión impeditiva (vid. BECKNER, C. y SALOP, S. *Decision theory and antitrust rules*, *ob. cit.*, págs. 73-75; WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, *ob. cit.*, págs. 1919-1921).

<sup>911</sup> La estrategia defensiva más empleada por el demandado dentro de esta clase de litigios, se centra en rebatir la posible antijuridicidad de su conducta, cuestionando la escasez de elementos de prueba aportados por el actor - en su mayoría de índole circunstancial o indiciario-, con el propósito de impedir el nacimiento de la obligación de reparar el daño anticompetitivo (FREUND, F. *The pleading and pre-trial of an antitrust claim*, *ob. cit.*, págs. 574-577).

<sup>912</sup> AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, *ob. cit.*, apartado 308a; WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, *ob. cit.*, pág. 1925.

<sup>913</sup> BRUNET, E. *Antitrust summary judgment and the quick look approach*, *ob. cit.*, págs. 516-517.

Bien puede decirse que los pronunciamientos jurisprudenciales han contribuido, muy favorablemente, al uso generalizado de las *motion for summary judgement* en los procesos civiles *antitrust*<sup>914</sup>; siendo lo cierto que los parámetros para la estimación de una moción sumaria han ido oscilando a lo largo de un buen número de resoluciones. En sus posicionamientos iniciales, el Tribunal Supremo sostuvo un uso limitado y cauteloso del juicio sumario, excluyendo un gran número de causas *antitrust* por presentar cuestiones de hecho y de derecho conectadas y verdaderamente complejas<sup>915</sup>. Actualmente, sin embargo, el TS estadounidense ha terminado por convertir esta institución procesal en una herramienta versátil con la que dar respuesta a los procedimientos largos y costosos, incluyéndose los de competencia, en los que es fácil anticipar la insuficiencia de elementos inculpatorios que finalmente conduzcan a un fallo desestimatorio por parte del órgano jurisdiccional<sup>916</sup>. Ante la realidad descrita, este tipo de cuestiones es objeto de admisión en la mayoría de litigios anticompetitivos, incluso en aquellos, como es el caso de los referidos a las conductas conscientemente paralelas<sup>917</sup>, donde resulta especialmente complejo demostrar, debido al modo en que se manifiestan, su efectiva realización<sup>918</sup>.

---

<sup>914</sup> BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, ob. cit., pág. 199; CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, ob. cit., pág. 639.

<sup>915</sup> Vid. asuntos *Poller vs. Columbia Broadcasting System Inc.*, 368 U.S. 464 (1962) y *Norfolk Monument Co. vs. Woodlawn Mem. Gardens*, 394 U.S. 700 (1969).

<sup>916</sup> En este sentido, pueden consultarse las emblemáticas resoluciones *Arizona vs. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982); *Monsanto Co. vs. Spray-Rite Svc. Corp.*, 465 US 752 (1984), *Matsushita vs. Zenith Radio Corp.*, 475 US 574 (1986), y *Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Servs. Inc.*, 504 U.S. 451, 468 (1992).

<sup>917</sup> Así acontece en los asuntos *Hyland vs. Home Services of Am. Inc.*, 771 F.3d 310 (6<sup>o</sup> Cir. 2014) o *Resco Prods. Inc. vs. Bosai Minerals Group Co.*, 158 F. Supp. 3d 406 (WD Pa. 2016).

<sup>918</sup> BUNDA, M. *Monsanto, Matsushita and "conscious parallelism": towards a judicial resolution of the oligopoly problem*, en *Washington University Law Review*, vol. 84, tomo I, 2006, págs. 183 y ss.; WAGENER, W. *Modeling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, ob. cit., pág. 1925.

## **CAPÍTULO III**

# **LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA**





### **CAPÍTULO III.- LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO RELATIVO A LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

#### **III.1.- La armonización de las normas de los Estados miembros de la UE relativas al Derecho de la competencia: historia de un largo camino**

Como ya se ha anticipado en diferentes apartados de la presente investigación, tradicionalmente las normas comunitarias y nacionales han centrado su atención en la vertiente pública del Derecho de la competencia (esto es, la aplicación por organismos de naturaleza administrativa, a través procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora y dirigidos a la represión de los ilícitos concurrenciales mediante la imposición de multas); quedando la aplicación privada del Derecho de la competencia, a diferencia de lo que cabe apreciar en el sistema norteamericano<sup>919</sup>, relegada a un segundo plano.

En el continente europeo, hasta hace relativamente poco, el derecho de los particulares lesionados a ser resarcidos cuando hubieren sufrido los daños y perjuicios de una actividad contraria al Derecho de la competencia, se construyó sobre la base de la categoría general de la responsabilidad civil y en función de una aplicación, muy dispar, remitida a los diferentes órganos jurisdiccionales nacionales<sup>920</sup>. El caso español es, en este sentido, un claro ejemplo. De hecho, el art. 6 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, así como el art. 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la competencia, y el espíritu general de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, siempre tuvieron en

---

<sup>919</sup> Vid. *supra* Cap. II.

<sup>920</sup> Sobre las dificultades en orden a su utilización por parte de los operadores económicos, véase, por todos: ALONSO SOTO, R. "La aplicación privada del Derecho de la competencia", en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, págs. 123 y ss.

cuenta, de forma más o menos expresa, la posibilidad de que los perjudicados pudieran llegar a obtener una indemnización por daños y perjuicios por ilícitos *antitrust*<sup>921</sup>.

Todo ello, como es fácil concluir, ha situado el tratamiento del Derecho de la competencia en la Unión Europea, desde la óptica de su aplicación privada, en un contexto de variopintas soluciones, tanto de índole sustantiva como procesal, que ha terminado por colocar a los Estados miembros no solo ante una más que notable confusión en orden a desarrollar sus programas de clemencia del modo más efectivo posible<sup>922</sup>, sino también ante una falta de uniformidad que, además de dejar entrever las primeras manifestaciones de *forum shopping* (en la práctica, el éxito de una reclamación depende, en buena medida, de la jurisdicción donde se pueda o decida plantear el litigio en cuestión)<sup>923</sup>, en poco o nada, casaba con el espíritu de la construcción de un mercado único europeo<sup>924</sup>.

---

<sup>921</sup> Aun cuando la aplicación privada se encontró expresamente prevista en los distintos cuerpos normativos referidos a la protección de la competencia, ésta quedaba limitada, como dispuso el art. 6 de la LPRC de 1963, a la reparación judicial de los derechos e intereses particulares que hubieran sido afectados por las conductas anticompetitivas. Posteriormente, el art. 13.2 de LDC de 1989 configuró la aplicación privada como un cauce accesorio, dependiente y complementario a la tutela del interés público al exigir, como requisito de procedibilidad para la interposición de una demanda por daños y perjuicios, la constatación previa de la existencia de la infracción anticompetitiva por medio de resolución administrativa, o jurisdiccional, firme [vid. STS (Sala de lo Civil) núm. 1262/1993, de 30 de diciembre (RJ 1993/9902); STS (Sala de lo Civil) núm. 908/1999, de 4 de noviembre (RJ 1999/8001); STS (Sala de lo Civil) núm. 540/2000, de 2 de junio (RJ 2000/5092); o STS (Sala de lo Civil) núm. 232/2001, de 15 de marzo (RJ 2001/5980)]. El anterior modelo único de acciones consecutivas o de seguimiento, que supeditaba el acceso a los Tribunales a la firmeza administrativa o judicial de la resolución, no fue sustituido hasta la promulgación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia que, en un intento por acompasar la normativa nacional a las disposiciones comunitarias – en especial, con lo dispuesto en el Reglamento 1/2003 –, amplió, en su Disposición Adicional Primera, el ámbito de cognición de los órganos judiciales ordinarios para conocer de las cuestiones de competencia relacionadas con los arts. 1 y 2 LDC en el marco de una acción de reclamación o de nulidad entre particulares. Con esta última normativa de competencia no sólo se ha aliviado a los demandantes de una larga espera temporal, sino que también se les ha invitado a emprender aquellas acciones civiles *stand alone* que consideren necesarias desde el mismo momento en que tengan conocimiento de la comisión de una conducta anticompetitiva.

<sup>922</sup> DE LA VEGA GARCÍA, F. *La clemencia (leniency) en el Derecho de la competencia (antitrust): exención o reducción de multas en el caso del cártel*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 162-163.

<sup>923</sup> SUDEROW, J. *Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho antitrust: forum shopping y "demandas torpedo"*, en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 2, núm. 2, 2010, pág. 330.

De ahí la concienciación que ha ido calando, progresivamente, en el ámbito de la Unión Europea, acerca de la conveniencia de dotar, a las acciones de daños por infracciones de la competencia, de un régimen jurídico especial y armonizado<sup>925</sup> tanto en el plano sustantivo (las reglas comunes de responsabilidad civil extracontractual no siempre se han mostrado adecuadas para dar una respuesta suficientemente técnica a todas las situaciones dañinas suscitadas en el mercado) como procesal, ya que estamos ante litigios ciertamente complejos en cuanto a su puesta en marcha y tramitación<sup>926</sup>. Todo ello resulta plenamente coherente, además, con aquel desiderátum ya previsto en el Tratado de Maastricht respecto a la cooperación gubernamental en materia judicial civil y penal, en función del cual se anhela que las diferentes legislaciones nacionales partan del obligado respeto de un patrón o modelo común<sup>927</sup>.

No discutiéndose, en general, la conveniencia de la armonización que se acaba de referenciar, lo cierto es que sí se ha planteado el interrogante acerca de si dicha armonización debía, y debe ser, abordada de forma “positiva” o “negativa”. Frente a quienes han abogado por defender un modelo de armonización negativa, de tal forma que la Unión Europea tan solo debía sentarse a esperar que la propia competencia entre los ordenamientos jurídicos

---

<sup>924</sup> PELLISÉ DE URQUIZA, C. “Reflexión crítica sobre el ámbito de aplicación espacial de las reglas comunitarias de competencia judicial internacional en los litigios de responsabilidad por infracción competencial”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, pág. 32.

<sup>925</sup> CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and antitrust law*, Little Brown, Boston, 1988, págs. 370-371; GÓMEZ TRINIDAD, S. “Antecedentes jurisprudenciales y legislativos del Libro Blanco sobre indemnización por daños. Due Diligence jurídica de algunos extremos de la propuesta”, en *competencia y acciones de indemnización. Actas el Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y la propia autora), Marcial Pons, Barcelona, 2013, pág. 322; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, pág. 294.

<sup>926</sup> ENRICH SCHRÖDER, V. “Introducción a las acciones de reclamación de daños derivadas de las infracciones de la competencia”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017, pág. 7; HERNÁNDEZ BATALLER, B. “El derecho al pleno resarcimiento en la Directiva 2014/104/UE”, en *Derecho europeo de la competencia: proyecto europeo* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 211.

<sup>927</sup> FAZZALLARI, E. *Per un processo comune europeo*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 3, 1994, pág. 665.

y sistemas jurisdiccionales de los diferentes Estados miembros, fuera la que acabase por regular las condiciones lícitas del mercado<sup>928</sup>; nos parece más acertada aquella opción interpretativa, que con apoyo en el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>929</sup>, ha defendido el modelo de armonización positiva, la cual es constatable, en líneas generales, en el marco de la actual Directiva de daños.

Como agudamente ha señalado TORRE SUSTAETA<sup>930</sup>, la operatividad de dicha armonización positiva viene avalada, tanto en sede sustantiva, en orden a delimitar un correcto funcionamiento del mercado único europeo, como procesal, en tanto que resulta útil ponderar la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, mediante la aproximación de los diferentes sistemas procesales que son propios de los distintos Estados miembros de la Unión Europea.

Todo ello, en el bien entendido sentido que cuando se habla de armonización, no se alude a la unificación normativa u homogeneización completa de los diferentes sistemas, sino, antes al contrario, a una aproximación de elementos comunes e irrenunciables<sup>931</sup>, lo cual no es incompatible con el respeto, en paralelo, de ciertas particularidades que puedan apreciarse en los modelos

---

<sup>928</sup> En esta dirección se ha expresado ALFARO ÁGUILA-REAL, A. *Contra la armonización positiva: reforzar el private enforcement del Derecho de la competencia*, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2009, pág. 6; y, con menos intensidad, pero también “dejándolo caer”, CALDERÓN CUADRADO, M. P. “*Contra la armonización positiva -y procesal- en la Unión Europea*”, en *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 83 y ss.

<sup>929</sup> A tal efecto, resulta especialmente ilustrativo el punto 4º del Preámbulo de la Directiva 2014/104/UE, pues alude, expresamente, al hecho que la necesidad de contar con vías procesales eficaces es una exigencia implícita que también deriva del derecho a la tutela judicial efectiva.

<sup>930</sup> TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 299 y ss. En idéntico sentido, MARTÍN MARTÍN, G. *competencia, enriquecimiento y daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 40 y ss.

<sup>931</sup> Sobre este particular, véanse, por todos: GIMENO SENDRA, V. *Observaciones sobre el Proyecto de LEC desde el Derecho Procesal Europeo*, en *La Ley*, núm. 1, 1999, págs. 1794 y ss.; HAZARD, G. y TARUFFO, M. *Principles and rules of transnational civil procedure*, en *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, 2001, págs. 769 y ss.; HERNÁNDEZ BATALLER, B. “*El derecho al pleno resarcimiento en la Directiva 2014/104/UE*”, en *Derecho europeo de la competencia: proyecto europeo*, ob. cit., págs. 210 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, pág. 59; VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Organización de despachos de abogados*, en *Justicia*, núm. 2, 1992, pág. 292.

procedimentales que son propios de los diferentes Estados que forman parte de la Unión Europea<sup>932</sup> (especialmente dadas las notables diferencias entre los modelos europeos de *civil law* y *common law*)<sup>933</sup>.

De ahí, precisamente, que tenga sentido que haya sido mediante el instrumento de la Directiva que se haya enfrentado dicho proceso de armonización del Derecho de daños derivados de los ilícitos anticompetenciales en el ámbito de la Unión Europea<sup>934</sup>, pudiéndose hablar de una armonización de mínimos, en cuanto a lo esencial, pero quedando a salvo la autonomía de los diferentes sistemas nacionales que, mediante los instrumentos de transposición bien pueden, si así lo desean, ir hacia a un máximo superior de protección respecto al estándar mínimo y común fijado en la propia Directiva<sup>935</sup>.

La conjunción que cabría esperar entre la visión pública del Derecho de la competencia con el Derecho general de daños no ha sido un ensamblaje sencillo ni mucho menos instantáneo. A diferencia de lo que acontece con la

---

<sup>932</sup> STORME, M. *Rapprochement du Droit judiciaire de l'Union européenne. Approximation of Judiciary Law in the European Union*, en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48, núm. 1, 1996, págs. 235 y ss.; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, pág. 303; VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, *ob. cit.*, pág. 59.

<sup>933</sup> Estas diferencias entre los modelos de *common law* y *civil law* son puestas de relieve, con especial énfasis, en el *Informe Ashurst* de 31 de agosto de 2004.

<sup>934</sup> PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 31 y ss.

<sup>935</sup> BASEDOW, J. *Codification of private law in the European Union: the making of a hybrid*, en *European Review of Private Law*, vol. 9, núm. 1, 2001, págs. 35 y ss.; KURCZ, B. *Harmonisation by means of Directives: never-ending story?*, en *European Business Law Review*, vol. 12, núm. 11-12, 2001, págs. 296 y ss.; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 305 y ss. Ello implica, en buena lógica, que los legisladores nacionales de los diferentes Estados miembros no menoscaben, en sus normativas de transposición, los principios de efectividad y equivalencia. De ahí, que tampoco falten autores que aludan, en este punto, a la constatación de una "armonización parcial" (CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pág. 28; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. "La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia", en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, págs. 1110 y ss.).

aplicación pública del Derecho de la competencia, expresamente prevista normativamente desde los inicios de la extinta Comunidad Económica Europea y en constante readaptación desde que tuvo lugar el primer paquete de medidas después de la elaboración del Libro Blanco, de 28 de abril de 1999, sobre modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE<sup>936</sup>; su aplicación privada ha sido objeto de reconocimiento y desarrollo progresivo<sup>937</sup>.

La eclosión que en los últimos años ha experimentado el *private enforcement* en el ámbito europeo, hasta culminar en la Directiva 2014/104/UE, encuentra su célula embrionaria en la **labor interpretativa del TJUE** que, apremiado por el impulso de los particulares, acabó por compeler a las instituciones comunitarias a reconsiderar el valioso papel que los particulares pudieran llegar a desempeñar en la protección de las normas de la competencia<sup>938</sup>. Una defensa expresa de esta incipiente realidad pudo constatar, en un primer momento, a raíz del famoso **caso Crehan y Courage**, de 2001<sup>939</sup>.

---

<sup>936</sup> El *Libro Blanco de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, de 2 de abril de 2008 (COM/2008/01665 final) promovió, en un esfuerzo acertado por simplificar y agilizar los trámites administrativos de los operadores económicos, la sustitución del anterior sistema de notificación y autorización previa a cargo de la Comisión Europea, por uno más expeditivo y eficaz de excepciones legales, basado en el autoexamen y responsabilidad empresarial, pudiendo ser éstas objeto de control, *a posteriori*, tanto por la Comisión como por las autoridades nacionales.

<sup>937</sup> HERNÁNDEZ BATALLER, B. “El derecho al pleno resarcimiento en la Directiva 2014/104/UE”, en *Derecho europeo de la competencia: proyecto europeo*, *ob. cit.*, págs. 184 y ss.

<sup>938</sup> BIEBER, R. *et alii*, *Introduction au droit européen de la concurrence*, Stämpfli Editions, Berna, 2002, págs. 3-4; FRATEA, C. *Los primeros pronunciamientos del TJUE sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 16, 2016, págs. 643-644.

<sup>939</sup> STJUE (Gran Sala) de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99 (Bernard Crehan/Courage Ltd *et alii*). No obstante, en otras resoluciones anteriores al caso *Courage*, el TJUE ya declaró la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para entrar a conocer, a título incidental, de las normas de competencia respecto a la resolución de una acción de nulidad [entre otras, vid. STJUE de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89 (Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG); STPIUE de 18 de septiembre de 1992, asunto T-24/90 (Automec/Comisión Europea); o STPIUE de 30 de abril de 1998, asunto C-230/96 (Cabour Comisión Europea)];. La incidencia que pueden desplegar las acciones de reclamación por daños y perjuicios en la realización de la actividad pública de las autoridades de la competencia – especialmente en cuanto a la eficacia e interacción con los programas de clemencia – fue debidamente analizada en posteriores resoluciones, entre otras, vid. STJUE (Gran Sala) de 3

En este asunto, con motivo de las cláusulas excesivas impuestas por el distribuidor en un contrato de suministro, el TJUE reconoció la capacidad de cualquier particular para invocar ante la jurisdicción ordinaria el incumplimiento de los arts. 101 y 102 del TFUE. De la misma forma que las normas comunitarias imponen cargas a los particulares, *“el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean no solo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias”*. De otra parte, para no desvirtuar el efecto útil de los preceptos comunitarios, el Alto Tribunal comunitario consagró también, en este caso *Courage y Crehan*, el derecho de cualquier persona a recabar una reparación plena y efectiva por los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado una conducta contraria a los arts. 101 y 102 del TFUE, ya que al producir éstos un efecto directo en las relaciones entre particulares *“crean derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar”*.

Posteriormente, en el no menos conocido **asunto *Manfredi*** de 2006<sup>940</sup>, el TJUE no solo mantuvo el reconocimiento de legitimación a los terceros perjudicados para poder accionar los mecanismos normativos y solicitar la nulidad o la reparación que se derivase de un hecho u acto antijurídico, sino que también aprovechó para sugerir el efecto positivo (hasta ahora no tenido en cuenta) que bien pudiera derivarse de una adecuada regulación de la aplicación privada de la libre competencia. En palabras del propio Tribunal, en este caso *“un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales*

---

de mayo de 2011, C-375/09 (*Tele2 Polska*) y STJUE (Gran Sala) de 14 de junio de 2011, asunto C-360/09 (*Pfleiderer AG/ Bundeskartellamt*).

<sup>940</sup> STJUE (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, asunto C-295/04 (*Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriático et alii*).



*nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”.*

Si bien los pronunciamientos contenidos en las resoluciones *Courage* y *Manfredi* supusieron un importante avance para la génesis del *private enforcement*, en la medida que permitieron tomar conciencia acerca de la posibilidad que una conducta contraria a los arts. 101 y 102 del Tratado pudiera también ocasionar daños en la esfera privada de los particulares; lo cierto es que su alcance práctico no excedió del de una mera proclamación de intenciones. Tanto los requisitos de fondo como de procedimiento, relativos al ejercicio de las acciones de daños y perjuicios, seguían estando supeditados a lo establecido en los ordenamientos jurídicos internos. El único extremo al que venía sujeto cualquier normativa nacional, por expreso pronunciamiento del TJUE, tenía que ver con el contenido mínimo de dichas acciones, pues éste debía incluir no sólo la reparación del daño emergente, sino también el lucro cesante y el pago de intereses.

La libertad de movimiento de la que disponían los Estados miembros para la previsión de este tipo de acciones civiles, de base compensatoria y disuasoria, era más pronunciada, si cabe, en las cuestiones procesales. De hecho, éstas tan solo se encontraban moduladas, mínimamente, por el obligado respeto a los principios generales de efectividad y equivalencia, ambos propios del Derecho de la Unión Europea<sup>941</sup>. De ahí, precisamente, que también desde la perspectiva procesal fuese evidente la necesidad de afrontar una intervención normativa sobre el particular<sup>942</sup>.

Sin duda, un punto de inflexión que marcó un antes y un después en el desarrollo de la aplicación privada de la competencia, cabe situarlo en el

---

<sup>941</sup> PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 39 y ss.

<sup>942</sup> SANCHO GARGALLO, I. “El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (dirigido por el mismo autor), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 22-23.

momento de la promulgación del **Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82**<sup>943</sup> (hoy, artículos 101 y 102 del TFUE); así como en la posterior aprobación de la *Comunicación de la CE, de 27 de abril de 2004, relativa a los principios que deben regir en la aplicación de los preceptos comunitarios y la cooperación entre autoridades administrativas y judiciales*<sup>944</sup>. Junto con la sustitución del sistema de notificación y comunicación previa de los acuerdos o prácticas que eventualmente pudiesen reputarse contrarios a la competencia, otro de los ejes principales del Reglamento 1/2003 tuvo que ver con la descentralización en la aplicación del Derecho comunitario<sup>945</sup>. En esta línea, se reforzó el papel, hasta la fecha apenas anecdótico, de la actuación de los órganos jurisdiccionales en materia de competencia, así como se dotó de un mayor protagonismo a las autoridades nacionales de los Estados miembros (arts. 3 y 6 del Reglamento 1/2003) pero reconociendo, en paralelo, el carácter vinculante de las resoluciones de la Comisión (art. 16 del Reglamento 1/2003)<sup>946</sup>.

---

<sup>943</sup> *Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado por el cual se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, 2988/74 y núm. 3975/87, de 26 de noviembre de 2002 (DOCE L 1, de 4 de enero de 2003).*

<sup>944</sup> *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de competencia, de 27 de abril de 2004 (2004/C101/03).*

<sup>945</sup> Tal y como afirmaron MONCKTON CHAMBERS, A. M. “*Private enforcement of EC Competition Law*”, en *Introduction to EU Competition Law* (dirigido por Peter R. Willis), Informa Professional, United Kingdom, 2005, págs. 294-295; y WAELBROECK, D. “*Le régime des pratiques restrictives de concurrence et le règlement 1/2003 relatif à l’application des articles 81 et 82 du Traité CE*”, en *Aspects récents du Droit de la concurrence* (dirigido por Andrée Puttemans), Bruylant, Bruxelles, 2005, págs. 6-14, el Reglamento 1/2003 pretendía, como objetivo principal, establecer unas mínimas directrices comunes de las que hicieran uso tanto las autoridades administrativas como judiciales encargadas de aplicar la normativa de defensa de la competencia en los Estados miembros. Y ello, en aras a reforzar y armonizar los procedimientos de persecución, así como concretar las facultades de inspección y medidas cautelares de las que disponía la Comisión Europea. Además, de la lectura de sus considerandos ya se desprendía la preocupación de las instituciones comunitarias por hacer frente a la aplicación dispar que padecía la normativa comunitaria en cada uno de los Estados, así como se advertía el diferente papel que jugaban algunos de los aspectos procesales (muy en especial, la carga y valoración probatoria en los procesos por infracción de la normativa de la competencia).

<sup>946</sup> HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 8º, núm.1, 2016, pág. 152: “*El Reglamento 1/2003, al reconocer la eficacia directa de los arts. 81 y 82 (actuales arts. 101 y 102 TFUE) en toda su extensión, sustituyendo el sistema de autorización previa por uno de excepción legal, vino a reforzar el papel -hasta el momento casi nulo- de los jueces civiles en la aplicación de las normas de*

No obstante, las acciones de reparación por daños y perjuicios promovidas en el seno de las normas de competencia no fueron efectivamente potenciadas en Europa hasta la aparición de diferentes documentos de interés sobre el tema que nos afecta<sup>947</sup>. El primer documento de estudio que vino a reflejar las diferencias de tratamiento que ofrecían los ordenamientos de los Estados miembros respecto a las reclamaciones de daños y perjuicios y que, desde el análisis de los diferentes constructos del informe (tanto sustantivos como procesales), puso de relieve la falta de adaptación de la aplicación privada de las normas de competencia en Europa, consistió en un estudio privado encargado por la Comisión Europea en 2004 (**Informe Ashurst**)<sup>948</sup>.

Tras la puesta en escena que supuso el referido *Informe Ashurst*, un año más tarde se elaboró el primer documento institucional por parte de la Comisión, el **Libro Verde de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia**<sup>949</sup>. En él, además de advertir como las legislaciones nacionales diferían sustancialmente en aspectos fundamentales sobre la reparación de daños y perjuicios, la Comisión invitó a reflexionar en torno al más que notable estado de “subdesarrollo” que adolecía la aplicación privada en los diferentes Estados miembros, identificó las

---

*competencia. Ha sido precisamente, a través del reconocimiento de la eficacia directa de las normas de competencia, que el Tribunal de Justicia ha podido introducir en el ordenamiento comunitario la acción de resarcimiento promovida por un operador económico -empresa o consumidor- como consecuencia de una restricción ilícita de la competencia en el mercado común”.*

<sup>947</sup> Ante este complejo iter normativo, no puede sorprender que dicho “largo camino” (JIMÉNEZ LATORRE, F. *La reclamación de daños por infracciones de competencia*, en *La Ley*, núm. 25, 2012, pág. 5) hasta la Directiva de daños haya sido calificado como “viaje de Ulises” (MARTÍ MIRAVALLS, J. *Acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción*, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo 37, 2016/2017, pág. 31-32) o de “travesía compleja” (BERENGUER FUSTER, L. “¿La piedra de Sísifo o el tejido de Penélope? Idas y venidas de la norma de la UE para la reclamación de daños en materia de competencia”, en *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, págs. 55 y ss.).

<sup>948</sup> *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, elaborado por la firma de abogados ASHURST, de 31 de Agosto de 2004. El *Informe Ashurst*, como los demás documentos relativos a los condicionantes y estado en el que se hallaba el *private enforcement* en cada uno de los Estados miembros, pueden consultarse en <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>

<sup>949</sup> *Libro Verde de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, de 19 de diciembre de 2005 (COM/2005/0672 final).

principales barreras que dificultaban el ejercicio de las acciones de daños y sometió a consulta pública diferentes alternativas<sup>950</sup>.

Con posterioridad, el conocido como **Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios de 2008**<sup>951</sup>, precedido por el *Discussion paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*<sup>952</sup>, supuso un primer amago de sistematización, en un único texto prelegislativo, de la jurisprudencia emanada por el TJUE. Dicho *Libro Blanco* también concretó diferentes propuestas de acción comunitaria para lograr un desarrollo efectivo, pero conjunto, de los sistemas de aplicación privada del Derecho de la competencia<sup>953</sup>.

El proceso consultivo acerca del estado y regulación de las acciones por daños y perjuicios en materia de competencia finalmente desembocó, tras sucesivos borradores no oficiales y teniendo en cuenta otros documentos de análisis internacionales (vgr. *trabajos de la Conferencia de Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo de 2010*)<sup>954</sup>, en la **Propuesta de Directiva de Daños de**

---

<sup>950</sup> BECKER, R. *et alii*, *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, en *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2008, pág. 4.

<sup>951</sup> *Libro Blanco de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, de 2 de abril de 2008 (COM/2008/01665 final).

<sup>952</sup> En dicho documento de consulta elaborado por la Comisión se contemplan diferentes medidas que pueden ser adoptadas, tanto por la Comisión como, especialmente, por los diferentes Estados miembros, en orden a facilitar el ejercicio de las acciones de naturaleza indemnizatoria. Puede considerarse, sin duda, un paso previo a lo que más tarde constituyó el Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de la competencia de 2008 (HERRERO SUÁREZ, C. *La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo*, en *La Ley -Estudios-*, núm. 3, 2008, págs. 104-105).

<sup>953</sup> BECKER, R. *et alii*, *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, *ob. cit.*, págs. 5 y ss.; COLOMER HERNÁNDEZ, I. "La tutela judicial de la defensa de la competencia", en *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia* (dirigido por Parejo Alfonso y Palomar Olmeda), Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 495; GUILLÉN CARAMÉS, J. "La cooperación entre jueces y autoridades administrativas en la aplicación privada del Derecho de la competencia", en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre Daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, págs. 246-247

<sup>954</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre "Tratamiento de la problemática de los productos básicos mediante políticas relacionadas con el comercio", elaborado por la Junta de Comercio y Desarrollo Comisión de Comercio y Desarrollo, en la reunión multianual de expertos sobre productos básicos y desarrollo, segundo período de sesiones, Ginebra, 24 y 25 de marzo de 2010.

**2013**<sup>955</sup>, seguida, a su vez, de otros informes relevantes acerca de los criterios de cuantificación<sup>956</sup> e, incluso, de diferentes propuestas o recomendaciones acerca de la potenciación del recurso colectivo ante la UE<sup>957</sup>. Todo este elenco documental también se ha visto reforzado con motivo de la actual **Directiva ECN+**<sup>958</sup> y de la todavía más reciente **Comunicación sobre directrices para estimar los sobrecostes repercutidos a los compradores indirectos**<sup>959</sup>, que también han facilitado la toma de conciencia acerca de la conveniencia, por no decir necesidad, de afrontar una regulación específica y armonizada de todas aquellas cuestiones que tienen que ver con la siempre compleja aplicación privada del Derecho de la competencia<sup>960</sup>.

Aun cuando la posibilidad de reclamar ante la jurisdicción civil ordinaria los daños y perjuicios patrimoniales que resultaren de una actividad anticompetitiva ya existía en Europa, cuando menos en el plano teórico, desde el Tratado de Roma de 1957 (en España desde la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia); es lo cierto que no ha sido hasta la aprobación de la **Directiva 1014/104/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del**

<sup>955</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, de 11 de junio de 2013, COM (2013) 404 final.

<sup>956</sup> Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio de las demandas de daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 del Tratado Fundacional de la Unión Europea, de 13 de junio de 2013 (2013/C 167/07).

<sup>957</sup> Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización de los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE).

<sup>958</sup> Directiva 2019/1 del Parlamento europeo y del Consejo encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, de 11 de diciembre de 2018 (PE/42/2018/REV/1).

<sup>959</sup> Comunicación de la Comisión sobre directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto, de 9 de agosto de 2019 (2019/C 267/07).

<sup>960</sup> HERNÁNDEZ BATALLER, B. "El derecho al pleno resarcimiento en la Directiva 2014/104/UE", en *Derecho europeo de la competencia: proyecto europeo*, ob. cit., pág. 192.

*Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*<sup>961</sup> que, junto a incentivarse la aplicación privada del Derecho de la competencia, también se ha puesto el acento en asegurar una eficaz protección de los programas de clemencia<sup>962</sup>.

La Directiva de Daños, aun siendo de mínimos<sup>963</sup>, también ha incorporado el tratamiento de diferentes cuestiones que afectan al Derecho de la competencia y que, hasta la fecha, habían sido resueltas, de forma muy variopinta, por los legisladores y órganos jurisdiccionales nacionales de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea. Todo ello, desde la perspectiva del resarcimiento patrimonial de quien se haya visto perjudicado por un ilícito contrario al Derecho la competencia, mediante la oportuna armonización normativa de este peculiar ámbito jurídico, tanto en su dimensión sustantiva como procesal<sup>964</sup>.

---

<sup>961</sup> Vid. apartado III.2 de este mismo capítulo.

<sup>962</sup> GALÁN CORONA, E. “La aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la competencia: Clemencia (I)”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, págs. 57-58.

<sup>963</sup> SÁNCHEZ GIMENO, S. y GAY QUINZÁ, I. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aspectos procesales*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 22, 2018, pág. 2.

<sup>964</sup> Con carácter general sobre la Directiva 2014/104/UE (tanto en relación a sus sucesivos proyectos como respecto a lo que constituyó su versión definitiva), véanse, entre otros: ALFARO ÁGUILA-REAL, M. *Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la competencia*, en *InDret*, ob. cit.; BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015; CALLOL, P. y YUSTE, M. “La directiva comunitaria sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de las infracciones del Derecho de la competencia. Principales novedades y potenciales incidencias en el ordenamiento jurídico español”, en *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia. Anuario de 2014* (coordinado por Recuerda Girela), Civitas/Cizur Menor, Navarra, 2015; FONT RIBAS, A. y VILÀ COSTA, B. *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2012; ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España*, en *EIDerecho.com*, 1 de enero de 2015; PEDRAZ CALVO, M. y ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *El Derecho Europeo de la competencia y su aplicación en España. Liber Amicorum en Homenaje a Santiago Martínez Lage*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014; RUIZ PERIS, J. I. *La compensación de daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición*, Aranzadi, Navarra, 2016; TORRE SUSTAETA, M. V. *La aplicación del Derecho de la competencia en Europa. Intereses en juego y vías de tutela*, Aranzadi, Navarra, 2014; y de la misma autora, *Daños y perjuicios por infracción de normas de la competencia*, ob. cit. págs. 28 y ss.

Sin embargo, a diferencia de lo que cabía apreciar en la Propuesta de la Comisión Europea de 2009, la Directiva de 2014 no incluyó, finalmente, referencia alguna al ejercicio de las acciones colectivas en materia de daños. Tan trascendente “olvido”<sup>965</sup> comportó que su regulación fuese relegada, en un primer momento, a la *Recomendación de la Comisión Europea, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación e indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea*<sup>966</sup>; y que con fecha reciente se haya enfrentado, muy de soslayo, mediante la aprobación de la nueva propuesta de Directiva dirigida a la armonización de las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios de 2019<sup>967</sup>.

Ahora bien, llegados a este punto, resulta obligado concluir que el reforzamiento de la aplicación privada del Derecho de la competencia que se acaba de reflejar en las líneas precedentes y también cupo apreciar en el inmóvil Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014<sup>968</sup>, no comporta la

---

<sup>965</sup> BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., pág. 3; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 41-42.

<sup>966</sup> *Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación e indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea*, de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE). Sobre dicha recomendación, véase, por todos: COROMINAS BACH, S. *Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la recomendación de 11 de junio de 2013)*, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 34, 2014. Por lo que hace referencia a dichas acciones colectivas, vid. *infra* Cap. IV.

<sup>967</sup> *Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE*, de 11 de abril de 2018 (COM/2018/184 final-2018/0089).

<sup>968</sup> El *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*, de 30 de marzo de 2014 (C.M. 30/05/2014) remitido por el Gobierno a las Cortes en junio de 2014, ubicó, en concreto, la regulación del Derecho de Defensa de la competencia, en su Libro II, relativo al “*Derecho de la competencia y la Propiedad Industrial*”; mientras que reunía en un único Título, el IV, “*las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de competencia*”. Sobre esta particular propuesta legislativa, véase, por todos: COSTAS COMESAÑA, J. *La especialidad del Derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil: estudios sobre el futuro Código Mercantil, libro homenaje al Prof. Rafael Illescas Ortiz*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

sustitución del sistema de aplicación pública del Derecho de la competencia<sup>969</sup>. Como bien ha señalado DÍEZ ESTELLA<sup>970</sup>, ambos sistemas, el de aplicación pública y el de aplicación privada del Derecho de la competencia, están llamados a complementarse, no a sustituirse entre sí. Ambas vertientes son necesarias en aras a conseguir la aplicación efectiva del Derecho de la competencia. Ello es así porque se trata de dos sistemas llamados a convivir en equilibrio, en tanto que el primero, esto es, el sistema de aplicación privada, centra su atención en la consecución del resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva; y el segundo, el referido al sistema de aplicación pública, persigue, mediante la implementación de una política sancionadora, un claro objetivo de naturaleza disuasoria<sup>971</sup>.

De igual modo que resultaría del todo inútil pretender que un vehículo fuese capaz de avanzar sin combustión, bien poca sería la distancia que nuestro sistema protector de la competencia pudiera recorrer si, tras la atribución de la correspondiente responsabilidad administrativa al infractor, éste no quedaría obligado, de algún modo, a remover las consecuencias generadas con su

---

<sup>969</sup> En esta misma dirección, a la cual nos adherimos, véanse, entre otros, DÍEZ ESTELLA, F. y PÉREZ FERNÁNDEZ, P. *La Directiva de acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia*, en *Revista Aranzadi – Unión Europea*, núm. 7, 2014, págs. 41 y ss., quienes afirman que ambos modelos son dos caras de una misma moneda (opuestas y complementarias), que es el Derecho de la competencia; JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J. y MASIA, J. *Examen de cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho de la competencia en España*, en *La Ley*, núm. 30, 2012, pág. 27: “Entendemos que el debate existente entre el equilibrio entre estructuras y políticas de aplicación privada y pública del Derecho de la competencia está formal y materialmente resuelto en favor de un sistema dual. La aplicación exclusiva de una de las dos formas nunca parece óptimo desde el punto de vista social. El exceso de cualquiera posiblemente tampoco, por lo que sigue abierta, máxime desde las iniciativas legislativas de armonización, la discusión acerca del adecuado equilibrio entre el interés público y privado”; y MARTÍ MIRAVALLS, J. *Acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción*, *ob. cit.*, pág. 30 y ss.

<sup>970</sup> DÍEZ ESTELLA, F. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 1, marzo de 2019, pág. 270.

<sup>971</sup> BALMISA GARCÍA SERRANO, C. “*La batalla contra los cárteles y los abusos de posición dominante, la visión de las autoridades de la competencia*”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017, pág. 6. Y ello sin olvidar, por extensión, que aunque el efecto disuasorio no es propio, en sentido estricto, de la aplicación privada; aspectos tales como, por ejemplo, la responsabilidad conjunta y solidaria, también contribuyen, siquiera sea indirectamente, a reforzar el efecto preventivo de los correctivos de naturaleza pública de las autoridades administrativas (ALONSO SOTO, R. “*La aplicación privada del Derecho de la competencia*”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre Daños derivados de ilícitos concurrenciales*, *ob. cit.*, pág. 123).



actuación, así como a restituir a los afectados, en el caso concreto, a su anterior estado. De poco o nada serviría encomendar la protección de la competencia al Estado, así como a las correspondientes Comunidades Autónomas, mediante el establecimiento de un cuerpo normativo en favor de la misma y la correspondiente tutela administrativa, si luego no se dispone, en la práctica, de un cauce específico mediante el cual articular la reparación de aquellos efectos perjudiciales que puedan derivar de esas mismas conductas atentatorias contra la competencia<sup>972</sup>.

Sin duda, lo más complicado, cara al presente y futuro inmediato, será conseguir que los diferentes Estados miembros de la Unión, bajo un prisma de armonización legislativa, tanto sustantiva como procesal, sean capaces de ponderar, en su justa medida, ambas modalidades de aplicación, máxime si tenemos presente la compleja convivencia, de incentivos y desincentivos, que afectan a la potenciación del ejercicio de las acciones de daños y el seguimiento de los programas de clemencia<sup>973</sup>.

### **III.2.- La apuesta de la Directiva 2014/104/UE por una interacción coordinada, en el ámbito de la Unión Europea, entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia**

Las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados por comportamientos contrarios a la libertad de competencia constituyen uno de aquellos elementos que persiguen configurar un eficaz sistema de Derecho Privado relativo a las infracciones del Derecho de la competencia<sup>974</sup>. Pero no el único, pues se acompaña tanto de vías alternativas de reparación, de base

---

<sup>972</sup> POSNER, R. *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001, 2ª ed., págs. 266-267.

<sup>973</sup> CANTOS, F., CARRERA, E. y GONZALO, P. *La aplicación privada del Derecho de la competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita*, en *La Ley*, nueva época, n. 36, noviembre-diciembre de 2013, pág. 36

<sup>974</sup> Vid. Considerandos 5 y 6 de la Directiva 2014/104/UE.

consensual de las controversias, como de aquellos incentivos a las partes, en orden a la concesión del resarcimiento, que provienen de las decisiones de ejecución de las correspondientes autoridades públicas. La máxima eficacia en este terreno deriva, en el ámbito de la Unión Europea, de la interacción coordinada entre la aplicación privada, con arreglo a las normas de naturaleza civil y procesal, y la aplicación pública por parte de las autoridades de la competencia<sup>975</sup>.

La Directiva 2014/104/UE establece un conjunto de normas necesarias para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas, pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento (art. 1 de la Directiva)<sup>976</sup>. Ello responde al objetivo de fomentar una competencia real en el mercado interior, así como al intento de eliminar aquellos obstáculos que impiden su buen funcionamiento, para lo cual se persigue garantizar una protección equivalente en toda la Unión y para todas aquellas personas que hayan sufrido los perjuicios derivados de una infracción competencial. Sus normas vienen orientadas, pues, no solo a coordinar la aplicación de la normativa sobre competencia por parte de las autoridades en la materia, sino también a aplicar dichas normas a aquellas acciones por daños que se ejerzan antes los órganos jurisdiccionales nacionales de cada Estado<sup>977</sup>.

A tal efecto, la Directiva dedica su art. 2 a incorporar un amplio elenco de **definiciones relacionadas con las infracciones del Derecho de la**

---

<sup>975</sup> FRESE, M. *Fines and damages under EU competition law: implications of the accumulation of liability*, en *World Competition Law and Economic Review*, vol. 34, núm. 3, 2011, págs. 397 y ss.; MARTÍNEZ MORIEL, I. *La protección de la información aportada en el contexto de una solicitud de clemencia ante las acciones civiles de daños y perjuicios*, en *La Ley*, núm. 32, 2013, págs. 62-63; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M. C. *Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracciones de competencia*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 16, 2015, págs. 2-3.

<sup>976</sup> VILÀ COSTA, B. *“Private enforcement del Derecho de la competencia y Derecho Internacional Privado: algunas reflexiones y propuestas sobre los foros contractual y extracontractual a la luz de la jurisprudencia del TJUE”*, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y la propia autora), Marcial Pons, Barcelona, 2012, pág. 84.

<sup>977</sup> Vid. Considerando 9 de la Directiva 2014/104/UE.

**competencia.** Entre aquellas más significativas cabe traer a colación las relativas a la *infracción del Derecho de la competencia* (toda infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE o del Derecho nacional en materia de competencia); al *infractor* (empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia); al *Derecho nacional de la competencia* (las disposiciones de Derecho nacional que persiguen, predominantemente, el mismo objetivo que los arts. 101 y 102 del TFUE y se aplican sobre un mismo asunto y de forma paralela a las disposiciones comunitarias, sin incluir las normas nacionales que ya prevean la imposición de sanciones penales a las personas físicas, excepto en la medida en que dichas sanciones penales sean el medio para ejecutar las normas sobre competencia); a la *acción por daños* (toda acción conforme al Derecho nacional, mediante la cual una parte presuntamente perjudicada u otra persona en su representación, presente ante un órgano jurisdiccional nacional una reclamación tendente al resarcimiento de daños y perjuicios); a la *reclamación de daños y perjuicios* (toda reclamación de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción del Derecho de la competencia); a la *parte perjudicada* (la persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia); a la *autoridad nacional de competencia* (autoridad designada por un Estado miembro como responsable de la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE); al concepto de *cártel* (todo acuerdo o práctica concertada, entre dos o más competidores, cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra, de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia); al *programa de clemencia* (todo programa relativo a la aplicación del art. 101 del TFUE, o de una disposición análoga de la legislación nacional, según el cual un participante en un cártel secreto coopera con la investigación de la autoridad de competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cártel y de su

papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la dispensa de pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma); a la *declaración en el marco de un programa de clemencia* (toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se hayan elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente); a la *información preexistente* (las pruebas que existen independientemente del procedimiento de una autoridad de competencia, tanto si esa información consta en el expediente de una autoridad de competencia como si no); a la *solicitud de transacción* (toda declaración efectuada voluntariamente por una empresa, o en su nombre, a una autoridad de competencia en la que se reconozca o renuncie a discutir su participación y responsabilidad en una infracción del Derecho de la competencia, y que haya sido elaborada específicamente para que la autoridad de competencia pueda aplicar un procedimiento simplificado o acelerado); al *comprador directo* (entendido como aquella persona física o jurídica que ha adquirido, directamente de un infractor, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia); y al *comprador indirecto* (aquella persona física o jurídica que ha adquirido no directamente del infractor, sino de un comprador directo o de otro posterior, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia).

Tras este catálogo definitorio, la Directiva de daños centra su atención en el reconocimiento expreso del **derecho al pleno resarcimiento** (art. 3), pues todos los Estados vienen obligados a velar por que cualquier persona física o jurídica, que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, pueda reclamar y obtener el pleno resarcimiento de dicho perjuicio, en el bien entendido que la plenitud de resarcimiento implica

devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia.

En otras palabras, el resarcimiento, para poder calificarse como pleno, abarcará no solo el derecho a indemnización por el daño emergente, sino también por el lucro cesante, a todo lo cual cabe añadir, además, el pago de los correspondientes intereses. El pago de dichos intereses es un elemento clave del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, debiendo ser exigido desde el momento en que ocurrió el daño y hasta aquel en que se abone su correspondiente indemnización (sin perjuicio de que en el Derecho nacional dichos intereses puedan calificarse de compensatorios o de demora, y de que se tenga en cuenta el transcurso del tiempo como categoría independiente, o como parte constitutiva de la pérdida experimentada o de la pérdida de beneficios). En cualquier caso, el pleno resarcimiento no deberá, bajo ningún concepto, conducir a los sujetos perjudicados a situaciones de sobrecompensación.

Para ello, en aplicación de los principios de efectividad y equivalencia (art. 4)<sup>978</sup>, los Estados miembros velarán para que todas las normas y los procedimientos nacionales, relativos al ejercicio de las acciones por daños, se conciban y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento dentro de los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados de la Unión (**principio de efectividad**); así como las normas y procedimientos nacionales, relativos a las acciones por daños derivados de infracciones de los arts. 101 y 102 TFUE, no serán menos favorables para las presuntas partes perjudicadas que los que

---

<sup>978</sup> Sobre la correcta interpretación de ambos principios comunitarios en el desarrollo de las acciones privadas por daños derivados de ilícitos concurrenciales, vid. por todos: CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, ob. cit., págs. 9-10; GÓMEZ TRINIDAD, S. *Defensa de la competencia. Aplicación práctica*, Juruá, Lisboa, 2017, págs. 20-23; MARTÍN MARTÍN, G. *competencia, enriquecimiento y daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 42 y ss.; PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., págs. 39 y ss.; RUIZ PERIS, J. I. “Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (dirigido por el mismo autor), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 40 y ss.

regulan las acciones nacionales por daños similares causados por infracciones de la normativa estatal (**principio de equivalencia**).

Como es fácil pensar, las acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la Unión o nacional suelen exigir un análisis fáctico y económico complejo. Las pruebas que se suelen necesitar para acreditar una reclamación de daños y perjuicios suelen estar exclusivamente en posesión de la parte contraria o de terceros, y no son conocidas suficientemente por el actor o escapan de su alcance. Ante la realidad descrita, la fijación de estrictos requisitos legales que exijan, por parte de los perjudicados, hacer valer en detalle todos los hechos del caso y aportar elementos de prueba muy específicos en el ejercicio inicial de una acción de reclamación de daños y perjuicios, puede acabar por obstaculizar indebidamente el ejercicio efectivo del derecho al resarcimiento garantizado<sup>979</sup>. De ahí, precisamente, el carácter vital que corresponde atribuir a la prueba en el ejercicio de las acciones por daños por infracción del Derecho de la competencia<sup>980</sup>.

Dada la asimetría que es propia de estos litigios en orden a la información, resulta conveniente garantizar que se otorgue a las partes demandantes el derecho a obtener la **exhibición de fuentes pruebas relevantes** con las que fundar sus pretensiones, sin que sea obligado concretar las piezas concretas de prueba. En un proceso regido por el principio de igualdad de armas y oportunidades procesales, esta posibilidad de exhibición también debe estar a disposición de los sujetos pasivos de las acciones de daños. Siendo así, éstos pueden ordenar también la exhibición de las correspondientes fuentes de prueba a las de las partes actoras. En este terreno probatorio, la Directiva 2014/104/UE también contempla que los propios órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar a terceros, la exhibición de fuentes, entre las que se incluyen las autoridades públicas. Los órganos jurisdiccionales nacionales

---

<sup>979</sup> HERNÁNDEZ BATALLER, B. “El derecho al pleno resarcimiento en la Directiva 2014/104/UE”, en *Derecho europeo de la competencia: proyecto, ob. cit.*, págs. 197-198.

<sup>980</sup> Vid. Considerandos 14 y 15 de la Directiva 2014/104/UE.

deben tener, de hecho, la facultad de ordenar la exhibición, bajo su estricta supervisión, de pruebas o de categorías de pruebas específicas, a petición de parte, en particular por lo que concierne a la necesidad y la proporcionalidad de la medida de exhibición<sup>981</sup>.

Concretamente, la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre, dedica su Capítulo II (arts. 5 a 8) a la regulación de la exhibición de fuentes de prueba, con referencia particular a aquellas contenidas en un expediente de una autoridad de competencia, los límites impuestos al uso de pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de competencia, y las correspondientes sanciones. Se constata así, no tanto la importación del sistema americano del *discovery*, lo cual implicaría una reforma en profundidad, desde la perspectiva de rebajar el nivel de protección de la privacidad en nuestro ordenamiento jurídico, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Constitución; sino más bien la incorporación, en pequeñas dosis, del sistema de *disclosure* o de exhibición<sup>982</sup>.

Por lo que hace referencia a los **plazos para ejercitar las acciones de daños**, el art. 10 de la Directiva objeto de análisis, dispone que los mismos no iniciarán su cómputo antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia, siempre que el actor tenga conocimiento, o hubiera podido razonablemente conocer, acerca de: la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y la identidad del agente infractor. Y todo ello, además, tomando en consideración que los Estados miembros de la Unión Europea deberán velar para que el plazo de ejercicio de una acción por daños sea, cuando menos, de cinco años.

En lo que constituye un régimen de **responsabilidad conjunta y solidaria** (art. 11), los Estados miembros velarán para que las empresas que hayan infringido

---

<sup>981</sup> Vid. Considerandos 16 y 23 de la Directiva 2014/104/UE.

<sup>982</sup> HERRERA PETRUS, C. “*Discovery*”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017, pág. 13; RIVERA GARCÍA, C. “*Discovery*”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017, pág. 13.

el Derecho de la competencia, resulten conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia. En consecuencia, cada una de dichas empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido reparada. Todo ello teniendo bien presente que las empresas que cooperan con las autoridades de la competencia a través de los programas de clemencia, de haberse beneficiado de una dispensa del pago de las multas decretada por una autoridad de competencia, deben quedar protegidas contra el riesgo de acabar indebidamente expuestas a reclamaciones de daños y perjuicios.

Recuperando la exigencia de garantizar la plena efectividad del derecho al resarcimiento pleno, los Estados miembros también tienen la obligación de garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio pueda reclamarlo del infractor, y ello con independencia de que se trate de un comprador directo o indirecto, pero, eso sí, evitando el riesgo de incurrir en indemnizaciones muy por encima de lo daños y perjuicios causados al perjudicado por la infracción del Derecho de la competencia, como situaciones que conducen a una falta de responsabilidad del infractor<sup>983</sup>.

En orden a la ponderación de la **repercusión de los sobrecostes**, con la finalidad de evitar la sobrecompensación (art. 12), los Estados miembros vienen obligados a fijar las disposiciones procesales adecuadas que permitan garantizar que el resarcimiento por el daño emergente, en cualquier nivel de la cadena de suministro, no supere el perjuicio por el sobrecoste sufrido a ese nivel. Todo ello, en todo caso, sin perjuicio del derecho de una parte perjudicada a reclamar y obtener una indemnización por el lucro cesante debido a una repercusión total o parcial de los sobrecostes.

En coherencia con lo que se acaba de exponer, los Estados miembros también vienen obligados a garantizar que el sujeto contra el que se dirige la

---

<sup>983</sup> Vid. Considerando 37 de la Directiva 2014/104/UE.



reclamación por daños y perjuicios pueda invocar, como defensa en el proceso por daños y perjuicios, el hecho de que el actor hubiere repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia (art. 13). La Directiva también centra su atención, respectivamente, por lo que hace a la repercusión de los sobrecostes, en los compradores indirectos (art. 14), a las acciones por daños ejercitadas por aquellos demandantes situados en diferentes niveles de la cadena de suministro (art. 15), y a las orientaciones para los órganos jurisdiccionales nacionales en orden a la estimación de la cuota de los sobrecostes sobre el comprador indirecto (art. 16). Acto seguido, afronta la regulación de la cuantificación del perjuicio (art. 17) y de la solución extrajudicial de controversias (arts. 18 y 19).

Por lo que concierne a la **cuantificación del perjuicio**, parece obvio que quienes, en cuanto perjudicados que han demostrado haber sufrido una pérdida patrimonial como consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia, tengan que demostrar también, por extensión, la magnitud del daño que han sufrido. Ello, con frecuencia, obligará a manejar gran cantidad de elementos fácticos y puede requerir de la aplicación de complejos mecanismos económicos. De ahí, que bien pueda decirse que no serán pocos actores los que se vean ante notables dificultades y obstáculos para obtener los datos necesarios que permitan sustanciar, con éxito, sus pretensiones de resarcimiento efectivo de daños y perjuicios<sup>984</sup>.

En este terreno, la Unión Europea no ha incorporado ningún tipo de norma relativa a cómo cuantificar dichos perjuicios, de tal modo que corresponderá a cada uno de los ordenamientos nacionales determinar sus propias normas sobre el particular, así como a los Estados miembros y a los órganos jurisdiccionales nacionales concretar cuáles serán aquellos requisitos que debe cumplir el actor a la hora de acreditar la cuantía del perjuicio sufrido, los métodos de cuantificación y las consecuencias de no poder respetar, en su totalidad, dichos requisitos. Sea como fuere, la Directiva de daños ha dispuesto

---

<sup>984</sup> Vid. Considerando 45 de la Directiva 2014/104/UE.

que los requisitos nacionales de cuantificación del perjuicio en el ámbito del Derecho de la competencia no deben ser menos favorables, por aplicación del principio de equivalencia, que aquellos otros que los regulados en acciones nacionales de naturaleza similar, así como tampoco deben provocar que el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento devenga imposible o excesivamente difícil (principio de efectividad)<sup>985</sup>.

Respecto a la **solución extrajudicial de controversias** en esta materia, la Directiva de daños ha dispuesto que los Estados miembros velarán para que el plazo de ejercicio de las acciones por daños se suspenda hasta que no concluya cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias (dicha suspensión solo se reconoce respecto de las partes que estén o estuvieran inmersas en la solución extrajudicial).

Sin perjuicio de las normativas nacionales sobre arbitraje, habrá que velar porque los órganos judiciales nacionales, que conozcan de una acción por daños, puedan suspender el procedimiento durante un máximo de dos años si las partes están intentando una vía de solución extrajudicial de la controversia relacionada con las pretensiones de dicha acción por daños. De igual forma una autoridad de competencia podrá considerar, como atenuante, el hecho de que, antes de la adopción de su decisión de imponer una multa, se hubiera abonado una indemnización como resultado de un acuerdo de naturaleza extrajudicial (art. 18). Y todo ello tomando en consideración, por extensión, como así recoge el art. 19 de la Directiva, el efecto que pueda llegar a tener un acuerdo extrajudicial sobre posteriores acciones por daños<sup>986</sup>.

---

<sup>985</sup> Vid. Considerando 46 de la Directiva 2014/104/UE.

<sup>986</sup> Vid. Considerando 51 de la Directiva 2014/104/UE.

### III.3.- El proceso de transposición de la Directiva 2014/104/UE mediante el Real Decreto-Ley 9/2017

El plazo previsto para la transposición por parte de los Estados miembros de la Directiva de daños de 2014 vencía el 27 de diciembre de 2016<sup>987</sup>. Sin embargo, dada su complejidad, no pocos Estados, como en el caso de España (con un gobierno en funciones), fueron los que no consiguieron cumplir con dicho plazo de transposición<sup>988</sup>. De hecho, en el caso español, la transposición ha tenido lugar mediante la aprobación del **Real Decreto-Ley 9/2017**, de 26 de mayo, por el que se transponen diferentes directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores<sup>989</sup>, finalmente convalidado por resolución de 22 de junio de 2017.

La propia Exposición de Motivos de este texto legal señala que si bien la utilización de la figura del Real Decreto-Ley como instrumento de transposición, quizás no fuere la más idónea, lo cierto es que el propio Tribunal Constitucional español ya señaló que se trata de un instrumento lícito para afrontar coyunturas económicas problemáticas<sup>990</sup>, así como que, en el presente caso,

---

<sup>987</sup> Acerca del proceso de transposición en diferentes Estados miembros de la UE, véase el análisis exhaustivo elaborado por RODGER, B., SOUSA, M. y MARCOS, F. *The EU Antitrust Damages Directive: transposition in the Member States*, Oxford University Press, Oxford, 2018, págs. 39 y ss.

<sup>988</sup> GONZÁLEZ CASTILLA, F. “En torno a la transposición de la Directiva 2014/104/UE en el ordenamiento jurídico español”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 164-165; VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, en *La Ley Mercantil*, núm. 38, 2017, pág. 2.

<sup>989</sup> Para una reflexión general acerca de lo que ha supuesto dicho Real Decreto-Ley 9/2017, véanse, por todos: BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, *ob. cit.*, págs. 10 y ss.; RUIZ PERIS, J. I. *La compensación de los daños por infracción de las normas sobre competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, *ob. cit.*, págs. 15 y ss.; SOPEÑA BLANCO, V. y MARTÍN MARTÍN, G. *La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, en *La Ley*, nº. 17, 2015, págs. 1 y ss.; y VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 47, 2017, págs. 40 y ss.

<sup>990</sup> Entre otras, vid. STC (Pleno) núm. 23/1993, de 21 de enero (RTC 1993/23); STC (Pleno) núm. 68/2007, de 28 de marzo (RTC 2007/68); STC (Pleno) núm. 182/2013, de 23 de octubre (RTC 2013/182); STC (Pleno) núm. 157/2016, de 22 de septiembre (RTC 2016/157).

se avala la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad del art. 86.1 CE<sup>991</sup>, pues concurre el patente retraso en la transposición y la existencia de procedimientos con riesgo sancionador para el Estado español (riesgo de multas pecuniarias con base en lo establecido en el art. 260.3 del TFUE),<sup>992</sup>.

Una normativa de transposición cuyo objetivo último, en coherencia con lo fijado en la Directiva de daños, consiste en facilitar que todos los afectados por las infracciones del Derecho de la competencia, en este tipo de ilícitos, sean efectivamente resarcidos por aquellos perjuicios que hayan podido sufrir en un caso concreto. Concretamente, su Título II, que comprende los artículos tercero y cuarto, contiene las modificaciones derivadas de la Directiva de referencia del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen determinadas normas que rigen, en atención al Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

En el artículo tercero del Real Decreto-Ley, se modifica la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, introduciendo un nuevo título VI relativo a la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia. Entre otras novedades, se incorpora la responsabilidad de quienes infrinjan el Derecho de la competencia a indemnizar los daños y perjuicios que dicha infracción hubiera causado; se declara el derecho al pleno resarcimiento de los daños causados por estas actuaciones; así como también se ha previsto la responsabilidad solidaria de quienes hubieran llevado a cabo la infracción de forma conjunta (si bien con matizaciones).

---

<sup>991</sup> STC (Pleno) núm. 137/2011, de 14 de septiembre (RTC 2011/137); STC (Pleno) núm. 1/2012, de 13 de enero (RTC 2012/1); ATC (Pleno) núm. 43/2014, de 12 de febrero (RTC 2014/43); STC (Pleno) núm. 152/2017, de 21 de diciembre (RTC 2017/152).

<sup>992</sup> ALONSO SOTO, R. *Nuevas normas reguladoras de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, en GA-P: Gómez-Acebo & Pombo Análisis, 2017, pág. 2; VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, pág. 3.

El Real Decreto-Ley también fija el plazo de prescripción de 5 años para el ejercicio de las acciones por daños y regula la cuantificación de daños y perjuicios en lo relativo a la carga de la prueba, introduciendo algunos matices como, por ejemplo, el relativo a la presunción *iuris tantum* de causación del daño en las infracciones calificadas como cártel, o la posibilidad de que los titulares de la potestad jurisdiccional puedan estimar un determinado importe de daños si se acredita su existencia, pero fuera prácticamente imposible o, excesivamente difícil, cuantificarlos con precisión. De igual modo, se afronta la regulación de la prueba y cuantificación del sobrecoste, así como se contemplan determinadas peculiaridades de las acciones de daños ejercitadas por actores situados en distintos niveles de la cadena de suministro.

De igual forma, como así puede leerse en la Exposición de Motivos del propio Real Decreto-Ley de 26 de mayo de 2017, al incorporarse este nuevo título VI a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se pretende también extender la nueva normativa a las reclamaciones de daños causados por las infracciones de los arts. 1 y 2 de dicha ley que no afectan al comercio entre los Estados miembros de la Unión y que, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE. Tratándose de actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, terminan por afectar al interés público, las cosas difieren, dado que esta particular normativa cuenta con el régimen específico de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

También se incorporan al ordenamiento jurídico español, en lo que constituye la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, las definiciones incluidas en el art. 2 de la Directiva de 2014, lo cual supone, en última instancia, la incorporación de instituciones jurídicas actualmente inexistentes en nuestro ordenamiento como, por ejemplo, las solicitudes de transacción. Y en orden a facilitar la prueba en los procedimientos por daños resultantes de la violación de las normas sobre competencia, la principal modificación incorporada en el art. 4 del Real Decreto-Ley de 2017, respecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 2000, tiene que ver con el intento de mejorar

la tutela procesal de los derechos en este complejo ámbito de los ilícitos concurrenciales.

En esta línea, se introduce una regulación del acceso a las llamadas “fuentes de prueba” en la que terminan por determinarse, entre otros extremos, los requisitos para solicitar del órgano judicial una medida de acceso a fuentes de prueba, un elenco ejemplificativo de tales medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de la obstrucción a su práctica (todo ello modulado en atención al principio de proporcionalidad). Se alude así, a todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno, siendo lo cierto que el acceso a dichas fuentes de prueba no exime al litigante de la carga de proponer, en tiempo y forma, la práctica del medio de prueba que estime pertinente.

El Real Decreto-Ley de referencia también aborda el acceso a fuentes de prueba que se encuentren en poder de las administraciones públicas y entidades de derecho público, contemplando para este último caso la imposibilidad de poder acceder a documentación o material de carácter reservado o secreto. Para asegurar la realización efectiva de este acceso, la normativa de transposición también alude a un elenco de consecuencias que pueden recaer sobre los efectos de la prueba en cuestión, quedando a salvo la responsabilidad penal en que pudiera incurrir quien así actuará en un caso concreto.

Llegados a este punto de la exposición, sin entrar ahora en mayores detalles respecto a los aspectos sustantivos y procesales de la normativa de transposición al ordenamiento español de la Directiva europea de daños por infracciones del Derecho de la competencia; pues a ello dedicaremos, en extenso, el próximo capítulo de este estudio de investigación<sup>993</sup>, tan solo resta referir que los Estados miembros han venido impelidos a asegurarse de que las medidas nacionales, derivadas de la transposición, a fin de cumplir con la

---

<sup>993</sup> Vid. *infra* Cap. IV.

disposiciones sustantivas de la Directiva en cuestión, no pudieran ser objeto de aplicación retroactiva.

En este sentido, la Disposición Transitoria 1ª del Real Decreto-Ley 9/2017, dispone que: “1. Las previsiones recogidas en el artículo 3 de este Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo. 2. Las previsiones recogidas en el artículo 4 de este Real Decreto-ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor”. Con ello se ha optado, en consecuencia, por una “dualidad” apreciable entre el régimen sustantivo y procesal de la reforma del Derecho de daños derivados de las infracciones del Derecho de la competencia<sup>994</sup>. Dualidad ésta, por cierto, no exenta de complejidad en aspectos tales como aquellos que afectan al conocido como cártel de los camiones<sup>995</sup>.

---

<sup>994</sup> PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., págs. 31 y ss.; SARAZÁ JIMENA, R. “El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la competencia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 16.

<sup>995</sup> Sobre este particular, véase: DÍEZ ESTELLA, F. “Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivadas de los cárteles en España”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, pág. 694.

## **CAPÍTULO IV**

### **ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DERIVADOS DE LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA**





## **CAPÍTULO IV.- ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DERIVADOS DE LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

### **IV.1.- Introducción**

Tras haber analizado el fenómeno de armonización de la normativa europea relativa a las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, centraremos nuestra atención, en los siguientes apartados de este capítulo, en el examen exhaustivo de los aspectos sustantivos y procesales que derivan de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/104/UE.

A efectos sistemáticos seguiremos el orden expositivo marcado por el articulado del Real Decreto-Ley 9/2017, de 16 de marzo, que ha introducido notables modificaciones tanto en la Ley de Defensa de la Competencia, como en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello no quiere decir, sin embargo, que pueda aceptarse, acriticamente, que el orden derivado de la normativa de transposición sea del todo correcto, máxime si tenemos presente que algunos de los aspectos que han sido calificados como sustantivos por nuestro legislador interno, en verdad, tienen una clara connotación procesal. Así acontece, por ejemplo, con los plazos de ejercicio de las acciones de daños, la eficacia de las resoluciones administrativas ante los órganos jurisdiccionales, el juego de doble presunción en torno a la repercusión del sobrecoste, la facultad de estimación judicial acerca de la cuantificación del daño, o la aplicación de soluciones extrajudiciales en el ámbito del resarcimiento de daños. Una vez más, como ya se anticipó en el capítulo I de este estudio monográfico, se pone de relieve la clara dependencia recíproca entre el Derecho Mercantil y el Derecho Procesal.

## IV.2.- Aspectos sustantivos derivados de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia

### IV.2.1.- Ámbito de aplicación

De conformidad con la dicción literal del art. 71 de la Ley de Defensa de la Competencia, relativo a la responsabilidad por infracciones del Derecho de la competencia, se considera infracción de dicho Derecho toda aquella vulneración de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>996</sup> o de los arts. 1 y 2 de la propia LDC<sup>997</sup>.

Ello implica, desde la perspectiva del **ámbito objetivo de aplicación** de dicha responsabilidad, que el Real Decreto-Ley 9/2017 no se ha limitado únicamente a incorporar, con muy limitadas modificaciones, el régimen originario contemplado en la Directiva 2014/104/UE dentro del ordenamiento jurídico interno, sino que también ha extendido ese mismo régimen específico de responsabilidad civil a quienes se hayan visto afectados por prácticas o

---

<sup>996</sup> Art. 101 TFUE (antiguo art. 81 TCE): “1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”; y art. 102 TFUE (antiguo art. 82 TCE): “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

<sup>997</sup> Respecto a la distinta categorización de las conductas anticompetitivas previstas en los arts. 101 y 102 TFUE y arts. 1 y 2 LDC como infracciones por objeto o por efecto, vid. *supra* Cap. II.3.4 de este estudio monográfico.

conductas anticompetitivas que únicamente hubieran tenido lugar dentro del mercado nacional sin ser susceptibles de producir efectos en el mercado de otros Estados miembros de la Unión.

En este sentido, la nueva normativa de reclamación de daños y perjuicios en materia de competencia resulta de aplicación, como bien han señalado VIDAL MARTÍNEZ Y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO<sup>998</sup>, tanto a aquellas infracciones anticompetitivas que hayan sido declaradas por cualquier autoridad de competencia, nacional o comunitaria, cuyos posibles efectos vengan limitados al territorio nacional o a un mercado definido dentro de éste, como a aquellas otras que puedan repercutir en el comercio entre los Estados miembros de la UE, en contraposición a aquellas prohibiciones establecidas por el TFUE.

En consecuencia, dicho ámbito objetivo de aplicación viene a cubrir tanto las “conductas colusorias” a que se refiere el art. 1 LDC (*“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; y la subordinación de la celebración de los contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”*), como aquellas otras que reflejan un “abuso de posición dominante” al cual alude al art. 2 LDC (*“Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional. El abuso puede consistir, en particular, en la*

---

<sup>998</sup> VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, en La Ley Mercantil, núm. 38, 2017, págs. 3-4.

*imposición de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico injustificado de las empresas o de los consumidores; la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a los competidores en situación desventajosa frente a otros; la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos; y la prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal”<sup>999</sup>.*

Con todo, la lectura conjunta del Real Decreto-Ley 9/2017 permite concluir que, en verdad, la prioridad legislativa se ha centrado en posibilitar que los perjudicados, en especial los consumidores, gocen de mecanismos eficaces en orden a la reparación y protección ante las conductas más dañinas y perjudiciales que pueden afectar al mercado (conductas colusorias casi siempre manifestadas mediante la aparición de “cárteles”)<sup>1000</sup>. Siendo esto así, parece relegarse a un segundo plano el abuso de posición dominante, cuyas consecuencias negativas, aun sin disponer de una regulación adaptada a sus particularidades, también se regirán por la Directiva de daños (y no por el régimen general de responsabilidad civil extracontractual)<sup>1001</sup>.

---

<sup>999</sup> Para un análisis completo acerca de las conductas concurrenciales ilícitas tanto en el ámbito nacional como de la Unión Europea, véase, por todos: GÓMEZ TRINIDAD, S. *Defensa de la competencia. Aplicación práctica*, Juruá, Lisboa, 2017, págs. 47 y ss.

<sup>1000</sup> HERNÁNDEZ BATALLER, B. “El derecho al pleno resarcimiento en la Directiva 2014/104/UE”, en *Derecho europeo de la competencia: proyecto europeo* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 213-214.

<sup>1001</sup> Un ejemplo de esta disparidad de tratamiento entre las conductas colusorias y el abuso de posición de dominio cabe constatarlo en el art. 76 LDC, relativo a la prueba y presunción de los daños causados por la infracción. Sobre este particular, vid. apartado IV.2.6 de este mismo capítulo.

Aun cuando el art. 3 LDC también menciona, dentro de las conductas prohibidas, a aquellos actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afectan al interés público; lo cierto es que las infracciones contempladas por dicho precepto no forman parte del ámbito objetivo de aplicación del Real Decreto-Ley 9/2017, debiendo por ello quedar sujetas a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia Desleal<sup>1002</sup>. La decisión de no extender el régimen de reclamación de daños específico de las conductas colusorias o de abuso de posición de dominio a las acciones resarcitorias vinculadas con las conductas restrictivas cometidas por medio de actos desleales constituye, a nuestro parecer, un criterio acertado de nuestro legislador. Ello es así porque los presupuestos que integran la acción de reparación civil ex art. 32 LCD son de difícil encaje con el contenido y finalidad de las disposiciones contenidas en la Directiva de daños (así acontece con el régimen de responsabilidad conjunta y solidaria que se establece para los infractores, la presunción de la causación de daños a favor del consumidor, o la alegación de la *passing-on defence* en la determinación del sobrecoste).

De igual forma, también quedan excluidas de la nueva regulación derivada del art. 71.1 LDC, todas aquellas prácticas restrictivas que vulneren el Derecho de la competencia de terceros Estados, pero que no sean susceptibles de afectar al territorio interior de la Unión Europea ni a la libre competencia en el mercado español<sup>1003</sup>.

En cuanto al **ámbito subjetivo de aplicación**, marcado por la reforma introducida en diferentes preceptos de la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia, por el Real Decreto-Ley 9/2017, cabe tomar en consideración

---

<sup>1002</sup> ALONSO SOTO, R. *Nuevas normas reguladoras de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, en GA-P: Gómez-Acebo & Pombo Análisis, 2017, pág. 2, quien lo justifica en atención a la existencia de una normativa específica sobre el ejercicio de acciones de daños en la Ley de competencia Desleal; VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 4.

<sup>1003</sup> VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm. 47, 2017, pág. 41.

que éste fija, en cuanto a la legitimación pasiva<sup>1004</sup>, la obligación de reparar los daños y perjuicios no solo a los agentes empresariales que resulten responsables de cometer una infracción de las normas de defensa de la competencia, sino también, en lo que supone un cierto cuestionamiento de la tradicional doctrina del levantamiento del velo, a las empresas o personas que las controlan<sup>1005</sup>. De hecho, el art. 71.2 LDC alude, expresamente, a que *“la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”*.

El art. 2.2 de la Directiva de daños considera “infractor” de las disposiciones de competencia a *“la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia”*<sup>1006</sup>. De esta forma, si la infracción es cometida por una empresa que constituye una “unidad económica” con otras entidades (art. 71.2 b) LDC), como acontece con aquellas integradas por una sociedad matriz y su filial, la responsabilidad de la infracción cometida por la filial gráficamente se expande “aguas arriba”, pudiendo también ser imputable a la sociedad matriz.

Para llegar a valorar si diferentes entidades conforman una unidad económica, y así asumir solidariamente la responsabilidad civil extracontractual derivada de la actuación antijurídica de una de ellas, es obligado prestar atención al aspecto subjetivo de aquello que debe entenderse como “empresa”<sup>1007</sup>. En efecto, la doctrina comunitaria ha consagrado una noción autónoma y propia

---

<sup>1004</sup> El análisis de la legitimación pasiva será objeto de tratamiento no solo en este apartado de la investigación, sino también en el apartado IV.2.3 relativo a la responsabilidad conjunta y solidaria (art. 73 LDC). Asimismo, el examen acerca de la legitimación activa tendrá lugar en el apartado IV.2.2 referido a la correcta comprensión del derecho al pleno resarcimiento (art. 72 LDC).

<sup>1005</sup> HERNÁNDEZ BATALLER, B. *“El derecho al pleno resarcimiento en la Directiva 2014/104/UE”*, en *Derecho europeo de la competencia: proyecto europeo*, ob. cit., pág. 215.

<sup>1006</sup> ARPIO SANTACRUZ, J. *“Consideraciones sobre la doctrina europea de la «unidad económica» y su incorporación al régimen sancionador de la Ley de Defensa de la competencia”*, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, pág. 302.

<sup>1007</sup> MARTÍ MIRAVALLS, J. *“Comentario al art. 73 LDC”*, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Thomson Reuters, Navarra, 2019, pág. 171.

acerca de aquello que debiera constituir una “empresa” en cuanto a la aplicación, tanto pública como privada, de las normas de defensa de la competencia, donde el elemento de la funcionalidad es el eje vertebrador de dicho concepto<sup>1008</sup>. Como así ha dispuesto el TJUE: “*el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Debe entenderse ese concepto en el sentido de que designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas*”<sup>1009</sup>.

Para que pueda ser de aplicación la doctrina comunitaria que permite imputar la responsabilidad a la sociedad matriz, aunque ésta no hubiese participado directamente en el acuerdo restrictivo, siguiendo el criterio de la unidad económica, será indispensable que exista una “unidad de comportamiento”<sup>1010</sup>, que, por lo que hace referencia a la relación entre matriz y filial, cabe situarla en el control que ostenta la primera (sociedad matriz) respecto de su filial<sup>1011</sup>. No obstante, el poder de control que pudiera desplegar la empresa matriz sobre la sociedad filial que ha participado en la conducta anticompetencial no

---

<sup>1008</sup> PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 198.

<sup>1009</sup> STJUE (Sala Primera) de 20 de enero de 2011, asunto C-90/09 P (General Química SA *et alii*/Comisión Europea). Sobre esta concepción de la empresa como “sujeto responsable” del perjuicio causado por una infracción del Derecho de la competencia, véase, a título de ejemplo, el apartado 31 de la reciente STJUE (Sala Segunda) de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17 (Vantaan Kaupunki/Skanska Industrial Solutions *et alii*).

<sup>1010</sup> STJUE (Sala Sexta) de 26 de septiembre de 2013, asunto C-172/12 P (El du Pont de Nemours and Company/Comisión Europea).

<sup>1011</sup> SOLDEVILA FRAGOSO, S. “*El control jurisdiccional sobre decisiones administrativas en materia de cárteles*”, en *Los acuerdos horizontales entre empresas* (dirigido por Martínez Lage y Petitbò i Juan), Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 316. No olvidemos que el art. 71.2 LDC constituye una reproducción del art. 62 LDC, relativo a la aplicación pública en sede de sanciones, y mediante el cual la responsabilidad civil por los daños causados por un ilícito anticompetencial se imputa, con carácter general (ya que el criterio de imputación por control no reviste carácter absoluto), a quien “controla” al “controlado” (MARTÍ MIRAVALLS, J. “*Comentario al art. 73 LDC*”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, *ob. cit.*, pág. 172). Para un análisis específico de aquello que supone el art. 61.2 LDC y su relación con la sanción a empresas matrices, véase, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M. *La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 22, 2018, págs. 4 y ss.



opera de modo automático<sup>1012</sup>. Antes al contrario, para que la empresa matriz asuma la responsabilidad de las actividades ilícitas de sus filiales es imprescindible, en todo caso, que ésta “controle efectivamente” a la filial a la que se ha imputado la actuación restrictiva de la competencia<sup>1013</sup>; así como que ejerza una influencia decisiva sobre la que constituye su filial<sup>1014</sup>.

La clave en orden a apreciar o no la hipotética extensión de responsabilidad por daños de la empresa matriz residirá en determinar si, en el caso concreto, la empresa filial infractora se ha limitado a seguir y aplicar las instrucciones de la empresa matriz o, si por el contrario, la sociedad filial ha dispuesto de autonomía a la hora de decidir e implementar su comportamiento en el mercado.

El elemento decisivo, por tanto, no se centra tanto en analizar quien ostenta una mayor representación del capital social de una sociedad (criterio de control formal), sino más bien si ambas empresas, tanto matriz como filial, han actuado de modo orquestado y con “unidad de decisión”, no disponiendo la filial de autonomía para decidir, en libertad, su conducta particular (criterio de control funcional)<sup>1015</sup>. No obstante, el TJUE ha sostenido una constante línea jurisprudencial en orden a presumir, salvo prueba en contrario, que la sociedad matriz ha ejercido efectivamente una influencia determinante en la política empresarial de su filial cuando la sociedad matriz participa de forma íntegra o bien ostenta la mayor parte de representación del capital social de la filial, con

---

<sup>1012</sup> GÓMEZ TOMILLO, M. *La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías*, ob. cit., pág. 5.

<sup>1013</sup> ARPIO SANTACRUZ, J. “Consideraciones sobre la doctrina europea de la «unidad económica» y su incorporación al régimen sancionador de la Ley de Defensa de la competencia”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, ob. cit., págs. 302 y 305. Sobre aquello que constituye el ejercicio de una influencia decisiva de forma efectiva, véase, por todas, la STGUE (Sala Octava) de 12 de julio de 2018, asunto T-419/14 (The Goldman Sachs Group/Comisión Europea).

<sup>1014</sup> MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. *Empresas en participación («joint-ventures») y Derecho comunitario de la competencia*, Bosch, Barcelona, 2017, pág. 119.

<sup>1015</sup> VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ- BRAVO. T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 5-6.

independencia de que ésta última disponga de personalidad jurídica separada<sup>1016</sup>.

Fuera de los supuestos en los que opera la anterior presunción (donde es suficiente con acreditar la cuota de participación que posee la sociedad matriz sobre el capital social de la filial), la carga de la prueba sobre cuál sea, en el caso concreto, la influencia decisiva que vierta la matriz sobre la filial en orden a apreciar la unidad económica entre ambas entidades, corresponderá, respectivamente, a la autoridad de competencia, tratándose de un expediente administrativo, o al actor en el marco de un procedimiento judicial para la reclamación de daños derivados de la conducta competencial ilícita, de no constar tal extremo en la resolución administrativa<sup>1017</sup>.

En idéntica dirección de pensamiento que se acaba de exponer en los apartados precedentes, resultan especialmente gráficas, desde la óptica de nuestro Tribunal Supremo, las Sentencias de la Sección 3ª de la Sala de lo

---

<sup>1016</sup> Esta presunción de extensión de responsabilidad a la empresa matriz cuando dispone de un porcentaje notorio del capital social de la sociedad filial fue establecida, por vez primera, en la STJUE de 25 de octubre de 1983, asunto 107/82 (AEG-Telefunken AG/Comisión Europea), y se vio confirmada, no sin ciertos titubeos, tras el dictado de la STJUE (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, asunto C-550/07 P (Akzo Nobel Chemicals *et alii*/Comisión Europea). Acerca de la interpretación de esta presunción, véanse, a título meramente ejemplificativo, la STJUE (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2011, asunto C-520/09 P (Arkema SA/Comisión Europea); la STJUE (Sala Primera) de 18 de diciembre de 2014, asunto C-434/13 P (Comisión Europea/Parker Hannifin Manufacturing); y la STGUE (Sala Octava) de 12 de julio de 2018, asunto T-419/14 (The Goldman Sachs Group/Comisión Europea). Sobre las posibilidades de rebatir dicha presunción por parte de los destinatarios de sus consecuencias, los cuales deberán presentar elementos de prueba referidos a los vínculos económicos, organizativos y jurídicos existentes entre las sociedades en orden a acreditar la autonomía de la filial, vid. por todas, la STJUE (Sala Tercera) de 11 de julio de 2013, asunto C-440/11 P (Comisión Europea/Stichting Adm. Portielje y Gosselin Group NV). En esta línea, un elemento de especial relevancia en orden a rebatir la aplicación de la presunción en el caso concreto, bien puede referenciarse en la constatación de la independencia de la filial en cuanto a la aplicación de su política comercial (sobre este particular, reflejado en la STGUE -Sala Tercera- de 27 de noviembre de 2014, asunto T-517/09 -Alstom/Comisión Europea-, véase, por todos ARPIO SANTACRUZ, J. “Consideraciones sobre la doctrina europea de la «unidad económica» y su incorporación al régimen sancionador de la Ley de Defensa de la competencia”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, *ob. cit.*, pág. 326). Por lo que respecta a la problemática de la sucesión de sociedades en el tiempo en orden a la atribución de responsabilidad civil en las acciones de daños y perjuicios, vid. la nota 1023 a pie de página de este mismo apartado.

<sup>1017</sup> VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, pág. 6.

Contencioso-Administrativo de 27 octubre 2015<sup>1018</sup> y de 18 de enero de 2016<sup>1019</sup>, ambas relativas al cártel de las bombas de fluidos, así como la más reciente Sentencia, también de la misma sala, de 19 de julio de 2018, sobre el cártel de aislamientos de espuma elastomérica<sup>1020</sup>. En todas ellas se vienen a confirmar los pronunciamientos de la autoridad de competencia sobre la declaración de responsabilidad de las matrices respecto de sus filiales al entender que tanto sociedad matriz como filial actuaron en el mercado como una única unidad empresarial. De este modo, nuestro Alto Tribunal estima que, de conformidad con la doctrina comunitaria de unidad económica, la imputación de responsabilidad solidaria de las empresas matrices opera con plena virtualidad cuando la empresa matriz no aporta ningún elemento de prueba capaz de desvirtuar la presunción de que ésta, por su considerable participación en el capital social, ostenta un control efectivo sobre la filial, e impide que desarrolle un comportamiento empresarial autónomo y alejado de su influencia decisiva. Tal extremo resulta todavía menos controvertido cuando, como sucede en el cártel de bombas de fluidos, en el marco de un procedimiento administrativo se tiene constancia, entre sendos agentes empresariales, de comunicaciones en torno a alguno de los elementos constitutivos del tipo de la infracción (vgr. conversaciones relacionadas con la fijación de la política de precios).

Especialmente novedosa es la interpretación del art. 71.2 b) LDC que efectúa la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, de 23 de abril de 2019, en relación con un supuesto de responsabilidad en la causación de daños y perjuicios entre sociedades filiales y dominantes<sup>1021</sup>. Dicha resolución viene a resolver, en concreto, una de las primeras acciones de reclamación de

---

<sup>1018</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 27 de octubre de 2015 (RJ 2015/6082) y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 27 de octubre de 2015 (RJ 2015/6089).

<sup>1019</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 18 de enero de 2016 (RJ 2016/339).

<sup>1020</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1345/2018, de 19 de julio (RJ 2018/3461).

<sup>1021</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia núm. 137/2019, de 23 de abril (JUR 2019/223468).

daños y perjuicios que se han interpuesto en España contra el conocido cártel de los camiones, el cual ya fue sancionado, mediante decisión de la Comisión europea de 19 de julio de 2016<sup>1022</sup>, al acreditarse la existencia de una concertación entre diversas empresas fabricantes de camiones para fijar un incremento de precios en la venta de estos vehículos de transporte, además de repercutir los costes derivados de la introducción de tecnologías de emisiones que exigía la normativa medioambiental comunitaria.

Respecto al asunto que nos concierna, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia atribuye la legitimación pasiva y declara responsable por la causación de daños derivados de tales prácticas cartelistas a una sociedad filial, a pesar de que ésta no es condenada por la Comisión Europea en su decisión, pues tan sólo se dedicó a la comercialización de los vehículos “alterados” por la empresa matriz (ésta sí participante en el cártel). Además, sus actuaciones se sitúan en un periodo muy posterior al de la adquisición del camión por el demandante (el acto causante de responsabilidad acontece en 2008, mientras que la filial española inicia la distribución de los camiones, como así consta en los hechos declarados en la decisión de la Comisión, el 1 de enero de 2011). Sin embargo, el órgano judicial termina por considerar que en virtud del régimen de responsabilidad establecido en el art. 71.2 b) LDC, también es posible la “*extensión de la responsabilidad aguas arriba*”, de modo que las empresas filiales pueden ser, en ocasiones, condenadas a indemnizar por los daños ocasionados de las actuaciones anticompetitivas de sus matrices.

La referida sentencia contiene, sin duda, un razonamiento innovador, pues la conclusión de estimar que una sociedad filial también puede ser responsable de los daños causados con anterioridad por la que ahora es su sociedad matriz obedece, tal como se expone en el F.J. 3º de la citada sentencia, a la adaptación de la noción funcional de “empresa” con el principio de “continuidad económica” (consagrado por la jurisprudencia europea en los supuestos de transmisión, escisión o fusión de sociedades que materialmente han realizado

---

<sup>1022</sup> Resumen de la Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE, asunto AT.39824 – Camiones (2017/C 108/05).

actos anticompetitivos<sup>1023</sup>). La articulación conjunta de ambos criterios, ahora trasladados a la reparación del daño civil y no a la declaración de responsabilidad administrativa, son los que permiten, según la motivación del juzgador, extender la legitimación pasiva de forma inversa, esto es, de la empresa matriz hacia su filial, al entender que existe responsabilidad cuando *“la empresa filial ha intervenido como un mero instrumento del que se ha servido la matriz para trasladar al mercado los efectos distorsionadores de la libre competencia”*.

Dicha interpretación, pese a su carácter innovador, nos parece, sin embargo, cuestionable. Ello obedece, en primer lugar, a que atendiendo al principio de responsabilidad personal de las infracciones, la extensión de responsabilidad de la empresa matriz hacia la filial ni se ajusta a los presupuestos propios de la responsabilidad por hecho ajeno (pues difícilmente puede declararse responsable a quien, no participando directa e inmediatamente en los hechos, no ostenta ningún poder de decisión ni de control sobre el agente que los comete); así como tampoco respeta la finalidad por la que el TJUE consagró el principio de continuidad económica (puesto que en este caso, la matriz también

---

<sup>1023</sup> El principio de continuidad económica es extensamente abordado en la STJUE (Sala Primera) de 18 de diciembre de 2014, asunto C-434/13 P (Comisión Europea/Parker Hannifin Manufacturing), así como en la más reciente STJUE (Sala Segunda) de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17 (Vantaan Kaupunki/ Skanska Industrial Solutions *et alii*). Dicha doctrina tiene como finalidad principal evitar que los agentes que han infringido la libre competencia puedan eludir, a través de cualquier operación societaria o de reestructuración económica u organizativa, toda responsabilidad administrativa, a causa de la extinción de su personalidad jurídica o bien por carecer de la capacidad económica necesaria para afrontar el pago de la sanción. Para impedir tales situaciones de *“escapismo”* empresarial, el principio de continuidad económica permite extender el alcance subjetivo de la responsabilidad no solo al agente al que se le atribuye el comportamiento ilícito, sino también a aquellas otras entidades que, en caso de extinción o de insolvencia deliberada, hubieran continuado con la actividad de su predecesora (sucesión empresarial encubierta) o hubieran sido beneficiadas por el resultado de la modificación estructural. Además de hacer suyos los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, la STJUE (Sala Segunda) de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17 (Vantaan Kaupunki/Skanska Industrial Solutions *et alii*) extiende, como principal novedad, la aplicación del criterio de continuidad económica también a las reclamaciones civiles para obtener la reparación de los daños y perjuicios causados por una conducta restrictiva de la competencia. Es importante mencionar, al hilo de lo señalado por el Alto Tribunal europeo en este asunto, que el reconocimiento de la responsabilidad por hecho ajeno, cuando éste venga motivado por el principio de continuidad económica, resulta siempre de aplicación en las acciones de reclamación civiles por infracción de los arts. 101 y 102 del TFUE. Y todo ello con independencia de lo dispuesto en los cuerpos normativos nacionales, puesto que el principio de continuidad económica debe considerarse implícito en el contenido de los preceptos del Tratado.

es condenada a reparar el daño antijurídico). En segundo lugar, desde una perspectiva procedimental, tal extensión de responsabilidad *in peius* es susceptible de menoscabar las garantías básicas del Derecho administrativo sancionador, ya que, de una parte, la sociedad filial no aparece entre los agentes que han sido declarados infractores por la Comisión Europea y, de otra, el reconocimiento de culpabilidad civil, que aparece en la sentencia referida, tan solo parte de los hechos recogidos en la decisión de la Comisión, sin que el demandante hubiera desplegado actividad probatoria alguna dirigida a acreditar la participación de la empresa filial en la conducta colusoria (elemento que por ser controvertido y no constar en la resolución administrativa debería ser aportado, a instancia de parte, como en una acción *stand alone*)<sup>1024</sup>.

Finalmente, tras haber delimitado los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo, procede examinar el **ámbito de aplicación temporal** del Real Decreto-Ley 9/2017. De conformidad con su Disposición Final Quinta, dicho Real Decreto-Ley entró en vigor el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el día 28 de mayo de 2017. Sin embargo, dicha Disposición Final Quinta debe interpretarse, armónicamente, con lo que constituye el

---

<sup>1024</sup> Un posicionamiento frontal al reconocimiento de responsabilidad de empresas filiales que no han sido declaradas infractoras en la resolución de la autoridad de competencia, puede advertirse en las Sentencias, también relativas al cártel de los camiones, del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona núm. 24/2019, de 23 de enero (JUR 2019/265097) (“*que de la infracción se pueda hacer también responsable a los efectos de la aplicación privada a la matriz, no implica, por un lado, que la matriz absorba toda responsabilidad, pues ello podría suponer una merma al derecho al pleno resarcimiento. Tampoco implica, por otro lado, que el grupo empresarial, aunque sea una unidad económica de decisión, absorba toda la responsabilidad, pues carente el grupo en nuestro derecho de personalidad jurídica propia, diferenciada de la de sus miembros, también se podría ver, por las mismas razones, comprometido el derecho al pleno resarcimiento. Y finalmente, en lo que respecta a este caso, tampoco implica que se pueda extender a la filial una declaración de infracción hecha en exclusiva a su matriz, si no aparece la filial expresamente como infractora en la decisión de la autoridad de la competencia que se está "ejecutando" en el ámbito privado para resarcir daños*”); la del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 7 de mayo de 2019 (JUR 2019/184667) (“*de la actividad de alegación y prueba de la actora tampoco se desprende una intervención particular de Divesa de cooperación en la conducta ilícita o una relación instrumental distinta de la mera transmisión del daño eventualmente sufrido en forma de sobreprecio*”); o la de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) núm. 470/2019, de 20 de junio (AC 2019/898) (“*pero es que, ni siquiera con una interpretación amplia, es posible predicar la legitimación pasiva de la demandada por haber tenido una participación instrumental relevante en la fijación de precios en España de esos camiones incluidos en el ámbito temporal y espacial de la Decisión. Y ello porque, reiteramos, lo único que consta probado es su intervención como financiadora de la operación de adquisición de los camiones*”).

cuerpo de su Disposición Transitoria Primera, relativa al régimen transitorio en materia de acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea: “1. Las previsiones recogidas en el artículo 3 de este Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo. 2. Las previsiones recogidas en el artículo 4 de este Real Decreto-ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor”<sup>1025</sup>.

De su lectura, se advierte como el régimen de transitoriedad establecido en el Real Decreto-Ley 9/2017 contempla dos estadios de aplicación distintos en función de si las modificaciones aparecen previstas en la normativa procesal o sustantiva. Por lo que respecta a la vigencia de cada una de las medidas previstas por la Directiva, las cuestiones procesales no pueden ser empleadas en los procedimientos judiciales incoados con anterioridad a la entrada en vigor de Real Decreto-Ley 9/2017 (a tal efecto el inciso segundo de dicha disposición transitoria establece que “serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor”). Sin embargo, no puede predicarse la misma claridad en su redactado en cuanto a deslindar el momento en el que resultan de aplicación las cuestiones “sustantivas”, pues dicho texto legislativo se limita a fijar que éstas “no se aplicarán con efecto retroactivo” sin mencionar cuál debiera ser el hito a tomar como referencia en orden a poder inferir la irretroactividad. En este sentido, por ejemplo, cabría plantearse si la prohibición de irretroactividad se plantea, por ejemplo, desde el mismo momento de detección de una conducta anticompetitiva con la incoación del correspondiente expediente administrativo; si, por el contrario, opera una vez ésta es sancionada mediante resolución administrativa; o bien lo hace a partir del momento en el que se interpone una acción civil de reclamación.

---

<sup>1025</sup> DÍEZ ESTELLA, F. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 11, núm. 1, marzo de 2019, pág. 276-277; y “*Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivadas de cárteles en España*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 693-694.

La respuesta a este lapsus del legislador debe hallarse en la redacción de la *Propuesta de trasposición de la Directiva 2014/104/UE*, que en su momento fue mucho más previsor al señalar expresamente en su disposición transitoria única que “*las previsiones del artículo primero serán aplicables exclusivamente a los procedimientos administrativos incoados con posterioridad a su entrada en vigor*”. De este modo entendemos que las cuestiones sustantivas tan solo podrán ser aplicables a las reclamaciones de daños que se fundamenten en actuaciones contrarias a la competencia cuyos procedimientos administrativos se hubieran iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley. Criterio éste que, por otra parte, excluye a la práctica totalidad de acciones civiles de daños que nos ocupan en el momento presente, bien porque las conductas han sido sancionadas mediante resolución anterior a la entrada en vigor de este texto normativo, o bien, porque, aun estando pendientes de tramitación administrativa, la incoación del procedimiento es anterior al 27 de mayo de 2017. Cabe subrayar que la fijación de la fecha de incoación del procedimiento administrativo como criterio legal para concretar la entrada en vigor de las cuestiones “sustantivas”, tal como contempla el régimen de transitoriedad del Real Decreto-Ley, suscita serias dudas respecto a la aplicabilidad de estas cuestiones en el ejercicio de acciones civiles de daños interpuestas de forma autónoma y con carácter previo a la incoación de un procedimiento administrativo en cuestión.

Otro de los inconvenientes a los que da lugar la transición de este *corpus* normativo trae consecuencia de la deficiente clasificación que éste efectúa entre las cuestiones que califica como procesales y aquellas otras que, pese a ser calificadas como sustantivas, ofrecen serias dudas acerca de su genuina naturaleza jurídica, dada su innegable connotación procesal. Tal es el caso, por ejemplo, de los plazos de prescripción, el efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades de la competencia, las reglas probatorias de la distribución del sobrecoste, o la presunción del daño y la facultad estimatoria del órgano judicial<sup>1026</sup>.

---

<sup>1026</sup> DÍEZ ESTELLA, F. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, ob. cit., pág. 276; GONZÁLEZ CASTILLA, F. “*En torno a*



La circunstancia anterior, junto con el juego de los diferentes periodos de transitoriedad previstos para las cuestiones procesales y sustantivas, comporta que los demandantes que interpongan acciones civiles, relacionadas con conductas cometidas con anterioridad a la transposición de la Directiva, deban enfrentarse a una aplicación desequilibrada de la normativa y repleta de dificultades prácticas, ya que mientras el órgano jurisdiccional puede ordenar a los perjudicados el acceso a las fuentes de prueba *ex art.* 283 bis LEC, por el contrario, queda impedido de acudir a la presunción *iuris tantum* de daños del art. 76 LDC, o a la presunción relativa a la distribución de sobrecostes del art. 79 LDC<sup>1027</sup>.

Por último, mencionar que si bien algunos aspectos “sustantivos” contemplados en el Real Decreto-Ley podrán ser reconducibles, a voluntad del órgano jurisdiccional, conforme a los principios de equivalencia, eficacia e interpretación conforme que emanan del Derecho de la UE (como así sucede, por ejemplo, con la extensión de responsabilidad solidaria de la empresa matriz respecto de su filial, o con el efecto vinculante de las resoluciones administrativas); lo cierto es que otros presentan un escaso margen para ser modulados (así acontece con los plazos de prescripción de la acción de reclamación civil o con las reglas presuntivas de daños y sobrecostes)<sup>1028</sup>.

---

*la transposición de la Directiva 2014/104/UE en el ordenamiento jurídico español*”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 165.

<sup>1027</sup> MARCOS FERNÁNDEZ, F. *Primeras sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 26, 2020, págs. 8-10; SARAZÁ JIMENA, R. “*El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la competencia*”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 15-16.

<sup>1028</sup> GONZÁLEZ CASTILLA, F. “*En torno a la transposición de la Directiva 2014/104/UE en el ordenamiento jurídico español*”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, *ob. cit.*, pág. 166-167. Un buen ejemplo de la disyuntiva existente entre la anterior y actual situación normativa provocada por el régimen de transitoriedad puede constarse en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Almería núm. 217/2019, de 20 de noviembre (JUR 2019/327359); en el AAP de Lleida (Sección 2ª) núm. 62/2020, de 12 de marzo (JUR 2020/158254); o la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz núm. 59/2020, de 20 de abril (AC 2020/653).

#### IV.2.2.- El derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados

En consonancia con lo previsto en el art. 3 de la Directiva de daños, el art. 72 LDC, tras su modificación mediante el Real Decreto-Ley 9/2017, regula el ámbito objetivo de la responsabilidad civil extracontractual por infracciones del Derecho de la competencia, en los siguientes términos:

*“1. Cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria.*

*2. El pleno resarcimiento consistirá en devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto dicho resarcimiento comprenderá el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.*

*3. El pleno resarcimiento no conllevará una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo”.*

Ello supone, a todas luces, que nuestro legislador ha abogado, en consonancia con la Directiva, por aplicar el **principio de full compensation**. Dicho precepto, con el objetivo de evitar que los comportamientos restrictivos (en especial los concertados mediante la creación de cárteles), constituyan una fuente de rentabilidad económica para sus integrantes<sup>1029</sup>, ha previsto la posibilidad que las víctimas puedan obtener del infractor el pleno resarcimiento de los perjuicios sufridos ante la jurisdicción civil ordinaria (auténtico *leit motiv* de la Directiva)<sup>1030</sup>.

A continuación, el apartado segundo del art. 72 LDC especifica que el “pleno resarcimiento” debe consistir en devolver a la persona que haya sufrido un

<sup>1029</sup> POCH TORT, A. “Introducción a las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de la competencia”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017, pág. 11.

<sup>1030</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 81-82; PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., pág.134.

perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. En este sentido, la actual normativa, siendo consciente que la sola aplicación pública no es capaz de remover la totalidad de las consecuencias perjudiciales ocasionadas por una actuación falsaria de la competencia; se ha preocupado por restituir al *status quo* inicial a los agentes empresariales y particulares que han resultado lesionados dentro del tráfico económico (si bien en estos casos no es posible el resarcimiento *in natura*, sí lo es su prestación por equivalente mediante el derecho a obtener una plena y efectiva compensación económica)<sup>1031</sup>.

En consonancia con el principio de reparación integral del daño, el inciso final del apartado segundo del art. 72 LDC, finalmente, indica que el resarcimiento pleno del perjudicado comprenderá, en todo caso, la compensación por “daño emergente” (por lo general, en forma de sobrecoste) y por “lucro cesante” (correspondiéndose, en la mayoría de supuestos, con la pérdida de oportunidad, la reducción de clientela y la disminución del importe de las ventas)<sup>1032</sup>. A lo anterior, deberá además añadirse, teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, el abono de los correspondientes “intereses” compensatorios o de demora. Por el contrario, el art. 72 LDC expresamente excluye la imposición de cualquier daño de naturaleza punitiva o sancionadora<sup>1033</sup>, así como también impide la compensación por los

---

<sup>1031</sup> ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M. *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 7ª ed., págs. 235-236.

<sup>1032</sup> PARDO NÚÑEZ, C. “Los daños del Cártel: un caso de solidaridad impropia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 34.

<sup>1033</sup> Sobre el carácter compensatorio de la indemnización y, por extensión, el rechazo a los “daños punitivos” que en su día sí contempló, en clara inspiración con el sistema norteamericano, el Libro Verde; véase, por todos: HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, ob. cit., págs. 173-174: “El apartado 3 del artículo 3 de la Directiva finalmente aprobada cambia sustancialmente la situación, pues de su tenor se deriva el establecimiento de un nuevo orden público comunitario en materia de indemnización de daños derivados de la infracción del Derecho comunitario de la competencia, absolutamente contrario al reconocimiento de las indemnizaciones punitivas y que, por tanto, impide la aplicación dentro del territorio UE de las disposiciones nacionales que conduzcan a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos”. Acerca de la trascendencia del concepto de orden público comunitario, con repercusiones tanto en el ámbito sustantivo como procesal, véanse, con carácter monográfico respecto al ámbito de consumo: PÉREZ DAUDÍ, V. *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Atelier, 2018; y

sobrecostes que la víctima haya podido repercutir a los compradores indirectos o adquirentes finales<sup>1034</sup>.

Una de las manifestaciones que ha tenido la “armonización positiva” en este terreno, debe relacionarse con la falta de concreción, por parte de la normativa europea, de los diferentes **elementos que integran el quantum indemnizatorio**. Corresponde, en consecuencia, al ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados Miembros configurar, siguiendo la línea interpretativa ya avanzada por el TJUE a raíz de los asuntos *Courage* y *Manfredi*<sup>1035</sup>, el régimen relativo al daño emergente, lucro cesante e intereses remuneratorios para las acciones de daños y perjuicios seguidas por ilícitos anticompetenciales. Sobre este extremo, debemos señalar que las exigencias derivadas de la transposición de la Directiva 2014/104/UE han sido, desde su inicio, plenamente compatibles con los preceptos de nuestro Código Civil, toda vez que éste, interpretándose conjuntamente con los pronunciamientos del TS relativos a la responsabilidad civil extracontractual, ya preveía la posibilidad de los perjudicados de ser resarcidos por cada uno de dichos conceptos<sup>1036</sup>.

En este sentido, el daño emergente, como componente nuclear del pleno resarcimiento, es objeto de tratamiento en el art. 1106 CC, en relación con la responsabilidad extracontractual: “*La indemnización de daños y perjuicios comprende [...] el valor de la pérdida que hayan sufrido*”. Por daño emergente, de menor problemática probatoria en la práctica que el lucro cesante, cabe

---

VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo. Especialidades procesales y acciones colectivas: conflictos y reclamaciones habituales*, Bosch, Barcelona, 2018.

<sup>1034</sup> VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, ob. cit., 2017, pág. 42.

<sup>1035</sup> STJUE (Gran Sala) de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99 (Bernard Crehan/Courage Ltd *et alii*) y STJUE (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, asunto C-295/04 (Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriático *et alii*).

<sup>1036</sup> Aun cuando el contenido del art. 1902 CC se limita a imponer la obligación de reparar el daño efectivamente causado, el TS ha reconducido el alcance de los daños indemnizables en sede de responsabilidad extracontractual al daño emergente y lucro cesante contemplados en el art. 1106 CC en orden a la responsabilidad civil contractual [STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1009/1998, de 5 de noviembre (RJ 1998/8404); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 738/2006, de 14 de julio (RJ 2006/6380); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 749/2009, de 12 de noviembre (RJ 2009/7287)].

entender el valor equivalente al perjuicio que se haya sufrido<sup>1037</sup>, de modo directo y como consecuencia de la infracción *antitrust*<sup>1038</sup>.

El lucro cesante, también incorporado dentro del pleno resarcimiento y referido en el art. 1106 CC respecto a la responsabilidad extracontractual, alude al “valor de la ganancia que haya dejado de obtener”, de tal forma que comprende los ingresos o ganancias que se han dejado de percibir como consecuencia del hecho dañoso<sup>1039</sup>. En orden al lucro cesante, uno de aquellos casos más habituales, en sede de ilícito competencial, tiene que ver con la pérdida de oportunidad empresarial (ya sea por las ventas potenciales que finalmente no se han realizado a causa del propio incremento de precio, por la aminoración de recursos, o por la disminución de competitividad del modelo de negocio)<sup>1040</sup>.

Si bien es frecuente que el quebranto económico producido en el ámbito empresarial no se manifieste tan solo en forma de daño emergente, lo cierto es que la evaluación del lucro cesante, relegado en estos supuestos a la proyección de estimaciones económicas, viene acompañado de numerosas dificultades probatorias. A la incertidumbre que es propia de esta clase de daños (vgr. incerteza respecto a la predicción de cuál hubiera sido el comportamiento de compra del consumidor), no obstante existir una probabilidad elevada que, de no producirse la infracción anticompetitiva, el *customer journey* hubiera acabado en una decisión de compra a favor del

---

<sup>1037</sup> DÍEZ-PICAZO, L. M. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Thomson Reuters, Madrid, 2010, vol. V, 6ª ed., pág. 344; PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., pág. 156.

<sup>1038</sup> Pensemos, por ejemplo, en el sobrecoste a pagar como consecuencia de la elevación de precios derivada de la actividad de un cártel, en las restricciones o imposiciones contractuales abusivas de un proveedor frente a su distribuidor, o en la pérdida de valor de los productos o servicios en caso de paralizarse el desarrollo e innovación empresarial.

<sup>1039</sup> DÍEZ-PICAZO, L. M. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, ob. cit., pág. 345-346.

<sup>1040</sup> ENRICH SCHÖDER, V. “Introducción a las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de la competencia”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017, pág. 7; PARDO NÚÑEZ, C. “Los daños del Cártel: un caso de solidaridad impropia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 34-35.

perjudicado; debe además añadirse la incertidumbre propia de comparar el mercado alterado con un escenario económico hipotético donde entran en juego toda una conjunción de variables que tampoco han acontecido (vgr. precios, volumen de ventas o de negocio, margen de beneficios, costes o cuotas de mercado)<sup>1041</sup>.

En orden a los intereses que pueden derivarse de la estimación favorable de una acción por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia, analizados en su momento en la STS de 7 de noviembre de 2013, relativa al “cártel del azúcar”<sup>1042</sup>, resulta obligado señalar que el art. 72 LDC nada indica sobre el inicio de su cómputo. Sin embargo, en atención al Considerando 12 de la Directiva de daños, el pago de dichos intereses debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño y hasta aquel otro en que se abone la correspondiente indemnización, sin perjuicio de la naturaleza jurídica que el Derecho nacional confiera a esos intereses (ya se califiquen de demora o compensatorios)<sup>1043</sup>, y de que se tenga en cuenta el transcurso del tiempo como categoría independiente (interés) o como parte constitutiva de la pérdida experimentada.

Siento esto así, máxime si tenemos presente la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto-Ley 9/2017 (*“el principio de equivalencia exige la equiparación de*

---

<sup>1041</sup> Para un análisis exhaustivo acerca de los diversos métodos y técnicas económicos empleados por la práctica jurídica para establecer un escenario de referencia y estimar el valor de las variables económicas en función de los comportamientos anticompetitivos, puede consultarse la *Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE*, elaborada por la Comisión Europea, de 2013 (págs. 17 y ss.).

<sup>1042</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487).

<sup>1043</sup> Con tal de aproximar lo más exactamente posible el importe indemnizatorio al valor del perjuicio efectivamente causado, el TS ha reconocido en múltiples resoluciones la posibilidad de extender, si así lo solicita expresamente el demandante, los intereses moratorios contemplados en el art. 1108 del Código Civil a las reclamaciones de responsabilidad extracontractual, entre las que también se encuentran las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas [STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 328/2006, de 3 de abril (RJ 2006/1916); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 969/2008, de 24 de octubre (RJ 2008/5793); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 269/2010, de 14 de mayo (RJ 2010/3494). Un posicionamiento diferente, basado en la actualización según el IPC, se encuentra en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 123/2015, de 4 de marzo (RJ 2015/1095)]. Todo ello sin perjuicio, además, de los intereses sancionadores o procesales previstos en el art. 576 LEC una vez exista un pronunciamiento judicial estimatorio de la acción de resarcimiento.

las normas y procedimientos aplicables al ejercicio de las acciones de daños derivadas de las infracciones del Derecho europeo y del Derecho nacional de la competencia, de modo que las normas nacionales aplicables a las reclamaciones por infracciones de normas europeas no sean menos favorables para los perjudicados que las que regulan las reclamaciones por infracciones de las normas nacionales”), bien puede concluirse que la determinación del inicio del cómputo de los intereses deberá fijarse, en nuestro sistema jurídico, mediante una interpretación del art. 1108 del Código Civil<sup>1044</sup> acorde con el Derecho comunitario (la reflejada en el Considerando 12 de la Directiva: desde el momento en que ocurrió el daño y hasta el tiempo del abono de su indemnización)<sup>1045</sup>. Por consiguiente, creemos conveniente que el devengo de intereses debiera tener lugar desde el mismo momento de la celebración del negocio jurídico que resultase lesivo para la esfera patrimonial del perjudicado (cuestión ésta que, en el seno de las acciones *follow-on*, quedará determinada por el marco temporal fijado en la propia resolución administrativa)<sup>1046</sup>.

<sup>1044</sup> Art. 1108 CC: “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.”.

<sup>1045</sup> CARBONELL BOTELLA, J. M. y GÓMEZ ASENSIO, C. *Reclamaciones de daños por infracciones del derecho de la competencia: reforma de la Ley de Defensa de la competencia*, *Economist & Jurist – Derecho Mercantil*, vol. 25, núm. 212, 2017, pág. 36. De la misma opinión, si bien matizando que la fijación de la fecha relevante para su cálculo puede resultar complicada, ya que no siempre es fácil determinar el momento en el que se produjo el daño derivado de la infracción, es VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 7-8. Algunas dudas al respecto, dado el carácter no vinculante del Considerando 12 de la Directiva de daños, han sido expuestas por HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la Directiva*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, marzo de 2016, pág. 172.

<sup>1046</sup> SUDEROW, J. *Comentario a la primera sentencia relativa a una acción follow on contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 de diciembre de 2017*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 22, 2018, pág. 3. En este idéntico sentido se ha pronunciado la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra núm. 158/2019, de 30 de agosto (JUR 2019/260161): “Respecto a los intereses reclamados en la demanda, habrá que estar a lo dispuesto por los arts. 1101 y 1108 del CC, conforme a los cuales habrá de abonar el interés legal de la cantidad adeudada, en concepto de daños y perjuicios, el que haya faltado al cumplimiento de sus obligaciones. En un caso de responsabilidad extracontractual por daños regido por el art. 1902 CC, para lograr la plena reparación del perjudicado, ese interés habrá de ser computado desde el momento de la producción del daño, traducida aquí en el de la compra de cada uno de los camiones”.

Por lo que respecta a las **exclusiones en las que no opera el derecho al pleno resarcimiento**, el art. 72.3 LDC, acorde con la doctrina y jurisprudencia del enriquecimiento injusto y con el espíritu del Derecho de daños que justifica su carácter meramente indemnizatorio<sup>1047</sup>, prohíbe taxativamente cualquier situación que pueda conducir a una “sobrecompensación”<sup>1048</sup>, ya sea mediante la previsión de daños punitivos o por medio de cualquier otro recurso que conlleve una indemnización superior al daño producido<sup>1049</sup>.

La preocupación por restituir a las víctimas al *statu quo* anterior a la comisión del ilícito *antitrust*, viene a exigir, en términos prácticos, que el derecho de resarcimiento reconocido a los perjudicados abarque la totalidad de los daños causados por el infractor, pero también que éstos se reintegren en el patrimonio del sujeto que efectivamente los hubiera padecido. Este es el razonamiento general que, acorde con el principio nuclear de *alterum non laudere* del Derecho de daños, puede inferirse del enunciado del art. 78.1 LDC: “el derecho al resarcimiento enunciado en este título se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido y le haya generado un daño”. De este modo, en los casos en los que el demandante ha repercutido la totalidad del sobrecoste anticompetitivo, éste carece del derecho a ser indemnizado, pues difícilmente puede existir una obligación de reparar a quien no ha sido dañado. No obstante, esta exclusión no opera de forma automática, pues los compradores que repercutan el sobrecoste en la cadena de distribución podrán ser parcialmente compensados por las pérdidas que hayan padecido como consecuencia de integrar el incremento anticompetitivo en el precio de venta de su producto o servicio<sup>1050</sup>.

---

<sup>1047</sup> Sirva de ejemplo, por todas, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487).

<sup>1048</sup> ALONSO SOTO, R. *Nuevas normas reguladoras de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., 2017, pág. 3.

<sup>1049</sup> MARTÍN MARTÍN, G. *competencia, enriquecimiento y daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 38-39.

<sup>1050</sup> En orden al reconocimiento del derecho al pleno resarcimiento en los supuestos de sobrecostes y su interacción con la defensa *passing-on* (art. 78 LDC) vid. apartado IV.2.9 de este mismo capítulo.



En relación con la **previsión de daños punitivos**, el art. 72.3 LDC dispone que en ningún caso podrá añadirse a la indemnización resultante, el cómputo adicional de daños penales o sancionadores. En este sentido, el legislador ha suprimido el carácter punitivo que, en otros sistemas jurisdiccionales tradicionalmente ha acompañado a las acciones de responsabilidad civil derivadas de actos anticompetitivos. Lo anterior, sin embargo, no impide que el ejercicio exitoso de este tipo de acciones desarrolle, por su mera realización, una función preventiva y disuasoria<sup>1051</sup>.

Si tomamos el Derecho *Antitrust* estadounidense como referente, no es posible negar que los *trebles damages* han contribuido significativamente a incentivar el ejercicio de las acciones civiles en manos de los particulares. Este hecho bien podría habernos invitado a reconsiderar la conveniencia de introducir, en nuestro sistema de *private enforcement*, alguna fórmula punitiva reservada para las actuaciones que presentan un gran número de perjudicados y se muestran especialmente perjudiciales para toda la estructura económica (vgr. *hard-core cartels*)<sup>1052</sup>. Dicho elemento correctivo no debería necesariamente contemplarse en forma de múltiplo cuantificador, sino que también podría consistir en un porcentaje adicional aplicable en función de los factores críticos que presentase la conducta al modo y manera de lo ya previsto en el art. 64 LDC para la determinación del importe pecuniario de las infracciones de la competencia.

Aun así, optar por la exclusión taxativa de cualquier tipo de sanción en sede de responsabilidad extracontractual, a nuestro parecer, no solo resulta acertado, sino también acorde con los principios básicos y constitucionales que

---

<sup>1051</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 231 y ss.; DÍEZ PICAZO, L. *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 42; MARTÍN MARTÍN, G. *competencia, enriquecimiento y daños*, *ob. cit.*, págs. 89 y ss.; SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T. *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, Marcial Pons, Barcelona, 1997, págs. 107 y ss.

<sup>1052</sup> A favor de esta línea de pensamiento, partidaria de la introducción de daños punitivos en la suma indemnizatoria, se ha manifestado PARDO NÚÑEZ, C. "Los daños del Cártel: un caso de solidaridad impropia", en *Acciones follow-on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 40-43.

fundamentan nuestro sistema de daños<sup>1053</sup>. El mejor modo de asegurar que las víctimas de actuaciones anticompetitivas puedan obtener un derecho efectivo al resarcimiento no encuentra solución en la incorporación de fórmulas punitivas. Dichas fórmulas facilitan, en todo caso, la interposición de acciones privadas, pero, de ningún modo, garantizan, por sí solas, que las víctimas finalmente acaben siendo resarcidas en la totalidad del daño que hubieran padecido.

Es por ello que, a diferencia del Derecho *Antitrust* de los EEUU, donde la realización pública queda exclusivamente reservada a las actuaciones de carácter penal, así como a aquellas otras que menoscaben los intereses generales de los consumidores; en nuestro ámbito interno, donde las autoridades públicas se encargan de investigar y reprimir cualquier conducta que tenga indicios de distorsionar la competencia, carece de sentido que el objetivo de la aplicación privada se centre en incrementar el número de acciones de resarcimiento si antes no se preocupa por dotar a los perjudicados, en esta clase de atentados, de los mecanismos procesales necesarios con los que sortear, siempre bajo el atento control judicial, las principales dificultades probatorias relacionadas, por ejemplo, con la determinación y cuantificación del daño.

Para terminar este apartado, parece oportuno señalar la estrecha relación constatable entre el régimen indemnizatorio derivado de los ilícitos concurrenciales y la **legitimación activa para interponer, en el caso concreto, la correspondiente reclamación**. Tanto la Directiva 2014/104/UE, como la normativa de transposición nacional, han dispuesto un modelo amplio

---

<sup>1053</sup> De una parte, como señala ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO, M. *Derecho de daños: textos y materiales*, ob. cit., pág. 21, la introducción de un múltiple punitivo conculcaría la garantía constitucional prevista en el art. 25.1 CE en virtud del cual se reserva la imposición de consecuencias punitivas exclusivamente a los hechos que sean constitutivos de delitos o infracciones administrativas. En este supuesto, aunque la responsabilidad civil que se reclama deriva de la constatación de una infracción administrativa, la actuación en sede civil debe limitarse exclusivamente a la reparación de los perjuicios ocasionados sin incluir elementos sancionadores. De hecho, la mayoría de acciones privadas vendrán precedidas de la imposición de una sanción administrativa, de modo que incluso podría verse conculcado el principio de *non bis in idem*. De otra parte, la previsión de daños punitivos para este tipo de acciones resarcitorias supondría la introducción de un elemento discriminatorio para el resto de sujetos que hayan sufrido un daño antijurídico en otro ámbito del ordenamiento jurídico.

de legitimación activa en el que se otorga la facultad de reclamar a cualquier sujeto que se haya visto afectado por los efectos perjudiciales de un comportamiento restrictivo de la competencia. En este sentido, el primer párrafo del art. 72 LDC, tras su reforma por el Real Decreto-Ley 9/2017, dispone que *“cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor”*.

De acuerdo con el referido precepto, se prevé el acceso a la jurisdicción para reclamar por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de una infracción del Derecho de la competencia a cualquier agente empresarial potencialmente afectado, tanto si mantiene una relación contractual directa con el infractor<sup>1054</sup> (por ejemplo, en el marco de las relaciones verticales, la referencia del art. 72 LDC *“a cualquier persona”* también incluye al comprador-distribuidor en cuyo contrato se le incorporan cláusulas que pueden reputarse contrarias al Derecho de la competencia<sup>1055</sup>) como si carece de ella (así sucede con terceros empresarios que, como consecuencia del “efecto paraguas”, también quedan facultados para reclamar a los agentes participantes de la infracción el incremento injustificado de precios de aquellos otros proveedores que, sin formar parte de la conducta restrictiva, se hubieran prevalido de ella para reestructurar al alza su política comercial de precios)<sup>1056</sup>. Por último, también se

---

<sup>1054</sup> Como así ha puesto de manifiesto el TJUE, en multitud de resoluciones, el derecho de cualquier persona, desde la perspectiva de la legitimación activa, para reclamar por daños derivados de ilícitos anticompetenciales, también incluye la figura del comprador-distribuidor que ve incorporadas en su contrato, en particular, cláusulas contrarias al Derecho de la competencia [vid. STJUE (Gran Sala) de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99 (Bernard Crehan/Courage Ltd *et alii*); STJUE (Gran Sala) de 14 de junio de 2011, asunto C-360/09 (Pfleiderer AG/ Bundeskartellamt); STJUE (Sala Segunda) de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17 (Cogesco Communications/Sport TV Portugal *et alii*); STJUE (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2019, asunto C-435/18 (Otis GmbH *et alii*/Land Oberösterreich)].

<sup>1055</sup> MARTÍ MIRAVALLS, J. *Acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción*, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo 37, 2016-2017, págs. 29 y ss.

<sup>1056</sup> Este tipo de pretensión es común, por ejemplo, en las infracciones cometidas por los cárteles (STJUE, Sala Quinta, de 5 de junio de 2014, asunto C-557/12, -Kone AG *et alii*/ÖBB Infrastruktur-) en virtud de la cual la víctima de un efecto paraguas sobre los precios puede obtener de los miembros del cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no hubiere tenido vínculos contractuales con ellos, siempre que acredite que, según las circunstancias del caso y las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel ha provocado que terceras partes, actuando de forma autónoma, aplicaran precios en un claro provecho de la

otorga legitimación activa, a los consumidores y usuarios que hayan adquirido productos o servicios de las víctimas directas o indirectas de la infracción, siempre que hayan padecido un daño derivado de la repercusión de sobrecostes o de la aminoración de la calidad del producto<sup>1057</sup>. Y todo ello sin olvidar, además, que el derecho de acción que se confiere a cada uno de estos sujetos opera con independencia de que haya existido, con carácter previo, la constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de competencia<sup>1058</sup>.

La apuesta por un modelo extenso de legitimación donde no se contempla restricción alguna al derecho de reclamar por razón de la proximidad que presenten los afectados con la actuación anticompetitiva<sup>1059</sup> supone una colisión frontal, como se puede comprobar, con lo dispuesto en el *private enforcement* estadounidense. Mientras que nuestro modelo se preocupa por proclamar un régimen de legitimación que bien podría tildarse de “universal”, por cuanto ningún agente empresarial o consumidor se encuentra privado de su derecho de resarcimiento si ha padecido una pérdida patrimonial; la práctica judicial estadounidense, primero con la instauración de la doctrina *Illinois Brick* y después con la *indirect purchaser rule*<sup>1060</sup>, ha centrado todos sus esfuerzos en concentrar el derecho de acción en manos de los compradores directos, por

---

concertación. Sobre este efecto paraguas, véanse las reflexiones apuntadas por OLMEDO PERALTA, E. *Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas del cártel (umbrella pricing): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la competencia*, en *La Ley Mercantil*, núm. 7, 2014, págs. 80 y ss.

<sup>1057</sup> VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, *ob. cit.*, pág. 42; VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, pág. 9.

<sup>1058</sup> MARTÍ MIRAVALLS, J. “Comentario al art. 73 LDC”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de la competencia*, *ob. cit.*, pág. 168.

<sup>1059</sup> Por lo que respecta al alcance de la legitimación activa del art. 72.1 LDC pueden consultarse las recientes Sentencias, todas ellas relacionadas con el cártel de los camiones, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia núm. 274/2018, de 27 de septiembre (JUR 2018/326754); del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao núm. 161/2019, de 3 de abril (JUR 2019/219618); y la del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 13 de septiembre de 2019 (JUR 2019/275544).

<sup>1060</sup> Vid. *supra* Cap. II.4.3.4.

ser éstos los que, debido a su cercanía con la infracción, pueden desempeñar, como regla general, una intervención procesal más eficiente.

Es fácil advertir como el derecho de resarcimiento que irradia de ambos modelos de aplicación privada se ha estructurado desde ópticas contrapuestas. Así, el estadounidense, preocupado en ofrecer una respuesta judicial ágil y expeditiva, ha decidido rebajar la dificultad probatoria a la que debería enfrentarse el órgano judicial, sacrificando, sin embargo, el derecho de aquellos individuos que, aun perjudicados, no hubieran padecido daños directos. El comunitario (por extensión también el nuestro propio) ha pretendido, en cambio, dar una respuesta más ajustada a criterios de Justicia material, permitiendo reparar la totalidad de los efectos perjudiciales con independencia del número y tipología de afectados. Aun cuando uno y otro modelo no están exentos de inconvenientes y dificultades, lo cierto es que consideramos del todo acertada la previsión “abierta” del art. 72.1 LDC. Ello obedece a que la debida tutela judicial que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado, esta vez en sede de competencia, impide que ésta acabe siendo cercenada por todo aquello que dificulta su concreta realización.

#### **IV.2.3.- El régimen de responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores**

El art. 73 LDC, tras su reforma por Real Decreto-Ley 9/2017, relativo a la regulación del régimen de responsabilidad conjunta y solidaria en sede de compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia, dispone, al transponer el art. 11 de la Directiva de daños, de 2014, lo siguiente:

*“1. Las empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia serán solidariamente responsables del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción.*”

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, y sin perjuicio del derecho al pleno resarcimiento, cuando el infractor fuera una pequeña o mediana empresa conforme a la definición dada en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, sólo será responsable ante sus propios compradores directos e indirectos en el caso de que: a) su cuota de mercado en el respectivo mercado fuera inferior al cinco por ciento en todo momento durante la infracción, y b) la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria previsto en el apartado 1 mermara irremediablemente su viabilidad económica y causara una pérdida de todo el valor de sus activos.

3. La excepción prevista en el apartado 2 no se aplicará cuando: a) La empresa hubiese dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción, o b) la empresa hubiese sido anteriormente declarada culpable de una infracción del Derecho de la competencia.

4. Como excepción al apartado 1, los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente: a) ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y b) ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia.

5. El infractor que hubiera pagado una indemnización podrá repetir contra el resto de los infractores por una cuantía que se determinará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado. El importe de la contribución del infractor beneficiario de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Cuando el perjuicio se cause a una persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de cualquier contribución del beneficiario anteriormente citado a otros infractores se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio”.

La lectura y análisis de la dicción literal de este precepto permite deducir, en primer lugar, la consagración de una **regla general de responsabilidad conjunta y solidaria ad hoc** aplicable a los supuestos de ilícitos anticompetitivos, en virtud de la cual los diferentes coinfractores deben responder, ante los perjudicados, de forma conjunta y solidaria de la totalidad

del daño causado por la infracción<sup>1061</sup>. Aun cuando este art. 73 alude, expresamente, a “empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de empresarios”; lo cierto es que dicho precepto no hace más que atribuir, a los infractores del Derecho de la competencia (art. 71.1 LDC), un régimen de responsabilidad conjunta y solidaria preservando la más estricta literalidad con lo dispuesto en la Directiva de daños<sup>1062</sup>. Régimen que supone, en buena medida, una aplicación de la figura de la *joint and several liability* del sistema de *common law*<sup>1063</sup>, mediante la cual se permite tratar, idénticamente, a quienes bien decidieron actuar conjuntamente en el tráfico mercantil o, en su caso, desarrollar una actividad en común.

Por lo que respecta a la consolidación legal de este régimen de responsabilidad civil en materia de reclamaciones de daños a consecuencia de una actuación contraria a la competencia, debe destacarse que la imposición de un régimen de responsabilidad solidaria ex art. 73 LDC, no encuentra su fundamento en la causación conjunta e indeterminada de daños. De hecho, la delimitación de los perjuicios, así como la identificación de su procedencia, no suelen revestir una gran dificultad en este tipo de actos ilícitos por cuanto es posible individualizar la distinta participación que cada empresa ha tenido en el cártel, así como cuáles han sido sus relaciones comerciales en el mercado. En estos casos, tal como señala CARRASCO PERERA<sup>1064</sup>, la atribución de una regla de imputación solidaria descansa sobre la premisa de que la obligación de reparar nace de un único hecho antijurídico, pero que es realizado por una

---

<sup>1061</sup> BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., pág. 12.

<sup>1062</sup> De ahí, precisamente, que algunos autores, como es el caso de MARTÍ MIRAVALLS, J. “Comentario al art. 73 LDC”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., págs. 173-174, con especial referencia a la cita 17; o RUIZ PERIS, J. L. “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del derecho de la competencia a la responsabilidad compartida”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE* (dirigido por el propio autor), Thomson Reuters, Navarra, 2016; califiquen de superflua e innecesaria a dicha referencia específica a “empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas”.

<sup>1063</sup> Sobre este particular, véase: GÓMEZ LIGÜERRE, C. *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, Mapfre, Madrid, 2010, págs. 33 y ss.

<sup>1064</sup> CARRASCO PERERA, A. *Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel*, GA-P: Gómez-Acebo & Pombo Análisis, 2017, págs. 2-3.

pluralidad de sujetos<sup>1065</sup>. Ello mismo se desprende del art. 73 LDC al indicar que los agentes empresariales deberán infringir “de forma conjunta” la competencia.

De ahí que se requiera, a los sujetos a los que se les va a extender la obligación *in solidum*, que actúen de común acuerdo y participen en la actuación dañosa que da lugar a responsabilidad, pero sin ser necesario que ésta sea de forma coetánea y continua en el tiempo. En consecuencia, la obligación de responder solidariamente no quedará vencida, en el plano de las relaciones *ad extra*, aun cuando pudiera procederse a la individualización del daño por parte de cada infractor<sup>1066</sup>.

La apuesta por un régimen de *joint and several liability*, capaz de incluir dentro de la obligación indemnizatoria a todos aquellos sujetos que han concurrido en la realización del acuerdo o práctica restrictiva de la competencia, deja entrever el interés del legislador por extender, a cada interviniente en la infracción, la responsabilidad de todas las consecuencias perjudiciales que ésta ha generado, y no únicamente las que pudieran corresponder a su comportamiento individual<sup>1067</sup>. De esta forma, cada sujeto que ha intervenido en el ilícito concurrencial queda expuesto a ser demandado, no sólo por el reguero de víctimas ubicadas bajo su línea comercial, sino también por los

---

<sup>1065</sup> DÍEZ-PICAZO, L. M. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, ob. cit., págs. 204-205; ESTEVE PARDO, M. A. *La solidaridad impropia de deudores*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 35; GÓMEZ LIGÜERRE, C. *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, ob. cit., pág. 58; ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO, M. *Derecho de daños: textos y materiales*, ob. cit., pág. 238.

<sup>1066</sup> GÓMEZ ASENSIO, C. “Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en las reclamaciones de daños por infracción del derecho de defensa de la competencia”, en *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto europeo Training of National Judges in EU Competition Law* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 343 y ss.; SUDEROW, J. *Comentario a la primera sentencia relativa a una acción follow on contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 de diciembre de 2017*, ob. cit., pág. 4.

<sup>1067</sup> HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, ob. cit., pág. 171; PARDO NÚÑEZ, C. “Los daños del Cártel: un caso de solidaridad impropia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 35-36.



compradores directos e indirectos del resto de “*co-partners*”, así como por los consumidores y usuarios finales que han asumido la totalidad del sobrecoste, o incluso por aquellos terceros que se han visto dañados por el efecto paraguas<sup>1068</sup>.

A pesar de que la responsabilidad solidaria se origina desde el momento de la comisión de la conducta colusoria o restrictiva de la competencia, dicho criterio de imputación legal no se extiende directamente a todos los agentes partícipes en la infracción desde que ésta es declarada por resolución administrativa. De igual forma a lo que acontecía con el régimen del art. 1902 CC<sup>1069</sup>, sigue siendo necesaria una sentencia con eficacia constitutiva de la responsabilidad civil para generar la obligación solidaria entre los agentes infractores que se han visto demandados por el perjudicado<sup>1070</sup>. Ello no debe confundirse con el hecho que el art. 73 LDC haya plasmado, de un modo expreso, la facultad legal de la víctima de poder exigir la reparación del daño a aquellos operadores económicos que, aun no habiéndole causado directamente el perjuicio, también han sido declarados partícipes en la infracción anticompetitiva<sup>1071</sup>.

---

<sup>1068</sup> En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona núm. 237/2019, de 12 de septiembre (JUR 2019/281836), al indicar que el actual régimen declarado por el art. 73 LDC conlleva que: “*cualquiera de los perjudicados por la infracción declarada por la Comisión Europea puede dirigir su acción frente a cualquiera de los infractores por la totalidad de los daños y perjudicados derivados de la infracción a dicho perjudicado, sin perjuicio de la acción de repetición, regulada expresamente en el art. 73.5 de la LDC, del infractor que hubiera pagado una indemnización, contra el resto de los infractores. Por tanto, la legitimación pasiva y la responsabilidad de la parte demandada viene determinada por su consideración como infractor en la Decisión, por el mero hecho de ser infractor, con independencia de la existencia de una relación contractual directa y con independencia de la intensidad, grado de participación o periodo temporal, de su contribución en la infracción*”.

<sup>1069</sup> ESTEVE PARDO, M. A. *La solidaridad impropia de deudores*, ob. cit., págs. 87 y ss.

<sup>1070</sup> RIBELLES ARELLANO, J. M. “*Acciones follow on y la doctrina de la solidaridad impropia*”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 50.

<sup>1071</sup> Así se constata en diversas resoluciones judiciales, relativas al conocido cártel de los camiones, en las que se condena a la reparación de los daños y perjuicios causados por el sobrecoste anticompetitivo a determinadas empresas que, si bien fueron miembros del referido cártel, no distribuyeron ni comercializaron los vehículos a los demandantes [vid. la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona núm. 237/2019, de 12 de septiembre (JUR 2019/281836), y la del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 13 de septiembre de 2019 (JUR 2019/275544)].

Lo anterior permite concluir que la consagración de un régimen de responsabilidad conjunta y solidaria parece estar expresamente ideado para depurar la responsabilidad civil extracontractual que pudiera derivarse, fundamentalmente, de la concertación de cárteles *stricto sensu*, así como, en menor medida, de otras conductas colusorias verticales. No obstante, al no quedar limitada la responsabilidad civil conjunta y solidaria a la sola adopción de acuerdos expresos, también puede tener cabida, bajo el art. 73 LDC, cualquier otra modalidad conductual que manifieste el ánimo de vulnerar la competencia y éste sea compartido por una pluralidad de sujetos<sup>1072</sup>, como bien pudiera acontecer en los supuestos de abuso de posición de dominio colectiva o plural *ex arts.* 102 TFUE y 2 LDC<sup>1073</sup>.

Aun cuando las disposiciones relativas a la *joint and several liability* son de reciente incorporación en nuestro ordenamiento jurídico y su aplicación a las actuales acciones de reclamación de daños civiles se ve seriamente afectada por el régimen de transitoriedad<sup>1074</sup>, lo cierto es que las mismas no han supuesto diferencias significativas con el régimen de imputación que anteriormente venían aplicando nuestros órganos jurisdiccionales<sup>1075</sup>. Antes de que tuviera lugar la acomodación de las directrices europeas en materia de

---

<sup>1072</sup> CARRASCO PERERA, A. *Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel*, *ob. cit.*, pág. 3.

<sup>1073</sup> Los abusos de posición de dominio colectiva o plural, de acuerdo con la actual posición jurisprudencial [STJUE (Gran Sala) de 10 de julio de 2008, asunto C-413/06 P (Bertelsmann AG y Sony Corporation/Independent Music Publishers *et alii*), así como la resolución de la CNC de 6 de marzo de 2016 (expte. S/0391/11 Llamadas Móviles)] se caracterizan porque el comportamiento de abuso dominante es realizado por dos o más agentes empresariales que, pertenecientes a un mismo oligopolio empresarial pero con independencia jurídica y económica, deciden, por razón de sus vínculos económicos o estructurales (los cuales no necesariamente deben estar externalizados en forma de acuerdo) desarrollar de forma sostenida en el tiempo una estrategia o comportamiento común dirigido a la obtención de beneficios mutuos. Sobre este particular, vid. por todos, BAENA ZAPATERO, R. “*Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva*”, en *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España* (dirigido por Beneyto Pérez y Mailló González-Orús), tomo I, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, págs. 429 y ss.

<sup>1074</sup> Sobre este particular, puede consultarse la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao núm. 161/2019, de 3 de abril (JUR 2019/219618).

<sup>1075</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “*Perspectiva comparada. Aproximación a los casos nacionales sobre compensación de daños por infracción de las normas de la competencia*”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 360 y ss.

*private enforcement* por medio del Real Decreto-Ley 9/2017, la existencia de una responsabilidad solidaria extracontractual no era del todo desconocida en nuestro sistema interno, pues ya se reconocía, con ciertas salvedades, la posibilidad de condenar solidariamente, en sede civil, a varios agentes infractores por los daños y perjuicios que hubieran causado al demandante por el ilícito concurrencial<sup>1076</sup>.

Ante la falta de una previsión expresa en el Código Civil que regulara los supuestos de responsabilidad extracontractual con concurrencia de agentes obligados a reparar el daño, se hizo necesario el desarrollo por vía jurisprudencial de un régimen similar, pero diferenciado, al previsto en sede contractual (arts. 1137 a 1448 CC). En virtud de la construcción doctrinal de la conocida **solidaridad impropia o responsabilidad in solidum**<sup>1077</sup>, esto es, de aquella cuyo origen no está en la ley ni en la voluntad negocial de las partes, sino que es impuesta por medio de resolución judicial<sup>1078</sup>, el Alto Tribunal, permitió la atribución de responsabilidad solidaria entre obligados en los casos donde no era posible individualizar la cuota de participación en el resultado dañoso de cada uno de los agentes<sup>1079</sup>. Éste es el sentido que cabe reconocer

---

<sup>1076</sup> GÓMEZ ASENSIO, C. “Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en las reclamaciones de daños por infracción del derecho de defensa de la competencia”, en *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto europeo Training of National Judges in EU Competition Law*, ob. cit., págs. 347 y ss.; PARDO NÚÑEZ, C. “Los daños del Cártel: un caso de solidaridad impropia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 29-30; PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., págs. 205-206.

<sup>1077</sup> Por lo que hace referencia a la solidaridad impropia y sus diferentes implicaciones, véase, por todos: ESTEVE PARDO, M. A. *La solidaridad impropia de deudores*, ob. cit., págs. 61 y ss.; así como, entre otras, las siguientes resoluciones: STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1047/2003, de 11 de noviembre (RJ 2003/8289); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1385/2007, de 20 de diciembre (RJ 2007/8667); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 123/2015, de 4 de marzo (RJ 2015/1095); y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 709/2016, de 25 de noviembre (RJ 2016/5643).

<sup>1078</sup> CARBONELL BOTELLA, J. M. y GÓMEZ ASENSIO, C. *Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia: reforma de la Ley de Defensa de la competencia*, ob. cit., pág. 36.

<sup>1079</sup> ESTEVE PARDO, M. A. *La solidaridad impropia de deudores*, ob. cit., págs. 63-64; GÓMEZ ASENSIO, C. “Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en las reclamaciones de daños por infracción del derecho de defensa de la competencia”, en *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto europeo Training of National Judges in EU*

al art. 1144 CC cuando dispone no solo que el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, sino también que las reclamaciones entabladas contra uno de ellos no serán obstáculo para las que posteriormente puedan dirigirse contra los demás mientras el derecho de crédito no sea satisfecho en su totalidad<sup>1080</sup>.

De igual forma, han sido apreciables los esfuerzos de nuestro máximo órgano jurisdiccional ordinario por acomodar, no sin ciertas dificultades, las particularidades de la responsabilidad nacida de los ilícitos concurrenciales a las reglas de la solidaridad impropia. En este sentido, resultan significativas las manifestaciones expresadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid en su Sentencia de 7 mayo de 2018<sup>1081</sup> acerca del régimen de responsabilidad impropia que dimanaba del art. 1902 CC:

*“no estamos ante una obligación solidaria sino ante una responsabilidad solidaria, que surge de una infracción conjunta. El daño, en un supuesto de cártel que infringe el derecho de la competencia, no lo causa la relación comercial de una partícipe del cártel con el tercero perjudicado, sino que lo causa el acuerdo colusorio mismo, por lo tanto: es indiferente en el presente caso que algunas de las demandadas no hubieran tenido relaciones comerciales con la actora, pues estamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria impropia, en que todas las partícipes del cártel responden en tal forma del daño causado como consecuencia de la existencia del mismo, sin perjuicio de las posteriores reclamaciones que pueden dirigirse entre ellas mismas con posterioridad”<sup>1082</sup>.*

---

*Competition Law, ob. cit.*, págs. 352-354; GÓMEZ LIGÜERRE, C. *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil, ob. cit.*, págs. 33-34; PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia, ob. cit.*, pág. 205.

<sup>1080</sup> VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia, ob. cit.*, pág. 43.

<sup>1081</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 7 de mayo de 2018 (JUR 2018/165368).

<sup>1082</sup> En idéntico sentido se pronuncian, entre otras, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid núm. 88/2014, de 9 de mayo (AC 2016/962); la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (JUR 2018/232984); la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid, de 8 de junio de 2018 (JUR 2018/188242); la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.11 de Madrid, de 14 de junio de 2018 (AC 2018/1123); y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.7 de Barcelona núm. 237/2019, de 12 de septiembre (JUR 2019/281836).

Sin embargo, ahora con motivo de la transposición de la Directiva de daños al ordenamiento jurídico español, dicho criterio de imputación solidaria, por efecto de estar expresamente previsto en el art. 73 LDC, ha visto reconducida su naturaleza jurídica hacia una de las categorías de responsabilidad solidaria en sentido propio<sup>1083</sup>. Con ello, se ha venido a solventar otro de los clásicos inconvenientes que acompañaban a las obligaciones solidarias impropias, ya que, según el criterio doctrinal de nuestro TS, éstas no pueden desplegar efecto interruptivo sobre la prescripción a efectos del art. 1974 CC<sup>1084</sup>. Con la expresa previsión ex art. 73 LDC, sin embargo, la **interrupción de la prescripción extintiva** perjudicará a todos los sujetos que hubieran sido condenados por la acción de daños y perjuicios y estén llamados a responder bajo las reglas de la solidaridad<sup>1085</sup>.

Ahora bien, la regla general que se acaba de exponer acerca de la responsabilidad conjunta y solidaria se acompaña en el art. 73 LDC de dos notables – y novedosas – **excepciones**: la primera, relativa a las pymes (art. 73.2 y 3 LDC), encuentra su justificación en el mayor riesgo que supone para las empresas de menor dimensión tener que hacer frente al pago de la totalidad del daño causado por la infracción en su conjunto; y la segunda, referida a los beneficiarios de los programas de clemencia (art. 73.4 LDC), tendente a asegurar no solo que las normas que impulsan las reclamaciones de daños no supongan un obstáculo para los solicitantes de clemencia, sino también a incorporar un incentivo adicional al de la exención del pago de la

---

<sup>1083</sup> MARTÍ MIRAVALLS, J. “Comentario al art. 73 LDC”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., págs. 176-177; VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 10.

<sup>1084</sup> ESTEVE PARDO, M. A. *La solidaridad impropia de deudores*, ob. cit., págs. 81 y ss.

<sup>1085</sup> GÓMEZ LIGÜERRE, C. *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, ob. cit., pág. 41; GONZÁLEZ CASTILLA, F. “En torno a la transposición de la Directiva 2014/104/UE en el ordenamiento jurídico español”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., pág. 177.

multa, consistente en la limitación de las posibles reclamaciones por daños a las de sus compradores directos o indirectos<sup>1086</sup>.

Sin perjuicio del derecho al pleno resarcimiento, se establece *ex lege* una limitación cuantitativa al *quantum* indemnizatorio cuando el obligado a responder sea una pequeña o mediana empresa<sup>1087</sup>. En este supuesto, y de acuerdo con el criterio de individualización del daño causado, el apartado 2 del art. 73 LDC dispone, para el infractor que sea considerado pequeña o mediana empresa, que sólo quedará obligado a responder frente aquellos sujetos que resulten perjudicados por la causalidad de su conducta<sup>1088</sup> (esto es, únicamente los compradores directos e indirectos de la PYME). No obstante, dicha limitación de responsabilidad queda condicionada al hecho que su cuota de participación en el mercado de referencia sea inferior al cinco por ciento (porcentaje que no podrá superar en todo momento mientras dure su participación en la infracción), y siempre que la aplicación del régimen común de responsabilidad solidaria mermara irremediabilmente su viabilidad económica, ocasionándole una pérdida de todo el valor de sus activos<sup>1089</sup>.

---

<sup>1086</sup> VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 11 y 14.

<sup>1087</sup> Como especifica el propio art. 73 LDC debe partirse de la definición que de pequeña y mediana empresa ofrece el art. 2 de la *Recomendación de la Comisión sobre la definición de microempresas y pequeñas y medianas empresas*, de 6 de mayo de 2003 (2003/361/CE).

<sup>1088</sup> GÓMEZ ASENSIO, C. “Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en las reclamaciones de daños por infracción del derecho de defensa de la competencia”, en *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto europeo Training of National Judges in EU Competition Law*, ob. cit., págs. 353-354. La fijación de una regla general de responsabilidad solidaria no es incompatible con la previsión de supuestos excepcionales en los que se establezca la responsabilidad simple e independiente de cada uno de los infractores. Como ha puesto de manifiesto PARDO NÚÑEZ, C. “Los daños del Cártel: un caso de solidaridad impropia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 37-38: “la concurrencia causal de todos los cartelistas en la producción del daño no excluye la independencia de cada una de las series causales que origina su conducta y por tanto de esta misma en relación a la conducta de los demás”.

<sup>1089</sup> Sobre el carácter cumulativo de tales requisitos en orden a la operatividad de dicha excepción relativa a las pymes, véase: MARTÍ MIRAVALLS, J. “Comentario al art. 73 LDC”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 178; y RIBELLES ARELLANO, J. M. “Acciones follow-on y la doctrina de la solidaridad impropia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 54-55. En cuanto al modo en que interpretar la referencia a la “merma irremediable de la viabilidad de la empresa y causar una

Únicamente remarcar que este supuesto excepcional de responsabilidad simple e independiente decaerá cuando la empresa hubiera dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participasen en la infracción, o bien cuando hubiese sido anteriormente declarada culpable (cabe entender que por una resolución firme) por una infracción del Derecho de la competencia (en estos supuestos regirá la regla de la solidaridad frente a los perjudicados)<sup>1090</sup>.

También se contempla otro supuesto de responsabilidad específica y más restringida cuando se trata de sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia, en lo que constituye una segunda excepción, si bien no tan extensa como la anterior, al régimen general de la responsabilidad solidaria y conjunta en sede de infracciones de la competencia<sup>1091</sup>.

En este sentido, el apartado 4 del art. 73 LDC contempla para los infractores que hayan sido declarados exentos de toda responsabilidad administrativa en el marco de un programa de clemencia (de modo que *a priori* parecen quedar excluidos, a falta de una interpretación jurisprudencial al respecto, los agentes beneficiados con una reducción en el importe de las multas –clementes de segundo nivel–)<sup>1092</sup> un régimen de responsabilidad dual en función de la tipología de afectado y marcado por el orden de prelación en el que están

---

*pérdida de todo el valor de sus activos*”, parece razonable estimar que no se exigirá que la compañía deba cesar totalmente en sus actividades, siendo suficiente que dicho cese afecte a alguna de ellas y que, por extensión, ello implique una reducción significativa de su plantilla (VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, ob. cit., pág. 44). Una crítica a esta excepción, derivada del hecho de que las pymes no solo son perjudicadas, sino que también, en ocasiones pueden ser damnificadas, puede leerse en BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015, pág. 14.

<sup>1090</sup> El privilegio se pierde con la simple concurrencia de una de las dos circunstancias (MARTÍ MIRAVALLS, J. “Comentario al art. 73 LDC”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 179).

<sup>1091</sup> Sobre la limitación de responsabilidad solidaria a los agentes beneficiarios de un programa de clemencia, vid. la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (JUR 2018/232984).

<sup>1092</sup> RIBELLES ARELLANO, J. M. “Acciones follow on y la doctrina de la solidaridad impropia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 56.

llamados a responder. De una parte, los infractores que hayan sido declarados exentos de sanción administrativa serán responsables solidarios directos respecto de los compradores o proveedores, de primer y/o segundo nivel, siempre que pertenezcan a su misma línea comercial; mientras que, de otra parte, deberán responder, también solidariamente, frente a otras partes perjudicadas únicamente cuando éstas no hayan podido obtener el pleno resarcimiento del resto de participantes que hubieran estado implicados en la misma infracción del Derecho de la competencia (responsabilidad solidaria pero de carácter subsidiario)<sup>1093</sup>. Debe anotarse, por otro lado, que el carácter subsidiario de la responsabilidad, no debería porque eximir a los beneficiarios de clemencia de la aplicación del art. 1974 CC respecto a la interrupción de la prescripción.

Como ya venía apuntando, con buen criterio, la Comisión Europea en su *Libro Verde de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, en lo que respecta a la coordinación entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia, se ha optado, a diferencia de lo que acontece con los *leniency programs* de EEUU, por no reducir el grado de exposición a los daños y perjuicios de los sujetos que se han visto exentos de todo correctivo público. Lo anterior no impide, sin embargo, que sí puedan beneficiarse de una posición temporal más ventajosa que la del resto de infractores, permitiendo compatibilizar, de este modo, la institución de la clemencia, como incentivo para la detección de los cárteles, con el derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados.

---

<sup>1093</sup> En este caso, bien pudiera hablarse de una responsabilidad de carácter “subsidiario” respecto de la cual la carga de la prueba acerca de la imposibilidad de resarcimiento de terceros infractores corresponderá al perjudicado-actor (MARTÍ MIRAVALLS, J. “Comentario al art. 73 LDC”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 182). No olvidemos, la estrecha relación entre los programas de clemencia y la aplicación privada del Derecho de la competencia (sobre este particular, véanse, entre otros: DE LA VEGA GARCÍA, F. *La clemencia (leniency) en el derecho de la competencia (antitrust): exención o reducción de multas en el caso de cártel*, Dykinson, Madrid, 2017); y GONZÁLEZ CASTILLA, F. “Clemencia y aplicación privada: una visión desde las autoridades de la competencia”, en *La compensación de daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE* (dirigido por Ruiz Peris), Thomson Reuters, Navarra, 2016, págs. 245 y ss. En orden a la relación entre la efectividad de los programas de clemencia y la prueba de daños y perjuicios, vid. apartado IV.3.7 de este mismo capítulo.



Señalar, por último, para terminar este apartado de la investigación, que de acuerdo con el régimen de responsabilidad propio de las obligaciones solidarias, el infractor que hubiere pagado una indemnización podrá repetir contra el resto de los infractores por una cuantía equivalente a la responsabilidad relativa que hubiera tenido en el hecho dañoso<sup>1094</sup>. Esta previsión legal, recogida en el art. 73.5 LDC y ya avanzada en el Considerando 37 de la Directiva de daños, viene referida al **régimen de responsabilidad *ad intra*** (o interna) de los infractores<sup>1095</sup>.

En contraposición con el régimen anterior a la transposición de la Directiva, debe indicarse que el infractor, titular del derecho de repetición, ha visto considerablemente reducido su riesgo de insolvencia al poder exigir el reintegro del resto de las cuotas de la indemnización no solo a los agentes que hubieran sido demandados por el perjudicado, sino también a los demás sujetos que hayan sido declarados infractores por la resolución administrativa<sup>1096</sup>. No obstante, de dirigir la acción de repetición contra un beneficiario de clemencia

---

<sup>1094</sup> Dada la indeterminación que existe en la LDC como en la Directiva acerca de cómo calcular dicha responsabilidad relativa, ésta bien podrá computarse en atención a una diversidad de parámetros como, por ejemplo, el volumen de ventas, el tiempo de participación en el cártel, su respectiva cuota de mercado o su papel en la infracción (ENRICH SCHÖDER, V. *Introducción a las acciones de reclamación de daños derivados de infracciones de la competencia*, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ob. cit., pág. 8). Algunos autores, como es el caso de VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español en la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 15, también se plantean que nuestros órganos jurisdiccionales puedan también hacer uso de la información que incluye la CNMC en sus resoluciones sancionadoras para determinar el importe de la sanción, como puedan ser la responsabilidad y cuota relativa de cada empresa en las ventas afectadas por la infracción o la concurrencia de agravantes o atenuantes.

<sup>1095</sup> Ante los silencios constatables sobre esta solidaridad *ad intra* tanto en la Directiva como en el propio art. 73.5 LDC (tras su transposición de 2017), conviene traer a colación el texto del art. 1145 CC: *“El que hizo el pago solo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses de anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno”*. Ante esta realidad, no han faltado quienes hablan, en este caso, poniendo el acento en el carácter disuasorio de la aplicación privada del Derecho de la competencia, de una “suerte de mancomunidad” *ad intra* (GONZÁLEZ CASTILLA, F. *“En torno a la transposición de la Directiva 2014/104/UE en el ordenamiento jurídico español”*, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., pág. 175; y MARTÍ MIRAVALLS, J. *Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción*, ob. cit., págs. 45-46).

<sup>1096</sup> BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., pág. 13; RIBELLES ARELLANO, J. M. *“Acciones follow on y la doctrina de la solidaridad impropia”*, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 58.

de primer nivel, el importe de su contribución no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos, mientras que si el perjuicio fuera causado a una persona diferente de éstos, el importe de la contribución deberá concretarse en función de su responsabilidad relativa.

#### **IV.2.4.- El plazo para el ejercicio de las acciones de daños**

Aun cuando la regulación del plazo para el ejercicio de las acciones de daños se haya incorporado en la Ley de Defensa de la Competencia (art. 74), pudiendo conducir al error acerca de creer que estamos ante un aspecto sustantivo de las reclamaciones por daños derivadas de los ilícitos *antitrust*; lo cierto es que la toma en consideración de los plazos aplicables en orden al ejercicio de las acciones civiles de reparación, derivadas de las infracciones de competencia, tiene, sin ninguna duda, un marcado carácter procesal.

Fijado lo anterior, cabe señalar, en primer lugar, como el Considerando 36 de la Directiva de daños, dispone, en relación a los plazos de ejercicio de las acciones de daños en materia de competencia, que:

*“Las normas nacionales relativas al inicio, la duración, la suspensión o la interrupción de los plazos no deben entorpecer indebidamente el ejercicio de las acciones por daños. Ello reviste importancia para las reclamaciones que se funden en constataciones de una autoridad de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente. A tal efecto, debe ser posible interponer una demanda por daños tras la incoación, por parte de la autoridad de la competencia, de un procedimiento de aplicación del Derecho de la competencia nacional y de la Unión. Los plazos no deben empezar a correr antes de que cese la infracción ni antes del que el actor sepa, o de que pueda esperar razonablemente que el demandante sepa, qué conducta constituye la infracción, el hecho de que esta infracción haya causado un perjuicio al demandante y la identidad del infractor. Los Estados miembros deben poder mantener o establecer plazos de caducidad que sean de aplicación general, siempre que la duración de tales plazos no haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento pleno”.*

Este elenco de directrices generales en materia de plazos, ya anticipadas en buena medida por el TJUE en el caso *Manfredi*<sup>1097</sup>; se ha visto recogido, de forma expresa, en el art. 10 de la Directiva de 2014, cuando éste dispone, entre otras cosas, en su apartado 3, que: “*Los Estados miembros velarán por que el plazo para el ejercicio de una acción por daños sea al menos de cinco años*”<sup>1098</sup>. Y de aquí, por efecto de su transposición al ordenamiento jurídico español han sido incorporadas, por el Real Decreto-Ley 9/2017, en un nuevo art. 74 LDC, relativo al plazo para el ejercicio de las acciones de daños:

*“1. La acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las infracciones del Derecho de la competencia prescribirá a los cinco años.*

*2. El cómputo del plazo comenzará en el momento en el que hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de las siguientes circunstancias:*

*a) La conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia;*

*b) el perjuicio ocasionado por la citada infracción; y*

<sup>1097</sup> STJUE (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, asunto C-295/04 (Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriático et alii): “ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro determinar el plazo de prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el art. 81, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad. De esta suerte, corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si una norma nacional con arreglo a la cual el plazo de la prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el art. 81 se computa a partir del día en que se comienzan el acuerdo o la práctica prohibidos hace imposible en la práctica o, excesivamente difícil, el ejercicio del derecho de solicitar la reparación del perjuicio sufrido, en particular cuando dicha norma nacional establece también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse”; y “una norma nacional que establece que el plazo de prescripción para presentar una demanda de indemnización se computa a partir del día en que comienza el acuerdo o la práctica concertada podría hacer imposible en la práctica el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio causado por el acuerdo o la práctica prohibidos, en particular cuando dicha norma nacional establezca también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse. En efecto, en tal situación, tratándose de infracciones continuadas o repetidas, nada impide que el plazo de prescripción expire antes incluso de que haya terminado la infracción, en cuyo caso a toda persona que haya sufrido un perjuicio posterior a la expiración del plazo de prescripción le será imposible interponer demanda”.

<sup>1098</sup> Sobre la importancia del art. 10 de la Directiva de daños en relación a la “actualización al alza” que ha experimentado el plazo de prescripción previsto en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la responsabilidad extracontractual, véase, por todos: BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., pág. 12.

c) *la identidad del infractor.*

3. *El plazo se interrumpirá si una autoridad de la competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador en relación con una infracción del Derecho de la competencia relacionados con la acción de daños. La interrupción terminará un año después de que la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme o se dé por concluido el procedimiento de cualquier otra forma.*

4. *Asimismo se interrumpirá el plazo cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados. La interrupción, sin embargo, solo se aplicará en relación con las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia”.*

Sin duda, este art. 74 LDC incorpora dos destacadas novedades que afectan al régimen de responsabilidad por infracciones del Derecho de la competencia, relacionadas con el plazo de prescripción así como con los diversos supuestos que comportan la interrupción de su cómputo<sup>1099</sup>. Ello es así, porque tratándose de una reclamación de daños anticompetenciales no resultará de aplicación el plazo de prescripción general de un año fijado en el art. 1968.2 CC<sup>1100</sup> respecto a las reclamaciones por daños extracontractuales<sup>1101</sup>, sino uno especial de

<sup>1099</sup> Novedades, además, no exentas de problemas relativos al régimen de transitoriedad y a la fijación, en la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-Ley 9/2017, del principio de irretroactividad (sobre el particular, por todos, véase lo señalado por: VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 16).

<sup>1100</sup> Art. 1968.2 CC: (*“Prescriben por el plazo de un año: 1º. La acción para recobrar o retener la posesión. 2º. La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o por calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 – El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado–, desde que lo supo el agraviado”.*

<sup>1101</sup> Para un análisis exhaustivo acerca de si el régimen general de responsabilidad civil extracontractual contemplado en el art. 1902 CC ofrece una regulación adecuada para el ejercicio de las acciones de indemnización o si, por el contrario, parece necesario introducir ciertas reglas específicas en función de la especial naturaleza que cabe atribuir al acto perjudicial derivado de un ilícito *antitrust*, véanse, por todos: FONT RIBAS, A. y GUAL, DALMAU, M. A. *“Teoría y práctica de la conducta culpable en el ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios por infracción de normas del ordenamiento de la competencia”*, en *La indemnización por infracción de las normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012, págs. 139 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, J. *“Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial”*, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia* (dirigido por

cinco años que viene a coincidir con el contemplado por nuestro legislador en orden a las obligaciones contractuales<sup>1102</sup> (art. 1964.2 CC, redactado por la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: “*Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan*”)<sup>1103</sup>.

Este nuevo plazo de prescripción, de cinco años, responde a la necesidad, como bien ha señalado HERRERO SUÁREZ<sup>1104</sup>, de ponderar, equilibradamente, la necesidad de evitar los riesgos inherentes a la fijación de un plazo demasiado breve que podría comprometer, en la práctica, el éxito del sistema de aplicación privada del Derecho de la competencia y de la tutela judicial efectiva de los damnificados por un ilícito *antitrust*<sup>1105</sup>, así como dificultar el ejercicio de acciones basadas en una decisión administrativa condenatoria. Asimismo, también deben ponderarse las consecuencias negativas que pudieran derivarse de la previsión de un plazo de prescripción excesivamente dilatado en el tiempo, pues éste dejaría al infractor, en cuanto autor del daño, expuesto, de modo excesivo, a las hipotéticas acciones de terceros<sup>1106</sup>.

---

Velasco San Pedro y otros), Lex Nova, Valladolid, pág. 480; y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M. *Derecho de daños: textos y materiales*, ob. cit., pág. 24.

<sup>1102</sup> VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, ob. cit., pág. 47.

<sup>1103</sup> CARBONELL BOTELLA, J. M. y GÓMEZ ASENSIO, C. *Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia: reforma de Ley de Defensa de la competencia*, ob. cit., pág. 38.

<sup>1104</sup> HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, ob. cit., pág. 170.

<sup>1105</sup> BROKELMANN, H. “*La responsabilidad civil por infracción de las normas en defensa de la competencia*”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrentiales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, pág. 106.

<sup>1106</sup> En orden a la exigencia de previsión de “plazos razonables” de prescripción, que algunos han venido a calificar de “armonización por la puerta de atrás” (MARCOS FERNÁNDEZ, D. y SÁNCHEZ GRAELLS, A. *Towards a European tort law damages actions for breach of the EC antitrust rules: harmonizing tort law through the back door?*, en *European Review of Private*

Por lo que hace referencia a la **determinación del *dies a quo***, el apartado segundo del art. 74 LDC exige, cumulativamente, la concurrencia de dos requisitos: uno de naturaleza objetiva (“*desde el momento en que hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia*”); y otro de carácter subjetivo (*que el demandante tenga conocimiento o haya podido tener conocimiento de la conducta y el hecho de que sea constitutiva una infracción del Derecho de la competencia; el perjuicio ocasionado por la citada infracción; y la identidad del infractor*). La aplicación de ambos requisitos supone, de una parte, reconducir la línea jurisprudencial desarrollada a raíz del caso “Céntrica” en relación con la interpretación del inicio del plazo de prescripción<sup>1107</sup>; y, de otra, un notable ajuste respecto a la regla general prevista en el art. 1969 CC<sup>1108</sup>: “*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*”.

En esta línea interpretativa, resulta especialmente ilustrativa la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019<sup>1109</sup>,

---

Law, núm. 3, 2008, págs. 469 y ss.), véase: DÍEZ ESTELLA, F. *La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿La última revolución en el derecho de la competencia?*, en Revista Aranzadi Unión Europea, núm. 7, 2014, págs. 49.50.

<sup>1107</sup> En este sentido, véase la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 528/2013, de 4 de septiembre (RJ 2013/7419), donde se establece, en relación a la concreción de daños causados a una empresa distribuidora de energía eléctrica como consecuencia de impedirle, por parte de la empresa dominante del sector, el acceso a la información de su red de distribución, una interpretación flexible del plazo de prescripción del art. 1968.2 CC, identificando el *dies a quo* con el momento en que la víctima “*pueda tener conocimiento cabal del perjuicio sufrido para formular la correspondiente reclamación de indemnización de daños y perjuicios*”. En relación al alcance positivo que ha tenido esta jurisprudencia (Caso Céntrica), por todos, véanse: BAÑOS FOS, J. M. *El dies a quo del cómputo del plazo de la prescripción en las demandas de daños resultantes de infracciones del Derecho de la competencia*, en Blog de Derecho Mercantil, de 20 de noviembre de 2013; y DÍEZ ESTELLA, F. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 11, núm. 1, 2019, pág. 280); y “*Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivados de cárteles en España*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maíllo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 728-730.

<sup>1108</sup> En esta línea interpretativa, por todas, véase la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 589/2015, de 14 de diciembre (RJ 2015/5870). En idéntica dirección de pensamiento, véase: CARBONELL BOTELL, J. M. y GÓMEZ ASENSIO, C. *Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia: reforma de la Ley de Defensa de la competencia*, ob. cit., pág. 39.

relativa al conocido como cártel de los camiones: *“Frente a la alegación de prescripción del demandado, que aducía que el dies a quo era la fecha de publicación de la nota de prensa, se señala, sin ningún género de duda, que el dies a quo del plazo de prescripción debe fijarse en el momento de publicación de la versión definitiva de la Decisión en abril de 2017. Solo en ese momento el actor dispuso de la información suficiente para preparar su demanda. Esa conclusión es todavía más sólida en la interpretación del art. 1969 CC, conforme al Considerando 36 y el art. 10.2 de la Directiva”*.

Ciertamente problemático se ha demostrado cómo interpretar la mención al segundo de los requisitos, esto es, el relativo al conocimiento del perjuicio ocasionado por la infracción<sup>1110</sup>. Ello responde a que nuestro legislador interno, en el momento de la transposición, en contraposición a la dicción literal de la Directiva, no hizo mención al conocimiento de la existencia *“de un perjuicio”*, sino al conocimiento *“del perjuicio”*<sup>1111</sup>. En consecuencia, parece que será suficiente para la fijación del *dies a quo* el momento en el que el actor pudiera tomar consciencia acerca de la mera existencia del daño, sin tener que esperar a reunir todos aquellos elementos necesarios que le permitan determinar, en el caso concreto, la cuantía y naturaleza del daño en cuestión, pues ello nos conduciría a una situación prácticamente de imprescriptibilidad de la acción<sup>1112</sup>.

---

<sup>1109</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (AC 2019/191). En idéntico sentido se ha pronunciado sobre este particular la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz núm. 59/2020, de 20 de abril (AC 2020/653).

<sup>1110</sup> FERNÁNDEZ VICIÉN, C. *Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España*, en Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, núm. 29, 2012, pág. 17; JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J. y MASÍA, J. *Examen de cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho de la competencia en España*, en La Ley, núm. 30, nueva época, 2012, págs. 31 y ss.; y VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, ob. cit., pág. 47.

<sup>1111</sup> GONZÁLEZ CASTILLA, F. *“En torno a la transposición de la Directiva 2014/104/UE en el ordenamiento jurídico español”*, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., pág. 176.

<sup>1112</sup> SUDEROW, J. *Comentario a la primera sentencia relativa a una acción follow on contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 de diciembre de 2017*, ob. cit., pág. 7.

En otro orden de cosas, el número 3 del art. 74 LDC, superando las reglas generales de interrupción de la prescripción (art. 1973 CC: “*La prescripción de las acciones se interrumpe en su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor*”), incorpora **dos causas especiales de interrupción** en este ámbito particular: la primera, relativa a la iniciación de una investigación o incoación de un procedimiento sancionador en torno a una hipotética infracción del Derecho de la competencia (art. 74.3 LDC); y la segunda, vinculada con la iniciación de un procedimiento extrajudicial para la solución controversias (art. 74.4 LDC)<sup>1113</sup>.

La primera de las causas específicas que comportan la interrupción del plazo de prescripción –no de suspensión–<sup>1114</sup> viene referida a la incoación de actuaciones administrativas que se dirijan a la investigación o sanción de una conducta anticompetitiva. En estos supuestos, el legislador no ha limitado la suspensión del plazo de prescripción de las acciones de daños y perjuicios a la finalización de las actuaciones de la autoridad de competencia (o si se prefiere, a la adquisición de firmeza de la resolución administrativa), sino que, en un escrupuloso cumplimiento de los principios de publicidad y difusión de las resoluciones, ha extendido el efecto interruptivo hasta un año después de que

---

<sup>1113</sup> Esta tendencia hacia una cierta “especialización” de la Ley de Defensa de la Competencia respecto del régimen de prescripción previsto en el Código Civil, ya fue defendida, agudamente, por TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, págs. 220-221.

<sup>1114</sup> El art. 74 LDC, a diferencia de la Directiva de daños (art. 18), expresamente se refiere a interrupción y no a suspensión. Siendo esto así, la interrupción de la prescripción supone una anulación del tiempo transcurrido para el cómputo de la prescripción extintiva, el cual volverá a contarse, íntegramente, desde el principio, de modo que una vez cesado el motivo de interrupción (finalización anticipada del procedimiento administrativo o adquisición de firmeza de la resolución sancionadora), comenzará de nuevo su cómputo [STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 185/2016, de 18 de marzo (RJ 2016/983)]. Para la determinación de su *dies a quo* y *dies ad quem*, será necesario prestar atención a las diferentes modalidades de solución extrajudicial de conflictos [vgr. arbitraje (arts. 27 y 38 de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre), arbitraje institucional administrado por la CNMC (arts. 3.2 y 34 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI), arbitraje de consumo (art. 37.3 y 49 RD 231/2008), y mediación (arts. 16 y 22 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles)]. Para un análisis específico de los aspectos problemáticos, en cada modalidad de resolución alternativa de conflictos, acerca de la fijación del *dies a quo* y del *dies ad quem* de la interrupción de la prescripción, véase, por todos: GÓMEZ ASENSIO, C. “*Soluciones extrajudiciales y reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia*”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Thomson-Reuters, Navarra, 2019, págs. 191-198.



la resolución hubiera sido firme o el procedimiento administrativo hubiera concluido por cualquier otro modo.

Por lo que respecta a la segunda causa de interrupción de la prescripción de las acciones de daños y perjuicios *antitrust*, ésta presenta un alcance más restrictivo, limitado únicamente a las eventuales víctimas que, tras haber tenido conocimiento de los hechos anticompetitivos y de su condición de agravadas (ya fuera por fuentes propias o por resolución administrativa), hubieran iniciado con el agente responsable un procedimiento extrajudicial dirigido a la obtención de un acuerdo resarcitorio<sup>1115</sup>. En tal caso, el art. 74.4 LDC prevé expresamente que el cómputo de la prescripción quedará interrumpido tan sólo con efectos *inter partes* y mientras dure el procedimiento extrajudicial de controversias, reanudándose su cómputo inicial una vez éste haya finalizado<sup>1116</sup>.

---

<sup>1115</sup> Cabe entender por “solución extrajudicial”, a efectos de lo dispuesto en los arts. 74.4 y 81 LDC, todo acuerdo alcanzado entre el infractor y el perjudicado a través de cualquier medio de resolución, forma o informal, de controversias. En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo núm. 45/2020, de 18 de febrero (JUR 2020/131616) ha reconocido el efecto suspensivo de la prescripción a un acto de conciliación (frustrado) que fue llevado a cabo entre una organización de consumidores y uno de los participantes del “cártel de los concesionarios de automóviles” respecto al ejercicio de una acción de daños interpuesta por uno de los consumidores representados por la asociación: “A la vista de la demanda y de la certificación emitida por la secretaría de dicha organización en que se hace mención de que la demandante estaba representada en la reclamación formulada entre otras frente a la demandada para que se aviniera a indemnizar en un 10 % del precio de los vehículos a los afectados por las prácticas sancionadas se podría considerar interrumpida la prescripción respecto de la demandante, pese a que se trate de una conciliación genérica en que no se hace mención concreta de los afectados por la misma, en el encabezamiento de la solicitud se recoge que la relación de asociados se recoge en el documento nº 2 y en el CD que contiene los apoderamientos, por lo que a la vista de la certificación aportada se considera que la conciliación se ha interpuesto entre otros a favor de la demandante y en esta medida no cabe apreciar la prescripción invocada”.

<sup>1116</sup> Sobre esta particular causa de interrupción del plazo de prescripción es obligado traer a colación, en paralelo, lo dispuesto en el vigente art. 81 LDC, relativo al efecto suspensivo de la solución extrajudicial de controversias: “Los tribunales que conozcan de una acción de daños por infracciones del Derecho de la competencia podrán suspender el procedimiento durante un plazo máximo de dos años en caso de que las partes en el procedimiento estén intentando una vía de solución extrajudicial de la controversia relacionada con la pretensión”. Esta causa de interrupción, además, también debe relacionarse con el art. 19 LEC, relativo al derecho de disposición de las partes, transacción y suspensión, de tal forma que, en el caso concreto, el juez pueda llegar a denegar la suspensión al amparo de la afectación negativa del interés general o de terceros (VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 18). Para un análisis más completo de aquello que supone el art. 81 LDC, véase, por todos: GÓMEZ ASENSIO, C. “Soluciones extrajudiciales y reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia”, en

Señalar, por último, que en lo que respecta al **plazo de prescripción de las acciones de regreso *ad intra*** que los coinfractores puedan llegar a ejercitar (tal como contempla el art. 73 LDC), éste no se corresponderá con el plazo de un año, previsto, con carácter general, para las acciones de responsabilidad extracontractual (art. 1968 CC), así como tampoco el de cinco años reflejado en el art 74 LDC. Antes, al contrario, tratándose de una acción personal para la que la Ley no ha contemplado un plazo específico<sup>1117</sup>, bien puede concluirse que el plazo de prescripción aplicable a las acciones de regreso entre los coinfractores se corresponde con el plazo de cinco años del art. 1964 CC<sup>1118</sup> (que, por otra parte, resulta coincidente con el fijado en la Ley de Defensa de la Competencia mediante el Real Decreto-Ley 9/2017). Dicho plazo deberá empezar a computarse desde el momento que el infractor hubiera procedido a abonar la indemnización a la víctima de la conducta anticompetitiva<sup>1119</sup>.

#### **IV.2.5.- La eficacia de las resoluciones de las autoridades administrativas ante los órganos jurisdiccionales**

La eficacia de las resoluciones de las autoridades de la competencia o de los órganos jurisdiccionales competentes es objeto de regulación, tras el Real Decreto-Ley 9/2017, de transposición al ordenamiento jurídico español de la

---

*Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia, ob. cit., págs. 199 y ss.; así como el apartado IV.2.8 de este mismo capítulo.*

<sup>1117</sup> VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia, ob. cit.,* pág. 48.

<sup>1118</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 437/2015, de 31 de julio (RJ 2015/4976).

<sup>1119</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 750/2010, de 15 de noviembre (RJ 2010/ 8872): “*El día a partir del cual es posible el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse la acción de que se trate y que en su caso las partes han reconducido a través del artículo 1968.2 del CC y no del artículo 1964, como propia de una acción recuperatoria o contractual, no sujeta al plazo prescriptivo del año sino al de quince años establecido en aquel art. 1964. [...] Tratándose de una acción de repetición, el cómputo del plazo prescriptivo ha de contarse desde el último pago efectivo llevado a cabo, como acertadamente sienta la sentencia que se recurre, abono que tuvo lugar en fecha 21 de julio de 2003, por lo que no procede estimar la prescripción extintiva de la acción alegada, conforme al precepto general 1969 del Código Civil dado el tiempo de producción del evento y el de ejercicio de la acción que de él nace a través del pago efectuado*”.

Directiva de daños, en el art. 75 LDC (precepto que, si bien se incorpora en un texto fundamentalmente sustantivo, es lo cierto que también goza de clara relevancia procesal):

*“1. La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español.*

*2. En aquellos casos en los que, debido al ejercicio de las acciones de daños por infracción de las normas de la competencia se reclamen daños y perjuicios, se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro, y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario.*

*3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los tribunales en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.*

Su apartado primero, en lo que constituye una clara manifestación de la necesidad de coordinar y engarzar el *public enforcement* con el *private enforcement*<sup>1120</sup>, dispone que los órganos judiciales nacionales quedarán vinculados respecto a la constatación de una infracción del Derecho de la competencia contenida en una resolución firme de una autoridad nacional<sup>1121</sup>.

<sup>1120</sup> CABALLOL i ANGELATS, LL. “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012, pág. 15; MEDRANO IRAZOLA, S. *El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideraciones del debate y contribución a la búsqueda de soluciones*, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 210, 2001, págs. 11 y ss. Sobre esta relevancia e interconexión entre vía administrativa y vía civil, véase, por todas, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 12 de junio de 2012 (JUR 2013/120401).

<sup>1121</sup> BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, *ob. cit.*, págs. 9-10; CARBONELL BOTELLA, J. M. *Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia: reforma de la Ley de Defensa de la competencia*, *Economist & Jurist*, vol. 25, núm. 212, 2017, pág. 39; FONTESTAD PORTALÉS, L. *La pretendida eficacia de cosa juzgada de las resoluciones administrativas en el Derecho de la Competencia a la luz del Reglamento (CE) 1/2003 y la Directiva 2014/104/UE*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 26, 2020, págs. 3 y ss.; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, pág. 285.

Como es fácil pensar, esta situación se presenta fundamental en el caso de las acciones de seguimiento (*follow-on*), en las que los perjudicados deciden emprender acciones civiles de responsabilidad apoyándose en los elementos que, previamente, han sido declarados en la resolución administrativa<sup>1122</sup>.

Con anterioridad a la Directiva de daños y al Real Decreto-Ley 9/2017, resultaba imprescindible diferenciar entre las resoluciones sancionadoras que provenían de las autoridades nacionales de la competencia y aquellas otras decisiones de la Comisión Europea, debido a las notables divergencias que presentaban en cuanto al diferente grado de sujeción que tenían unas y otras para los órganos jurisdiccionales civiles<sup>1123</sup>.

En orden a las decisiones de la Comisión Europea, el art. 16 del Reglamento comunitario 1/2003 contempló, en un claro intento de asegurar la aplicación uniforme de los arts. 101 y 102 TFUE por parte de las autoridades nacionales de los Estados miembros, el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión<sup>1124</sup>. A tal fin se dispuso que las autoridades nacionales, ya fueran

---

<sup>1122</sup> GÓMEZ ASENSIO, C. “Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en las reclamaciones de daños por infracción del derecho de defensa de la competencia”, en *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto europeo Training of National Judges in EU Competition Law*, ob. cit., pág. 380; HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, ob. cit., pág. 166.

<sup>1123</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y SUDEROW, J. *El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia*, en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 7, núm. 2, 2015, págs. 124 y ss.; FONTESTAD PORTALÉS, L. *La pretendida eficacia de cosa juzgada de las resoluciones administrativas en el Derecho de la Competencia a la luz del Reglamento (CE) 1/2003 y la Directiva 2014/104/UE*, ob. cit., págs. 4-8.

<sup>1124</sup> El art. 16 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, expresamente dispone que: “1. Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del Tratado. 2. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión”.

administrativas (inciso segundo del art. 16), como en su caso jurisdiccionales (inciso primero del art. 16), no pudieran pronunciarse sobre acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia de forma que se contraviniera el relato fáctico y la calificación jurídica que previamente hubiera adoptado la propia Comisión<sup>1125</sup>.

Este mismo **principio de respeto a los actos y decisiones de las instituciones comunitarias**, también comportó para las autoridades nacionales el deber de adoptar medidas de coordinación que asegurasen la no contradicción entre resoluciones en aquellos casos en los que, existiendo un procedimiento pendiente por parte de la Comisión, las autoridades jurisdiccionales debieran entrar a resolver cuestiones que fueran conexas con los arts. 101 y 102 del TFUE<sup>1126</sup>.

En este sentido, el Reglamento 1/2003 si bien no optó por imponer la inhibición forzosa de los órganos jurisdiccionales a favor de las instituciones comunitarias hasta que éstas no hubieran emitido un pronunciamiento al respecto; si que contempló, en su art. 15, otras medidas más dúctiles tendentes a favorecer la cooperación entre organismos y la seguridad jurídica de los administrados. De todas ellas, destaca la facultad del órgano jurisdiccional de suspender, por prejudicialidad administrativa, el procedimiento civil hasta que no existiera una decisión comunitaria (art. 42.3 LEC)<sup>1127</sup>.

---

<sup>1125</sup> La obligada coordinación entre instituciones comunitarias, autoridades nacionales de la competencia y órganos jurisdiccionales respecto al reparto de competencias para la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, que actualmente dimana del art. 16 del Reglamento 1/2003, ya fue puesta de relieve por el TJUE en las STJUE (Pleno) de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89 (Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG) y STJUE (Pleno) de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98 (Masterfoods/HB Ice Cream). En todas ellas, el TJUE, además de imponer a los Estados miembros la obligación “de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Derecho comunitario y de abstenerse de las que puedan poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado”, también especificó que “una Decisión adoptada por la Comisión en aplicación de los artículos 85, apartado 1, 85, apartado 3, u 86 del Tratado es, con arreglo al artículo 189, párrafo cuarto, del Tratado, obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios”.

<sup>1126</sup> BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., pág. 8.

<sup>1127</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de las infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 9, núm. 1, 2017, pág. 148; TORRE SUSTAETA, M. V. *El derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial*

Asimismo, de verse los órganos jurisdiccionales nacionales obligados a entrar a resolver cuestiones vinculadas con una posible vulneración de las normas de la competencia todavía no declarada como tal por decisión de la Comisión, y sobre la cual ni siquiera se ha incoado procedimiento de investigación al respecto; éstos deberán decidir acerca de la antijuridicidad de la conducta tomando, igualmente, en consideración, y de forma análoga, los criterios dispuestos por la Comisión en anteriores decisiones. Así ha sucedido, de hecho, con la interposición de acciones *stand alone* para la reclamación de daños y perjuicios<sup>1128</sup> o, como se ha dado con mayor frecuencia en la práctica de nuestros tribunales, dirigidas a declarar la nulidad contractual por ineficacia sobrevenida de las cláusulas de duración de la exclusiva<sup>1129</sup>. Y todo ello, sin perjuicio, además, de que ésta pueda emitir observaciones, verbales o escritas, sobre cuestiones relativas a la aplicación coherente de los arts. 101 y 102 del TFUE de conformidad con lo dispuesto en los arts. 15.3 del Reglamento 1/2003 y 15 bis LEC.

En el plano interno, si bien existía desde la entrada en vigor de la actual LDC de 2007 la posibilidad de que los Juzgados de lo Mercantil entraran a conocer de los arts. 101 y 102 en sede de cuestión prejudicial, para resolver acciones civiles de reclamación *stand alone*, nuestro ordenamiento jurídico carecía, sin

---

a la administrativa, en Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución, núm. 16, 2015, pág. 2.

<sup>1128</sup> En este sentido pueden consultarse las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 3 de septiembre de 2007 (JUR 2009/442231); del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 4 de marzo de 2010 (AC 2014/670); y del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Colmenar Viejo (Provincia de Madrid), de 1 de diciembre de 2010 (AC 2010/299), en las que, tras constatar a título prejudicial la existencia de un abuso de posición de dominio contrario al art. 102 del TFUE, se condena a dos empresas dedicadas a la distribución y comercialización de los derechos de retransmisión de partidos de fútbol a indemnizar por daños y perjuicios.

<sup>1129</sup> Sobre la problemática que han suscitado los contratos de abanderamiento y abastecimiento de combustible en nuestro ordenamiento jurídico, puede consultarse OVIEDO MARTÍNEZ, A. "Contratos de abanderamiento y suministro de carburantes en exclusiva y Derecho de Defensa de la competencia", en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil* (dirigidos por Yzquierdo Tolsada), núm. 7, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 407 y ss.; así como la STJUE (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2017, asunto C-547/16 (Gasorba *et alii*/ Repsol Comercial de Productos Petrolíferos) y las STS (Sala de lo Civil) núm. 764/2014, de 13 de enero (RJ 2015/439); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 162/2015, de 31 de marzo (RJ 2015/1333); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 243/2015, de 13 de mayo (RJ 2015/2246); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 762/2015, de 30 de diciembre (RJ 2015/5879); STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 67/2018, de 7 de febrero (RJ 2018/220); y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 270/2019, de 17 de mayo (RJ 2019/2541).

embargo, de disposición alguna que reconociese la naturaleza vinculante de las resoluciones administrativas en el ámbito del enjuiciamiento de las acciones civiles fundadas en las mismas conductas<sup>1130</sup>.

En cuanto al valor que los órganos jurisdiccionales del ámbito civil deben atribuir a las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), no obstante, se hace necesario distinguir entre las resoluciones administrativas de la autoridad de competencia que han sido objeto de un posterior recurso ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, de aquellas otras resoluciones de la CNMC que han adquirido firmeza en vía administrativa<sup>1131</sup>.

Por lo que respecta a estas últimas, es firme la línea jurisprudencial sostenida por el TS de **no reconocer la eficacia de cosa juzgada**, en un posterior proceso civil, a las resoluciones administrativas que no se hayan visto respaldadas por decisión judicial en fase de recurso contencioso-administrativo<sup>1132</sup>; por lo que los pronunciamientos de la CNMC, en modo alguno, podrán condicionar imperativamente el libre arbitrio del órgano jurisdiccional. La no vinculación a la calificación y valoración de los hechos propugnada de las resoluciones administrativas, sin embargo, no obsta para que éstas puedan desplegar un cierto valor probatorio en torno a los hechos que se han considerado acreditados. De ser así, el órgano jurisdiccional los deberá examinar y ponderar de conformidad con los restantes medios de prueba aportados y practicados en el proceso<sup>1133</sup>.

---

<sup>1130</sup> Sobre estas rémoras del pasado, véase: MARCOS FERNÁNDEZ, F. *La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles*, en Información Comercial Española, ICE, Revista de Economía, núm. 876, 2014, págs. 91 y ss.

<sup>1131</sup> SANCHO GARGALLO, I. “*El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de competencia*”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 114 y ss.; TORRE SUSTAETA, M. V. *El derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial a la administrativa*, ob. cit., pág. 11 y ss.

<sup>1132</sup> GONZÁLEZ CASTILLA, F. “*En torno a la transposición de la Directiva 2014/104/UE en el ordenamiento jurídico español*”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., pág. 178.

<sup>1133</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 23/2012, de 26 de enero (RJ 2012/1905); STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 532/2013, de 19 de septiembre (RJ 2013/7604); STS (Sala de lo

En relación a las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia que han sido objeto de recurso en sede contencioso-administrativa<sup>1134</sup> la situación, sin embargo, merece ser matizada. Si bien las decisiones judiciales que se pronuncian sobre una resolución de la CNMC no producen una plena eficacia de cosa juzgada respecto al enjuiciamiento de posteriores acciones de reclamación de daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales civiles (pues los efectos enunciados en el art. 222 LEC únicamente pueden inferirse de sentencias judiciales pertenecientes a un mismo orden jurisdiccional)<sup>1135</sup>, es lo cierto que nuestro más alto órgano jurisdiccional ordinario ha acabado por extraer, en obligado respeto para con el derecho de tutela judicial efectiva, ciertos efectos prejudiciales a las resoluciones judiciales firmes emitidas por

---

Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487); y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 296/2016, de 5 de mayo (RJ 2016/2455) que señala lo siguiente: “*las resoluciones administrativas no tienen eficacia de cosa juzgada en un litigio civil. Con carácter general, su trascendencia se limita a que el relato de hechos que se contiene en la misma tiene un valor probatorio que debe ser ponderado junto al resto de las pruebas practicadas en el proceso*”

<sup>1134</sup> De acuerdo con el art. 48 LDC en relación con la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las resoluciones de la CNMC constituyen actos administrativos definitivos que ponen fin a la vía administrativa, por lo que resultan directamente recurribles, sin perjuicio del eventual recurso de reposición, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

<sup>1135</sup> Para un análisis exhaustivo de la institución de la cosa juzgada, véanse, por todos: ALLORIO, E. “*Naturaleza de la cosa juzgada*”, en *Problemas del Derecho Procesal*, tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, págs. 127 y ss.; ASENSIO MELLADO, J. M. “*Las contradicciones entre sentencias por causa del doble enjuiciamiento. Una crisis del modelo procesal vigente*”, en *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva* (coordinado por Jimeno Bulnes y Pérez Gil), J.M. Bosch, Barcelona, 2016, págs. 371 y ss.; DE LA OLIVA, A. *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, págs. 37 y ss.; CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*, Ed. Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, págs. 9 y ss.; CHIOVENDA, G. *Principios de Derecho Procesal Civil*, Reus Editorial, Madrid, 1977, tomo I, págs. 446 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1976, 8ª ed., tomo I, págs. 423 y ss.; LIEBMAN, E. T. *Efficacia ed autorità della sentenza: ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Giuffrè Editore, Milán, 1983, págs. 25 y ss.; MONTERO AROCA, J. *Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial*, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, 1996, págs. 270 y ss.; NIEVA FENOLL, J. *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 228 y ss.; ORTELLS RAMOS, M. “*La “cosa juzgada” formal (firmeza) y material (cosa juzgada)*”, en *Derecho Procesal Civil* (coordinado por el mismo autor), Thomson Reuters, Navarra, 2016, 15ª ed., págs. 469 y ss.; PROTO PISANI, A. *Appunti sul giudicato civile e suoi limiti oggettivi*, en *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, 1990, págs. 386 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D. “*La necessità di una nozione flessibile di cosa giudicata*”, en *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè Editore, Milán, 2005, págs. 1051 y ss.



otros órdenes jurisdiccionales, como manifestación positiva del art. 222.4 LEC<sup>1136</sup>.

Este **principio de vinculación positiva** de las resoluciones procedentes de otros órdenes jurisdiccionales encuentra su expreso reconocimiento, respecto a los procesos civiles por daños y perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos, en las sentencias del TS núm. 651/2013 de 7 de noviembre y núm. 634/2014 de 9 de enero. En ellas, el TS especifica que, cuando el escenario fáctico que envuelve las resoluciones de una y otra jurisdicción resulta, en esencia, coincidente (esto es, cuando la petición de reparación extracontractual que se solicita ante la jurisdicción civil descansa en los mismos actos anticompetitivos que han sido objeto de enjuiciamiento en la sentencia dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa), el órgano jurisdiccional civil deberá entonces *“partir de los hechos constitutivos de la conducta calificada como ilícita por anticompetitiva”*<sup>1137</sup>. Añade, además, que para que pueda extraerse la vinculación positiva de una resolución contencioso-administrativa al orden jurisdiccional civil es necesario que *“la resolución cuyo efecto prejudicial se pretende aplicar sea firme, ya que ello supone una aplicación específica del principio de cosa juzgada”*<sup>1138</sup>.

<sup>1136</sup> ASENCIO MELLADO, J. M. *“Las contradicciones entre sentencias por causa del doble enjuiciamiento. Una crisis del modelo procesal vigente”*, en *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva, ob. cit.*, pág. 461. En este sentido, el TS sostuvo en resoluciones iniciales la improcedencia de alegar los efectos de cosa juzgada dentro de los procesos judiciales que pertenecieran a un orden jurisdiccional distinto del de la resolución judicial firme: *“el art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones”* [vid. STS (Sala de lo Civil) de 16 de octubre de 1986 (RJ 1986/5794); STS (Sala de lo Civil) núm. 67/1998, de 6 de febrero (RJ 1998/408); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 134/2004, de 5 de marzo (RJ 2004/812)]. Sin embargo, en línea con la jurisprudencia constitucional marcada a raíz de la STC (Sala Primera) núm. 192/2009, de 28 de septiembre (RTC 2009/192), posteriormente ha matizado dicha doctrina hasta el extremo de declarar que: *“los tribunales deben tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta, de modo que solo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia”* [vid. STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 532/2013, de 19 de septiembre (RJ 2013/7604); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487); STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 148/2018, de 14 de febrero (RJ 2018/773); o STS (Sala de lo Civil) núm. 556/2018, de 9 de octubre (RJ 2018/4267)].

<sup>1137</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/48).

<sup>1138</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 634/2014, de 9 de enero (RJ 2015/745).

Aun reconociendo el efecto prejudicial de aquellas resoluciones que han sido confirmadas por sentencia firme por los órganos de lo contencioso-administrativo, tampoco cabe apreciar, en tal caso, una plena vinculación de los tribunales civiles al contenido de la decisión judicial confirmatoria de los pronunciamientos de la CNMC<sup>1139</sup>. De este modo, el Juez de lo Mercantil que resulte competente para entrar a conocer de una acción de daños por ilícitos anticompetitivos quedará sujeto al relato de hechos que hayan sido declarados probados en la resolución, pero dispondrá de la facultad de reconocerles, con la debida motivación, un valor y calificación distinto a aquel que hubiera sido acordado en sede de aplicación pública<sup>1140</sup>.

No ha sido hasta fechas recientes cuando se han corregido las divergencias que presentaban, en cuanto a su posterior tratamiento en sede de aplicación privada, las diferentes resoluciones de competencia comunitarias y nacionales. La introducción del efecto vinculante de las decisiones de la Comisión por el Reglamento 1/2003 fue un importante paso adelante en la homogeneización del Derecho de la competencia, pero, en ningún caso, supuso una aplicación armonizada y acorde del Derecho Europeo de la competencia<sup>1141</sup>. Ello es así, porque mientras las decisiones emanadas de la Comisión debían ser expresamente respetadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, las

---

<sup>1139</sup> Una explicación plausible del recelo mostrado por nuestros tribunales en torno a desproveer de cualquier efecto vinculante a las resoluciones de la autoridad de competencia nacional, a diferencia de las emanadas de la Comisión Europea, puede traer causa, de acuerdo con lo señalado por SANCHO GARGALLO, I. *“El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de competencia”*, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 116, de la *“distinta relación de las autoridades de la competencia europea y nacionales respecto de los tribunales nacionales. Las decisiones de la CE podían vincular a los tribunales nacionales porque aquellas no están sujetas al control de los tribunales nacionales y sí al del Tribunal General de la UE y, finalmente, por vía del recurso de casación al Tribunal de Justicia. Pero las autoridades nacionales están sujetas, en nuestro país, al control judicial. Y no se entendía cómo una decisión de un órgano administrativo, sin que hubiera sido ratificada por un tribunal contencioso-administrativo, podía vincular a un órgano judicial”*.

<sup>1140</sup> BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., págs. 9-10; GONZÁLEZ CASTILLA, F. *“En torno a la transposición de la Directiva 2014/104/UE en el ordenamiento jurídico español”*, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., pág. 178.

<sup>1141</sup> HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, ob. cit., págs. 165 y ss.

actuaciones de las autoridades internas, las cuales también eran competentes para declarar aquellas infracciones que fueran contrarias a los arts. 101 y 102 TFUE, carecían, sin embargo, de vinculación alguna en la posterior actividad de los órganos jurisdiccionales.

En la actualidad, con motivo de la elaboración de la Directiva de daños, los Estados miembros vienen obligados a cuidar que toda resolución nacional firme en la que se constate una infracción del Derecho de la competencia, con independencia de que proceda de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente, se considere irrefutable a los efectos del ejercicio de una posterior acción por daños ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los arts. 101 o 102 TFUE o con el Derecho nacional de la competencia<sup>1142</sup>.

Ello supone, a todas luces, que la Directiva ha optado por equiparar, como así ha justificado en su propio Considerando 34<sup>1143</sup>, lo dispuesto en el art. 16 del

---

<sup>1142</sup> Algunos autores han señalado que el contenido del art. 9 de la Directiva de daños puede suponer una limitación al principio de independencia judicial (CALVO CARAVACA, A. L. y SUDEROW, J. *El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia*, ob. cit., pág. 129; DEL POZO SIERRA, B. “Carácter vinculante de las resoluciones administrativas (CNMC o de un órgano jurisdiccional español) a efectos de una acción civil por daños derivados de una práctica anticompetitiva. Posible vulneración de la independencia judicial”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 733 y ss. Otros, por el contrario, salvan dichas dudas acerca del respeto de la independencia judicial mediante la exigencia de “firmeza” de la resolución administrativa (DÍEZ ESTELLA, F. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, ob. cit., pág. 296; FONTESTAD PORTALÉS, L. *La pretendida eficacia de cosa juzgada de las resoluciones administrativas en el Derecho de la Competencia a la luz del Reglamento (CE) 1/2003 y la Directiva 2014/104/UE*, ob. cit., págs. 11-12; HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva*, ob. cit., pág. 169; VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 19-20). En cualquier caso, la decisión de la autoridad nacional de la competencia, para que genere efecto vinculante, debe ser firme, es decir, que no haya sido recurrida ante los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo o, en caso de haberlo sido, el recurso hubiera sido desestimado (SANCHO GARGALLO, I. “El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 31).

<sup>1143</sup> Considerando 34 de la Directiva 2014/104/UE: “La efectividad y la coherencia de los arts. 101 y 102 TFUE por parte de la Comisión y de las autoridades nacionales de la competencia requieren un planteamiento común en toda la Unión sobre los efectos que las resoluciones firmes de infracción dictadas por las autoridades nacionales de la competencia tengan en

Reglamento 1/2003 con la situación interna de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, al imponerles una obligación de mínimos, esto es, **reconocer el efecto vinculante de las decisiones firmes de la autoridad nacional** del propio Estado respecto al posterior enjuiciamiento de las acciones de daños que se fundamenten en las mismas conductas infractoras<sup>1144</sup>.

Este principio de vinculación positiva, similar a lo previsto en el art. 222.4 LEC y que pretende, en aplicación del criterio de armonía procesal, evitar resoluciones contradictorias entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales de competencia<sup>1145</sup>, no solo afecta a la acreditación de los hechos

---

*posteriores acciones de daños. Tales resoluciones se adoptan únicamente una vez que se ha informado a la Comisión de la resolución prevista o, a falta de la misma, cualquier otro documento que indique el curso de actuación propuesto en virtud del art. 11, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, y si la Comisión no ha señalado a la autoridad nacional de la competencia que ha dejado de ser competente por incoación de un procedimiento en virtud del art. 11, apartado 6, del mismo Reglamento. A tal efecto, la Comisión debe garantizar la aplicación coherente del Derecho de la competencia de la Unión, proporcionando orientación a las autoridades nacionales de la competencia tanto a nivel bilateral como en el marco de la red europea de competencia. Con el fin de reforzar la seguridad jurídica, evitar incoherencias en la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE, aumentar la efectividad y la eficiencia procedimental de las acciones por daños y mejorar el funcionamiento del mercado interior para las empresas y los consumidores, la constatación de una infracción de los arts. 101 y 102 del TFUE recogida en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente no debe volver a ser objeto de litigio en posteriores acciones de daños. Por consiguiente, debe considerarse que esta constatación ha sido establecida de forma irrefutable en las acciones por daños en relación con dicha infracción, ejercitadas en el Estado miembro de la autoridad nacional de la competencia o ante un órgano jurisdiccional competente. Los efectos de esa constatación deben abarcar únicamente, no obstante, la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal y como los haya determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones. Cuando en una resolución se declare que se infringe el Derecho nacional de la competencia en casos en que se aplican simultánea y paralelamente el Derecho de la competencia de la Unión y el nacional, se debe considerar asimismo que esa infracción queda constatada de modo irrefutable”.*

<sup>1144</sup> HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, ob. cit., pág. 166; SANCHO GARGALLO, I. “El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de competencia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 110.

<sup>1145</sup> Junto a la justificación derivada de evitar resoluciones contradictorias (GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de las infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, ob. cit., pág. 147), esta opción legislativa también encuentra fundamento en reforzar la “especialización” de las autoridades nacionales de la competencia, así como en reforzar las posibilidades de éxito del perjudicado ante los órganos judiciales (HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva*, ob. cit., pág. 165). De hecho, también viene justificada la suspensión del proceso civil en el que se sustancie la acción civil de daños basada en las mismas conductas, hasta que resuelva la

que hubiera declarado la autoridad nacional, sino también a su calificación jurídica como conducta contraria al Derecho de la competencia<sup>1146</sup>.

Así las cosas, el Real Decreto-Ley 9/2017 ha optado, teniendo presente que las infracciones del Derecho de la competencia pueden extenderse tanto al Derecho comunitario como al nacional, así como que parece razonable equilibrar las exigencias de seguridad jurídica y la independencia judicial; por una transcripción mimética del tenor literal del art. 9.1 de la Directiva de 2014<sup>1147</sup>.

En consecuencia, como ha señalado SÁNCHO GARGALLO<sup>1148</sup>, el **término de “irrefutabilidad”**, proclamado en el art. 75.1 LDC sobre una decisión firme de la CNC en la que se declare la existencia de una determinada conducta infractora del Derecho de la competencia, no conlleva que ésta resulte incuestionable en todos y cada uno de sus pronunciamientos. La irrefutabilidad más bien deberá reconducirse a la existencia y calificación de la conducta antijurídica, así como respecto a la imputabilidad de los sujetos frente a quienes se dirija la acción civil de resarcimiento (art. 75.1 LDC)<sup>1149</sup>. Esta interpretación se muestra, además, respetuosa con la línea señalada por el TFUE en el conocido asunto *Otis*, según la cual el efecto vinculante no puede

---

autoridad nacional de competencia (arts. 434.3 y 465.5 LEC). Sobre esta suspensión, bien de oficio o a instancia de parte, por la vía del art. 15 bis LEC, véanse: ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. “*Amicus curiae*”, en *Derecho europeo de la competencia: proyecto europeo* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 165-167; CABALLOL i ANGELATS, LL. “*Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia*”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., pág. 34); y TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 289-290.

<sup>1146</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y SUDEROW, J. *El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia*, ob. cit., págs. 137-138.

<sup>1147</sup> DÍEZ ESTELLA, F. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, ob. cit., pág. 304.

<sup>1148</sup> SÁNCHO GARGALLO, I. “*El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia*”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 33.

<sup>1149</sup> BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., pág. 9; VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, ob. cit., pág. 46.

extenderse hacia otros presupuestos que condicionan la estimación de la pretensión indemnizatoria, como son la existencia y alcance del perjuicio y su cuantificación económica, ni tampoco en orden a la relación directa de causalidad entre ésta y el hecho dañoso<sup>1150</sup>.

La vinculación positiva que propugna el art. 75 LDC, como bien ha sistematizado DEL POZO SIERRA<sup>1151</sup>, requiere la constatación, cumulativa, de un **amplio elenco de presupuestos**. Primero, debe haber recaído una resolución administrativa en la que se constate una infracción del Derecho de la competencia. Segundo, es necesario para apreciar el principio de vinculación positiva, que la resolución administrativa haya adquirido firmeza, pues en caso de que ésta estuviera siendo objeto de recurso, no solo no cabe apreciar sujeción alguna a los pronunciamientos de la CNMC, sino que también podrá decretarse la suspensión del procedimiento civil (bien a instancia de parte de conformidad con lo dispuesto en el art. 42.3 LEC, o de oficio ex art. 434.3 LEC). Tercero, la sujeción del órgano jurisdiccional civil a los pronunciamientos de la CNMC debe entenderse únicamente referida a los hechos y a la declaración positiva de una infracción en materia de competencia, debiendo las partes litigantes aportar todos los medios de prueba que estén relacionados con la existencia y causalidad del daño, así como con su cuantificación. Cuarto, el efecto vinculante tan solo podrá predicarse de las resoluciones en cuyos procedimientos no se hubiera generado indefensión para el agente sancionado, ya sea en sede administrativa o judicial. Por último, debe tenerse presente que tal exigencia de vinculación no opera en sentido inverso, es decir, si en el

---

<sup>1150</sup> STJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2012, asunto C-199/11(Comisión Europea/Otis *et alii*): “*interesa destacar que una acción civil de indemnización, como la que es objeto del procedimiento principal, implica, según resulta de la resolución de remisión, no sólo la comprobación de que se ha producido un hecho dañoso, sino también la existencia de un daño y de una relación directa entre éste y el hecho dañoso. Si bien es cierto que la obligación que tiene el juez nacional de no adoptar resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE le impone admitir la existencia de un acuerdo o práctica prohibidos, cabe precisar que la existencia de un daño y la relación de causalidad directa entre ese daño y el acuerdo o práctica en cuestión siguen dependiendo, en cambio, de la apreciación del juez nacional*”.

<sup>1151</sup> DEL POZO SIERRA, B. “*Carácter vinculante de las resoluciones administrativas (CNMC o de un órgano jurisdiccional español) a efectos de una acción civil por daños derivados de una práctica anticompetitiva. Posible vulneración de la independencia judicial*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, ob. cit., págs. 744-748.

enjuiciamiento de una acción civil de daños y perjuicios, el órgano jurisdiccional aprecia, *incidenter tantum*, la existencia de una infracción en materia competencial, tal resolución judicial civil, por su carácter incidental, no vinculará a las autoridades de competencia a efectos de un posterior procedimiento administrativo, como tampoco lo hará a los órganos judiciales que tengan atribuida la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo contra la decisión sancionadora.

En otro orden de cosas, la dicción literal del art. 75.1 LDC (*“la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español”*), tampoco puede conducirnos a descuidar la facultad, abiertamente confirmada por nuestra propia jurisprudencia<sup>1152</sup>, del órgano judicial de poder separarse, con el debido análisis y motivación, de determinados hechos que consten probados en la resolución sancionadora<sup>1153</sup>.

Si bien no es común que la interpretación de los elementos fácticos difiera entre ambas jurisdicciones, el Juez de lo Mercantil sí podrá separarse de lo acordado en la resolución administrativa en los casos en que el demandado aporte hechos nuevos o de nueva noticia que, por su propia naturaleza, no hubieran sido tenidos en cuenta por la autoridad de competencia ni por los Tribunales de lo contencioso-administrativo. De forma similar, cuando el sentido de la resolución administrativa se hubiera visto alterado por circunstancias condicionantes de la punibilidad de la conducta infractora (vgr.

---

<sup>1152</sup> Vid. las anteriormente citadas STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 532/2013, de 19 de septiembre (RJ 2013/7604); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487); STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 148/2018, de 14 de febrero (RJ 2018/773); o STS (Sala de lo Civil) núm. 556/2018, de 9 de octubre (RJ 2018/4267).

<sup>1153</sup> DEL POZO SIERRA, B. *“Carácter vinculante de las resoluciones administrativas (CNMC o de un órgano jurisdiccional español) a efectos de una acción civil por daños derivados de una práctica anticompetitiva. Posible vulneración de la independencia judicial”*, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, ob. cit., pág. 760; TORRE SUSTAETA, M. V. *El derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial a la administrativa*, ob. cit., pág. 12 y ss.

prescripción, caducidad del procedimiento sancionador, o conductas anticompetitivas subsumibles bajo la regla *de minimis*), el órgano jurisdiccional civil quedará ligado, igualmente, por la irrefutabilidad de los hechos fijados en la resolución –siempre que ésta hubiera entrado en ellos–, pero deberá pronunciarse, con carácter incidental, en torno a la tipicidad de los mismos.

Una particularidad añadida que comporta la declaración de irrefutabilidad de las decisiones o resoluciones de las autoridades de competencia, viene referida al alcance de responsabilidad subjetiva declarado en el art. 71.2 LDC<sup>1154</sup>. Cuando la identidad subjetiva entre los agentes que hayan sido declarados infractores por resolución administrativa y aquellos sujetos a los que se les dirige la reclamación de daños y perjuicios no resulte coincidente, tal circunstancia no debe conducir, sin más, a desatender el efecto vinculante que el art. 75 LDC proclama respecto de la aplicación pública de las normas de competencia, pues la resolución administrativa presentará igualmente un carácter irrefutable en relación a los hechos constitutivos de la infracción, pero operará con carácter parcial respecto de aquellos sujetos sobre cuya participación no se pronuncia, debiendo acreditar el demandante, en consecuencia, su participación en la actuación anticompetitiva.

Una interpretación armónica acerca de la interacción de los arts. 71.2 y 75 LDC cabe apreciarla en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019<sup>1155</sup>, en la que, entrando a resolver una demanda de reclamación extracontractual fundamentada en el sobrecoste del cártel de los camiones, el órgano judicial se cuestiona el grado de vinculación que debe concederse a una decisión de la Comisión para aquellas empresas

---

<sup>1154</sup> GALGO PELCO, A. “La relación de causalidad en las acciones de reclamación de daños por infracción”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 72-73.

<sup>1155</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (AC 2019/191). En un sentido similar también se han pronunciado la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra núm. 158/2019, de 30 de agosto (JUR 2019/260161); la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 13 de septiembre de 2019 (JUR 2019/275544); la SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 60/2020, de 13 de enero (JUR 2020/47134); la SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 64/2020, de 3 de febrero (AC 2020/42); o la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz núm. 59/2020, de 20 de abril (AC 2020/653).



(en especial las filiales) que no aparezcan como agentes infractores en la propia resolución. En este caso, el Juzgado de lo Mercantil concluye que en la medida que “*el efecto vinculante de la decisión se proyecta respecto de los hechos que constata*”, todos sus elementos resultarían aplicables a las empresas filiales no contempladas en la decisión (con la sola excepción de “*la determinación de las personas eventualmente afectadas por la decisión*”).

Por lo que respecta al efecto vinculante que cabe atribuir a las **resoluciones en materia de competencia procedentes de las autoridades de los demás Estados miembros de la UE**, cabe colegir que el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, ha mostrado un posicionamiento más restrictivo y cauteloso en comparación con el tratamiento ofrecido a las resoluciones administrativas internas sobre idéntica materia.

El apartado segundo del art. 75 LDC tan solo permite que las resoluciones firmes de otros Estados miembros puedan ser consideradas por nuestros órganos jurisdiccionales como principio de prueba acerca de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, pero sin que, en ningún caso, se les pueda reconocer, por aplicación del principio de reconocimiento mutuo, carácter vinculante<sup>1156</sup>. Y todo ello con independencia de que éstas procedan de instancias administrativas o jurisdiccionales. En este sentido, bien puede hablarse de una vinculación relativa o atenuada, ya que el juez podrá presumir tanto la existencia de los hechos anticompetitivos, como la participación de los sujetos que hayan sido reprimidos, teniendo siempre en consideración, no obstante, el resto de medios de prueba que, en sentido contrario, pudieran haber sido aportados por el demandado<sup>1157</sup>.

La solución que finalmente ha contemplado nuestro legislador para las resoluciones de otros Estados miembros (en cierto modo asimilable a la

---

<sup>1156</sup> BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., pág. 11.

<sup>1157</sup> ENRICH SCHÖDER, V. “*Introducción a las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de competencia*”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ob. cit., pág. 8; SANCHO GARGALLO, I. “*El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de competencia*”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 135.

situación precedente que envolvía a las resoluciones administrativas de la CNMC antes de la transposición de la Directiva de daños), ha servido para que algunos autores la hayan calificado “de mero compromiso”<sup>1158</sup>, toda vez que el art. 75.2 LDC se ha limitado a cumplir, sin mayores prolegómenos, con las indicaciones mínimas de transposición que resultaban exigibles a la luz del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE.

Finalmente, el tercer y último apartado del art. 75 LDC dispone que todo lo anterior deberá entenderse sin perjuicio de aquellos derechos y obligaciones de los órganos jurisdiccionales que han sido fijadas por el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 267 TJUE)<sup>1159</sup>. Se establece así, una presunción iuris tantum (rebatible) acerca de la propia existencia de la infracción<sup>1160</sup>.

---

<sup>1158</sup> SANCHO GARGALLO, I. “El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 37.

<sup>1159</sup> Art. 267 del TFUE: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

<sup>1160</sup> VIDAL, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 20.

#### IV.2.6.- La cuantificación de los daños y perjuicios

El art. 76 LDC, tras su reforma con motivo del Real Decreto-Ley 9/2017, prescribe, por lo que hace referencia a la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos por los individuos afectados por una infracción del Derecho de la competencia, lo siguiente:

*“1. La carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia corresponderá a la parte demandante.*

*2. Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños.*

*3. Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario.*

*4. En los procedimientos relativos a las reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia, las autoridades de la competencia españolas podrán informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los infractores deban satisfacer a quienes hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el tribunal competente”.*

Este precepto, cuyo contenido literal responde, en buena medida, a la complejidad que es propia del ejercicio de las acciones de daños<sup>1161</sup>, atribuye, en primer lugar, la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia, al demandante. Para aquellos supuestos en los que resultare acreditado, en el caso concreto, que el actor sufrió daños y perjuicios, pero su cuantificación precisa pueda reputarse como imposible o excesivamente difícil en atención a las pruebas disponibles, se contempla la facultad judicial de poder estimar el importe de la correspondiente reclamación de los daños. Tratándose de infracciones que hayan sido

---

<sup>1161</sup> DÍEZ ESTELLA, F. “Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios”, en *Anuario de Derecho de la competencia 2017*, Marcial Pons-Fundación ICO, Madrid, 2018, págs. 215 y ss.; y *La aplicación práctica del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, ob. cit., págs. 284 y ss.

calificadas como cártel, se presume que éstas, salvo prueba en contrario, causan daños y perjuicios. Finalmente, en aquellos procedimientos en que se reclamen daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia, las autoridades de competencia españolas vendrán facultadas para informar sobre los criterios de cuantificación de las indemnizaciones que los infractores deban satisfacer a quienes hubieren resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas (siempre que así les sea requerido por el órgano jurisdiccional competente).

El primer párrafo del art. 76 LDC, en línea con las **reglas generales de carga de la prueba** que aparecen incorporadas en el art. 217 LEC, consagra que ésta, en cuanto a la cuantificación del daño en el ámbito de las reclamaciones por infracciones del Derecho de la competencia, corresponderá al propio agente que alega los efectos dañosos<sup>1162</sup>. La cuantificación del daño en las acciones ejercitadas en relación a los ilícitos *antitrust*, sin embargo, se revela especialmente compleja, pues una vez identificada la conducta que ha resultado dañina para la esfera patrimonial de la víctima, la concreción acerca de cuál ha sido el alcance de su lesividad y su correspondiente valoración económica suele venir acompañada de un notable grado de especulación, según sea la naturaleza del caso y la información disponible<sup>1163</sup>. A lo anterior, debe sumarse que esta carga probatoria, en absoluto desligada del nuevo régimen de acceso a las fuentes de prueba<sup>1164</sup>, deberá proyectarse, como regla

---

<sup>1162</sup> VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, ob. cit., pág. 49.

<sup>1163</sup> HOVENKAMP, H. *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*, Thomson West, Minnesota, 2011, pág. 722. De ahí, la importancia que cabe atribuir en esta materia, a los informes periciales de cuantificación del daño (sobre este extremo, véase el estudio doctrinal y jurisprudencial de DÍEZ ESTELLA, F. “*Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivados de los cárteles en España*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, ob. cit., págs. 714 y ss; PÉREZ FERNÁNDEZ, J. *Estándares de prueba del daño en las acciones de responsabilidad civil contra cárteles bajo derecho español y de la UE*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 26, 2020, pág. 5. Sobre este particular, entre otras, véanse: la resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013 (expte. S/0316/10 Sobres de Papel); la SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 426/2016, de 16 de diciembre (JUR 2017/17725); la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (JUR 2018/232984); o la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid núm. 334/2019, de 30 de septiembre (AC 2019/1608).

<sup>1164</sup> Sobre este particular, nos remitimos, en extenso, al apartado IV.3.6 de este mismo capítulo.

general, tanto sobre la acreditación del daño, como a su nexo causal para con la infracción competencial<sup>1165</sup>.

Respecto a los daños compensables, cabe subrayar que, en aras a la consecución del derecho al pleno resarcimiento, será resarcibles tanto el daño emergente como el lucro cesante, así como los intereses<sup>1166</sup>. Para la determinación del daño emergente y lucro cesante, se hace necesario distinguir, en la práctica, entre los casos relacionados con los cárteles de ventas y aquellos otros que tienen que ver con los cárteles de compra<sup>1167</sup>. Tratándose de los cárteles de venta, deben determinarse los sobrepuestos, respecto del daño emergente, atendiendo al número de unidades (precio competitivo de no haber existido el cartel); mientras que en relación al lucro cesante será necesario valorar la reducción de unidades vendidas por el comprador como consecuencia del incremento del precio trasladado durante la vigencia efectiva de la influencia del cartel sobre los precios. Y en relación a los

---

<sup>1165</sup> CANTOS, F., CARRERA, E. y GONZALO, P. *La aplicación privada del Derecho de la competencia en España y en el Derecho comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscitaba*, en *La Ley*, nueva época, núm. 36, 2013, pág. 43; GALGO PECO, A. “*La relación de causalidad en las acciones de daños de reclamación de daños por infracción de normas de competencia*”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 59 y ss.; y ORTIZ BAQUERO, I. *La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de competencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 177 y ss. Lo complejo del tema viene también reforzado por la abundante jurisprudencia sobre la materia. A título meramente ejemplificativo, véanse, entre otras: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid núm. 85/2005, de 11 de noviembre (AC 2005/1965); SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 73/2006, de 25 de mayo (AC 2006/1881); Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid núm. 59/2010, de 1 de marzo (AC 2011/1857); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (JUR 2018/232984); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid, de 8 de junio de 2018 (JUR 2018/188242); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 5 de septiembre de 2018 (JUR 2018/292801); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 10 de septiembre de 2018 (JUR 2018/292920); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia núm. 288/2018, de 15 de octubre (JUR 2018/326487); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (AC 2019/191); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao núm. 161/2019, de 3 de abril (JUR 2019/219618); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Almería núm. 217/2019, de 20 de noviembre (JUR 2019/327359); SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 64/2020, de 3 de febrero (AC 2020/42); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián núm. 111/2020, de 12 de marzo (JUR 2020/89414).

<sup>1166</sup> Vid. apartado IV.2.2 de este mismo capítulo.

<sup>1167</sup> RUIZ PERIS, J. I. “*Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*”, ob. cit., págs. 50 y ss.

cárteles de compras hay que determinar, en relación al daño emergente, los infraprecios por el número de unidades<sup>1168</sup>.

Por lo que hace referencia a los **métodos de valoración (cuantificación) de los daños** se han individualizado, como bien ha señalado RUIZ PERIS<sup>1169</sup>, tres grandes tipos: los comparativos (vgr. el *before and after method*, que implica la comparación con los precios del mercado antes y después de ser cartelizado; y el *yardstick approach*, que comporta la comparación del mercado cartelizado con otro mercado de características similares pero regido por la libertad de competencia), los fundados en el análisis de costes o beneficios (comparan los beneficios obtenidos por los cartelistas con aquellos otros que, hipotéticamente, hubieren obtenido conforme a un modelo de oligopolio de competencia), y aquellos otros que responden a simulaciones (mediante la comparación de precios del cártel con los del modelo, generalmente de oligopolio). Parece lógico que, en cada caso concreto, se utilice, partiendo de la diferencia entre un escenario pre y post infracción *-but for analysis-* aquél que pueda resultar más seguro y aconsejable según sus particulares circunstancias<sup>1170</sup>.

Aun cuando la regla general del art. 217 LEC atribuya al demandante cumplir con la carga probatoria de los efectos perjudiciales que fundamentan su pretensión resarcitoria, así como con aquella referida a la relación directa entre éstos y la actuación anticompetitiva (pues, mayormente, ésta ya quedará contrastada en la propia resolución administrativa); la actividad procesal del demandante, en el ámbito de las acciones por daños y perjuicios causados por ilícitos anticompetitivos, puede quedar considerablemente aligerada, mas no

---

<sup>1168</sup> PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., págs. 136-137.

<sup>1169</sup> RUIZ PERIS, J. I. “Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia”, ob. cit., págs. 51-52.

<sup>1170</sup> En este sentido, véase, por todos, con un exhaustivo análisis de la aplicación en España de las diferentes metodologías de evaluación del daño propuestas por la Comisión, a ROY PÉREZ, C. “La cuantificación de los daños por infracción de las normas de defensa de la competencia: la experiencia judicial en España”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012, págs. 248 y ss.

invertida, con la introducción, en los apartados segundo y tercero del art. 76 LDC, de un **doble juego de presunciones** que afectan, respectivamente, a dos de los presupuestos que dan lugar a la obligación de reparar (nexo de causalidad y determinación del daño).

De una parte, el **párrafo segundo del art. 76 LDC**, recogiendo prácticamente en su literalidad lo dispuesto en el art. 17 de la Directiva 2014/104/UE, ha previsto, expresamente, **facultar al titular de la potestad jurisdiccional para cuantificar los daños sufridos** cuando, en atención a la información disponible en el caso concreto, dicho ejercicio sea imposible o extremadamente difícil para el demandante<sup>1171</sup>. Mediante esta “estimación judicial” se viene a

---

<sup>1171</sup> Esta previsión legal supone una clara muestra del arbitrio judicial que impera en el ámbito de las acciones de daños por infracciones de normas de competencia (RUIZ PERIS, J. I. “Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 39). Acerca de esta flexibilidad, ya amparada por los arts. 4 y 17 de la Directiva de daños, véase la STJUE (Sala Sexta) de 16 de mayo de 2013, asunto T-437/10 (Gap granen y producten/Comisión Europea). Y todo ello teniendo bien presente el principio de interpretación conforme (prohibición de frustración por la interpretación de la norma nacional de los fines perseguidos por la normativa de la Unión Europea) que ha sido avalado, por la normativa de transposición, en la Disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 9/2017, de conformidad con el principio de efectividad. Sobre el principio de interpretación conforme, véanse, a título de ejemplo, la STJUE (Sala Sexta) de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89 (Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentación SA) y la STJUE (Gran Sala) de 5 de octubre de 2004, asunto C-397/01 (Bernhard Pfeiffer et alii/Deutsches Rotes Kreuz et alii). En cualquier caso, dentro de la discrecionalidad judicial que se acaba de referir, la propia Comisión Europea ha elaborado un elenco de documentos que pueden servir de guía al titular de la potestad jurisdiccional a la hora de proceder a la cuantificación de los daños indemnizables derivados de un ilícito *antitrust*: *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, de 13 de junio de 2013 (2013/C167/07); y la *Comunicación de la Comisión sobre Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto*, de 9 de agosto de 2019 (2019/C 267/07). En la misma línea, también cabe ponderar el hecho que la Comisión Europea haya dedicado notables esfuerzos a extender la cultura del cálculo de los daños, en especial, mediante el Programa de Formación *Training of National Judges in European Competition Law*, dependiente de la Dirección General de competencia de la Comisión Europea. Pese a contemplar esta discrecionalidad, en el apartado 4 del art. 76 LDC, como una simple “facultad”, bien podría provocar ante el exceso de carga de trabajo de las autoridades nacionales de la competencia, así como lo extraño que pueda ser en relación a lo que han sido sus competencias tradicionales, que un primer momento su “implicación” sea relativamente limitada. De ahí, precisamente, que no hayan faltado quienes han reclamado que, en los primeros años, dicha oportunidad viniese reconducida, casi en exclusiva, a los grandes casos de acciones interpuestas por Administraciones Públicas afectadas por la infracción, o a aquellos otros de carácter colectivo planteados por asociaciones o grupos de empresarios y consumidores (RUIZ PERIS, J. I. “Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 49).

incorporar una cierta rebaja del estándar de cuantificación que persigue, en paralelo, no solo permitir que el órgano judicial pueda modular el nivel de convicción interno que resultaría exigible para estimar el *quantum* resarcitorio solicitado por el perjudicado<sup>1172</sup> (en tanto que no parece razonable requerir al juzgador que alcance un grado pleno de persuasión respecto a la cantidad exacta en la que cifrar el perjuicio sufrido por el demandante); sino también facilitar el cumplimiento de la exigencia del art. 219 LEC, relativa al deber de cuantificar y expresar con precisión en la demanda la cantidad reclamada o, cuando menos, fijar unas bases de cuantificación que consistan en simples operaciones aritméticas<sup>1173</sup>.

Si bien el órgano jurisdiccional pudiera obtener idéntico resultado, al pretendido en el art. 76.2 LDC, con la mera aplicación de los criterios cognitivos internos que deben regir para la valoración del daño padecido y su consiguiente fijación del *quantum* indemnizatorio en cualquier pretensión de reclamación civil extracontractual<sup>1174</sup> (esto es, atendiendo a la máxima judicial de la libre

---

<sup>1172</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de transposición*, ob. cit., pág. 137; MARTORELL ZULUETA, P. “La cuantificación del daño desde la perspectiva de un experto”, en *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto europeo Training of National Judges in EU Competition Law* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 167-168; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. *El ejercicio de acciones de responsabilidad civil por los perjudicados en materia de derecho de la competencia*, en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 28, núm. 1, 2016, pág. 106; ROY PÉREZ, C. “La cuantificación de los daños por infracción de las normas de defensa de la competencia: la experiencia judicial en España”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de competencia*, ob. cit., págs. 225 y ss.; SIOTIS, G. y CAÑIZARES, E. “El estándar de prueba en las acciones de reclamación de daños”, en *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2008, pág. 372.

<sup>1173</sup> DÍEZ-PICAZO, I. “Reflexiones sobre el nuevo régimen de la condena genérica contenido en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Civitas, Madrid, 2002, págs. 6207 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de las infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de transposición*, ob. cit., pág. 137.

<sup>1174</sup> CARRASCO PERERA, A. *El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 25, 2019, pág. 10; MARTORELL ZULUETA, P. “La cuantificación del daño desde la perspectiva de un experto”, en *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto europeo Training of National Judges in EU Competition Law*, ob. cit., pág. 167.



apreciación en conciencia del material probatorio)<sup>1175</sup>; lo cierto es que el legislador comunitario ha creído necesario, sin embargo, ante las dificultades probatorias de concreción y estimación del perjuicio que acompañan al ejercicio de esta clase de acciones<sup>1176</sup>, positivizar en una disposición normativa tal facultad de *ultima ratio* y reservada a la entera soberanía del juzgador.

Las principales dificultades del órgano judicial en orden a la formación de su convicción vienen referidas, mayormente, a la concreción y cuantificación económica, pues para ello no solo será necesario el examen de las fuentes de prueba documental, en su mayoría de naturaleza contable, sino también el de aquellos dictámenes periciales que bien pudieren ser contradictorios, por razón de los métodos de valoración económica seleccionados, y valerse de diferentes escenarios, hipotéticamente plausibles, con distintas proyecciones de mercado

---

<sup>1175</sup> Con carácter general, así lo ha dispuesto el TS en materia de responsabilidad civil extracontractual, entre otras, en las siguientes resoluciones: STS (Sala de lo Civil) núm. 596/2001, de 18 de junio (RJ 2001/4344); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 463/2005, de 9 de junio (RJ 2005/4431); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 880/2006, de 22 de septiembre (RJ 2006/6417). Por lo que respecta al ámbito particular de las reclamaciones civiles surgidas de ilícitos *antitrust*, un criterio similar a esta manifestación puede apreciarse en la conocida STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487) como también en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 123/2015, de 4 de marzo (RJ 2015/1095).

<sup>1176</sup> La problemática de la valoración de los informes periciales en orden a la concreción judicial de la indemnización es abordada exhaustivamente en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487). En ella nuestro Alto Tribunal, teniendo presente que *“la crítica del método valorativo utilizado en el informe pericial de las demandantes, pone de manifiesto la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita”*; a continuación remarca que *“es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar”*; para finalmente concluir que *“esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio”*. Pronunciamientos similares son expuestos, entre otras, en la SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 1680/2019, de 16 de diciembre (AC 2019/1798): *“En definitiva; el perito ha de partir de bases correctas, teniendo presente la existencia y naturaleza del concreto cártel que examina y su incidencia en el mercado, ha de utilizar un método adecuado e hipótesis de trabajo razonable y razonada técnicamente, sustentada sobre datos contrastables, no erróneos, debe definir o delimitar el período temporal al que se contrae el informe, y contener las modulaciones necesarias - variación de costes, desprecio de factores irrelevantes y aplicación de las oportunas actualizaciones, cuando proceda”*; o en las SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 58/2020, de 13 de enero (JUR 2020/47434) y núm. 60/2020, de 13 de enero (JUR 2020/47134): *“para determinar el daño es preciso ser conscientes de que el tribunal ha de partir, más que de hechos, de hipótesis sobre escenarios posibles, lo que determina, ya de forma apriorística, una situación de extraordinaria inseguridad y de dificultad”*.

a futuro en orden a la fundamentación, en el caso concreto, de la estimación económica del perjuicio<sup>1177</sup>.

La remisión a tales fórmulas y técnicas de cálculo económico comporta que el órgano judicial, pese a formar su convicción con prudente arbitrio y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes de cada caso que hubieran sido debidamente aportadas por las partes litigantes, apenas disponga de elementos fácticamente contrastables sobre los que valorar los daños que efectivamente se hubieran producido en la esfera patrimonial del perjudicado. En un escenario como éste, presidido por la escasez de datos materiales y observables, la estimación judicial del art. 76.2 LDC puede tornarse en un instrumento *ex lege*, relevante para los órganos judiciales, con el que eludir episodios de *mala praxis* judicial que, sin duda, pudieren conducir a la formación de decisiones desproporcionadas, caprichosas o materialmente injustas<sup>1178</sup>.

---

<sup>1177</sup> MARCOS FERNÁNDEZ, F. *Primeras sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones*, *ob. cit.*, págs. 10-11; MARTORELL ZULUETA, P. “La cuantificación del daño desde la perspectiva de un experto”, en *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto europeo Training of National Judges in EU Competition Law*, *ob. cit.*, págs. 165 y ss. Por lo que respecta a la valoración en conciencia de los dictámenes periciales por el juzgador, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487) en su día dispuso que: “*lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. La Sala entiende que el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada*”, ya que de sostener lo contrario “*sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado*”. En el mismo sentido, *vid.* las siguientes resoluciones: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (AC 2019/191); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao núm. 161/2019, de 3 de abril (JUR 2019/219618); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 15 de mayo de 2019 (AC 2019/1092); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Sevilla núm. 507/2019, de 30 de diciembre (AC 2019/1984); SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 46/2020, de 10 de enero (JUR 2020/43873); SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 64/2020, de 3 de febrero (AC 2020/42); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián núm. 111/2020, de 12 de marzo (JUR 2020/89414); y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz núm. 59/2020, de 20 de abril (AC 2020/653).

<sup>1178</sup> Es posible encontrar un buen ejemplo de ello en la tendencia de algunos Juzgados de Primera Instancia que han decidido, ante las divergencias y dificultades técnicas que presentaban los dictámenes periciales de cada una de las partes, optar por una valoración “equilibrada” de los daños y perjuicios en que la suma resarcitoria ha sido finalmente fijada en un punto medio entre la proposición alegada por el actor y la cuantificación alternativa propuesta por el demandado. En este sentido, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

La situación anterior, sin embargo, tampoco debe llevarnos a una interpretación extensiva de esta fórmula presuntiva que acabe por eximir al perjudicado de la carga de desplegar su actividad probatoria en orden a acreditar la existencia del perjuicio y su exacta cuantificación<sup>1179</sup>. Dicha interpretación resultaría contraria a los presupuestos del art. 76.2 LDC, puesto que para que pueda resultar de aplicación este automatismo judicial, el actor habrá tenido que acreditar la existencia de un daño anticompetitivo y el órgano jurisdiccional deberá haber apreciado que, aun habiéndose valido de los medios de prueba que razonablemente tenía a su alcance, éstos no han arrojado, en el caso concreto, la certeza necesaria para proceder a la exacta cuantificación económica del daño<sup>1180</sup>. De modo inverso, el juzgador no podrá acudir a la estimación judicial ex art. 76.2 LDC cuando la insuficiencia probatoria de alguno de los elementos que integran el *quantum* indemnizatorio encuentre su origen en una actuación negligente del perjudicado, o en la desidia o falta de interés de la parte.

El recurso al art. 76.2 LDC no queda excluido, en ningún caso, por la utilización de otros mecanismos procesales que, excepcionalmente, también son puestos a disposición del órgano judicial para el correcto desarrollo del proceso civil. Se

---

núm. 50 de Madrid, núm. 59/2010, de 1 de marzo (AC 2011/1857) –actualmente casada por el TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en su Sentencia núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487)– en su día dispuso que “ante la discrepancia respecto de la valoración anteriormente referida y ante la ausencia de la práctica de prueba pericial imparcial que hubiera determinado si la valoración efectuada por D. Cosme es adecuada o si como sostienen Dª Francisca y Dª Florencia no es correcta, se considera razonable, reducir en un 50 por ciento la valoración del daño efectuada por la parte demandante, y ello atendiendo a que la perito Dª Francisca señaló que si se partía de la existencia de la relación de causalidad negada por la misma, existiría un daño, pero éste no podría superar el 50 por ciento”.

<sup>1179</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 95.

<sup>1180</sup> En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en sus Sentencias núm. 58/2020, de 13 de enero (JUR 2020/47434) y núm. 60/2020, de 13 de enero (JUR 2020/47134): “las dificultades probatorias, que de alguna forma son connaturales o inherentes a la materia, no pueden determinar que la demanda pueda resultar sin más desestimada cuando se haya constatado la efectiva existencia de daños y el problema estribe en su cuantificación. Por esa razón, en último extremo se habilita al órgano jurisdiccional para que lo cuantifique por estimación, previsión normativa que no puede ser interpretada en términos que impliquen la supresión de toda exigencia de esfuerzo probatorio razonable a las partes. Si ese esfuerzo se ha realizado y persisten los problemas de cuantificación, está plenamente justificado que el órgano jurisdiccional fije la cuantía del daño por estimación”.

está haciendo alusión, por ejemplo, a la solicitud y práctica de diligencias finales (arts. 435 y 436 LEC)<sup>1181</sup>, o a la iniciativa de proposición probatoria de oficio del art. 429.1.III LEC<sup>1182</sup>. Ello obedece a la distinta finalidad que presenta cada una de estas instituciones, en tanto que el art. 76.2 LDC parte, en realidad, de aquellas situaciones de “agotamiento probatorio” en las que la práctica de prueba se ha desarrollado sin incidencias, pero sus resultados, sin embargo, no alcanzan la entidad suficiente para que el órgano judicial pueda albergar un grado pleno de convicción acerca de la acreditación del daño.

De otra parte, en un contexto en el que las infracciones derivadas de los cárteles se estiman como “especialmente dañinas” por la pluralidad de damnificados que causan y el carácter secreto de las mismas, se establece en el **párrafo tercero del art. 76 LDC** que, en el ámbito de la aplicación privada de las normas de competencia, **se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios**<sup>1183</sup>. A diferencia de la regla contenida en el apartado segundo del art. 76 LDC, de aplicación para toda reclamación *antitrust* con independencia de la modalidad conductual que ha originado la responsabilidad civil; la presunción acerca de la existencia de un daño prevista en el apartado tercero de este mismo precepto resta limitada, únicamente, a los daños originados por los cárteles. La naturaleza selectiva de su concreto ámbito de aplicación, además de complementar la anterior presunción doctrinal *ex res ipsa loquitur* de la que venían haciendo uso

<sup>1181</sup> Para un análisis del correcto significado de las diligencias finales (antes diligencias para mejor proveer), véanse, por todos: MARTÍN OSTOS, J. *Las diligencias finales*, en Revista del Poder Judicial, núm. 63, 2002, págs. 392 y ss.; NOYA FERREIRO, L. *Las diligencias finales en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 16 y ss.; ORTEGO PÉREZ, F. *Diligencias finales en el juicio verbal. La antítesis entre el principio de concentración que preside este juicio y el derecho constitucional a la prueba*, en Justicia: Revista de Derecho Procesal, núm. 3-4, 2007, págs. 218 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigación civil*, Bosch, Barcelona, 2012, págs. 117 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J. L. “Las diligencias finales”, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (coordinado por Alonso-Cuevillas Sayrol), vol. II, Economist and Jurist, Barcelona, 2002, págs. 539 y ss.

<sup>1182</sup> Sobre este controvertido precepto, por todos: ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 23 y ss.; PICÓ I JUNOY, J. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Problemas Actuales de la Prueba Civil* (coordinado por Abel Lluch y el propio autor), Bosch, Barcelona, 2005, págs. 40 y ss.

<sup>1183</sup> VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 22.

nuestros órganos jurisdiccionales<sup>1184</sup>; permite concluir que la finalidad principal del art. 76.3 LDC no es otra que incentivar el número de reclamaciones civiles a manos de los adquirentes finales<sup>1185</sup>.

La admisión de una suerte de “daño presunto” en las actuaciones cometidas por cárteles no exime a los consumidores y usuarios que pretendan reclamar los daños y perjuicios causados por la actuación anticompetitiva, de la carga de acreditar la extensión del daño que han padecido –de modo habitual en forma de sobrecoste–, así como de ofrecer una propuesta razonable y fundada sobre su cuantificación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 78.1 LDC<sup>1186</sup>. Lo anterior permite afirmar que la operatividad de la presunción del art. 76.3 LDC no viene dirigida a presuponer la existencia de uno de los elementos de fondo de la pretensión indemnizatoria (pues, por más que se admita la existencia presunta de un daño, deberá proveerse al órgano judicial de medios de prueba en torno a su valoración económica, actividad ésta que inevitablemente exigirá

---

<sup>1184</sup> HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, ob. cit., pág.176; PÉREZ FERNÁNDEZ, J. *Estándares de prueba del daño en las acciones de responsabilidad civil contra cárteles bajo derecho español y de la UE*, ob. cit., págs. 9-11. Sobre la constatación de efectos perjudiciales en la esfera patrimonial de los afectados mediante la construcción *res ipsa loquitur*, especialmente en infracciones de la competencia por actos desleales, véanse, entre otras, las SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 20/2007, de 23 de enero (AC 2007/1627); SAP de Barcelona (Sección 16ª) núm. 65/2014, de 6 de febrero (JUR 2014/85192); SAP de Las Palmas (Sección 4ª) núm. 125/2014, de 18 de marzo (AC 2014/595); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 445/2014, de 4 de septiembre (RJ 2014/4596); SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 289/2014, de 17 de octubre (JUR 2014/294887); SAP de Murcia (Sección 4ª) núm. 874/2019, de 14 de noviembre (JUR 2020/29110) o la referida, en el ámbito de los ilícitos concurrenciales, SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 58/2020, de 13 de enero (JUR 2020\47434) en la que se proclama la más absoluta compatibilidad de la doctrina *res ipsa loquitur* con la actual presunción de dañosidad del art. 76.3 LDC.

<sup>1185</sup> SANCHO GARGALLO, I. “*El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de competencia*”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 123.

<sup>1186</sup> PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., pág. 152. En idéntico sentido se ha pronunciado la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Sevilla núm. 507/2019, de 30 de diciembre (AC 2019/1984) y la SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 60/2020, de 13 de enero (JUR 2020/47134). Particularmente, en esta última se expresa que: “*Ahora bien, que pueda presumirse el daño de forma abstracta no significa que tengamos que estimar acreditado que existe daño a la demandante, en todo caso. Tal y como afirman los recurrentes, estamos ante una simple presunción iuris tantum que, si bien puede favorecer a la actora, permite prueba en contrario. Y esa prueba puede cuestionar, de forma esencial, la existencia de relación causal entre la conducta ilícita que se imputa al infractor y los perjuicios que se afirman sufridos por la parte demandante. En nuestro caso, los perjuicios por los que se reclama corresponderían al sobreprecio que afirma que ha debido pagar como consecuencia de la infracción anticompetitiva*”.

una previa delimitación)<sup>1187</sup>; siendo lo cierto que tal presunción está llamada a aportar, en la práctica, una mayor flexibilización en cuanto al análisis de los requisitos procesales *in limine litis* de la demanda, así como en orden a la valoración de los presupuestos de admisión de aquellas actuaciones que inste el demandante para el aseguramiento y obtención de fuentes de prueba (vgr. medidas cautelares, diligencias preliminares o acceso a las fuentes de prueba).

En cualquier caso, el art. 76.3 LDC contiene una presunción *iuris tantum*. Su apreciación, en consecuencia, es rebatible y puede ser enervada a partir de la prueba practicada por el demandado<sup>1188</sup>. El hecho de que el binomio entre cártel y presunción de lesividad no presente un alcance absoluto obedece a dos grandes razones: la existencia de cárteles que, aun siendo reprimidos desde la aplicación pública de las normas de la competencia, no han desplegado efectos perjudiciales en el mercado (supuestos de infracciones por objeto); y la constatación de aquellas situaciones en que si bien el cártel ha podido producir efectos dañosos, éstos no han sido padecidos por la persona que, en el caso concreto, inste su reclamación<sup>1189</sup>.

Señalar, por último, que el **párrafo cuarto del art. 76 LDC**, en una línea ya constatable en el art. 5.2.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC<sup>1190</sup>, ha previsto la posible **intervención de las autoridades nacionales de defensa de competencia como *amicus curiae***. Esta modalidad de intervención, ya amparada por el art. 15 bis LEC<sup>1191</sup>, posibilita que dichas

---

<sup>1187</sup> CARRASCO PERERA, A. *El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño*, ob. cit., pág. 6.

<sup>1188</sup> En esta línea, véase el Considerando 47 de la Directiva de daños: “Esta presunción no debe abarcar el importe preciso del daño”. Sobre la naturaleza *iuris tantum* de dicha presunción, véase: HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, ob. cit., pág. 176.

<sup>1189</sup> PASCUAL PONS, C. “Valoración del daño y *passing-on defense*”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017, pág. 20. PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., págs. 153-154.

<sup>1190</sup> VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, ob. cit., pág. 53.

<sup>1191</sup> Vid. apartado IV.3.4 de este mismo capítulo.

autoridades de la competencia, cuando así se lo haya requerido el órgano jurisdiccional competente, puedan informar acerca de cualquier circunstancia relativa a la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE y arts. 1 y 2 LDC, haciendo el art. 76. 4 LDC referencia expresa a los criterios de cuantificación de las indemnizaciones a satisfacer a los perjudicados<sup>1192</sup>. Se trata, en suma, de una excepción a la regla general, contraria a las pruebas de oficio en el ámbito del proceso civil, puesta al servicio del principio europeo de máxima efectividad en la aplicación de la normativa prohibitiva de conductas concurrenciales<sup>1193</sup>.

#### IV.2.7.- Precisiones en torno al nuevo concepto de cártel

Durante largo tiempo el concepto de cártel, con claras implicaciones económicas<sup>1194</sup>, careció, a diferencia de lo que cabía apreciar en el derecho comunitario desde 2006<sup>1195</sup>, de tratamiento legislativo en el ordenamiento

---

<sup>1192</sup> BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., pág. 17; CARBONELL BOTELLA, J. M. *Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia: reforma de la Ley de Defensa de la competencia*, ob. cit., pág. 40; GUILLÉN CARAMES, J. “La cooperación entre jueces y autoridades administrativas en la aplicación privada del Derecho de la competencia”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, págs. 259-260; PÉREZ FERNÁNDEZ, J. *Estándares de prueba del daño en las acciones de responsabilidad civil contra cárteles bajo derecho español y de la UE*, ob. cit., págs. 15-16.

<sup>1193</sup> Sobre este particular, reflexionando acerca de su valor como “perito dirimente” o “tercer perito”, véanse: CABALLOL i ANGELATS, LL. “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de competencia”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., pág. 25; GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de las infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de transposición*, ob. cit., pág. 138.

<sup>1194</sup> BERENGUER FUSTER, L. *Reflexiones en torno al programa de clemencia*, en *La Ley*, núm. 28, 2012, págs. 11 y ss. Esta implicación económica también tiene que ver con los elementos subjetivos del cártel (acuerdo o práctica en el que, al menos, intervengan dos sujetos, caracterizados, como empresas independientes (CALVO CARAVACA, A. L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNGARA, L. *Derecho Mercantil Internacional*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 279; DE LA VEGA GARCÍA, F. *La clemencia (leniency) en el Derecho de la competencia (antitrust): exención o reducción de multas en casos de cártel*, ob. cit., págs. 47 y ss.

<sup>1195</sup> La Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (DOUE C-298, 2006), define a éste, esto es, el cártel, como “aquellos acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los

jurídico español, motivo éste por el cual fue objeto de definición, en un primer estadio, a nivel doctrinal, como todo acuerdo, práctica o medida de origen concertado que, desde un plano horizontal, tuviera la intención o produjera como efecto una alteración de la competencia<sup>1196</sup>.

No fue hasta la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia, de 3 de julio, cuando nuestro legislador acuñó un concepto de cártel. Concretamente, la antigua Disposición Adicional Cuarta de dicho texto legislativo lo definió, con apoyo en la fijación de beneficios sustanciales en orden a la colaboración en el descubrimiento de los cárteles<sup>1197</sup>, mediante los programas de clemencia<sup>1198</sup>, como *“todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”*.

---

*parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores”*.

<sup>1196</sup> COSTAS COMESAÑA, J. *Los cárteles de crisis*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 28.

<sup>1197</sup> Acerca de la importancia que cabe atribuir a la “detección de cárteles”, véanse, entre otros: GARCÍA-VERDUGO, J., GÓMEZ, L. y VEGA, P. *“Herramientas económicas para la detección de cárteles: experiencia internacional y de la CNMC”*, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 157 y ss.; MIGUEZ, J. A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. y SUDEROW, J. *“Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de la competencia”*, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 109 y ss.; PEDRAZ CALVO, M. *“La Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 para reforzar la eficacia de las autoridades nacionales de competencia y la lucha contra los cárteles”*, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 83 y ss.; PORRAS BELARRA, J. *“Las investigaciones de oficio de la CNMC en materia de cárteles: actuaciones clásicas ante las nuevas tendencias”*, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 185 y ss.; y ROBLES LATORRE, P. *“La eficiencia de la normativa de daños causados por cárteles”*, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 667 y ss.

<sup>1198</sup> DE LA VEGA GARCÍA, F. *El nuevo concepto de “cártel” y sus implicaciones en el Derecho antitrust*, en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 38, 2017-2018, pág. 393; y *La clemencia (leniency) en el Derecho de la competencia (antitrust): exención o reducción de multas en casos de cártel*, *ob. cit.*, págs. 65 y ss.



Así las cosas, tras las implicaciones en materia de beneficios de clemencia incorporadas en la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre, nuestro legislador nacional ha modificado, mediante el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia. La nueva redacción de dicha disposición adicional ha comportado, por extensión, la incorporación de un nuevo concepto de cártel que ha introducido **tres grandes novedades**: la incorporación de las “prácticas concertadas”, la ampliación del objeto del cártel y la eliminación de la obligación relativa a su carácter secreto<sup>1199</sup>. Este nuevo concepto tiene, además, notables consecuencias en orden a la aplicación de los programas de clemencia, la determinación de la existencia de un daño a los efectos de solicitar una indemnización, y la concreción de la gravedad de la conducta<sup>1200</sup>:

*“2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales, como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia”.*

En nuestro ámbito interno, hasta el Real Decreto-Ley 9/2017, el concepto legal de cártel venía restringido, a diferencia de lo que cabía apreciar en el ámbito supranacional, a los “acuerdos colusorios”, de tal forma que quedaban fuera del mismo las “prácticas concertadas”. Dada la necesidad de armonizar los distintos sistemas jurídicos aplicables, así como la cercanía conceptual, en múltiples ocasiones, entre los acuerdos y las prácticas concertadas, parece un

---

<sup>1199</sup> Sobre este particular, con especial análisis de cada una de ellas, véase, por todos: DE LA VEGA GARCÍA, F. *El nuevo concepto de “cártel” y sus implicaciones en el Derecho antitrust*, ob. cit., págs. 394 y ss.

<sup>1200</sup> RINCÓN GARCÍA LONGORRI, A. “El nuevo concepto de cártel de la LDC a la luz de la práctica de la CNMC”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maílo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 39 y ss.

acierto que nuestro legislador de 2017 optase, expresamente, por incorporar al concepto de cártel la mención de las “prácticas concertadas”<sup>1201</sup>, ya que éstas, sin suponer el concierto de un acuerdo propiamente, sí que persiguen, conscientemente, mediante su cooperación, evitar los riesgos inherentes a la competencia<sup>1202</sup>.

Por lo que hace referencia a la **delimitación objetiva del cártel**, la antigua Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, reducía su ámbito a la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, reparto de mercados, pujas fraudulentas y restricción de importaciones y exportaciones. Esta opción restrictiva, de otra parte contradictoria con el tenor literal del art. 1 del mismo texto legal, que prohíbe todo objeto que produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia; ha sufrido una notable transformación con motivo de la reforma de 2017 que, *sensu contrario* de la versión anterior de la Disposición Adicional Cuarta de la LDC, ha optado por incorporar, con seguimiento en lo ya apreciable en la Comunicación Europea sobre clemencia de 2006 o en la Directiva de 2014, un listado abierto (*numerus apertus*)<sup>1203</sup> de conductas que, objetivamente,

---

<sup>1201</sup> Concepto éste, el de las prácticas concertadas, en el que parece lógico incluir también la mención de las prácticas paralelas, es decir, de aquellas que representan un comportamiento mimético de un empresario respecto a sus competidores que, en modo alguno pueda decirse que representa una reacción o estrategia de mercado. Sobre este particular, la doctrina no es uniforme. Así, mientras no faltan autores que abogan por su absoluta equiparación (COSTAS COMESAÑA, J. *Los carteles de crisis*, ob. cit., pág. 56; DE LA VEGA GARCÍA, F. *El nuevo concepto de cártel y sus implicaciones en el Derecho antitrust*, ob. cit., pág. 396; y, del mismo autor, *La clemencia (leniency) en el Derecho de la competencia (antitrust): exención o reducción de multas en el caso del cártel*, ob. cit., pág. 55; SALA ARQUER, J. M., FOLGUERA, J. y GUTIÉRREZ, A. *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia* (dirigido por los propios autores), Aranzadi, Navarra, 2015, 4ª ed, pág. 64), otros se muestran mucho menos convencidos o absolutamente contrarios a dicha equiparación conceptual (FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A. *El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría*, en *Revista General de Derecho*, núm. 589-590, 1993, pág. 10103; NAVARRO SUAY, M. C. *Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto*, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 232, 2004, págs. 49 y ss.).

<sup>1202</sup> Vid., entre otras, las siguientes resoluciones: STPIUE (Sala Primera) de 24 de octubre de 1991 (Atochem SA/Comisión Europea); STPIUE (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2001, asunto T-45/98 (Krupp Thyssen Stainless/Comisión Europea); STPIUE (Sala Quinta) de 11 de diciembre de 2003, asunto T-59/99 (Ventouris Group Enterprises/Comisión Europea). En esta dirección de pensamiento, por todos, véase: FONT GALÁN, J. I. *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia, Bolonia, 1986, pág. 111.

constituyen la acción típica de los cárteles: “prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de los precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia”<sup>1204</sup>.

Un catálogo de actividades abierto y flexible, como así lo demuestra no solo la utilización de las expresiones “tales como”, o “entre otras”, sino también el hecho de que el precepto termine haciendo mención de una especie de cláusula final abierta (“o las medidas – sin concretar – contra otros competidores contrarias a la competencia”). En sentido estricto, estas conductas vienen reconducidas a aquellos acuerdos cuyo objetivo sea la coordinación de cualquier comportamiento competitivo en el mercado o la influencia en los parámetros de la competencia<sup>1205</sup>. Sin embargo, no llegarían a alcanzar, como sí posibilitaría la dicción literal del art. 1 LDC, a aquellas conductas que, si bien carecen de finalidad anticompetitiva, finalmente sus

---

<sup>1203</sup> DE LA VEGA GARCÍA, F. *El nuevo concepto de cártel y sus implicaciones en el Derecho antitrust*, ob. cit., págs. 398-399; PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., págs. 151-152.

<sup>1204</sup> Esta definición, más flexible, bien puede comportar no solo que las empresas tengan más complicado argumentar que una determinada práctica no pueda ser objeto de una solicitud de clemencia por no entrar dentro de la definición de cártel; sino también, de una parte, que las empresas que solicitan la clemencia no van a verse obligadas a forzar la descripción de las prácticas para que éstas encajen en una definición más estricta de cártel; y, de otra, que aquellas empresas investigadas por la CNMC van a ver incrementados sus incentivos en orden a cuestionar la calificación de la práctica como cártel (recordemos a tal efecto que el art. 76.3 LDC fija la presunción *iuris tantum* de que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios). Sobre estos extremos, véanse, entre otros: LÓPEZ GÁLVEZ, I. “Programas de clemencia y el concepto de cártel”, en *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2010 págs. 103 y ss.; RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A. “El nuevo concepto de cártel de la LDC a la luz de la práctica de la CNMC”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, ob. cit., pág. 76.

<sup>1205</sup> Acerca de la distinción entre acuerdo entre competidores y relación de carácter vertical, véanse, entre otras: la resolución de la CNC de 26 de mayo de 2016 (expte. S/DC/0504/14 AIO); la resolución de la CNC de 21 de noviembre de 2017 (expte. S/DC/0562/15 Cables BT/MT); y la resolución de la CNC de 8 de marzo de 2018 (expte. S/DC/0578/16 Mensajería y paquetería empresarial).

efectos sí la hayan tenido en el ámbito del mercado<sup>1206</sup>. No obstante, la propia aplicación del programa de clemencia, bien pudiera aconsejar incluir también dentro del concepto de cártel a aquellas conductas que desencadenaran el efecto de fijar precios, cuotas de producción o venta, repartir mercados, llegar a pujas fraudulentas, o restringir importaciones o exportaciones, y ello, aunque en principio y en sentido estricto, no tuvieran tales fines como objeto<sup>1207</sup>.

Finalmente, desde la óptica de la supresión de su carácter secreto<sup>1208</sup>, es menester señalar que éste, con la mera redacción de la Disposición Adicional Cuarta de la LDC, introducida con motivo de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva de daños, ha pasado de ser un requisito conceptual del cártel para convertirse en un elemento de incidencia en orden a la aplicación del programa de clemencia<sup>1209</sup>.

<sup>1206</sup> RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A. "El nuevo concepto de cártel de la LDC a la luz de la práctica de la CNMC", en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, ob. cit., pág. 48. Sobre este particular, conviene recordar que la CNMC elaboró, bajo la vigencia de la antigua Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, una definición de cártel más flexible y bajo la que tienen cabida, por ejemplo, aquellas prácticas de intercambio de información (sirva de ejemplo, la resolución de la CNC de 2 de marzo de 2011 con núm. de expte. S/0086/08 y referida al cártel de peluquería profesional; o la comunicación de la CNMC de 19 de junio de 2013, sobre el Programa de Clemencia). Similar línea interpretativa puede apreciarse en nuestra jurisprudencia [SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 4 de febrero de 2013 (JUR 2013/61512); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 31 de mayo de 2013 (JUR 2013/183772); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 12 de marzo de 2014 (JUR 2014/86683); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 2 de abril de 2014 (JUR 2014/114626); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 7 de abril de 2014 (RJCA 2014/527); SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 27 de febrero de 2015 (JUR 2015/83138); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 27 de octubre de 2015 (RJ 2015/6089); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 405/2018, de 14 de marzo (RJ 2018/1243)]. Bajo estos parámetros, la CNMC, con anterioridad a la reforma de la LDC de 2017, ya delimitó tres elementos que conducen, habitualmente, a concluir que una práctica pueda ser reputada como cártel: acuerdos para la fijación de precios, prácticas que tengan continuidad en el tiempo o sean estables, y acuerdos cuyos miembros integrantes tienen, conjuntamente, una elevada cuota de mercado [resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009 (expte. S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal); resolución de la CNC de 28 de julio de 2010 (expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez); resolución de la CNC de 31 de julio de 2010 (expte. S/0120/10 Transitarios); resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2011 (expte. S/0241/10 Navieras Ceuta-2); resolución de la CNC de 2 de diciembre de 2011 (expte. S/0251/10 Envases Hortofrutícolas); resolución de la CNC de 12 de enero de 2012 (expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados); resolución de la CNC de 23 de febrero de 2012 (expte. S/0244/10 Navieras de Baleares)].

<sup>1207</sup> DE LA VEGA GARCÍA, F. *La clemencia (leniency) en el Derecho de la competencia (antitrust): exención o reducción de multas en el caso del cártel*, ob. cit., pág. 62.

<sup>1208</sup> VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, ob. cit., pág. 46.

#### IV.2.8.- Las soluciones extrajudiciales y el resarcimiento de los daños

Por lo que hace referencia a las soluciones extrajudiciales y el resarcimiento de daños, es obligado señalar que, sin perjuicio del efecto interruptor de la prescripción recogido en el apartado cuarto del art. 74 LDC (en él se dispone que se interrumpirá el plazo de prescripción, respecto de las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia, desde el momento en el que se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias orientado a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados)<sup>1210</sup>, así como del llamado efecto atenuante de las soluciones extrajudiciales de controversias (art. 64.3. c LDC: *“Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes: c) la realización de actuaciones tendentes a reparar el daño. Se considerará atenuante cualificada el efectivo resarcimiento del daño con anterioridad a que se dicte la resolución”*)<sup>1211</sup>; cabe centrar la atención, sobre este punto, en el análisis que pudiera tener el efecto limitativo de las soluciones extrajudiciales de controversias sobre el principio de responsabilidad conjunta y solidaria (art. 77 LDC) y en el examen del efecto suspensivo del procedimiento judicial (art. 81 LDC).

El primero de estos preceptos (art. 77 LDC), con la pretensión de evitar que el infractor que abone una indemnización en el seno de una solución extrajudicial de controversias termine por ubicarse en peor situación que la de aquellos coinfractores que no hayan sido parte en dicho instrumento de resolución alternativa de conflictos, así como de que el perjudicado pueda incurrir en

---

<sup>1209</sup> Criticable es, sin duda, que la nueva dicción literal de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, no se haya acompañado, en paralelo, de la modificación de aquellos artículos, del mismo texto legal, referidos a la clemencia (DE LA VEGA GARCÍA, F. *El nuevo concepto de “cártel” y sus implicaciones en el Derecho antitrust*, ob. cit., págs. 401-402).

<sup>1210</sup> Vid. apartado IV.2.4 de este mismo capítulo.

<sup>1211</sup> GÓMEZ ASENSIO, C. *“Soluciones extrajudiciales y reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia”*, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., págs. 202-203. Acerca de las dudas que puede plantear este efecto, en la práctica, véase, por todos: VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 24.

situaciones de sobrecompensación o enriquecimiento injusto; contempla la **eficacia limitadora de las resoluciones extrajudiciales** sobre el contenido de una posterior acción de daños y perjuicios interpuesta ante la jurisdicción civil:

*“1. El derecho al resarcimiento de daños y perjuicios de la persona perjudicada que hubiera sido parte en un acuerdo extrajudicial se reducirá en la parte proporcional que el sujeto infractor con quien hubiere alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó.*

*2. Los infractores con los que no se hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial no podrán exigir del infractor que hubiera sido parte en el acuerdo una contribución por la indemnización restante.*

*3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando los coinfractores que no hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial no pudieran pagar la indemnización restante, la persona perjudicada podrá reclamársela a aquel con quien celebró el acuerdo, salvo pacto en contrario.*

*4. Al determinar el importe de la contribución que un coinfractor puede recuperar de cualquier otro coinfractor con arreglo a su responsabilidad relativa por el daño causado por la infracción del Derecho de la competencia, los tribunales tendrán debidamente en cuenta los daños y perjuicios abonados en el contexto de un acuerdo extrajudicial previo en el que haya participado el coinfractor respectivo”.*

Este precepto, que no puede entenderse sin tener presente los Considerandos 48, 51 y 52 de la Directiva 2014/104/UE<sup>1212</sup>, así como el art. 19 de la misma<sup>1213</sup>,

---

<sup>1212</sup> Considerando 48: “Es deseable lograr una solución de una vez por todas para los demandados, con miras a reducir la incertidumbre para los infractores y las partes perjudicadas. Por lo tanto, se debe animar a los infractores y las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez pueda declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación. Estos mecanismos de solución extrajudicial de controversias deben abarcar el mayor número posible de partes perjudicadas e infractores que la ley permita. Por tanto, las disposiciones de la presente Directiva sobre solución extrajudicial de controversias pretenden facilitar el uso de esos mecanismos y aumentar su eficacia”; Considerando 51: “Con objeto de fomentar los acuerdos extrajudiciales, el infractor que abone una indemnización mediante el mecanismo de solución extrajudicial de controversias no debe encontrarse en peor situación frente a sus coinfractores que la situación en que se encontraría sin dicho acuerdo extrajudicial”; y Considerando 52: “Se deben evitar situaciones en que, al pagar una contribución a los coinfractores que no participan en el acuerdo extrajudicial por las indemnizaciones que estos hubieran abonado a partes perjudicadas no participantes en dicho acuerdo, el importe total de la indemnización pagada por los coinfractores partes en tal acuerdo exceda de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por la infracción”. Sobre la potenciación de las ADR en el ámbito mercantil, que bien puede obedecer a que, en no pocos casos, las empresas enfrentadas se encuentran, y

con la intención de fomentar la ágil terminación de las reclamaciones de daños derivadas de infracciones del Derecho de la competencia mediante vías de resolución extrajudicial<sup>1214</sup>, no solo incorpora una seria limitación al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria *ad extra*, sino que también regula cual debiera ser, desde una perspectiva *ad intra*, el alcance de la acción de regreso entre coinfractores cuando uno de los participantes en la actuación anticompetitiva ha sido parte en un procedimiento de solución extrajudicial de controversias.

El párrafo primero del art. 77, en una muestra por conferir una absoluta eficacia a los acuerdos de compensación económica de naturaleza extrajudicial, dispone que si el perjudicado decide interponer una acción civil de reclamación contra los coinfractores que no participaron previamente en el acuerdo transaccional, el derecho al pleno resarcimiento se determinará detrayendo la cuantía económica que hubiera sido reconocida por medio de acuerdo transaccional. Esta reducción del derecho al resarcimiento respecto a la persona agraviada que hubiere alcanzado un acuerdo extrajudicial, persigue, en buena lógica, no solo evitar un enriquecimiento injusto del perjudicado, sino

---

seguirán encontrándose en el futuro, vinculadas por relaciones comerciales con proveedores y clientes (BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España, ob. cit.*, pág. 18); véanse, entre otros: BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley de 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; CREMADES SANZ PASTOR, J. A. *El arbitraje de Derecho Privado en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; GÓMEZ AMIGO, L. “El procedimiento de mediación”, en *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y la española* (coordinado por Garau Sobrino y López Simó), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 243 y ss.; MORENO LISO, L. “La mediación como posible vía de unificación de los procesos público y privado en Derecho de la competencia”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión Europea y España* (dirigido por Olmedo Peralta), Thomson Reuters, 2019, págs. 229 y ss.; y ROY PÉREZ, C. “El arbitraje y la mediación como mecanismos para mejorar la eficiencia del sistema de private enforcement en el ámbito del derecho antitrust”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE. Directiva y Propuesta de Transposición, ob. cit.*, págs. 381 y ss.

<sup>1213</sup> Y lo mismo podría decirse en relación a la Directiva 2019/1/UE, de 11 de diciembre de 2018, que obliga a las autoridades nacionales de competencia a considerar el hecho de que se haya abonado una indemnización como resultado de una solución extrajudicial.

<sup>1214</sup> SOPEÑA BLANCO, V. *Un nuevo instrumento en la lucha contra los cárteles y otras prácticas restrictivas de la competencia*, Blog CNMC, 12 de octubre de 2017. Estos “acuerdos” negociados, en tanto se guían por la confidencialidad, pueden también resultar atractivos para la imagen corporativa de las empresas infractoras (MORENO LISO, L. “La mediación como posible vía de unificación de los procesos público y privado en Derecho de la competencia”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea y en España, ob. cit.*, pág. 253.

también, en paralelo, salvaguardar al propio infractor, que es parte del acuerdo extrajudicial, de no situarle ante un “escenario peor” de aquel que le hubiere correspondido de no haber mostrado su disposición a solventar de forma alternativa la controversia<sup>1215</sup>.

En consonancia con el reconocimiento de sustantividad propia de los acuerdos de compensación en posteriores acciones civiles de resarcimiento, el apartado segundo del art. 77 LDC, por su parte, contempla una nueva excepción (acumulable a las también previstas por nuestro legislador en relación a las pymes y sujetos beneficiarios de la exención de pago de multa en el marco de un programa de clemencia) al principio de responsabilidad conjunta y solidaria del art. 73.1 LDC, relativa al alcance de la responsabilidad solidaria de los coinfractores del Derecho de la competencia<sup>1216</sup>.

En este sentido, el perjudicado que interponga una acción civil en reclamación de los daños y perjuicios causados por una conducta anticompetitiva **no podrá dirigirse contra el infractor con el que previamente hubiera alcanzado un acuerdo económico** por medio de un procedimiento extrajudicial de controversias. Sin embargo, esta limitación de la responsabilidad civil solidaria únicamente a favor de los agentes infractores que hubieran suscrito un acuerdo compensatorio de carácter extrajudicial puede quedar enervada, tal como se dispone en el tercer apartado del art. 77 LDC, en aquellos casos en que habiéndose procedido judicialmente contra el resto de coinfractores que no han formado parte del acuerdo extrajudicial, éstos no hubieran hecho frente a su obligación directa de reparar al perjudicado<sup>1217</sup>. Con todo, el carácter

---

<sup>1215</sup> CARBONELL BOTELLA, J. M. y GÓMEZ ASENSIO, C. *Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia: reforma de la Ley de Defensa de la competencia*, ob. cit., pág. 40.

<sup>1216</sup> GÓMEZ ASENSIO, C. “Soluciones extrajudiciales y reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., págs. 204-205; VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, ob. cit., pág. 53.

<sup>1217</sup> Especialmente controvertido ha resultado, a nivel doctrinal, determinar la expresión “imposibilidad de pago” (PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M. C. *Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracciones de competencia*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 16, 2015, pág. 9. En cualquier caso, parece lógico



subsidiario de la responsabilidad del apartado tercero de este precepto difiere de aquella otra apreciable respecto a los beneficiarios de un programa de clemencia (art. 73.4 LDC). Ello es así, porque tratándose de la responsabilidad de naturaleza subsidiaria del art. 77.3 LDC, las partes gozan de la posibilidad de excluir al infractor de dicha responsabilidad, siempre que tal previsión se haya recogido, expresamente, en el correspondiente acuerdo transaccional.

Asimismo, la excepción del art. 77.2 LDC debe ser analizada, conjuntamente, con lo dispuesto en el apartado cuarto del art. 77 LDC, relativo a la redistribución de responsabilidad por vía de regreso entre los agentes participantes en la infracción anticompetitiva. Como principal diferencia al régimen general de regreso previsto en el art. 73.5 LDC, cabe señalar que el apartado cuarto del art. 77 LDC ordena que los criterios de reparto que deben regir el régimen interno de los obligados solidarios no solo comprenderán las indemnizaciones que han sido fijadas en el proceso declarativo de responsabilidad civil, sino también aquellas sumas económicas que se hayan desembolsado en virtud de acuerdos extrajudiciales<sup>1218</sup>.

En otro orden de cosas, por lo que hace referencia al **efecto que cabe atribuir a aquellos acuerdos extrajudiciales de compensación de daños** que han sido adoptados en el curso de un procedimiento civil en reclamación de daños y perjuicios, resulta obligado hacer constar que el art. 81 LDC, con motivo de la normativa de transposición de 2017, ha previsto, como ya se avanzó al analizar el tema relativo al plazo para el ejercicio de las acciones de daños<sup>1219</sup>, un plazo de suspensión de hasta dos años para que las partes de un procedimiento

---

atender, sobre el particular, a la normativa concursal y, más concretamente, al art. 176 bis LC, relativo a las especialidades de la conclusión por insuficiencia de la masa activa (GÓMEZ ASENSIO, C. “Soluciones extrajudiciales y reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., págs. 208-209.

<sup>1218</sup> GÓMEZ ASENSIO, C. “Soluciones extrajudiciales y reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., págs. 206 y 209; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M. C. *Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracciones de competencia*, ob. cit., pág. 4.

<sup>1219</sup> Vid. apartado IV.2.4 de este mismo capítulo.

judicial puedan llegar a alcanzar una solución extrajudicial del mismo: “Los tribunales que conozcan de una acción de daños por infracciones del Derecho de la competencia podrán suspender el procedimiento durante un máximo de dos años en caso de que las partes en el procedimiento estén intentando una vía de solución extrajudicial de la controversia relacionada con la citada pretensión”.

Este precepto viene a plasmar, con seguimiento de lo ya apreciable en la Directiva de daños (art. 18), la visión incorporada en su Considerando 50: “Además, cuando las partes decidan recurrir a la solución extrajudicial de controversias después de que se haya ejercitado una acción por daños con la misma pretensión ante un órgano jurisdiccional nacional, éste debe poder suspender el procedimiento mientras se celebre la solución extrajudicial de controversia. Al considerar la posibilidad de suspender el procedimiento, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta las ventajas de un procedimiento acelerado”. Al hacerlo, incorpora una excepción al régimen general de suspensión previsto en el art. 19 LEC, en el bien entendido que no se habla de un plazo máximo de sesenta días, sino de dos años<sup>1220</sup>. En cualquier caso, los órganos judiciales que conozcan de la acción de daños por infracción del Derecho de la competencia y se planteen dicha suspensión, deberán hacerlo teniendo presente, como así se recoge en el art. 19 LEC, que no se perjudique el interés general o a terceros<sup>1221</sup>. Asimismo, en aras a incentivar “acuerdos más rápidos”, bien pudiera plantearse, el órgano jurisdiccional, que la suspensión, según las circunstancias del caso concreto, no lo fuere por el plazo máximo de dos años previsto en el art. 81 LDC<sup>1222</sup>. Si somos conscientes, además, de que este plazo de máximos, de dos años,

---

<sup>1220</sup> VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 24.

<sup>1221</sup> PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M. C. *Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracciones de competencia*, ob. cit., págs. 5-6.

<sup>1222</sup> GÓMEZ ASENSIO, C. “Soluciones extrajudiciales y reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia”, en *Problemas actuales de la compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., págs. 200-201; VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, ob. cit., pág. 53.

coincide con el plazo de caducidad de la instancia previsto en el art. 237 LEC<sup>1223</sup>, resulta factible concluir, como ha señalado GÓMEZ ASENSIO<sup>1224</sup>, que agotado dicho plazo de suspensión sin haberse solicitado previamente por ninguna de las partes su alzamiento, se producirá, *de facto*, la caducidad de la instancia (art. 240 LEC)<sup>1225</sup>.

Añadir, por último, que el amplio abanico de efectos que tanto la Directiva 2014/104/UE como el Real Decreto-Ley 9/2017 han reconocido a los acuerdos extrajudiciales de compensación, sin perjuicio de que éstos sirvan de incentivo a las partes para obtener soluciones más expeditivas, flexibles y adaptadas a las preferencias del perjudicado, obligan, en todo caso, a situar el foco de atención en aquellas garantías y cautelas que hayan observado las partes en su elaboración y adopción, así como en el tipo de fórmula resolutive seleccionada para dirimir la controversia<sup>1226</sup>. De no ser así, bien pudiera ocurrir que no pocos agentes infractores hiciesen uso de estas vías extrajudiciales con la única intención de aprovechar una “oportunidad” para alcanzar acuerdos de compensación en claro fraude de terceros (vgr. atribución de cuotas de participación más altas que las del resto de coinfractores), o en perjuicio del propio perjudicado (vgr. acuerdos de infracompensación del daño, con

---

<sup>1223</sup> Art. 237 LEC: “Se tendrán por abandonadas las instancias y recursos en toda clase de pleitos si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal alguna en el plazo de dos años, cuando el pleito se hallare en primera instancia; y de uno, si estuviere en segunda instancia o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación. Estos plazos se contarán desde la última notificación a las partes. 2. Contra el decreto que declare la caducidad solo cabrá recurso de revisión”.

<sup>1224</sup> GÓMEZ ASENSIO, C. “Soluciones extrajudiciales y reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia”, en *Problemas actuales de la compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 201.

<sup>1225</sup> Art. 240 LEC: “1. Si la caducidad se produjere en la segunda instancia o en los recursos extraordinarios mencionados en el art. 237, se tendrá por desistida la apelación o dichos recursos y por firme la resolución recurrida y se devolverán las actuaciones al tribunal del que procedieren. 2. Si la caducidad se produjere en la primera instancia, se entenderá producido el desistimiento en dicha instancia, por lo que podrá interponerse nueva demanda, sin perjuicio de la caducidad de la acción. 3. La declaración de caducidad no contendrá imposición de costas, debiendo pagar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad”.

<sup>1226</sup> Sin duda, parece razonable pensar que el equilibrio de la voluntad negociadora entre infractor y perjudicado puede quedar mejor salvaguardado en el arbitraje o la mediación, que en aquellas otras situaciones en que el acuerdo se alcance mediante un proceso negociador.

ocultación de información relevante en caso de que no exista una resolución previa, o con exclusión de responsabilidad subsidiaria).

#### IV.2.9.- El régimen de los sobrecostes (*passing-on*)

Como es fácil pensar, no son pocas aquellas conductas contrarias al Derecho de la competencia en las que los daños derivados de éstas vienen a identificarse con los sobrecostes que se han visto obligados a pagar los clientes o compradores directos; como tampoco lo son aquellas otras en las que los sobrepuestos, por “efecto cascada”, acaban por repercutirse, sucesivamente, en aquellos otros compradores indirectos que van adquiriendo los bienes, objeto de la infracción, en las distintas etapas de su proceso de distribución o de transformación hasta llegar a los adquirentes finales<sup>1227</sup>.

Esta realidad que se acaba de describir constituye, precisamente, el génesis para la toma en consideración de la repercusión del sobrecoste en el ámbito de las acciones de reclamación de daños por ilícitos *antitrust* (***passing-on***). El conocido fenómeno del *passing-on* puede tener lugar desde una doble manifestación. De una parte, la transmisión del sobrecoste “aguas abajo” hacia el comprador indirecto dará pie a que éste pueda interponer, aun cuando no tenga relación inmediata con el agente causante del daño, una acción de reclamación directa contra el infractor de la norma del Derecho de la competencia (***offensive passing-on*** o ***indirect purchaser rule***)<sup>1228</sup>. En sentido inverso, por aplicación del mismo régimen de responsabilidad civil, también debe plantearse, al hilo de la causalidad<sup>1229</sup>, la posibilidad de que el infractor

---

<sup>1227</sup> VELASCO SAN PEDRO, L. A. y HERRERO SUÁREZ, C. “*La passing-on defence, ¿un falso dilema?*”, en en *La aplicación privada del Derecho de la competencia* (dirigido por Velasco San Pedro), Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 593.

<sup>1228</sup> Desde un punto de vista conceptual, por su claridad, véase GARRIDO PÉREZ, P. M. “*El sistema de passing-on: el ejercicio de la acción y la defensa procesal*”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., pág. 53.

<sup>1229</sup> BROKELMANN, H. “*La responsabilidad civil por infracción de las normas de defensa de la competencia*”, en *competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales*, ob. cit., 2013, pág. 116; GALGO PECO, A.

alegue, como defensa o excepción, la falta de legitimación activa del actor por pretender ser resarcido una vez haya trasladado todo o parte del daño, en forma de sobrecoste, a otros agentes ubicados en puntos posteriores de la cadena de suministro (*passing-on defence*)<sup>1230</sup>.

El riesgo de que los compradores directos acaben siendo indemnizados, aun cuando éstos hubieran trasladado el incremento anticompetitivo a sus clientes, constituye una cuestión comúnmente compartida y analizada, con gran recelo y precaución, por los diferentes sistemas de defensa de la competencia. Sin embargo, no todos ellos han acabado por ofrecer idéntica respuesta.

El modelo *antitrust* norteamericano, con un posicionamiento antagónico a las premisas asentadas en la tradición jurídica comunitaria, siempre ha mostrado, de forma clara, su preferencia por reservar la persecución privada de los comportamientos anticompetitivos a los sujetos que se han visto inmediatamente afectados por las actuaciones ilícitas –compradores directos–. La búsqueda por la eficiencia económica y la simplicidad procesal para ofrecer respuesta a este tipo de ofensas, parecen ser los motivos por los que los órganos jurisdiccionales estadounidenses han justificado la supresión de la defensa *passing-on defence* como la legitimación del resto de afectados por la conducta anticompetitiva (exclusión de la *indirect purchaser rule*)<sup>1231</sup>. Por el contrario, en el ámbito de la Unión Europea, cuyo sistema de enjuiciamiento judicial se ha construido con atenta observancia a los fundamentos esenciales de la responsabilidad civil extracontractual, la alegación del *passing-on* apenas ha contado con detractores, máxime si se tiene en cuenta que dicho fenómeno no deja de ser una traslación de la regla general del Derecho de daños en virtud de la cual se confiere legitimación a aquél sujeto que efectivamente haya padecido una lesión no aprobada por el ordenamiento jurídico.

---

“La relación de causalidad en las acciones de reclamación de daños por infracción”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 70 y ss.; PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., pág. 125.

<sup>1230</sup> MARTÍN MARTÍN, G. *Competencia, enriquecimiento y daños*, ob. cit., págs. 348 y ss.

<sup>1231</sup> Vid. *supra* Cap. II.4.3.4.

De hecho, antes de que tuviera lugar el análisis del *passing-on* en el ámbito de las acciones de reclamación civil por infracción de las normas de competencia, la jurisprudencia comunitaria, en un asunto relacionado con la devolución de impuestos y cargas tributarias contrarias al Derecho de la Unión Europea, tuvo la ocasión de pronunciarse a favor de esta institución como mecanismo de defensa con el que hacer frente a las situaciones de enriquecimiento injusto promovidas por aquel obligado tributario que, aun habiendo repercutido los tipos impositivos a terceros no obligados (consumidores), exigiera igualmente la devolución del impuesto por contravenir las normas comunitarias <sup>1232</sup>.

El precedente asentado por el TJUE en orden a desatender ciertas reclamaciones tributarias no pasó desapercibido para la Comisión Europea en su proceso de modernización y actualización del Derecho de la competencia. De ahí que la propia Comisión contemplara en su Libro Verde de 2005 diferentes escenarios en cuanto a la previsión y alcance que debiera corresponderle en el ejercicio de las reclamaciones de daños y perjuicios *antitrust*<sup>1233</sup>: a) admitir de la defensa *passing-on* junto con la posibilidad de que tanto los compradores directos como los indirectos pudiesen demandar al infractor; b) rechazar la posibilidad de que el infractor de una norma anticompetencial pudiese alegar, como defensa, la repercusión de los sobrecostes, así como también negar la legitimación activa a los compradores indirectos; c) impedir el *passing-on* como defensa válida frente a una acción de daños por infracción de la normas de competencia, pero admitiendo, por el

---

<sup>1232</sup> En idéntica unidad de significado pueden consultarse, entre otras, las siguientes resoluciones: STJCE de 27 de febrero de 1980, asunto 68/79 (Hans Just/Ministerio danés de asuntos fiscales); STJUE de 14 de enero de 1997, asuntos acumulados C-192/95 y C-218/95 (Société Comateb *et alii*/ Director General de Aduanas e Impuestos indirectos); STJUE (Sala Quinta) de 2 de octubre de 2003, asunto C-147/01 (Weber's Wine World *et alii*/Abgabenberufungskommission Wien); STJUE de 9 de diciembre de 2003, asunto C-129/00 (Comisión Europea/República Italiana); STJUE (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2011, asunto C-398/09 (Lady & Kid *et alii*/Skatteministeriet); STJUE (Sala Primera) de 20 de octubre de 2011, asunto C-94/10 (Danfoss *et alii*/Skatteministeriet); STJUE (Sala Séptima) de 16 de mayo de 2013, asunto C-191/12 (Alakor/Nemzeti).

<sup>1233</sup> Libro Verde de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 19 de diciembre de 2005 (COM/2005/0672 final). Para un análisis más exhaustivo en torno a las diferentes propuestas que fueron contempladas en el Libro Verde, vid. VELASCO SAN PEDRO, L. A. y HERRERO SUÁREZ, C. "La *passing-on* defence, ¿un falso dilema?", en en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 598-599.

contrario, la repercusión de los sobrecostes a efectos de reconocer la legitimación activa de los compradores indirectos; y d) excluir la defensa *passing-on*, así como el reconocimiento de la legitimación de cualquier víctima indirecta o final para demandar al infractor, pero permitiendo, en una segunda fase, que el coste excesivo pudiera distribuirse entre todas aquellas partes que hubieren sufrido un perjuicio concreto derivado de una conducta *antitrust*<sup>1234</sup>.

A pesar de que el seguimiento de alguna de las opciones pudiera incrementar la complejidad de las acciones por daños y perjuicios a causa de la distribución de los daños y la trazabilidad de los sobrecostes; algunos estudios técnicos encargados por la Comisión Europea finalmente se decantaron por recomendar un modelo que fuera acorde con la primera (admisión de la defensa del *passing-on* o de daños repercutidos, de forma que tanto los compradores directos como indirectos pudiesen demandar al infractor) o con la tercera de las anteriores hipótesis (exclusión del *passing-on* como estrategia defensiva del infractor, pero admitiendo tal mecanismo para permitir que tanto compradores directos como indirectos quedaran legitimados para la interposición de reclamaciones de daños y perjuicios)<sup>1235</sup>.

Las conclusiones recogidas en el *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, finalmente terminaron por impactar en el Libro Blanco de la Comisión Europea<sup>1236</sup>, pues en él, partiendo de aquella visión en la que tanto infractor como el comprador indirecto pudieran invocar la repercusión de los sobrecostes; se optó, finalmente, por defender no solo la necesidad de reconocer al demandado la posibilidad de utilizar el argumento del *passing-on* como defensa frente a aquellas acciones indemnizatorias ejercitadas por un afectado de primer nivel,

---

<sup>1234</sup> La problemática que ofrece el análisis de las diversas variables de *passing-on* con el régimen de legitimación activa, referidas al Derecho de la competencia norteamericano, es puesta de relieve en las págs. 262-263 de este estudio monográfico.

<sup>1235</sup> Entre otros, puede consultarse el estudio *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, elaborado por Center for European Policy Studies (CEPS), de 21 de diciembre de 2007, págs. 457 y ss.

<sup>1236</sup> *Libro Blanco de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, de 2 de abril de 2008 (COM/2008/01665 final).

sino también la posibilidad de su uso desde un posicionamiento activo, reconociéndose la legitimación del comprador indirecto para solicitar el resarcimiento de los daños sufridos por efecto de la repercusión del sobreprecio.

Con estos mimbres, la Directiva 2014/104/UE dedicó, en cuanto desarrollo de las directrices recogidas en sus Considerandos 39 a 44 (ambos inclusive), los arts. 12, 13, 14, 15 y 16, respectivamente, a la repercusión de sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento; la concreción de los compradores indirectos o de segundo nivel; las acciones por daños ejercitadas por actores situados en distintos niveles de la cadena de suministro; y, por último, la fijación de orientaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales acerca de la estimación de la cuota de los sobrecostes repercutidos al comprador indirecto<sup>1237</sup>. Se constata, de este modo, como la admisibilidad del *passing-on*, dentro del sistema de defensa de la competencia comunitario, no solo ha obedecido a la importancia que siempre se ha atribuido a la finalidad compensatoria de la aplicación privada del Derecho de la competencia, sino también, a la necesidad de desarrollar una actuación coherente con el principio general que veta, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, el enriquecimiento injusto<sup>1238</sup>.

Con mayor concreción en nuestra normativa interna, el régimen de sobrecostes en el ámbito del ejercicio de las acciones de reclamación de daños y perjuicios derivados de los ilícitos concurrenciales viene fijado, expresamente, tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2017, en los arts. 78 (sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento), 79 (prueba de sobrecostes y de su repercusión) y 80 (acciones de daños ejercitadas por demandantes situados en

---

<sup>1237</sup> Para una valoración del posicionamiento de la Directiva sobre este particular, véase: BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., págs. 14-16; PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., págs. 240-241.

<sup>1238</sup> Sobre este particular, por todos: HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, ob. cit., pág. 178; PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., págs. 238-239; SARAZÁ JIMENA, R. "El *passing-on* antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la competencia", en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 18.



distintos niveles de la cadena de suministro) de la Ley de Defensa de la Competencia. Estos preceptos enfrentan, concretamente, la regulación de la figura del *passing-on*, ya sea en su vertiente “espada”, es decir, respecto a habilitar la entrada a los compradores indirectos; como en su dimensión “escudo” (art. 79 LDC), esto es, de defensa frente a la reclamación del comprador directo fundada en la repercusión de los sobrecostos por el mismo a terceros (art. 78 LDC)<sup>1239</sup>.

De conformidad con la dicción literal del art. 78 LDC:

*“1. El derecho al resarcimiento enunciado en este título se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido y le haya generado un daño. En ningún caso el resarcimiento del daño emergente sufrido en cualquier nivel de la cadena podrá superar el perjuicio del sobrecoste a ese nivel. El derecho al pleno resarcimiento también conllevará el derecho del perjudicado a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostos.*

*2. Los tribunales estarán facultados para calcular con arreglo a derecho la parte del sobrecoste repercutido.*

*3. El demandado podrá invocar en su defensa el hecho de que el demandante haya repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá alegar, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros”.*

El referido precepto, sirviéndose de una dicción un tanto inexacta y menos esclarecedora que la contenida en el art. 12 de la Directiva, dispone que el derecho al pleno resarcimiento de los diferentes sujetos afectados por un ilícito anticompetitivo comprenderá el daño emergente (refiriéndose por dicho concepto exclusivamente al sobrecoste), así como también el lucro cesante que se hubiera generado de la propia transmisión del sobreprecio

---

<sup>1239</sup> CARBONELL BOTELLA, J. M. “Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia: reforma de la Ley de Defensa de la competencia, ob. cit., pág. 43; GÓMEZ ASENSIO, C. La aplicación privada de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual a las reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia, ob. cit., pág. 53.

anticompetitivo<sup>1240</sup>. De ahí que resulte lógico que el art. 78 LDC excluya al comprador directo de la posibilidad de reclamar la totalidad del sobreprecio anticompetitivo, debiendo hacerlo únicamente por la parte proporcional que éste efectivamente hubiera soportado<sup>1241</sup>.

La distinción entre el daño emergente, vinculado en este caso con la parte proporcional del sobreprecio que el perjudicado ha asumido, y el lucro cesante, debe ponerse en relación con las previsiones de los apartados primero y tercero del art. 78 LDC que, desde un punto de vista conceptual, acaban por delimitar el alcance del *passing-on* dentro de nuestro sistema de *private enforcement*.

De una parte, el **primer inciso del art. 78.1 LDC** instaura, de forma un tanto implícita, el ***offensive passing-on***, o si se prefiere la **regla del comprador indirecto** (*indirect purchaser rule*), al atribuir el derecho a reclamar los daños y perjuicios padecidos por cualquier perjudicado con independencia del lugar que éste ocupe con el infractor (ya fuera un comprador de primer nivel, un comprador indirecto o un consumidor).

De otra parte, el **apartado tercero del art. 78 LDC** reconoce el ***passing-on defence*** que, si bien en ocasiones ha sido malinterpretado como una genuina

---

<sup>1240</sup> SARAZÁ JIMENA, R. “*El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la competencia*”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 19.

<sup>1241</sup> Aun cuando de una primera visión del art 78.1 LDC pudiera sostenerse que el contenido del derecho al pleno resarcimiento únicamente comprende el sobrecoste producido por la actuación anticompetitiva (“*El derecho al resarcimiento enunciado en este título se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado*”); es lo cierto que la limitación establecida para el daño emergente a la que hace referencia el propio art. 78. 1 LDC (“*En ningún caso el resarcimiento del daño emergente sufrido en cualquier nivel de la cadena podrá superar el perjuicio del sobrecoste a ese nivel*”), como la mención posterior en cuanto a la reclamación del lucro cesante (“*El derecho al pleno resarcimiento también conllevará el derecho del perjudicado a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostos*”), vienen a confirmar que, pese la desacertada técnica legislativa, el daño emergente que puede ser resarcible en una acción de daños y perjuicios por ilícitos anticompetitivos únicamente se encuentra limitado en materia de *passing-on* (pero no para el resto de acciones de responsabilidad civil *antitrust*), en cuyo caso el demandante sólo podrá exigir la reintegración del importe total o parcial del sobreprecio que hubiera asumido, sin perjuicio, de aquellas otras pérdidas económicas –lucro cesante– que hubiera padecido en su actividad empresarial.

estrategia procesal, supone, en verdad, una excepción material al nacimiento de la obligación de reparar en el ámbito del Derecho de la competencia. En virtud de esta causa impeditiva de responsabilidad civil, se concede al agente causante del daño la posibilidad de alegar, en el seno del procedimiento civil de reclamación, que el actor carece de todo daño resarcible por haber repercutido el incremento anticompetitivo en perjuicio de los siguientes niveles de la cadena distributiva o del adquirente final.

En cualquier caso, la interacción de los diferentes apartados del art. 78 LDC no debe conducir hacia una exclusión, sin más, de la legitimación activa del comprador directo, incluso cuando éste hubiera trasladado de forma íntegra el sobreprecio anticompetitivo. Ello es así porque la sola repercusión del sobrecoste a los compradores indirectos no excluye que el comprador de primer nivel padezca cualquier otro daño antijurídico<sup>1242</sup>, también susceptible de reparación<sup>1243</sup>. Tal como se prevé el Considerando 40 de la Directiva 2014/104/UE<sup>1244</sup>, en línea con la interpretación que ha venido sosteniendo nuestra jurisprudencia, resulta admisible que el comprador directo, aun cuando haya sido capaz, dadas las circunstancias específicas del mercado, de añadir el valor del sobrecoste en el precio de venta de sus clientes, puede igualmente experimentar, como consecuencia de esquivar el daño emergente, una pérdida de beneficio a causa del descenso del número de ventas (lucro cesante)<sup>1245</sup>.

Otra de las principales novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 9/2017 centra su atención, en paralelo a la proclamación sustantiva de las diferentes

---

<sup>1242</sup> VELASCO SAN PEDRO, L. A. y HERRERO SUÁREZ, C. “*La passing-on defence, ¿un falso dilema?*”, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 599-600.

<sup>1243</sup> PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., pág. 238.

<sup>1244</sup> Considerando 40 de la Directiva 2014/104/UE: “*En las situaciones en las que la repercusión del sobrecoste tenga como consecuencia la disminución de las ventas y, de ese modo, un perjuicio en forma de lucro cesante, el derecho a reclamar un resarcimiento por ese lucro cesante no debe verse menoscabado*”.

<sup>1245</sup> SARAZÁ JIMENA, R. “*El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la competencia*”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 20; VELASCO SAN PEDRO, L. A. y HERRERO SUÁREZ, C. “*La passing-on defence, ¿un falso dilema?*”, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 601 y ss.

modalidades de *passing-on*, a la previsión de los **aspectos procesales que acompañan al régimen de repercusión de los sobrecostes**. Con mayor detalle el art. 79 LDC dispone:

*“1. Cuando en el ejercicio de una acción de daños la existencia de la reclamación o la determinación del importe de la indemnización dependa de si se repercutió un sobrecoste al demandante o en qué medida se repercutió, teniendo en cuenta la práctica comercial de que los aumentos de precio se repercuten sobre puntos posteriores de la cadena de suministro, la carga de la prueba de la existencia y cuantía de tal repercusión recaerá sobre la parte demandante, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandado o de terceros.*

*2. Se presumirá que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste cuando pruebe que: a) El demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado; y c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran. La presunción quedará sin efecto si la parte demandada probase que los sobrecostes no se repercutieron, en todo o en parte, en el comprador indirecto”.*

En efecto, el art. 79 LDC aborda una de las cuestiones de mayor complejidad que acompañan a la regla de *passing-on*, esto es, la **carga y distribución de la prueba** de los diferentes elementos acreditativos **acerca de la existencia y posterior traslación del sobreprecio anticompetitivo**. Sin embargo, como se ha tenido ocasión de señalar, la posibilidad de la que disponen los demandados en orden a invocar, en su defensa, la repercusión del sobrecoste generado con motivo de su conducta infractora, ya fue admitida en sede jurisprudencial con carácter previo a la entrada en vigor de la Directiva de daños.

Concretamente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de noviembre de 2013<sup>1246</sup>, relativa al cártel del azúcar, reconoció la posibilidad de que el demandado pudiera oponerse al nacimiento de responsabilidad civil

<sup>1246</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487).

extracontractual alegando, en su caso, que los demandantes (compradores directos del azúcar para la elaboración de repostería industrial) no sufrieron perjuicio económico alguno, ya que repercutieron, por medio del precio de venta de sus productos de pastelería, dicho incremento a las cadenas de distribución alimentaria.

Además de admitir la defensa del *passing-on* de forma muy similar a la prevista en los arts. 78 y 79 LDC, el Alto Tribunal, en otro acertado ejemplo de “clarividencia legislativa”, puntualizó que, conforme a la regla general del art. 217 LEC, la atribución de la carga de la prueba acerca de la repercusión del sobrecoste debería corresponder, en todo caso, al sujeto que lo alega, por lo que, dado el carácter defensivo de la repercusión, en este caso tal carga acabó por recaer sobre el agente infractor<sup>1247</sup>.

A pesar de desestimarse la defensa *passing-on* por la falta de práctica de prueba, la sentencia añadió que, dada la complejidad e hipotética falta de información a la que pudiera enfrentarse el demandado en estos supuestos<sup>1248</sup>, el órgano jurisdiccional debiera tomar en consideración la posibilidad de que el agente infractor pudiera exigir, con limitaciones y en una medida razonable, la exhibición de pruebas que se hallaran en poder del actor o de terceros:

*“en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cartel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cartel. Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cartel y han*

---

<sup>1247</sup> SAURA ESTAPÀ, E. *Valoración de daños y passing-on defence*, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017, pág. 20.

<sup>1248</sup> Tan es así, que no faltan quienes, ya al hilo de la Propuesta de Directiva europea de daños, calificaron este enfoque de la *passing-on defence*, como de “meramente virtual”, en tanto que dicha carga de la prueba, pese a las menciones a la exhibición de prueba, seguirán siendo especialmente onerosas para el demandado (CANTOS, F., CARRERA, E. y GONZALO, P. *La aplicación privada del Derecho de la competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita*, ob. cit., pág. 53).

*arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc., no puede estimarse la defensa del passing-on o no puede hacerse en su totalidad”.*

En la actualidad, tras la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/104/UE, las cuestiones relativas a la acreditación de los elementos del *passing-on* se encuentran expresamente recogidas en el art. 79 LDC. No obstante, es necesario destacar el alcance limitado que presenta este precepto, pues tan solo resulta de aplicación para los supuestos en los que la repercusión del sobrecoste es esgrimida por el comprador indirecto que se ha visto afectado por la infracción (quedando excluido cualquier otro perjudicado, aunque también hubiera asumido el sobrecoste anticompetitivo –vgr. consumidor–).

De conformidad con el art. 79.1 LDC, cuando la repercusión del sobrecoste sea alegada por un comprador indirecto que se haya visto motivado por la pretensión de alcanzar así la calidad de demandante (esto es, aquellos supuestos, relacionados con la vertiente “espada” del *passing-on*), la carga de la prueba corresponderá al demandante tanto en lo relativo a la existencia como a la cuantía del sobrecoste y su repercusión. Ello no es óbice, sin embargo, para que el comprador indirecto pueda exigir, en términos razonables, la exhibición de pruebas que estén en poder del sujeto pasivo o de terceros.

No obstante, el **apartado segundo del art. 79 LDC**, en una clara preocupación por procurar que la dificultad de la carga probatoria del comprador indirecto no fuera superior al exigido al comprador directo para la acreditación del daño, también ha previsto una **presunción sobre la repercusión del sobrecoste** en favor del comprador indirecto<sup>1249</sup>. Presunción ésta, *iuris tantum* y que, en cualquier caso, se hace depender del cumplimiento cumulativo de tres

---

<sup>1249</sup> SARAZÁ JIMENA, R. “El *passing-on* antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la competencia”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 23.

condicionantes: a) que el demandado haya cometido una infracción del Derecho de la competencia; b) que la infracción del Derecho de la competencia tenga como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado<sup>1250</sup>; y c) que el comprador indirecto adquiera los bienes y servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran. Y todo ello teniendo presente, además, que dicha presunción quedará sin efecto en aquellas situaciones en que la parte demandada consiga probar que los sobrecostos no fueron objeto de repercusión, en todo o en parte, en el comprador indirecto<sup>1251</sup>.

Aun cuando, a simple vista, pudiera parecer que con esta presunción el comprador indirecto pudiera ver facilitada su actividad probatoria; es lo cierto que ello no es del todo así, ya que solo queda exonerado de probar que él mismo ha sumido el sobrecoste, así como, de plantearse una acción *follow-on*, de la constatación de la infracción de la competencia, pero en ningún caso se le libera de la carga de acreditar la existencia del propio sobrecoste<sup>1252</sup>.

Además, para poder cumplir con los requisitos segundo y tercero de esta presunción (es decir, la existencia del sobrecoste y la asunción de éste por el comprador indirecto) cabe plantearse si es suficiente con corroborar la

---

<sup>1250</sup> JIMÉNEZ SERRANIA, V. *The Directive on antitrust damages action: a critical review*, en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 35, 2014/2015, págs. 113 y ss.

<sup>1251</sup> Esta previsión legislativa, pone de relieve, la fijación de un doble juego de presunciones sobre un mismo hecho que se hace depender, en la práctica, de dónde se sitúe el demandante en la cadena de suministro. Tratándose de compradores indirectos, operará la presunción del sobrecoste, mientras que, si estamos ante un comprador directo, dicha presunción no operará y, en consecuencia, será el demandado quién tendrá la carga de probar que el actor, en el caso concreto, ha repercutido, efectivamente, el sobrecoste. En esta línea, remarcando la no sencilla compatibilidad de este doble juego con el obligado respeto del principio de igualdad de armas y oportunidades procesales, véase VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, pág. 27.

<sup>1252</sup> ESTEVAN DE QUESADA, C. "Algunas reflexiones sobre la admisión de la "passing-on defence" en la Directiva 2014/104/UE, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, pág. 352. De otra parte, conviene reseñar que la presunción de existencia de daños, salvo prueba en contrario, en relación a aquellas infracciones calificadas como cártel (art. 76.3 LDC), no alcanza a la repercusión del sobrecoste. Ello es así, como han señalado VELASCO SAN PEDRO, L. A. y HERRERO SUÁREZ, C. "La passing-on defence, ¿un falso dilema?, en *La aplicación privada del derecho de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 593 y ss., tanto por razones económicas como jurídicas.

existencia de un sobrecoste y su traslado al comprador indirecto, o bien, de conformidad con lo señalado por la doctrina y jurisprudencia tanto comunitaria como nacional, también deberá exigirse al comprador indirecto la acreditación que con dicho traslado el comprador directo no solo le ha repercutido el incremento de precio, sino también le ha desplazado la totalidad o parte del daño, y éste, a su vez, lo ha incorporado en su esfera patrimonial sin transferirlo a otros operadores de la cadena o a los adquirentes finales. Todo ello, además, bien pudiera provocar también un desincentivo acerca de la interposición de demandas por parte de otros operadores intermedios<sup>1253</sup>.

Finalmente, el art. 80 LDC, referido a las acciones de daños ejercitadas por demandantes situados en diferentes niveles de la cadena de suministro, ha terminado por establecer:

*“1. Con el fin de evitar que las acciones de daños ejercitadas por los demandantes de distintos niveles de la cadena de suministro aboquen a una responsabilidad múltiple o a la ausencia de responsabilidad del infractor, los tribunales que conozcan de una reclamación por daños y perjuicios derivados de una infracción del Derecho de la competencia, a la hora de evaluar si se cumplen las reglas de la carga de la prueba sobre repercusión de sobrecostes establecidas en los artículos precedentes, podrán, a través de los medios disponibles en el marco del Derecho de la Unión Europea o del Derecho nacional, tomar en consideración los siguientes elementos:*

- a) Las acciones por daños que estén relacionadas con la misma infracción del Derecho de la competencia, pero hayan sido interpuestas por demandantes situados en otros niveles de la cadena de suministro;*
- b) las resoluciones derivadas de acciones por daños a que se refiere la letra anterior;*
- c) la información pertinente de dominio público derivada de la aplicación pública del Derecho de la competencia.*

*2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales de conformidad con el art. 30 del Reglamento (UE) nº 1215/2012”.*

---

<sup>1253</sup> BANFI DEL RÍO, C. *La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 21, 2013, pág. 237.



La operatividad de los arts. 78 y 79 LDC se atisba sumamente cautelosa en la medida que debe deslindarse con precisión el porcentaje de daño que los diferentes sujetos realmente han padecido. Si bien la admisión de aquél que se ha visto perjudicado de modo indirecto por la asunción del sobrecoste no impide que el comprador directo pueda, de igual forma, exigir la reparación de los daños ocasionados por tal conducta, es lo cierto que la interposición de múltiples reclamaciones de responsabilidad civil puede presentar, en ciertas ocasiones, un contenido contradictorio en la medida que la admisión de la pretensión indemnizatoria de un agente puede lastrar o reducir la de otro (vgr. reconocimiento del daño emergente del comprador indirecto excluirá, por lo general, al comprador directo de ser resarcido por el mismo concepto).

Siendo el legislador conocedor de esta problemática, ha pretendido, en virtud del art. 80 LDC, conciliar, desde un punto de vista procesal, las **acciones ejercitadas por una pluralidad de demandantes situados en diferentes niveles de la cadena de suministro**. Ello pretende no solo evitar situaciones en las que, fruto de las diferentes evidencias probatorias de las que pudieran valerse las partes, abocaran al órgano jurisdiccional a determinar una ausencia de responsabilidad, sino también a impedir su propio exceso.

Con el fin de evitar resoluciones que arrojaran conclusiones contradictorias en torno a la atribución de responsabilidad civil (nada extraño, por otra parte, si se tiene en cuenta la heterogeneidad de sujetos legitimados que pueden concurrir como demandantes y las diferentes posiciones que ocupan entre ellos), el legislador ha posibilitado que los órganos jurisdiccionales puedan tomar en consideración diferentes elementos: a) las acciones por daños que estén relacionadas con la misma infracción del Derecho de la competencia, pero hayan sido interpuestas por demandantes situados en otros niveles de la cadena de suministro; b) las resoluciones derivadas de acciones por daños a que se refiere el apartado anterior; y c) la información pertinente de dominio público que derive de la aplicación pública del Derecho de la competencia. Señalar, por último, que cuando el art. 80 LDC dispone que su tenor literal deberá entenderse sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales de conformidad con el art. 30 del Reglamento (UE),

nº. 1215/202<sup>1254</sup>, parece referirse a mecanismos tales como la acumulación de acciones o la prejudicialidad<sup>1255</sup>.

Llegados a este punto de la exposición, resulta obligado ponderar el régimen de sobrecostes que, a raíz de la Directiva 2014/104/UE, se ha incorporado en los arts. 78, 79 y 80 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia. En este sentido, debe tenerse presente que permitir un sistema de legitimación abierta y no concentrada a favor de una única tipología de afectado, es una opción legislativa que, si bien permite obtener resoluciones más proporcionales y ajustadas a los criterios de Justicia material, también plantea notables inconvenientes relacionados con la disuasión de las conductas concurrenciales y la consecución del pleno resarcimiento económico (pues se incrementa el riesgo de generar reclamaciones múltiples y situaciones de enriquecimiento injusto).

En estas circunstancias, bien podría haber resultado más efectivo que nuestro legislador, con ocasión de la transposición de la normativa comunitaria, hubiese articulado una fórmula procesal que hubiere permitido a los compradores directos como indirectos accionar de forma conjunta<sup>1256</sup>. El tratamiento en un único procedimiento de las reclamaciones formuladas por los compradores directos e indirectos, si bien es cierto que no solventaría las complejidades que resultan intrínsecas al fenómeno del *passing-on* (concreción

---

<sup>1254</sup> Art. 30 del Reglamento (UE) nº. 1215/2012: “1. Cuando demandas conexas estén pendientes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda posterior podrá suspender el procedimiento. 2. Cuando la demanda presentada en primer lugar esté pendiente en primera instancia, cualquier otro órgano jurisdiccional podrá de igual modo declinar su competencia, a instancia de una de las partes, a condición de que el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la primera demanda sea competente para conocer de las demandas de que se trate y de que su ley permita su acumulación. 3. Se considerarán conexas, a los efectos del presente artículo, las demandas 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 contradictorias si los asuntos fueran juzgados separadamente”.

<sup>1255</sup> VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia, *ob. cit.*, pág. 27. Sobre estas instituciones, vid. apartados IV.3.4 y IV.3.8 de este mismo capítulo.

<sup>1256</sup> GARRIDO PÉREZ, P. M. “El sistema de *passing-on*: el ejercicio de la acción y defensa procesal”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 80-81.

y trazabilidad del sobrecoste) podría ser un mecanismo procesal útil para que el órgano jurisdiccional pudiera, a la vista de todos los medios de prueba disponibles, concretar, sin posibilidad de contradicción, el porcentaje de daño atribuible a cada uno de los agentes perjudicados. Además, con ello no solo se simplificaría la tramitación procesal, sino que el infractor quedaría eximido del riesgo de tener que resarcir más allá de lo que fuese legalmente exigible. Por último, tan sólo debemos subrayar que también hubiere parecido útil enfrentar el actual régimen de la repercusión de los sobrecostes con la regulación, como se verá en el próximo capítulo de este estudio, de las acciones colectivas en protección de los consumidores<sup>1257</sup>.

### **IV.3.- Aspectos procesales derivados de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia**

#### **IV.3.1.- Determinación de la competencia judicial**

Como es bien sabido, el proceso civil es siempre una cuestión intersubjetiva en cuya decisión interviene un tercero imparcial, el juez, situado por encima de las partes y en una posición de equidistancia respecto a los derechos e intereses que integran el conflicto. De ahí la importancia de la competencia judicial, pues ésta viene referida a aquella parte de la Jurisdicción que corresponde ejercer, a los Jueces y Magistrados, en un caso concreto y determinado.

La determinación de la competencia judicial, sin entrar a valorar en extenso todo aquello que tiene que ver con la competencia judicial internacional<sup>1258</sup>,

---

<sup>1257</sup> Vid. apartado IV.3.2 de este mismo capítulo.

<sup>1258</sup> El silencio de la Directiva sobre estos supuestos, nada infrecuentes en la práctica, donde las infracciones del Derecho de la competencia se “proyectan” sobre varios Estados miembros, comporta la aplicación las reglas generales contempladas en el *Reglamento núm. 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia mercantil y civil*, de 12 de diciembre de 2012. En particular, deberá acudir al fuero especial de su art. 7.2 para las acciones de responsabilidad extracontractual, de modo que la competencia para conocer de la acción de daños

supone tomar en consideración tres grandes criterios de atribución competencial: el objetivo o vertical, el territorial u horizontal y el funcional, a los cuales también se les suman aquellas otras normas de naturaleza, más bien administrativa, relacionadas con el reparto de asuntos.

La atribución de competencia judicial, sin embargo, adquiere una especial complejidad en materia de reclamación de daños y perjuicios por ilícitos competenciales, ya que nuestro legislador, aun cuando nada le obsta para ello<sup>1259</sup>, no ha contemplado reglas específicas sobre este particular. De hecho, más allá de las disposiciones específicas en materia de acceso a las fuentes de prueba, que analizaremos en otro apartado monográfico de este mismo capítulo<sup>1260</sup>, el apartado primero del art. 72 LDC tan solo refiere que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar del infractor y obtener de éste su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria. Y lo hace sin

---

corresponderá al órgano jurisdiccional del lugar en que se haya producido el hecho dañoso. Sobre este particular, y al hilo del Reglamento de Bruselas I bis, y del art. 22 LOPJ, así como con seguimiento de la jurisprudencia [vgr. STJUE (Sala Sexta) de 11 de enero de 1990, asunto C-220/88 (Dumez France SA y Tracoba SARL/ Hessische Landesbank); STJUE (Sala Primera) de 16 de mayo de 2013, asunto C-228/11 (Melzer/MF Global UK); STJUE (Sala Cuarta) de 28 de enero de 2015, asunto C-375/13 (Harald Kolassa/Barclays Bank); STJUE (Sala Cuarta) de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13 (CDC Hydrogen Peroxide/Azko Nobel *et alii*); y ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 26 de febrero de 2019 (JUR 2019/77759)]; véanse, entre otros: BASEDOW, J. *Souveranité territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrente*, en Recueil de Cours, núm. 264, 1997, pág. 24; y, del mismo autor, "Jurisdiction on Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law", en *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen, 2007, págs. 229 y ss.; ORÓ MARTÍNEZ, C. "Litigación internacional y acciones de indemnización por infracción del Derecho de la competencia de la UE: aspectos de competencia judicial", en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012, pág. 97 y ss.; PELLISÉ DE URQUIZA, C. "Reflexión crítica sobre el ámbito de aplicación espacial de las reglas comunitarias de competencia judicial internacional en los litigios de responsabilidad por infracción competencial", en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, págs. 29 y ss.; SÁNCHEZ GIMENO, S. y GAY QUINZÁ, I. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aspectos procesales*, Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución, núm. 22, 2018, pág. 5; WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, Oxford, London, 2018, 9ª ed., págs. 427-428.

<sup>1259</sup> STJUE (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, asunto C-295/04 (Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriático *et alii*). En esta misma dirección de pensamiento, por todos, véase: FERNÁNDEZ VICIÉN, C. *Diez años de aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España*, en La Ley, núm. 20, nueva época, 2012, págs. 12-13.

<sup>1260</sup> Vid. apartado IV.3.6 de este mismo capítulo.

añadir ninguna consideración específica acerca de cómo determinar, en estos supuestos, el órgano jurisdiccional competente.

Ello explica, precisamente, que al respecto de los diferentes criterios de atribución competencial se hayan planteado algunas dudas interpretativas. En especial, centraremos nuestra atención en la competencia objetiva y la competencia territorial.

Por lo que hace referencia al primero de estos criterios de atribución competencial, esto es, el relativo a la **competencia objetiva**, desde que en 2003 tuviera lugar la creación, por medio de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, de los Juzgados de lo Mercantil, la principal cuestión se ha centrado en determinar si la competencia para el conocimiento de los litigios *antitrust* corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, como órganos judiciales especializados, dentro del orden jurisdiccional civil para el conocimiento exclusivo y excluyente de determinados asuntos, o si, por el contrario, su conocimiento debe reservarse a los Juzgados de Primera Instancia<sup>1261</sup>.

Para poder detallar las competencias que resultan atribuibles a los Juzgados de lo Mercantil debemos acudir a lo dispuesto en el art. 86 ter LOPJ que, tras pasar por sucesivas reformas legislativas, ha visto generosamente ampliadas

---

<sup>1261</sup> DÍEZ ESTELLA, F. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, ob., cit., pág. 283; y “*Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivados de cárteles en España*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, ob. cit., pág. 699; GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de las infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, ob., cit., pág. 129. En este sentido, resulta especialmente gráfico el AAP de Madrid (Sección 8ª) núm. 236/2017, de 22 de junio (JUR 2017/204454): “*que la acción ejercitada se encuadra dentro de los supuestos de competencia desleal, no ofrece duda alguna; se refiere expresamente en el encabezamiento, al mencionar “acción de responsabilidad por los daños ocasionados como consecuencia de la infracción de normas de la competencia, en concreto el falseamiento de la libre competencia por actos desleales” aunque se añada el fundamento del artículo 1.902 del CC; en la conclusión segunda se refiere expresamente la calificación de los hechos como un falseamiento de la libre competencia por actos desleales, esto es, como un ilícito antitrust prohibido por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la competencia de 1989, actual artículo 3 de la Ley de Defensa de la competencia aunque en los fundamentos derecho sólo se invoquen los artículos 1.902 y 1.106 del CC, daños y perjuicios que en todo caso serán siempre consecuencia de la infracción del citado artículo 3 de la ley especializada, lo que corresponde enjuiciar al Juzgado especializado mercantil, por los fundamentos expuestos*”.

sus competencias, limitadas en su inicio al procedimiento concursal, hasta proyectar su jurisdicción a un conjunto heterogéneo de materias entre las que expresamente se han incluido los procedimientos relacionados con la Defensa de la competencia<sup>1262</sup>. Sin embargo, por lo que respecta a éstas últimas, debe anticiparse que su incursión ha resultado, cuanto menos, disputada.

La primera previsión que contempló el art. 86 ter LOPJ respecto a la atribución de competencia a los Juzgados de lo Mercantil para el conocimiento de los procedimientos relacionados con la Defensa de la competencia se encontró motivada, en buena parte, por el proceso de modernización y reforma del Derecho de la competencia en la Unión Europea. El Reglamento 1/2003 supuso la incorporación en un texto legal, por vez primera, de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para emitir resoluciones declarativas acerca de la posible ilicitud de un comportamiento empresarial, además de poder éstos entrar también a resolver sobre el resto de cuestiones conexas conforme a los arts. 101 y 102 TFUE (vgr. reclamaciones de responsabilidad civil). Esta circunstancia, sin embargo, originó graves divergencias de tratamiento entre las infracciones de ámbito europeo y aquellas otras subsumibles en nuestra normativa interna.

La especificación del Reglamento 1/2003, si bien no resultó novedosa atendida la consolidada jurisprudencia europea, sí lo fue su incorporación en nuestro fuero interno. En este sentido, la atribución de competencia objetiva respecto al conocimiento de cuestiones relativas al Derecho de Defensa de la competencia a favor de los Juzgados de lo Mercantil quedó limitada a los arts. 101 y 102 TFUE. Tal omisión legislativa comportó que los órganos jurisdiccionales mercantiles tuvieran reconocida la competencia exclusiva para entrar a conocer de los asuntos relacionados con los arts. 101 y 102 TFUE, mientras que, paradójicamente, aquellas otras alteraciones de la competencia que no suponían una afectación al mercado europeo, pero sí al nacional, quedaron

---

<sup>1262</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Juzgados de lo Mercantil*, en Revista Aranzadi Civil, núm. 3, 2005, págs. 3 y ss.; HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 28 y ss.; GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M. *La competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil*, en Actualidad jurídica. Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento, núm. extraordinario, 2006, págs. 55-56.

reservadas, de acuerdo con el art. 85.1 LOPJ, a los Juzgados de Primera Instancia<sup>1263</sup>. Esta distribución dicotómica, en absoluto coherente con el principio de especialización por razón de la materia, acabó finalmente siendo resuelta con la entrada en vigor de la Ley de Defensa de la Competencia de 2007, pues su Disposición Adicional Primera terminó por modificar el apartado f) del art. 86.2 ter LOPJ, en el sentido de unificar ambas normativas de la competencia bajo un mismo criterio de competencia objetiva<sup>1264</sup>.

En la actualidad, la competencia objetiva para conocer de una acción de daños y perjuicios ha de corresponder, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86 ter LOPJ y la Disposición Adicional Primera de la LDC, a los Juzgados de lo Mercantil y no a los órganos jurisdiccionales civiles no especializados<sup>1265</sup>. En caso de plantear el perjudicado su demanda de reclamación civil ante un Juzgado de Primera Instancia, éste debiera proceder a estimar la declinatoria que le hubiese formulado el agente infractor (art. 58 LEC), o bien, en su defecto, declarar de oficio su falta de competencia en favor de los Juzgados de lo Mercantil (art. 59 LEC)<sup>1266</sup>.

---

<sup>1263</sup> SANCHO GARGALLO, I. *Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia*, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2009, pág. 7.

<sup>1264</sup> Redactado actual del apartado 2 del art. 86 ter LOPJ: “*Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: ... f) de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la competencia*”. Mientras que la Disposición Adicional Primera de la LDC, por su parte, señala que: “*De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley*”.

<sup>1265</sup> PASTOR MARTÍNEZ, E. *Nada ha cambiado para el cártel de camiones: la competencia internacional en la STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17, Lithuanian Airlines*, en *La Ley mercantil*, núm. 51, 2018, págs. 3 y ss.; SANCHO GARGALLO, I. *Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 19-20.

<sup>1266</sup> La competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de las acciones por daños y perjuicios que traen causa de infracciones anticompetitivas ha sido confirmada, tras el correspondiente examen de la falta de jurisdicción de los órganos civiles no especializados, en los AAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 48/2016, de 18 de marzo (JUR 2016/168629); AAP de Madrid (Sección 14ª) núm. 305/2017, de 21 de diciembre (AC 2018/396): “*En conclusión, entendemos que la acción declarativa que se ejercita en el apartado primero del suplico de la demanda, se incardina dentro del artículo 86 ter 2. f) LOPJ por lo que la competencia corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, sin que pueda determinar la competencia la acción*”.

No obstante, es necesario subrayar la detección de algunas prácticas, ciertamente cuestionables que, al hilo de la actual transposición de la Directiva 2014/104/UE, se están desarrollando por parte de algunos órganos jurisdiccionales. Un claro ejemplo de ello lo constituye el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de marzo de 2019, en el que se proclama que los Juzgados de lo Mercantil no tienen atribuida la competencia para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios derivadas, en este caso, del cártel de los camiones, quedando ésta reservada, a juicio de la Sección 13ª de dicho órgano colegiado, a los Juzgados de Primera Instancia<sup>1267</sup>.

Ciertamente, el sentido de la citada resolución nos parece cuestionable en la medida que, de sus fundamentos jurídicos, parecen confundirse los criterios para la determinación de la competencia objetiva *ratione materiae* (art. 86 ter LOPJ), con los preceptos jurídicos que fundamentan la causa de pedir del demandante (responsabilidad civil extracontractual ex art. 1902 CC): *“La acción que nos ocupa no está fundada en ninguno de los supuestos del artículo 86 ter de la LOPJ, pues se trata de una acción de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, basada en la conducta negligente de los codemandados como consecuencia de la resolución dictada por la Comisión Europea”*.

De otra parte, teniendo presente la diversidad de pretensiones que pueden agruparse en torno a un mismo comportamiento contrario a las normas de competencia (vgr. el reconocimiento de ilicitud de la conducta, la declaración de nulidad de los negocios jurídicos inter-partes, o la reclamación de daños y

---

*acumulada de indemnización de daños y perjuicios por culpa extracontractual”*; en los Autos del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, de 9 de octubre de 2018 (JUR 2018/303288) y de 15 de enero de 2019 (JUR 2019/51403): *“La competencia, tal y como se establece en la resolución mencionada de la AP de Madrid, aunque la misma se refería a ejercicio de acciones vía 1902 CC, es de los Juzgados de lo Mercantil, por cuanto al margen de la acción concreta ejercitada (nulidad, 1902 CC, daños y perjuicios), todas ellas provienen de una actuación contraria a la defensa de la competencia en los términos previstos en el TFUE y LDC”*; así como en la SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 63/2020, de 3 de febrero (AC 2020/41).

<sup>1267</sup> AAP de Madrid (Sección 13ª) núm. 97/2019, de 22 de marzo (JUR 2019/133724).



perjuicios)<sup>1268</sup>, cabe concluir que la atribución de la competencia objetiva a los Juzgados de lo Mercantil para conocer de los procedimientos relacionados con la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE y de los arts. 1 y 2 LDC, no es incompatible, sin embargo, con la implicación competencial que, en determinadas situaciones, pudiera corresponder a los Juzgados de Primera Instancia en caso de producirse una acumulación de acciones, una reconvención o una acumulación de procesos.

Así, por ejemplo, tratándose de una acumulación de acciones objetiva, donde se ejercitan una pluralidad de pretensiones en un mismo proceso, su propia admisibilidad, como así puede deducirse de la dicción literal del art. 73.1.1º LEC, depende de que el órgano judicial que deba entender de la acción principal también posea jurisdicción y competencia para conocer de aquellas otras acciones objeto de acumulación. De este modo, tratándose de la acumulación, por ejemplo, de una reclamación por incumplimiento contractual y de una pretensión fundada en la violación de los arts. 101 y 102 TFUE o de los arts. 1 y 2 LDC, la competencia objetiva que debiera corresponder, en el caso concreto, bien al Juzgado de lo Mercantil o al Juzgado de Primera Instancia, quedará determinada en función de la acción que fuera formulada en la demanda como principal<sup>1269</sup>.

A lo anterior deben también añadirse las limitaciones que pudieran resultar de aplicación cuando el demandado introduzca, a raíz de su demanda reconvencional, nuevas pretensiones que, pese a su conexidad con aquellas alegadas en la demanda, comporten una modificación de la competencia objetiva. No cabe desconocer que el art. 406.2 LEC ha optado por impedir el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios por medio de reconvención en aquellos casos en los que el objeto de la demanda principal sea competencia de los Juzgados de Primera Instancia: (*“no se admitirá*

---

<sup>1268</sup> SANCHO GARGALLO, I. *Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia*, ob. cit., págs. 19 y ss.

<sup>1269</sup> Sobre la acumulación de acciones, vid. apartado IV.3.4 de este mismo capítulo.

*reconvención en los supuestos en los que el juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia”*)<sup>1270</sup>.

Los problemas que se suscitan en torno a la determinación de la competencia objetiva cuando concurren diferentes pretensiones que, pese a estar relacionadas con una misma actuación anticompetitiva, su enjuiciamiento recae en distintos órganos jurisdiccionales; han acabado por ser resueltos, ante la ausencia de directrices legales específicas, por nuestros órganos jurisdiccionales sin unanimidad de criterio<sup>1271</sup>. Siendo esto así, consideramos oportuno superar, en una futura reforma legal, todas estas divergencias en favor de aquella interpretación que viene defendiendo la conveniencia, por motivos de economía y armonía procesal, así como de especialización de la

<sup>1270</sup> Sobre este particular y relacionándolo con el art. 43 LEC, relativo a la prejudicialidad homogénea, véase, por todos: CABALLOL i ANGELATS, LL. “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, en *La indemnización por infracción de las normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., págs. 17-18. De igual forma, como válvula de escape a la limitación impuesta a la reconvención, se ha planteado la vía del art. 408 LEC, en orden a alegar la “excepción reconvencional” de nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda, esto es, la infracción de los arts. 101 y 102 TFUE o de los arts. 1 y 2 LDC (vid. SANCHO GARGALLO, I. *Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia*, ob. cit., págs. 20-21; y TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas del Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 177-180).

<sup>1271</sup> Algunas resoluciones judiciales han resuelto a favor de la *vis atractiva*, en estos casos, de los Juzgados de lo Mercantil, no solo en atención a lo dispuesto en el art. 86, ter LOPJ, sino también por la interconexión entre ambas acciones [vgr. SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 85/2007, de 26 de marzo (JUR 2007/235129); AAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 211/2007, de 17 de julio (JUR 2007/27619); AAP de Castellón (Sección 3ª) núm. 389/2007, de 31 de julio (JUR 2007/340741); AAP de las Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 162/2010, de 28 de septiembre (AC 2010/1875); SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 208/2011, de 23 de mayo (JUR 2011/300897); SAP de las Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 383/2011, de 25 de noviembre (JUR 2012/28087); AAP de Girona (Sección 1ª) núm. 4/2012, de 16 de enero (JUR 2012/96635)]. Otras, por el contrario, apuestan por la fuerza atractiva de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia al concebir el art. 86 ter LOPJ como una norma que contempla la atribución competencial de forma no exclusiva ni excluyente [vgr. AAP de Cádiz (Sección 8ª) núm. 23/2007, de 6 de febrero (JUR 2008/237215); AAP de Las Palmas (Sección 4ª) núm. 170/2010, de 2 de junio (JUR 2010/418272); AAP de Las Palmas (Sección 5ª) núm. 232/2010, de 4 de noviembre (JUR 2011/252876); AAP de Las Palmas (Sección 5ª) núm. 73/2011, de 11 de mayo (JUR 2011/248748)]. Y tampoco podemos obviar aquellas resoluciones judiciales que, amparándose en una negativa acerca de la hipotética acumulación de acciones, han terminado por obligar al justiciable, en estos casos, a acudir separadamente a los Juzgados de Primera Instancia y a los Juzgados de lo Mercantil [vgr. SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 10/2008, de 3 de enero (JUR 2008/199704); SAP de Alicante (Sección de Marca Comunitaria) núm. 255/2008, de 3 de julio (AC 2009/16); AAP de Cádiz (Sección 8ª) núm. 120/2009, de 30 de octubre (JUR 2012/344178); SAP de Granada (Sección 5ª) núm. 57/2010, de 5 de febrero (JUR 2010/246558); SAP de Cuenca (Sección 1ª) núm. 17/2011, de 1 de febrero (AC 2011/336); SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) núm. 229/2012, de 27 de abril (AC 2012/2064)]. Para una exposición de estas tres posiciones jurisprudenciales, véase, por todos, el AAP de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 62/2006, de 31 de marzo (AC 2006/1015).

materia, de someter todos estos supuestos<sup>1272</sup>, acreditada la correspondiente conexión objetiva, a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil<sup>1273</sup>.

Desde la perspectiva de la **competencia territorial** en relación al ejercicio de las acciones de daños derivadas de la infracción de las normas del Derecho de la competencia, es obligado señalar que aun cuando el art. 54 LEC reconoce la tradicional naturaleza dispositiva de las normas de competencia territorial (fueros convencionales: sumisión tácita –art. 56 LEC– y sumisión expresa –art. 55 LEC–); no es menos cierto que nuestro legislador ha incorporado también en orden a la competencia territorial, con motivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, un amplio elenco de fueros legales (tanto generales –arts. 50 y 51 LEC– como específicos –art. 52 LEC–).

En idéntico sentido a lo señalado acerca de la competencia objetiva, la transposición de la Directiva 2014/104/UE mediante el Real Decreto-Ley 9/2017 tampoco ha introducido ninguna norma especial para determinar la competencia territorial referente al ejercicio de las acciones de daños en el ámbito de la defensa de la competencia. A falta de un fuero específico sobre

---

<sup>1272</sup> Esta interpretación basada en extender la *vis atractiva* de los Juzgados de lo Mercantil sobre el resto de cuestiones que, aun estando atribuidas a la competencia de los Juzgados de Primera Instancia, presenten una estrecha vinculación con una infracción del Derecho de la competencia (así sucede, por ejemplo, con la declaración de nulidad de un negocio jurídico contrario a los preceptos del TFUE o de la LDC), encuentra su respaldo en la amplitud que presenta el apartado segundo del art. 86 ter LOPJ al referir que los Juzgados de lo Mercantil conocerán “*de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil*”. Redacción esta que, de conformidad con la letra f) del mismo precepto, permite extender la competencia objetiva del órgano judicial mercantil a cualquier otra implicación que derive o se relacione con la normativa de defensa de la competencia. Además, tal interpretación extensiva se muestra también acorde con la voluntad que en su día manifestó el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, pues en ella se señala que la delimitación de competencias entre los Juzgados de lo Mercantil y los de jurisdicción civil no especializada “*no responde a directrices dogmáticas preestablecidas, sino a un contraste pragmático de las experiencias que han adelantado en nuestra práctica judicial este proceso de especialización*”, por lo que no es posible sostener una distribución sistematizada entre ambos órganos jurisdiccionales atendiendo al carácter puramente mercantil de la materia, ya que “*ni se atribuyen en este momento inicial a los Juzgados de lo Mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles*”.

<sup>1273</sup> HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, ob. cit., págs. 109-110; OLARRA ZORROZÚA, J. C. “*Acumulación objetiva de acciones y juzgados de lo mercantil ¿Una laguna legal?*”, en *La Ley*, núm. 6173, 2005; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A. “*La reforma del Derecho concursal español*”, en *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 121-122.

esta materia, se deberá acudir a lo dispuesto en los fueros generales del art. 50 LEC (de ser el demandado persona física) o bien del art. 51 LEC (tratándose de persona jurídica o ente sin personalidad).

Si se tiene en cuenta que la práctica totalidad de las acciones de reclamación de daños se dirigirán contra demandados cuya personalidad jurídica se haya adquirido bajo alguna forma societaria, la competencia territorial deberá fijarse a tenor de lo dispuesto en el fuero del art. 51 LEC. De tal forma, el conocimiento de una demanda por daños y perjuicios ocasionados por una conducta anticompetitiva corresponderá a los Juzgados de lo Mercantil donde el demandado tenga su domicilio o, alternativamente y a elección del perjudicado, a los del lugar donde *“la relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos”*. Con todo, la operatividad de este último fuero resta condicionada a que el agente infractor *“tenga establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad”*.

Sin embargo, si centramos la atención en la dicción literal del vigente art. 52 LEC resulta cuanto menos sorprendente que nuestro legislador procesal civil haya contemplado un fuero legal especial en relación a aquellos supuestos relativos al tratamiento de la competencia desleal (art. 52.1 12º LEC) y que, por el contrario, no haya seguido idéntica orientación para aquellas otras cuestiones vinculadas con la defensa del Derecho de la competencia. Dada la incongruencia de esta realidad, que bien pudiera responder a un simple olvido no intencionado de nuestro legislador, parece razonable defender, mientras no tenga lugar una reforma legal, una aplicación analógica del número 12 del apartado primero del art. 52 LEC –relativo a la competencia desleal–<sup>1274</sup> en

---

<sup>1274</sup> GARCÍA-CHAMÓN, E. *“Aplicación privada o judicial del derecho de la libre competencia”*, en *Manual Práctico de Derecho de la competencia*, (coordinado por Carbajo Gascón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 321-322; NIETO DELGADO, C. *“Cuestiones procesales: legitimación, prescripción y retroactividad, competencia internacional, objetiva y territorial”*, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017, pág. 25; PASTOR MARTÍNEZ, E. *Nada ha cambiado para el cártel de camiones: la competencia internacional en la STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17, Lithuanian Airlines, ob. cit.*, págs. 3 y ss.; SÁNCHEZ GIMENO, S. y GAY QUINZÀ, I. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aspectos procesales, ob., cit.*, págs. 4-5; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia, ob. cit.*, pág. 75

aquellos procesos que versen sobre cuestiones relacionadas con la de defensa de la competencia<sup>1275</sup>. Ahora bien, mientras llega ese momento, debe estarse a los fueros generales, pero sin desdeñar, con las debidas cautelas, la posibilidad de operatividad de los pactos de sumisión<sup>1276</sup>.

En ausencia de fuero legal específico sobre la materia, las dificultades de adecuación de los vínculos de conexión enunciados en el art. 51 LEC con la realidad material de las infracciones de la competencia pueden ser múltiples y de índole muy diversa (vgr. aquéllo que debe reputarse por “establecimiento” o qué sujetos pueden considerarse representantes, ni siquiera de forma implícita, de las actuaciones de los infractores)<sup>1277</sup>. Asimismo, debe añadirse que el

---

<sup>1275</sup> CABALLOL i ANGELATS, LL. “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., págs. 18-19.

<sup>1276</sup> En esta línea, sirva de ejemplo la STJUE (Sala Cuarta) de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13 (CDC Hydrogen Peroxide/Azko Nobel et alii): “una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual en la que hubiera incurrido injustamente una parte contratante a causa de una conducta en el ámbito del cártel ilícito [...] En efecto, toda vez que tal litigio no era razonablemente previsible para la empresa perjudicada cuando dio su consentimiento a esta cláusula, pues desconocía en ese momento el cártel ilícito en el que participaba la otra parte contratante, no se puede considerar que ese litigio tenga su origen en relaciones contractuales. Por tanto, la referida cláusula no excluiría válidamente la competencia del tribunal”; según la cual, si bien es hábil el pacto convencional de sumisión expresa en este ámbito, no es menos cierto que dicho pacto debe hacer referencia explícita a la reclamación de daños y perjuicios derivados del Derecho de la competencia, no siendo suficiente con utilizar una mención genérica referida a cualesquiera controversias que pudieren surgir durante la vigencia del contrato (GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de las infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, ob., cit., pág. 131; VILALTA MENADAS, S. “Algunas cuestiones procesales derivadas de la transposición de la Directiva de daños”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Thomson Reuters, Navarra, 2019, pág. 155). En otro orden de cosas, acerca de la virtualidad, una vez determinada la ilicitud de la conducta, de que los daños y perjuicios que se deriven de ella para un particular puedan llegar a ser objeto de arbitraje, véanse las reflexiones apuntadas por CABALLOL i ANGELATS, LL. “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de competencia”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., págs. 16-17.

<sup>1277</sup> Sobre este particular, el TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en sus autos de 26 de febrero de 2019 (JUR 2019/77759) y de 19 de marzo de 2019 (JUR 2019/113075) ha concretado, de un modo categórico, que la actuación de distribución efectuada por un concesionario respecto de la empresa matriz o filial participante en un cártel de fijación de precios no puede reputarse válida a los efectos de lo dispuesto en el art. 51 LEC para interpretar a la empresa distribuidora como establecimiento abierto al público ni tampoco como representante autorizado del agente infractor. Sostener lo contrario atentaría, a juicio de nuestro máximo órgano jurisdiccional ordinario, contra la naturaleza propia del contrato de distribución o concesión, el cual se

contenido de dicho fuero puede devenir inoperativo en los casos en los que el perjudicado se vea obligado a demandar a participantes de la infracción cuyo domicilio se halle en otro Estado miembro.

Un claro ejemplo de ello se encuentra en el ejercicio de algunas acciones de reclamación civil que actualmente están siendo objeto de conocimiento por nuestros órganos jurisdiccionales y que derivan del conocido cártel de los camiones. En este contexto, son numerosas las demandas de daños y perjuicios que se han planteado contra empresas matrices y, en menor medida, filiales, que, pese haber sido declaradas infractoras por su participación en la concertación de los precios de estos vehículos, no se encuentran domiciliadas en nuestro territorio nacional y tampoco disponen, dentro del mismo, de un establecimiento abierto al público, puesto que la venta y distribución de estos vehículos en nuestro país se efectuó, por lo general, a través de concesionarios multi-marca (siendo éstos, en realidad, los afectados directos o de primer nivel por el cártel)<sup>1278</sup>.

La falta de elementos de conexión que se plantean con lo dispuesto en el art. 51 LEC ha obligado al TS a pronunciarse, ante los obstáculos de los Juzgados de lo Mercantil<sup>1279</sup>, acerca de necesidad de establecer un criterio de determinación de la competencia territorial que resulte específico para las

---

caracteriza porque la intervención del concesionario es en nombre propio y bajo su cuenta y riesgo [VÁZQUEZ ALBERT, D. “El contrato de distribución exclusiva”, en *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio* (dirigido por Ruiz Peris y Martí Miravalls), Atelier, Barcelona, 2018, págs. 109 y ss.].

<sup>1278</sup> PASTOR MARTÍNEZ, E. *Nada ha cambiado para el cártel de camiones: la competencia internacional en la STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17, Lithuanian Airlines, ob. cit.*, págs. 3 y ss.

<sup>1279</sup> Buena muestra de ello viene dada por el hecho de que nuestro máximo órgano jurisdiccional ordinario se ha visto obligado a resolver, desde inicios de 2019 hasta mediados de 2020, nada menos que 32 conflictos negativos de competencia territorial (art. 60 LEC), planteados entre los distintos órganos judiciales encargados de conocer acerca de las acciones de reclamación de daños y perjuicios derivadas del cártel de los camiones. A título meramente enunciativo, pueden consultarse, entre otros, los ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 26 de febrero de 2019 (JUR 2019/77759); ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 9 de abril de 2019 (JUR 2019/133113); ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 de junio de 2019 (JUR 2019/213757); ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 de octubre de 2019 (JUR 2019/285013); ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 14 de enero de 2020 (JUR 2020/33037); ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 de febrero de 2020 (JUR 2020/73974); ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 de marzo de 2020 (JUR 2020/87565).

acciones de reclamación civil en materia de competencia en los supuestos en los que el agente infractor no dispone de domicilio ni de establecimiento en territorio español. En una respetuosa interpretación de los principios de efectividad y equivalencia que rigen la aplicación de la Directiva 2014/104/UE, el TS ha acabado por determinar la competencia territorial, acertadamente, mediante una interpretación analógica del fuero especial de competencia desleal previsto en el art. 52.1.12º LEC.

En consecuencia, se reconoce la competencia para entrar a conocer de una acción de daños y perjuicios, siempre que el fuero general no resulte aplicable, a los Juzgados de lo Mercantil del lugar donde el demandado tuviera su establecimiento y, a falta de éste, al del domicilio o lugar de residencia (elementos, todos ellos, que serán de imposible aplicación, ya que, de no ser así, la competencia territorial vendría fijada por el fuero general del art. 51 LEC). Ahora bien, a diferencia de lo dispuesto en el fuero general, el art. 52.1.12º LEC prevé como fueros subsidiarios, el del lugar donde se haya realizado el acto anticompetitivo y el del lugar donde se produzcan sus efectos. A pesar del carácter subsidiario y facultativo de dicha previsión, el art. 52.1.12º LEC permite establecer un vínculo de conexión territorial efectivo y no excesivamente gravoso para los perjudicados.

Por lo que respecta a la concreción de estos dos últimos fueros subsidiarios, debe puntualizarse que el TS se ha mostrado partidario de fijar la competencia territorial, prioritariamente, atendiendo al lugar de producción de los efectos perjudiciales de la conducta ilícita que, en los supuestos de daños causados por la fijación de precios, se corresponderá con el lugar de adquisición del producto gravado con el sobre coste. Ello es así, porque la atribución de la competencia por razón del lugar de realización de la conducta anticompetitiva reviste un mayor grado de complejidad porque puede ser un criterio inapropiado si no se dispone de suficiente información acerca de la operatividad del cártel; resultar un criterio inexacto, de haberse celebrado las

actuaciones anticompetitivas en múltiples lugares; o, incluso, devenir inoperativo si éstas se han producido fuera del territorio nacional<sup>1280</sup>.

Señalar, por último, que desde la óptica de la atribución de competencia territorial tampoco conviene obviar, en esta materia, las reglas específicas previstas en el art. 53 LEC respecto a los supuestos relacionados con los procesos en que se vean involucradas una pluralidad de partes o de acciones<sup>1281</sup>.

#### IV.3.2.- Vicisitudes en torno a la legitimación colectiva

En el presente apartado de nuestra investigación no nos detendremos en examinar los problemas inherentes a la legitimación activa y pasiva que derivan de la normativa de transposición en España de la Directiva de daños de 2014, pues sobre dichos extremos ya nos hemos pronunciado, con detalle, en apartados anteriores de este mismo Capítulo<sup>1282</sup>. Antes al contrario, centraremos nuestra atención en el juego que corresponde y debiera corresponder, en esta materia, a la legitimación “colectiva”.

---

<sup>1280</sup> Vid. ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 26 de febrero de 2019 (JUR 2019/77759).

<sup>1281</sup> Art. 53 LEC; “1. Cuando se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente. 2. Cuando hubiere varios demandados y, conforme a las reglas establecidas en este artículo y en los anteriores, pudiera corresponder la competencia territorial a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante”. En este sentido, véanse, por todos: SÁNCHEZ GIMENO, S. y GAY QUINZÁ, I. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aspectos procesales*, ob. cit., pág. 5; y TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 75-76.

<sup>1282</sup> Vid. apartados IV.2.2 y IV.2.3 respecto a las cuestiones de legitimación activa y pasiva.



Como hace años anticipó la Comisión Europea tanto el Libro Verde como el Libro Blanco<sup>1283</sup>, en el ámbito de las reclamaciones civiles por ilícitos *antitrust* parece conveniente contar, de forma urgente, con una adecuada previsión de un sistema de acciones colectivas. Sin embargo, llevando al extremo lo que ya se intuía en la *Recomendación de la Comisión Europea, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros*<sup>1284</sup>; la Directiva de daños de 2014, como así se dispone en su propio Considerando 13<sup>1285</sup>, ha apostado por un posicionamiento “neutral” sobre el particular, en tanto que se remite, sin más, a la aplicación de las reglas procesales de cada Estado miembro en materia de acciones colectivas<sup>1286</sup>.

Con estos antecedentes, no resulta nada extraño que el Real Decreto-Ley 9/2017, en cuanto normativa de transposición de la norma comunitaria, haya seguido manteniendo un silencio absoluto sobre la regulación de las acciones colectivas en materia de daños derivados de los ilícitos *antitrust*<sup>1287</sup>. Ante la

---

<sup>1283</sup> ORTÍZ BAQUERO, I. *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 314 y ss.

<sup>1284</sup> *Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*, de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE). Si bien es cierto que su Considerando 7 alude al Derecho de la competencia como uno de aquellos ámbitos en los que es necesario contar con procesos de recurso colectivo; no lo es menos que su Considerando 22 acaba por decantarse, de forma expresa, por un modelo de tutela colectiva *opt-in*.

<sup>1285</sup> Considerando 13 de la Directiva 2014/104/UE: “*El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia. La presente Directiva no debe exigir a los Estados miembros que introduzcan mecanismos de recurso colectivo para la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE. Sin perjuicio de la indemnización por la pérdida de oportunidades, un resarcimiento pleno en virtud de la presente Directiva no debe conducir a un exceso de resarcimiento, ya sea mediante daños punitivos, múltiples o de otro tipo*”).

<sup>1286</sup> GASCÓN INCHAUSTI, I. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de las infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, *ob. cit.*, pág. 132, quien explica dicha neutralidad en atención a dos factores: el miedo a la generalización del sistema de las *class actions* norteamericanas y la voluntad de abordar su regulación de forma general y no sectorial.

<sup>1287</sup> ORELLANA CANO, N. A. “*Coexistence of direct and indirect purchasers’ actions*”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia* (dirigido por Ruiz Peris),

falta de ambición del Real Decreto-Ley 9/2017, no cabe otra alternativa que esforzarse por trasladar esta compleja cuestión a la regulación de la llamada **legitimación por categorías** en el marco de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha labor jurídica, sin embargo, no parece estar exenta de problemas de “portabilidad”, toda vez que debe trasladarse el cuerpo de una materia técnica, multidisciplinar y de reciente actualidad hacia los cauces de una regulación que bien puede calificarse de decimonónica y retrógrada en cuanto a regir el funcionamiento de un proceso civil del siglo XXI<sup>1288</sup>.

Nuestro proceso civil, todavía hoy, sigue apegado a unas estructuras propias del ejercicio de acciones netamente individuales; cuando lo cierto es que en el ámbito propio de una sociedad masificada, presidida por la globalización, dichas estructuras se han revelado, desde hace tiempo, más que obsoletas en orden a garantizar un pleno ejercicio cuando se trata de proteger intereses meta-individuales, esto es, colectivos o difusos, del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>1289</sup>. De ahí, precisamente, que uno de los retos de futuro de esta

---

Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 291; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 101.

<sup>1288</sup> NIEVA FENOLL, J. *El procedimiento especial para la protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 264-265, 2007, págs. 619 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, ob. cit., págs. 49-53.

<sup>1289</sup> Sobre esta nueva realidad y su implicación procesal, véanse, entre otros: ALMAGRO NOSETE, J. *La protección procesal de los intereses difusos*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 1983; ARMENTA DEU, T. *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Barcelona, 2003; ARMENTA DEU, T. *et alii*, *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid, 2019; BARONA VILAR, S. *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; BARBOSA MOREIRA, J. C. *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (Un aspecto de la experiencia brasileña)*, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1992; BOTANA GARCÍA, G. A. *Protección de consumidores. La tutela colectiva en la protección de los consumidores*, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 46, 2004; BUJOSA VADELL, L. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995; CAPPELLETTI, M. A. *L'accesso alla giustizia dei consumatori*, en *Il Diritto dell' economia*, núm. 1, 1991; COROMINAS BACH, S. *Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (La Recomendación de 11 de junio de 2013)*, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 34, 2014; CUCARELLA GALIANA, L. A. y ORTELLS RAMOS, M. *et alii*, *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, Thomson Reuters, Navarra, 2019; GIDI, A. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para los países de derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004; GÓMEZ DE LIAÑO, F. *La legitimación colectiva del art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 3, 1986.; GONZÁLEZ CANO, I. *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; GUTIÉRREZ ÁLVIZ y ARMARIO, F. “*La defensa de los intereses públicos difusos*”, en

garantía procesal básica pase por la necesidad de regular un auténtico y genuino proceso colectivo<sup>1290</sup>.

Para conseguir tan loable objetivo no parece una opción legislativa conveniente, sin embargo, aquélla por la que optó nuestro legislador procesal civil de 2000. Ello es así, porque en lugar de incorporar dicha regulación en un proceso especial, dentro de la propia LEC, o mejor aún, de regularlo en un Código específico, al modo y manera de lo acontecido en su día, con la materia concursal; no tuvo “*mejor criterio*”, en lo que constituyó la peor de las soluciones posibles, que afrontar su regulación dentro de las estructuras intersubjetivas clásicas del proceso civil y con una simple referencia especializada al hilo de la regulación de las diferentes instituciones procesales (vgr. capacidad, legitimación, competencia, intervención de terceros, litispendencia, cosa juzgada y ejecución). Y todo ello, además, en el restringido ámbito de la protección de consumidores y usuarios<sup>1291</sup>. Tan es así, que el peculiar proceder de nuestro legislador procesal, ajeno a las experiencias propias del área iberoamericana (vgr. *Código Modelo para Procesos Colectivos*

---

Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, págs. 664 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales*, Aranzadi, Navarra, 2000; LOZANO-HIGUERO PINTO, M. *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983; MARTÍN PASTOR, J. *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; MONTESINOS GARCÍA, A. et alii, *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; ORTELLS RAMOS, M. *Tratamiento de los litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia*, en Revista General de Derecho Procesal, núm. 38, 2016; PELLEGRINI GRINOVER, A. *De la "class action for damages" a la acción de clase brasileña. Requisitos de admisibilidad*, en Ius et Veritas, núm. 23, 2001; PLANCHADELL GARGALLO, A. *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; SILGUERO ESTAGNAN, J. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de grupos*, Dykinson, Madrid, 1995; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, Bosch, Barcelona, 2018; VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *El proceso civil y su futuro*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 56, 2003; y “*Los procesos colectivos (confrontación entre la insuficiente regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la del Código Modelo para Iberoamérica)*”, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*, Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Almagro Nosete, dirigidos por Gimeno Sendra, Iustel, Madrid, 2007; VIGORITTI, V. *Interessi collettivi e Processo. La legittimazione ad agire*, Giuffrè Editore, Milán, 1979.

<sup>1290</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva*, Cims Editorial, Barcelona, 2007, págs. 83 y ss.

<sup>1291</sup> VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *El proceso civil y su futuro*, ob. cit., págs. 27-28.

para Iberoamérica, de 2 de octubre de 2004), ha terminado por provocar la aparición de regulaciones ciertamente contradictorias en sede de instituciones procesales de notable complejidad teórica y repercusión práctica<sup>1292</sup>.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil dedica sus arts. 10, 11 y 11 bis a la regulación de la compleja institución de la legitimación<sup>1293</sup>. Sin perjuicio del art. 11 bis, relativo a la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres (introducido por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de trato entre hombres y mujeres); conviene reseñar que el art. 10, acerca de la condición de parte procesal legítima, distingue entre la legitimación directa u ordinaria, referida a quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, y aquella otra indirecta u extraordinaria, en la que la condición de parte legítima viene reconocida, por disposición legal, a persona distinta de quien afirme ser titular de la relación jurídica u objeto litigioso (en este caso, por ejemplo, se encontraría el sustituto procesal).

A continuación, en el art. 11 LEC se contemplan aquellos casos de legitimación por categorías, en función de la defensa de los derechos e intereses generales de los consumidores y usuarios:

*“1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.*

*2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente*

---

<sup>1292</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva*, ob. cit., pág. 85.

<sup>1293</sup> Para un estudio completo de la legitimación al hilo de la litigación masiva, véase, con carácter exhaustivo: CUCARELLA GALIANA, L. A. *“Litigación masiva, legitimación de asociaciones y tutela de los derechos e intereses jurídicos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”*, en *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil* (coordinado por Ortells Ramos y el propio autor), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 177 y ss.

*constituidas que tengan por objeto la defensa o la protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.*

*3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas.*

*4. Las entidades habilitadas a las que se refiere el art. 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.*

*5. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios”.*

Como es lógico, los consumidores y usuarios, más allá de su exposición a los efectos nocivos que las conductas anticompetitivas pudieran causarles, merecen ser considerados como un colectivo vulnerable en cuanto al ejercicio de la defensa de sus derechos e intereses en vía judicial. De ahí, precisamente, que por influencia de diferentes normas comunitarias, como por ejemplo la *Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, o la *Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa* (ambas incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico mediante la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y la publicidad para la mejora de la protección de consumidores y usuarios*), el legislador europeo haya intentado fortalecer su tutela judicial (en el terreno de la competencia mediante diferentes previsiones incorporadas en la LCD y la LDC)<sup>1294</sup>.

<sup>1294</sup> Acerca de la tendencia apreciable en orden a utilizar ciertos preceptos de leyes materiales para incorporar, de soslayo, verdaderas disposiciones procesales de carácter especial, véase: ORTELLS RAMOS, M. *Una tutela jurisdiccional adecuada para los casos de daños a los consumidores*, en Estudios de Derecho de Consumo, núm. 6, 1989, pág. 151.

Sin embargo, la tutela judicial dispensada a este colectivo todavía sigue adoleciendo, pese a la transposición de la *Directiva 2009/22/CE, de 23 de abril, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*<sup>1295</sup>, de una notable falta de atención en orden a la regulación de los procesos colectivos<sup>1296</sup>. A lo anterior debe además añadirse, dada la difícil indeterminación de los integrantes del grupo que es propia de los intereses difusos<sup>1297</sup>, otras complicaciones prácticas de calado relacionadas con el funcionamiento efectivo de la acumulación de acciones, la extensión de los efectos de la cosa juzgada, o la ejecución de la condena a la indemnización de daños y perjuicios producidos<sup>1298</sup>.

Concretamente, respecto a **la legitimación activa en el ámbito de la reclamación de daños y perjuicios** derivados de ilícitos anticompetenciales, esto es, aquella que corresponde a toda persona que sufre un daño a consecuencia de una práctica restrictiva de la competencia, es posible distinguir, como bien ha señalado FERRÁNDIZ AVENDAÑO<sup>1299</sup>, tres grandes

---

<sup>1295</sup> Para un examen de esta norma, así como de las líneas maestras de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril, de 2018, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores*, véase, por todos: MARTÍN PASTOR, J. *“La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación”*, en *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil* (coordinado por Ortells Ramos y Cucarella Galiana), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 125 y ss.

<sup>1296</sup> BUJOSA VADELL, L. *La posición del juez en los procesos colectivos*, en *Diario La Ley*, núm. 6379, 2005, págs. 2-3, y, del mismo autor, *El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 1994, págs. 67 y ss.; CARBALLO PIÑEIRO, L. *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial: Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, en *Conflict legum*, núm. 2, 2009, pág. 18.

<sup>1297</sup> TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 104-110.

<sup>1298</sup> PELLEGRINI GRINOVER, A. *De la “class action for damages” a la acción de clase brasileña. Requisitos de admisibilidad*, *ob. cit.*, págs. 67-68. Por lo que hace referencia al complejo papel del abogado ante dichas acciones colectivas, con especial referencia a las cuestiones relativas a procedimiento, competencia judicial, capacidad para ser parte y capacidad procesal, legitimación, diligencias preliminares, publicidad e intervención de afectados, acumulación de procesos, tutela cautelar, carga de la prueba, sentencia, cosa juzgada y ejecución forzosa, véase, con carácter monográfico: VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, *ob. cit.*, págs. 53 y ss.

<sup>1299</sup> FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *“Acciones colectivas”*, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017, págs. 17-18.

categorías: la legitimación individual, la legitimación colectiva (en sentido estricto) y la legitimación difusa.

La primera de estas categorías, esto es, la **legitimación individual** relativa a la defensa o protección individual de pluralidad de damnificados, los cuales no tiene porqué ostentar la consideración de consumidor u usuario (vgr. distribuidores, competidores, o compradores directos e indirectos afectados por los cartelistas), no siempre será eficaz en la práctica, pues no son pocos los casos en que dichas demandas lo serán de muy escasa cuantía, así como tampoco aquellos otros en los que los damnificados, por el ilícito concreto, deberán verse abocados a la utilización de costosas periciales<sup>1300</sup>.

De ahí, precisamente, que también se haya contemplado la llamada **legitimación colectiva** en sentido estricto, derivada de la previsión del apartado segundo del art. 11 LEC, en orden al ejercicio de aquellas pretensiones colectivas que afectan a un grupo de consumidores determinado o fácilmente determinable (intereses colectivos) y en relación a las cuales el actor viene obligado a notificar a todos los posibles afectados su intención de interponer la demanda (art. 15.2 LEC)<sup>1301</sup>; así como la **legitimación difusa**, en el art. 11.3 LEC, cuya previsión responde a la toma en consideración de la protección colectiva de un grupo de consumidores indeterminado o de difícil determinación (intereses difusos)<sup>1302</sup>.

---

<sup>1300</sup> DÍEZ ESTELLA, F. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, ob. cit., págs. 289 y ss.

<sup>1301</sup> Puede hablarse así de la toma en consideración, entre nosotros, de las llamadas “acciones representativas” (ORELLANA CANO, N. A. “*Coexistence of direct and indirect purchasers’ actions*”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., págs. 296 y ss.; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 119).

<sup>1302</sup> Para un correcto deslinde conceptual entre intereses colectivos e intereses difusos, sirva de ejemplo, por todas, dada su claridad, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria núm. 101/2017, de 10 de octubre (JUR 2017/256975) en la que se afirma: “*Dentro del interés supraindividual - por contraposición al básico interés individual - se distinguen dos especies, los intereses colectivos y los intereses difusos. El criterio de distinción entre uno y otro se basa en la ley procesal, fundamentalmente, en el grado de determinación de los sujetos que forman el colectivo: si estos están determinados o son determinables, estaremos ante un interés colectivo; por el contrario, si están indeterminados o resultan indeterminables, se tratará de un interés difuso. Los apartados 2 y 3 del art. 11 LEC establecen una legitimación activa distinta para uno y otro caso. Cuando el hecho dañoso afecta a un grupo de consumidores o usuarios determinados o de fácil determinación, la legitimación activa corresponderá a las asociaciones*”

Con ello puede concluirse, como bien ha indicado TORRE SUSTAETA<sup>1303</sup>, que nuestro sistema procesal civil, en línea con la tendencia europea, parece haberse decantado, desde el año 2000, por el “asociacionismo”, en cuanto manifestación propia de la legitimación extraordinaria (se delega el interés meta-individual en manos de una asociación o entidad representativa). Sin embargo, ello lo aleja de la tradición del *common law* fundada, por la vía de las *class actions*, en la representación de un individuo en cuanto depositario y representante de la legitimación colectiva<sup>1304</sup>.

Sin duda, otra de las cuestiones más problemáticas y comprometidas en orden a la tutela colectiva, tiene que ver con la **extensión y límites de la cosa juzgada** según cual sea el sentido y fundamento de la sentencia que se dicte. La cosa juzgada, por regla general, desarrolla sus efectos *inter partes et non secundum eventum litis*. No obstante, nuestro propio legislador también ha previsto diferentes excepciones a esta regla general en el art. 222 LEC, como es el caso de la eficacia *erga omnes*, esto es, ilimitada, respecto a las acciones de estado, o la previsión relativa a las sentencias dictadas sobre impugnación de acuerdos societarios, las cuales afectarán a todos los socios, aunque no

---

*de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así a los propios grupos de afectados. Cuando el hecho dañoso afecte a un grupo de individuos indeterminados o de difícil determinación, se contempla una legitimación activa más restrictiva, al señalar que la tendrán, “exclusivamente”, las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas”.*

<sup>1303</sup> TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, págs. 121-122.

<sup>1304</sup> PELLEGRINI GRINOVER, A. *De la “class action for damages” a la acción de clase brasileña. Requisitos de admisibilidad*, *ob. cit.*, pág. 67. Para un análisis de los diferentes modelos de acciones de clase, con especial referencia al *opt-out* caracterizado por el hecho que todos los perjudicados por un acto dañoso, sin que hayan de intervenir en el proceso colectivo, se ven afectados por su resultado, sea cuál sea su sentido (salvo que la ley haya previsto el ejercicio de un derecho de exclusión que les permita instar la tutela individual de su derecho); así como del sistema *opt-in*, en el que los particulares perjudicados que quieran verse favorecidos por un proceso colectivo deberían así manifestarlo de forma expresa (“optar por estar dentro”); véanse: LESKINEN, C. *Reparaciones de daños y perjuicios en materia de Defensa de la competencia: la conveniencia de las acciones colectivas opt-out en casos que implican numerosas demandas de poco valor*, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia* (dirigido por Velasco San Pedro), Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 293 y ss.; SANDE MAYO, M. J. *La configuración de los procesos colectivos sobre un modelo mixto de OPT-IN y OPT-OUT*, en *Acciones colectivas: cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (coordinado por Armenta Deu), Marcial Pons, Barcelona, 2018, págs. 126 y ss.



hubieren litigado<sup>1305</sup>. De igual forma, también resulta obligado tomar en consideración cómo debiera funcionar la institución de la cosa juzgada al hilo del ejercicio de las acciones de grupo o clase y, en especial, respecto a los efectos sobre las llamadas “partes ausentes”.

A nuestro entender, con seguimiento de lo expuesto muy agudamente por VÁZQUEZ SOTELO<sup>1306</sup>, en aquellos casos en los que la sentencia termina por acoger la demanda del actor en el seno de un proceso colectivo cabría concluir lo siguiente respecto a la eficacia de la cosa juzgada: si la acción versa sobre intereses o derechos individuales de una pluralidad de sujetos, pero con intereses homogéneos, la sentencia producirá efectos *erga omnes*; en aquellos otros en los que la acción venga referida a intereses o derechos colectivos, la sentencia debiera producir efectos *ultra partes*, es decir, limitada únicamente a los sujetos que pertenecen al grupo, clase o categoría de interesados; y, por último, cuando la acción hubiere tenido por objeto la protección de intereses de naturaleza difusa, la sentencia debiera tener efectos *erga omnes* para todos los interesados (de imposible o muy compleja determinación individual). Cuando la sentencia en un proceso colectivo, por el contrario, termine por rechazar la pretensión del actor, tendría sentido admitir la extensión subjetiva de la *res iudicata* según el propio resultado del proceso (*secundum eventum litis*), siendo así que aquellas que rechacen la demanda por inexistencia del derecho, por falta de fundamento o por falta de prueba, debieran carecer de valor de cosa juzgada material<sup>1307</sup>.

Otra de las cuestiones que queda indeterminada en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil tiene que ver con la ejecución de aquella sentencia condenatoria en los supuestos en los que los damnificados conforman un grupo no identificado. Ello es así porque el art. 519 LEC dispone que: “*Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del art. 221 no*

---

<sup>1305</sup> Sobre los posibles efectos de la cosa juzgada sobre terceros, véanse las tradicionales reflexiones ya apuntadas, en su día, por ALLORIO, E. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Guiffrè Editore, Milán, 1992, págs. 68 y ss.

<sup>1306</sup> VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *El futuro del proceso civil, ob. cit.*, pág. 31.

<sup>1307</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil, ob. cit.*, pág. 88.

*hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena*". Y lo mismo puede decirse respecto al modo en cómo el titular de la potestad jurisdiccional pueda determinar la cuantía indemnizatoria que corresponda a cada consumidor cuando la indeterminación de su número impida su propia cuantificación.

En el ordenamiento jurídico español no se admiten fórmulas flexibles sobre el particular<sup>1308</sup>. Antes al contrario, el art. 221.1.1ª LEC dispone que la sentencia deberá establecer el importe concreto a que tendrá derecho cada uno de los perjudicados:

*"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el art. 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas: 1ª. Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, hayan de entenderse beneficiados por la condena. Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante*".

Debe remarcar que esta regla no solo es aplicable a las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios legitimadas en función del art. 11 LEC, sino también a aquellas otras sentencias promovidas por grupos de afectados o por el resto de sujetos

---

<sup>1308</sup> En EEUU, por ejemplo, sí está permitido que la entidad demandada sea condenada al pago de una suma a tanto alzado y que ésta, más tarde, pueda ser repartida entre la pluralidad de perjudicados o, incluso, gestionada por un fiduciario en orden a promover iniciativas favorables a los damnificados (GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, ob. cit., pág. 133).

legitimados de forma extraordinaria en orden al ejercicio de la acción de tutela de los intereses colectivos y difusos<sup>1309</sup>.

De este modo, nuestro legislador procesal civil, como ha señalado VALLESPÍN PÉREZ<sup>1310</sup>, ha terminado por crear un sistema por el que se permite que la condena obtenida por una asociación llegue a aprovechar a quién no ha sido parte del proceso, pudiendo éste solicitar su reconocimiento como beneficiario de la prestación impuesta al demandado. Criticable parece, sin embargo, que el art. 519 LEC no haya previsto la publicidad de estas sentencias para facilitar que quiénes puedan estar dentro del grupo de beneficiados por la condena soliciten, aun sin haber comparecido en el proceso de declaración, el reconocimiento de su condición de interesados. De igual modo, el art. 219 LEC, relativo a las sentencias con reserva de liquidación, aplicable ante la tutela de intereses colectivos, se nos presenta de difícil encaje en relación a los intereses de naturaleza difusa<sup>1311</sup>, hasta el punto de que cuando el importe de la condena no esté liquidado en la sentencia, su cuantificación deberá ser afrontada en el momento de proceder a su ejecución<sup>1312</sup>.

Con el panorama que se acaba de describir, cabe esperar no solo que la Unión Europea termine por aprobar una Directiva para que los Estados miembros de la Unión se doten de un proceso para sustanciar los litigios colectivos, sino también que nuestro legislador procesal civil, tomando como obligada referencia inicial las bases institucionales del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, sea capaz, de una vez por todas, de diseñar un

---

<sup>1309</sup> PLANCHADELL GARGALLO, A. *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español*, ob. cit., págs. 209-210.

<sup>1310</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, ob. cit., págs. 105-106.

<sup>1311</sup> CALDERÓN CUADRADO, P. y ANDRÉS CIURANA, B. “La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios”, en *Tutela de consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinado por Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 337-340; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 114.

<sup>1312</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. *La protección de los consumidores en el proceso civil*, ob. cit., pág. 30; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, ob. cit., pág. 96.

auténtico proceso colectivo que venga a superar las limitaciones que sobre esta materia presenta la actual Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>1313</sup>, así como de tratar de forma distinta la pretensión de condena al cese y aquella otra de condena dineraria colectiva<sup>1314</sup>.

En esta dirección, a los efectos de terminar este apartado de la investigación, resulta obligado hacer mención al hecho de que el Consejo de la Unión Europea haya alcanzado, en el mes de diciembre de 2019, un acuerdo de compromiso con el que retomar la **Propuesta de Directiva de 2018 sobre acciones representativas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores**<sup>1315</sup> con el objetivo de fomentar que los consumidores europeos puedan defender sus derechos e intereses de manera colectiva y de forma más eficiente.

El objetivo de la Propuesta de Directiva de 2018 es establecer un **sistema de acciones representativas** para la protección de los intereses colectivos de los consumidores contra las infracciones de la legislación de la Unión en todos los Estados miembros. Con este instrumento normativo se vendrá a facultar a las entidades cualificadas, con inclusión de las organizaciones de consumidores, pero no a los despachos de abogados como tales, a buscar, además de medidas cautelares, medidas de reparación, incluida la compensación o el reemplazo, en nombre de un grupo de consumidores que se haya visto perjudicado por un comerciante por aquellos actos recogidos en el anexo de la Directiva.

Por lo que hace referencia a la elegibilidad de las entidades cualificadas, el Consejo distingue entre aquellas entidades cualificadas con derecho a

---

<sup>1313</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, ob. cit., pág. 86.

<sup>1314</sup> ARMENGOT VILAPLANA, A. "Intervención de consumidores y acumulación de pretensiones en el proceso colectivo", en *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil* (coordinado por Ortells Ramos y Cucarella Galiana), Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 277-278.

<sup>1315</sup> *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE*, de 11 de abril de 2018 (2018/0089 COD).

presentar acciones representativas nacionales (deberán cumplir con los criterios fijados en el Estado miembro de designación) y aquellas otras con derecho a presentar acciones representativas transfronterizas (deberá cumplir con los criterios armonizados fijados por la propia Directiva).

Concretamente, en orden a las acciones representativas de reparación, los Estados miembros podrán elegir libremente entre un sistema de inclusión (el consumidor, de forma proactiva, solicitará formar parte del proceso) u otro de exclusión (los consumidores que no deseen ser representados por la entidad calificada para el propósito de una acción representativa particular deberán hacer tal declaración al efecto). De igual forma, también se alude en el texto acordado a la obligación de los Estados miembros de integrar las nuevas disposiciones dentro de los métodos colectivos que ya tuvieran en sus ordenamientos jurídicos internos (en el caso español, más que integrar, habría que elaborar dicho sistema); así como de determinar el número de consumidores afectados, y fijar los criterios que deban cumplir las entidades para cumplir con su labor. Por último, también se contempla en el Proyecto de Directiva que una decisión judicial o administrativa que establezca una infracción que perjudique los intereses colectivos podrá ser utilizada como prueba de la existencia de dicha infracción a los efectos de cualquier otra acción de reparación que pueda plantearse contra el mismo comerciante.

Bajo estas directrices, los Estados miembros tendrán 30 meses a partir de la entrada en vigor de la Directiva para proceder a su transposición a la legislación nacional, así como otros 12 meses adicionales para dar inicio a su aplicación, en el bien entendido que dicha Directiva solo se aplicará a aquellas acciones representativas presentadas después de su fecha de aplicación. Convendría esperar que la transposición de esta Directiva al ordenamiento español no fuese cercana a los actuales instrumentos de *soft law*, en el sentido de tornarse, una vez más, en una “oportunidad perdida” por nuestro legislador.

Asimismo, también resultaría interesante que la Propuesta de Directiva de 2018 acabe por contemplar, más allá de lo referido en su exposición de motivos, el juego que estas acciones de representación pueden desempeñar en el ámbito

de la reclamación de daños derivados de los ilícitos *antitrust*. Por el momento, y sin que pueda apreciarse una clara justificación al respecto, la Directiva 2014/104/UE parece quedar excluida del ámbito de aplicación del Proyecto de Directiva de 2018, a pesar de ser ésta compatible con la finalidad expuesta en la propuesta de acciones colectivas. Ello recobra todavía más importancia si tenemos presente que la política de defensa de la competencia no solo debe basarse en un modelo de lealtad concurrencial, tal como propugna la Propuesta de Directiva de 2018, sino que de ello también se beneficiarían directamente los consumidores en cuanto que, como demandantes de bienes y servicios, son potenciales víctimas de un ilícito cuyos efectos, además de ser anticompetitivos, también pueden ser masivos y de difícil determinación<sup>1316</sup>.

Con todo, y una vez observado como el legislador comunitario finalmente ha desistido de desarrollar la tutela colectiva, en este ámbito particular, nos queda la esperanza que la Propuesta de Directiva de 2018 finalmente culmine en una firme y adecuada regulación de las acciones colectivas que, pese aplicarse en otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico (vgr. en materia de consumo y daños en masa), al menos nos permita extender, por vía analógica, unas mínimas bases a las acciones de responsabilidad civil derivadas de conductas anticompetitivas.

#### **IV.3.3.- Diligencias preliminares**

No son pocas las dificultades con las que se encuentran los demandantes, en el ámbito del ejercicio de las acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust*, en orden a conocer aquellas evidencias que les permitan acreditar tales ilícitos y su dimensión. No cabe duda que la recopilación de dichos vestigios no contará, en conductas generalmente clandestinas como las relacionadas con las prácticas anticompetenciales, con la colaboración de los hipotéticos

---

<sup>1316</sup> MARTÍN MARTÍN, G. *Competencia, enriquecimiento y daños*, ob. cit., págs. 348 y ss.

infractores<sup>1317</sup>. Siendo esto así, en orden a valorar la oportunidad de acudir o no a un proceso judicial, cobra especial significado cuestionarse qué papel pueden y deben jugar las **diligencias preliminares** en aquellos procedimientos vinculados con el ejercicio de las acciones de compensación de daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia<sup>1318</sup>.

Dentro de la etapa de preparación del proceso es posible individualizar tanto actividades de naturaleza privada (vgr. la consulta con el propio letrado o la contratación de un perito económico) como otras “institucionalizadas” por nuestro legislador procesal civil, dada su relevancia práctica, como es el caso de las diligencias preliminares. Estas diligencias, de carácter facultativo, tienen por objeto la preparación de un futuro proceso (así como de descartar su inicio), por lo que centrarán su atención bien en despejar interrogantes acerca de la afirmación de titularidad o posición de alguna de las partes, normalmente pasiva, con la relación jurídica (**diligencias preliminares subjetivas**), o bien pueden orientarse hacia la preparación de un futuro proceso mediante la aclaración de algún elemento desconocido sobre el tema de fondo (**diligencias preliminares objetivas**).

---

<sup>1317</sup> CABALLOL i ANGELATS, LL. “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., pág. 37.

<sup>1318</sup> Para un análisis exhaustivo de las diligencias preliminares, véanse, por todos: ÁLVAREZ ALARCÓN, A. *Las diligencias preliminares en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997; “Las diligencias preliminares”, en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (coordinado por Alonso-Cuevillas i Sayrol), vol. II, Economist and Jurist, Barcelona, 2000; BANACLOCHE PALAO, J. *Las diligencias preliminares*, Civitas, Madrid, 2002; DÍAZ MARTÍNEZ, M. *Las diligencias preliminares: supuestos y requisitos de solicitud*, en *Práctica de Tribunales*, núm. 40, 2007; FRANCO ARIAS, J. “¿Se pueden interpretar las diligencias preliminares como *numerus apertus*?”, en *Realismo jurídico y Experiencia procesal, Liber Amicorum al Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez* (coordinado por Ramos Méndez), Atelier, Barcelona, 2009; GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009; LORCA NAVARRETE, A. M. *La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una regulación inconstitucional*, en *Diario La Ley*, núm 6, 2000; PICÓ i JUNOY, J. *Diligencias preliminares*, en *Práctica de Tribunales*, núm. 40, 2007; y VALLESPÍN PÉREZ, D. “*Diligencias preliminares: ¿numerus clausus o numerus apertus?*”, en *Rigor doctrinal y Práctica forense, Liber Amicorum al Prof. Dr. José Luís Vázquez Sotelo* (coordinado por Ramos Méndez), Atelier, Barcelona, 2009.

Concretamente, el vigente art. 256 LEC, relativo a las diligencias preliminares, dispone:

*“1. Todo juicio podrá prepararse: 1.º Por petición de que la persona a quien se dirigi6ra la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre alg6n hecho relativo a su capacidad, representaci6n o legitimaci6n, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representaci6n o legitimaci6n. 2.º Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio. 3.º Por petici6n del que se considere heredero, coheredero o legatario, de exhibici6n, por quien lo tenga en su poder, del acto de 6ltima voluntad del causante de la herencia o legado. 4.º Por petici6n de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a 6stas o al consocio o condue6o que los tenga en su poder. 5.º Por petici6n del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder. 5.º bis. Por la petici6n de la historia cl6nica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley. 6.º Por petici6n de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean f6cilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptar6 las medidas oportunas para la averiguaci6n de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinaci6n. 7.º Mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acci6n por infracci6n de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin 6nimo de obtenci6n de beneficios econ6micos o comerciales, de diligencias de obtenci6n de datos sobre el posible infractor, el origen y redes de distribuci6n de las obras, mercanc6as o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial y, en particular, los siguientes: a) Los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercanc6as y servicios, as6 como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesi6n de las mercanc6as. b) Los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieran distribuido las mercanc6as o servicios. c) Las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercanc6as o servicios de que se trate y los modelos y caracter6sticas t6cnicas de las mercanc6as. 8.º Por petici6n de quien pretenda ejercitar una acci6n por infracci6n de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de*



la exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable. La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba de la realidad de la infracción que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que materialice aquella infracción. El solicitante podrá pedir que el Letrado extienda testimonio de los documentos exhibidos si el requerido no estuviera dispuesto a desprenderse del documento para su incorporación a la diligencia practicada. Igual solicitud podrá formular en relación con lo establecido en el último párrafo del número anterior. A los efectos de los números 7.º y 8.º de este apartado, se entiende por actos desarrollados a escala comercial aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos. 9.º Por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales. 10.º Por petición, de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, para que se identifique al prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual, considerando la existencia de un nivel apreciable de audiencia en España de dicho prestador o un volumen, asimismo apreciable, de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas. La solicitud estará referida a la obtención de los datos necesarios para llevar a cabo la identificación y podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar. Los citados prestadores proporcionarán la información solicitada, siempre que ésta pueda extraerse de los datos de que dispongan o conserven como resultado de la relación de servicio que mantengan o hayan mantenido con el prestador de servicios objeto de identificación, salvo los datos que exclusivamente estuvieran siendo objeto de tratamiento por un proveedor de servicios de Internet en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. 11.º Mediante la solicitud, formulada por el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo, de que un prestador de servicios de la sociedad de la información aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un usuario de sus servicios, con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio, sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se

*cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual, y mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, teniendo en cuenta el volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas.*

*2. En la solicitud de diligencias preliminares se expresarán sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar.*

*3. Los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias serán a cargo del solicitante de las diligencias preliminares. Al pedir éstas, dicho solicitante ofrecerá caución para responder tanto de tales gastos como de los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar. La caución se perderá, en favor de dichas personas, si, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal. La caución podrá prestarse en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de esta Ley”.*

La dicción literal de este precepto, aun siendo un tema controvertido<sup>1319</sup>, bien pudiera conducirnos a concluir que responde a una **enumeración de**

<sup>1319</sup> La generalidad de resoluciones judiciales viene estimando que las diligencias preliminares del art. 256 LEC responden a un *numerus clausus* [sirvan de ejemplo, el AAP de Barcelona (Sección 13ª) de 30 de junio de 2002 (JUR 2002/278418); ATS (Sala de lo Civil) de 11 de noviembre de 2002 (RJ 2003/575); AAP de Sevilla (Sección 2ª) núm. 107/2005, de 29 de abril (JUR 2005/137870); AAP de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 182/2008, de 8 de octubre (AC 2009/2173); AAP de Madrid (Sección 20ª) núm. 281/2009, de 11 de septiembre (JUR 2009/454102); AAP de Madrid (Sección 14ª) núm. 172/2010, de 30 de junio (JUR 2010/304106); AAP de Madrid (Sección 20ª) núm. 296/2010, de 19 de noviembre (AC 2010/2186); AAP de Murcia (Sección 5ª) núm. 29/2012, de 21 de febrero (JUR 2012/113312); AAP de Valencia (Sección 8ª) núm. 211/2018, de 21 de junio (JUR 2018/292261); AAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) núm. 47/2019, de 25 de abril (AC 2019/797); AAP de las Islas Baleares (Sección 3ª) núm. 193/2019, de 8 de noviembre (AC 2020/158)]. Otras, por el contrario, aun partiendo de su comprensión como *numerus clausus*, matizan que todas y cada una de las expresamente enumeradas en el art. 256 LEC deben ser objeto de una interpretación “extensiva” [vgr. AAP de Valencia (Sección 6ª) núm. 14/2002, de 30 de enero (JUR 2002/88462); SAP de las Islas Baleares (Sección 3ª) núm. 448/2003, de 13 de septiembre (JUR 2004/74218); AAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 92/2005, de 29 de julio (JUR 2005/216228); AAP de Barcelona (Sección 13ª) núm. 15/2009, de 22 de enero (AC 2009/1185); AAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 582/2017, de 9 de mayo (JUR 2017/225839); o AAP de A Coruña (Sección 6ª) núm. 141/2017, de 29 de diciembre (AC 2018/567)]. Y tampoco faltan, aun cuando no son ni muchos menos la mayoría, otras resoluciones judiciales que parecen decantarse, más gráficamente, por la concepción de las diligencias preliminares como *numerus apertus* [por todos, véanse los AAP de Barcelona (Sección 4ª) núm. 148/2004, de 29 de septiembre (JUR 2004/3069659); AAP de Madrid (Sección 19ª) núm. 113/2005, de 20 de mayo (JUR 2005/1557739); AAP de Valencia (Sección 7ª) núm. 45/2008, de 25 de febrero (JUR 2008/154193)].

**diligencias preliminares abierta** (*numerus apertus*)<sup>1320</sup>. Ello es así, por cinco grandes razones: la primera, que la regulación de la actual LEC ha eliminado la expresión, sí apreciable en el viejo art. 497 LEC, relativa a que “*las peticiones no comprendidas en los supuestos anteriores se rechazarán de oficio*”; la segunda, porque admitir lo contrario supondría, en la práctica, una gran dificultad para adaptar la normativa legal a las exigencias que la sociedad y el tráfico jurídico demandan; la tercera, ya que dada la finalidad que es propia de las diligencias preliminares (esto es, la de facilitar a quien no los tiene toda una serie de datos o evidencias que le permitan evaluar, razonablemente, la conveniencia o no de promover un proceso), no parece de recibo optar por una interpretación que vede su utilización fuera de los supuestos recogidos en su enumeración, pues de ser así bien pudiera limitarse, de forma indebida, el derecho a la tutela judicial efectiva, situándoles en una clara situación de indefensión respecto a quienes, poseyendo los datos y documentos precisos, se niegan, sin más, a exhibirlos<sup>1321</sup>; la cuarta, porque el art. 256.1.6º LEC, que contempla las diligencias preliminares dirigidas a la concreción de los intereses

---

<sup>1320</sup> FRANCO ARIAS, J. “¿Se puede interpretar que las diligencias preliminares son *numerus apertus*?”, en *Realismo jurídico y Experiencia procesal, Liber Amicorum al Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez*, ob. cit., pág. 494; RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, tomo II, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 1145-1147; RIFÁ SOLER, J. M. “Intervención oral relativa a la cuestión: diligencias preliminares ¿*numerus clausus*?”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Respuestas a 100 cuestiones polémicas. Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* (coordinado por Jiménez Conde), SEPIN, Madrid, 2002, pág. 195; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Diligencias preliminares ¿numerus apertus o numerus clausus?*, en *Rigor Doctrinal y Práctica Forense. Liber Amicorum al Prof. Dr. José Luis Vázquez Sotelo*, ob. cit. págs. 870 y ss.; y, del mismo autor, *Litigación Civil*, Bosch, Barcelona, 2012, págs. 27-28. En sentido contrario, reiterando su configuración como *numerus clausus*, véanse, entre otros: ÁLVAREZ ALARCÓN, A. “Las diligencias preliminares”, en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, ob. cit., págs. 57; DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F. “Diligencias preliminares ¿*numerus clausus*?”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Respuestas a 100 Cuestiones Polémicas. Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* (coordinado por Jiménez Conde), SEPIN, Madrid, 2002, pág. 193; GIRBAU i COLL, A. *Especial diligencias preliminares. Consideraciones generales*, en *Economist & Jurist*, núm. 115, 2007, pág. 45; GONZÁLEZ MONTES, J. L. “Intervención oral relativa a la cuestión diligencias preliminares ¿*numerus clausus*?”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Respuestas a 100 Cuestiones Polémicas. Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* (coordinado por Jiménez Conde), SEPIN, Madrid, 2002, pág. 195. Y tampoco faltan quienes concluyendo que las diligencias preliminares responden a una lista cerrada, se muestran conformes con su configuración como catálogo abierto: GARNICA MARTÍN, J. F. “Comentario al art. 256 LEC”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinados por Rifa Soler y Fernández-Ballesteros), vol. 1, Atelier, Barcelona, 2000, págs. 1146-1147.

<sup>1321</sup> AAP de Barcelona (Sección 4ª) núm. 148/2004, de 29 de septiembre (JUR 2004/3069659); y AAP de Valencia (Sección 7ª) núm. 45/2008, de 25 de febrero (JUR 2008/154193).

de un grupo de afectados (no determinados, pero fácilmente determinables) lo hace de forma “abierta”, es decir, admitiendo la adopción de aquellas medidas que se estimen oportunas de acuerdo con las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el propio solicitante<sup>1322</sup>; y la quinta y última, fundada en el art. 256.1.9º LEC, en tanto que dicho precepto dispone que todo juicio podrá prepararse mediante la petición de aquellas diligencias o averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales<sup>1323</sup>.

Siendo esto así, convendría proceder, como muy agudamente ha señalado VALLESPÍN PÉREZ<sup>1324</sup>, a reformular el art. 256 LEC, en el sentido de que dicho precepto permita, con la técnica de la “**diligencia preliminar innominada**”, la preparación de todo juicio mediante la petición de cualquier otra diligencia preliminar, no expresamente enumerada en su actual regulación, cuando pueda reputarse como “necesaria” en orden a facilitar el conocimiento de aquellos hechos o evidencias con los que, más tarde, haya de fundarse la correspondiente demanda. Y todo ello, como es lógico, siempre que el órgano

---

<sup>1322</sup> Sobre este particular, véase, por todos: BARONA VILAR, S. *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

<sup>1323</sup> Concretamente, el legislador ha previsto diligencias preliminares específicas en materia de propiedad industrial (vid. arts. 123 a 126 de la Ley 24/2015 de patentes, de 24 de julio; las cuales resultan también extensibles para la protección de marcas (vid. disposición adicional primera de la Ley 17/2001 de marcas de 7 de diciembre), protección del diseño industrial (vid. disposición adicional primera de la Ley 20/2003 de protección jurídica del diseño industrial, de 7 de julio) y protección de las obtenciones vegetales (vid. disposición final primera de la Ley 3/2000 del régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, de 7 de enero); así como en materia de competencia desleal (vid. art. 36 de la Ley 3/1991 de competencia desleal, de 10 de enero). En este punto, conviene reseñar que la Ley 15/2007 de defensa de la competencia, de 3 de julio, no contiene previsión alguna de diligencias preliminares especiales en orden a los litigios de reclamación de daños en materia de infracciones del Derecho de la competencia (CABALLOL i ANGELATS, LL. “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de competencia”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., pág. 37; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 208-210). Para un análisis de la realidad de las diligencias preliminares en sede de competencia desleal, véase, por todos: BELLIDO PENADÉS, R. *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998, págs. 245 y ss.; y CORDÓN MORENO, F. *Comentario breve a las normas procesales de competencia desleal*, en *Actualidad Civil*, núm. 34, 1991, pág. 471.

<sup>1324</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D. “Diligencias preliminares ¿*numerus apertus* o *numerus clausus*?”, en *Rigor Doctrinal y Práctica Forense, Liber Amicorum al Prof. Dr. José Luis Vázquez Sotelo*, ob. cit., pág. 871.

jurisdiccional, en el caso concreto, estime que la petición de dicha diligencia preliminar sea adecuada a la finalidad por ella perseguida, así como que en su solicitud concurren justa causa o interés legítimo<sup>1325</sup>.

Llegados a este punto de la exposición, resulta obligado señalar que, previamente a la transposición de la Directiva 2014/104/UE, junto a las diligencias preliminares, en cuanto medidas de preparación de un proceso posterior; nuestro legislador procesal civil también contempló la regulación de la **práctica anticipada de la prueba** (arts. 293 y siguientes de la LEC), así como la **exhibición de documentos a efectos probatorios** (arts. 328 y siguientes de la LEC)<sup>1326</sup>, en cuanto herramientas, también trasladables a los procedimientos por daños resultantes de la violación de las normas sobre la competencia, con el fin de facilitar el acceso a evidencias que obren en poder de la otra parte o de un tercero.

Sin embargo, tratándose de reclamaciones de compensación de daños por infracciones derivadas de ilícitos *antitrust*, tanto las diligencias preliminares como el resto de instrumentos procesales **no han operado de forma plenamente satisfactoria** en orden a suministrar al perjudicado por la conducta concurrencial aquellas evidencias o indicios indispensables para poder ejercitar la correspondiente acción de daños: la existencia de la infracción, en el caso de las acciones *stand-alone*; el daño sufrido y su cuantificación; y la relación de causalidad entre la infracción y el daño padecido<sup>1327</sup>.

---

<sup>1325</sup> GONZÁLEZ GARCIA, J. M. “Diligencias preliminares ¿*numerus clausus*?”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Respuestas a 100 cuestiones polémicas*, Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, coordinado por Jiménez Conde, SEPIN, Madrid, 2002, pág. 194.

<sup>1326</sup> Sobre este particular, véanse las reflexiones apuntadas por TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas del Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 226 y ss.

<sup>1327</sup> SÁNCHEZ GIMENO, S. y GAY QUINZÀ, I. *La aplicación privada de la competencia: aspectos procesales*, ob. cit., pág. 7.

Así las cosas, con motivo del Real Decreto-Ley 9/2017 nuestro legislador ha optado, tras abandonar el alcance general de la reforma previsto en la Propuesta de la Comisión de Codificación<sup>1328</sup>, por mantener la regulación de las diligencias preliminares (sin incorporar modificación alguna respecto a su regulación anterior)<sup>1329</sup>, pero acompañándolas, en lo que se vaticina como un complejo “juego de convivencia”<sup>1330</sup>, de una nueva Sección 1ª bis dentro de su

<sup>1328</sup> La *Propuesta de Ley de la Sección Especial para la Trasposición de la Directiva 2014/104/UE relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, de 26 de noviembre de 2014, incorporó, entre sus novedades más destacadas, las “medidas de acceso a las fuentes de prueba”. No siendo suficiente con la previsión de esta novedosa y a la vez extraña institución para nuestra tradición procesal, la Propuesta de la Comisión Codificadora persiguió, como así se indica tanto en el punto II de su Exposición de Motivos como en el articulado de la Sección 1ª bis relativa a dichas medidas de acceso a las fuentes de prueba, la supresión de las diligencias preliminares de todo nuestro cuerpo procesal (derogación de los arts. 256 a 263 LEC). De acuerdo con el contenido de la Propuesta, las diligencias preliminares pasaban a ser “medidas específicas” de acceso a fuentes de prueba, ya que en el nuevo art. 283 bis g), bajo la rúbrica de “*medidas específicas de acceso a fuentes de prueba*”, se incorporó las que hasta ese momento eran las diligencias preliminares reguladas en el art. 256.1.1º a 6º LEC (que como medidas de acceso a fuentes de prueba, sin embargo, pasaban a ser *numerus apertus*), así como también se añadieron las diligencias preliminares contempladas en los números 7º a 11º del art. 256.1 LEC que, en su nueva previsión como medidas de acceso a fuentes de prueba, no solo resultaban de aplicación en los procesos para la tutela de los derechos de la propiedad industrial e intelectual, sino también para el ejercicio de las acciones de daños derivados de las infracciones del Derecho de la competencia.

<sup>1329</sup> Aun no siendo del todo deseable que una reforma procesal de tan hondo calado fuese introducida, de soslayo, con motivo de la transposición de la Directiva de daños en nuestro ordenamiento jurídico, máxime si somos conscientes de las dificultades de “injertar” instituciones del modelo norteamericano en un sistema de *civil law* como el nuestro; es lo cierto que, de tener la voluntad de incorporar la regulación sobre el acceso a las fuentes de pruebas en nuestro modelo procesal civil, parece lógico pensar que hubiere debido afrontarse en un proceso de reforma de carácter general, de tal forma que nuestro legislador procesal también se hubiese planteado, por ejemplo, la regulación de las diligencias preliminares. No conviene olvidar nunca que un sistema procesal se asemeja a un complejo mecanismo de relojería, siendo así que el cambio de una sola pieza puede afectar, en exceso, a la congruencia y buen funcionamiento del resto de componentes que configuran su engranaje. En parecidos términos, véase, por todos: HERRERA PETRUS, C. *La medida de acceso a fuentes de prueba en la nueva acción de reclamación por ilícitos antitrust*, en Actas de Derecho Industrial, tomo 38, 2017-2018, págs. 421-422.

<sup>1330</sup> GARCÍA OREJUDO, R. “*Discovery*”, en Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños, ICAB, Barcelona, 2007, pág. 15. En esta misma dirección de pensamiento, resultan especialmente gráficas las palabras de SÁNCHEZ RIVERA, P. “*Obtención de fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción de Derecho de la competencia*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, pág. 784: “*parece claro que en un proceso que no verse sobre infracción de normas de Derecho de la competencia no se podrá aplicar la nueva regulación de los artículos 283 bis a) a 283 bis k). En cambio, podríamos plantearnos qué pasa si en un proceso de reclamación de daños por infracción de normas de Derecho de la competencia, se solicitan diligencias preliminares o exhibición de documentos al amparo de los arts. 328 a 333. En este caso, aunque no parece lo más conveniente al tener normas específicas que podrían dar la misma o mejor respuesta, la verdad es que el tribunal*

Capítulo V, referida a las **medidas de acceso a las fuentes de prueba**<sup>1331</sup> en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia [arts. 283 bis a) a 283 bis k) LEC]<sup>1332</sup>.

De este modo, en el ámbito de las acciones de responsabilidad civil fundadas en un ilícito anticompetitivo vienen a coexistir dos instituciones ciertamente cercanas en su finalidad (las diligencias preliminares y las medidas de acceso a las fuentes de prueba), pero que difieren en cuanto a su procedimiento de solicitud y adopción<sup>1333</sup>. Sin embargo, de tener en cuenta que muchas de las actuales diligencias preliminares van más allá de una única función preparatoria del proceso, con notables implicaciones, se desee o no, de índole probatoria (en especial las previstas en los números 7º y 8º del apartado primero del art. 256 LEC)<sup>1334</sup>; nada hubiere obstado al legislador para contemplar, con motivo de la transposición de la Directiva 2014/104/UE, una **regulación específica de las diligencias preliminares en el ámbito de la Ley de Defensa de la Competencia** (al modo y manera, por ejemplo, de lo que cabe apreciar en la Ley de competencia Desleal)<sup>1335</sup> o en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>1336</sup>.

---

*tendría que tramitarlas, ya que no están excluidas de forma expresa en este ámbito*". En contra, vid. PASTOR MARTÍNEZ, E. "Cuestiones sobre el acceso a las fuentes de prueba: la perspectiva judicial", en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., pág. 198.

<sup>1331</sup> La expresión "fuente de prueba" introducida en la LEC a raíz de la reforma por Real Decreto-Ley 9/2017, sin embargo, se refiere a un concepto extrajurídico anterior al propio proceso en contraposición a los "medios de prueba", que aluden a conceptos jurídicos que nacen y se desarrollan en el propio proceso (MONTERO AROCA, J. *et alii*, *Derecho Jurisdiccional*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 27ª ed., pág. 134).

<sup>1332</sup> Sobre las medidas de acceso a las fuentes de prueba, con carácter específico, vid. apartado IV.3.6 de este mismo capítulo.

<sup>1333</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ, E. "El acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia en España", en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea y España* (coordinado por Olmedo Peralta, Thomson Reuters, Navarra, 2019, pág. 325; VILALTA MENADAS, S. "Algunas cuestiones procesales derivadas de la transposición de la Directiva de daños", en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 142.

<sup>1334</sup> FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *La exhibición de pruebas en procedimientos de daños antitrust (I)*, ob. cit., pág. 4.

La introducción de diligencias preliminares específicas para las acciones de reclamación civil *antitrust* también pudiera haber sido acompañada, en paralelo, de otras medidas destinadas no solo a reforzar la aplicación de las diligencias preliminares en esta clase de procedimientos, sino también a dotar a dicha institución de mayor coordinación y coherencia con otras previsiones de aseguramiento y exhibición probatoria. En este sentido, bien pudiera haberse previsto, por ejemplo, la incorporación en el art. 256.1 LEC de una diligencia preliminar “innominada”<sup>1337</sup>, así como flexibilizar la interpretación de los arts. 293 y siguientes de la LEC (prueba anticipada)<sup>1338</sup>, del 328 LEC (deber

---

<sup>1335</sup> ARMENGOT VILAPLANA, A. *Las nuevas diligencias preliminares y las especialidades en materia probatoria introducidas por la Ley 19/2006 en la LEC*, en Revista General de Derecho Procesal, núm. 13, 2007, págs. 13 y ss.

<sup>1336</sup> SANCHO GARGALLO, I. *Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia*, ob. cit., pág. 16; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 208.

<sup>1337</sup> Como bien ha señalado HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva*, ob. cit., pág. 161: “No compartimos la afirmación de que para transponer la Directiva no es conveniente forzar la inclusión de su contenido en las instituciones preexistentes tal y como se hizo en materia de patentes, propiedad industrial e intelectual, y ello por varias razones: en primer lugar, porque , precisamente, ya existía el antecedente propio de la Ley 19/2006, de 5 de junio, que no “forzando” las previsiones existentes, incorporó la normativa comunitaria sin operar una modificación tan drástica como innecesaria. En segundo lugar, porque se ha cambiado todo para, en alguna manera, concluir manteniéndolo todo igual”. En igual línea interpretativa se ha manifestado AMÉRIGO ALONSO, J. *Nuevo paso en la defensa de la competencia: el pleno resarcimiento de los daños ocasionados por la prácticas anticompetitivas*, en El Notario del Siglo XXI, núm. 74, 2017, pág. 160, para quien “resulta probablemente prematuro, a falta de tradición en nuestro sistema procesal, ordenar con carácter general el acceso a fuentes de prueba a disposición incluso del demandado, lo que ha aconsejado ceñir estas medidas al perímetro previsto en la Directiva”. Por el contrario, alabando las virtudes de la introducción generalizada de medidas de acceso a fuentes de prueba en el proceso civil español, véanse, por todos: GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, ob. cit., págs. 141-142; así como SÁNCHEZ GIMENO, S. y GAY QUINZÀ, I. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aspectos procesales*, ob. cit., págs. 11-12, si bien ellos la contemplan como opción legislativa deseable para un “futuro remoto”.

<sup>1338</sup> Sirva de ejemplo, por todos, lo dispuesto en el art. 293 LEC: “1. Previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento generalmente previsto. 2. La petición de las actuaciones anticipadas de prueba que se formule antes de la iniciación del proceso, se dirigirá al tribunal que se considere competente para el asunto principal. Este tribunal vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria. Iniciado el proceso, la petición de prueba anticipada se dirigirá al tribunal que esté conociendo del asunto”.



de exhibición documental entre partes<sup>1339</sup>), del 330.1 LEC (exhibición de documentos por terceros)<sup>1340</sup> y del art. 732.2 LEC (medidas cautelares solicitadas tras la incoación del proceso)<sup>1341</sup>. Lo anterior, sin embargo, tampoco hubiera excluido la posibilidad de incorporar, de forma breve y en el cuerpo de la LDC<sup>1342</sup>, el acceso a las fuentes de prueba en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia, contemplando su posible solicitud bien con la demanda o durante la pendencia del propio proceso (art. 283 bis letras a) y i) de la LEC)<sup>1343</sup>.

---

<sup>1339</sup> Art. 328 LEC: “1. Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba. 2. A la solicitud de exhibición deberá acompañarse copia simple del documento y, si no existiere o no se dispusiera de ella, se indicará en los términos más exactos posibles”.

<sup>1340</sup> Art. 330.1 LEC: “Salvo lo dispuesto en esta Ley en materia de diligencias preliminares, solo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad cuando, pedida por una de las partes, el tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendental a los fines de dictar sentencia. En tales casos, el tribunal ordenará mediante providencia, la comparecencia personal de aquel en cuyo poder se hallen y, tras oírle, resolverá lo procedente. Dicha resolución no será susceptible de recurso alguno, pero la parte a quien interese podrá reproducir su petición en la segunda instancia”.

<sup>1341</sup> Art. 732.2 LEC: “Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud”. Sobre los problemas de compatibilidad entre la tutela cautelar y el instrumento de acceso a las fuentes de prueba, véase: MARTORELL ZULUETA, P. “Aspectos procesales I: Acceso a las fuentes de prueba”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Thomson Reuters, Navarra, 2019, pág. 100.

<sup>1342</sup> Al modo y manera, salvando las distancias, de lo que supuso la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad industrial e intelectual y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, que se decantó por garantizar el cumplimiento de las exigencias de acceso a información y prueba en los procesos por infracción de las normas de propiedad intelectual e industrial, incluyendo previsiones específicas dentro de las instituciones procesales ya existentes.

<sup>1343</sup> Art. 283 bis a) LEC: “1. Previa solicitud de una parte demandante que haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia, el tribunal podrá ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba pruebas pertinentes que tenga en su poder, a reserva de las condiciones establecidas en la presente sección. El tribunal también podrá ordenar a la parte demandante o a un tercero la exhibición de pruebas pertinentes, a petición del demandado”; y art. 283 bis i): “1. La exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia se regirá por lo dispuesto en este artículo, y, en lo que resulten supletoriamente aplicables, por las disposiciones generales de esta sección”.

La opción de incorporar un farragoso art. 283 bis LEC, para más inri disimulado bajo una pluralidad de laberínticos preceptos, referenciados todos ellos con múltiples letras del abecedario y repletos de conceptos jurídicos indeterminados, así como de constantes remisiones de compleja interpretación, podría haber tenido su lógica en caso de haberse generalizado dicho sistema en nuestra Ley Procesal Civil. Sin embargo, atendiendo al concreto ámbito de aplicación que presentan las medidas de acceso a fuentes de prueba, quizás hubiere resultado más pertinente derivar su regulación a un simple artículo, cuando no sección, de la Ley de Defensa de la Competencia o, en su defecto, a una muy concreta previsión en un único y breve art. 283 bis LEC cuyo contenido, en todo caso, fuere armónico con la LEC en su conjunto, especialmente con su regulación de diligencias preliminares, prueba anticipada, exhibición documental y tutela cautelar.

#### **IV.3.4.- Procedimiento, modalidades de inicio del proceso, acumulación de acciones e intervención de terceros**

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en cumplimiento del principio inspirador de simplificación procesal al que alude en su propia Exposición de Motivos, tan solo contempla en su art. 248 dos procesos declarativos ordinarios: el juicio ordinario y el juicio verbal<sup>1344</sup>. El ámbito de aplicación de ambos procedimientos declarativos ordinarios se determina en función de dos criterios de atribución: el preferente de la materia y el subsidiario de la cuantía (art. 249 LEC relativo al juicio ordinario y art. 250 LEC referido al juicio verbal).

Tratándose de la **determinación del procedimiento adecuado para sustanciar la reclamación de daños y perjuicios** derivados de una infracción del Derecho de la competencia, debe seguirse la tramitación del juicio

---

<sup>1344</sup> Para un análisis completo de aquello que supone, en realidad, dicho principio de simplificación procesal, con mención no solo a los procesos declarativos ordinarios, sino también respecto a los procesos civiles especiales, véase, por todos: VALLESPÍN PÉREZ, D. *Juicio verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Análisis tras su reforma por Ley 42/2015*, Juruá, Lisboa, 2016, págs. 17 y ss.

ordinario. Ello es así porque cuando el núm. 4 del apartado primero del art. 249 LEC dispone, expresamente: “1. Se decidirán en juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: 4º. Las demandas en materia de competencia desleal, defensa de la competencia, en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (ahora 101 y 102 TFUE) o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la competencia, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclama. No obstante, se estará a lo dispuesto en el punto 12 del apartado 1 del art. 250 de esta Ley cuando se trate del ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad”; lo hace tomando en consideración, desde la perspectiva del art. 5 LEC<sup>1345</sup>, que el *private enforcement* del Derecho de la competencia se centra, fundamentalmente, en la tutela jurisdiccional declarativa acerca del carácter anticompetitivo de la conducta (acompañada, en su caso, de la declaración de nulidad, ex art. 101 TFUE o art. 1 LDC, del negocio jurídico en el que se sustenta), así como en la condena referida al pago de la indemnización de daños y perjuicios que pueda derivarse, en el caso concreto, de dicha infracción<sup>1346</sup>. Una pretensión de condena indemnizatoria que, por tanto, deberá sustentarse en la existencia del ilícito y del daño, así como en la relación de causalidad entre ambos<sup>1347</sup>.

En este sentido, cuando nos encontremos ante pretensiones declarativas del ilícito *antitrust* que se formulen, acumuladamente, con pretensiones de condena a la reparación de daños (*stand-alone actions*) se tramitarán, en

---

<sup>1345</sup> TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob., cit., pág. 141.

<sup>1346</sup> FERNÁNDEZ VICIÉN, C. “La eficiencia real del Derecho de la competencia: la indemnización de los daños causados”, en *La modernización del Derecho de la competencia* (coordinado por Martínez-Lage Sobredo y Petitbò i Juan), Marcial Pons, Barcelona, 2005, pág. 176; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 127 y 142.

<sup>1347</sup> BELLIDO PENADÉS, R. *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, ob. cit., pág. 126.

atención a la materia, siempre por el juicio ordinario<sup>1348</sup>. Por el contrario, si se trata de acciones *follow-on*, de simple condena al pago de una indemnización de daños y perjuicios, tiene sentido tomar en consideración el criterio de la cuantía para determinar, si en el caso concreto, procede el seguimiento del juicio ordinario o el juicio verbal (lo habitual, en estos casos, no obstante, por ser de cuantías elevadas, es que la tramitación también se corresponda con la propia del juicio ordinario)<sup>1349</sup>.

Desde la perspectiva del ejercicio de acciones de indemnización por ilícitos *antitrust*, la acción u omisión ilícita (arts. 101 y 102 TFUE y arts. 1 y 2 LDC) se corresponderá en dicho procedimiento con cualquier actuación restrictiva, o susceptible de restringir, el funcionamiento normal del sistema competitivo del mercado<sup>1350</sup>. En abstracto, es posible distinguir dentro de la categoría de las acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la competencia, dos modalidades de inicio del proceso según la modalidad de tutela judicial solicitada: las **acciones *follow-on*** (también conocidas como acciones de seguimiento o derivadas)<sup>1351</sup>, en las que el ejercicio de la acción

---

<sup>1348</sup> CABALLOL i ANGELATS, LL. “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., págs. 37-38.

<sup>1349</sup> TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob., cit., pág. 196. Ello puede explicar, por ejemplo, que el art. 15 bis LEC, relativo a la intervención en procesos de defensa de la competencia y de la protección de datos, haya sido redactado por nuestro legislador pensando, en exclusiva, en el seguimiento de un juicio ordinario (CASADO ROMÁN, J. *Estudio del art. 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el amicus curiae*, en *Diario La Ley*, núm. 7296, 2009, págs. 5 y ss.). A pesar de que el juicio verbal, por razón del importe de la pretensión, constituye una vía excepcional para la tramitación de las acciones de indemnización *follow-on*, no por ello debe ser descartado. Una prueba de ello se encuentra en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, núm. 45/2020, de 18 de febrero (JUR 2020/131616) en la que, por medio del juicio verbal, el órgano judicial entra a resolver, favorablemente, una acción de reclamación por importe de 2.000€ interpuesta por un perjudicado particular (consumidor) como consecuencia de la compra de un turismo cuyo precio de venta se vio alterado artificialmente por el conocido como “cártel de los concesionarios de automóvil”, previamente declarado como tal por la CNC en su resolución de 28 de mayo de 2015 (expte. S/0471/13 Concesionarios Audi/Seat/VW).

<sup>1350</sup> Para un análisis completo sobre el particular, véase, por todos: GÓMEZ TRINIDAD, S. *Defensa de la competencia. Aplicación práctica*, Juruá Editorial, Lisboa, 2017, págs. 45 y ss.

<sup>1351</sup> Ejemplos de esta modalidad lo son, entre otros, las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 3 de septiembre de 2007 (JUR 2009/442231); del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 4 de marzo de 2010 (AC 2014/670); y del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Colmenar Viejo (Provincia de Madrid), de 1 de diciembre de 2010 (AC 2010/299), en las que, tras constatar a título prejudicial la existencia de un abuso de

de daños y perjuicios tiene lugar con posterioridad y con fundamento en una resolución administrativa previa de la autoridad nacional de la competencia o resolución del órgano jurisdiccional revisor; y las **acciones stand-alone** (también conocidas como acciones autónomas o independientes) en las que, a falta de una resolución de la autoridad de competencia, la solicitud de resarcimiento debe acompañarse previamente de la declaración de la existencia de un ilícito concurrencial<sup>1352</sup>.

Ambas modalidades de acción tienen ventajas e inconvenientes. En el caso de las acciones *stand-alone*, no son pocas las dificultades de acceso a las fuentes de prueba para corroborar la existencia de una actuación contraria a la competencia<sup>1353</sup>; mientras que, tratándose de acciones *follow-on*, el principal inconveniente cabe referirlo al tiempo de espera que los perjudicados deben invertir en el desarrollo del procedimiento administrativo previo. Con todo, con motivo de la Directiva de daños de 2014 y su posterior normativa de

---

posición de dominio contrario al art. 102 del TFUE, se condena a dos empresas dedicadas a la distribución y comercialización de los derechos de retransmisión de partidos de fútbol a indemnizar por daños y perjuicios.

<sup>1352</sup> BROKELMANN, H. “La responsabilidad civil por infracción de las normas de defensa de la competencia”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, pág. 108; DÍEZ ESTELLA, F. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, ob. cit., pág. 294.

<sup>1353</sup> Respecto al alcance que cabría apreciar respecto de los elementos probados y la vinculación de la decisión administrativa entre acciones *stand-alone* y *follow-on* tramitadas acumuladamente en un mismo procedimiento (denominadas “acciones mixtas”), vid. las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona núm. 237/2019, de 12 de septiembre (JUR 2019/281836); del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid núm. 346/2019, de 8 de octubre (JUR 2019/300552); y del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia núm. 343/2019, de 30 de diciembre (AC 2019/1620). Acerca de la interacción y flexibilidad que presentan ambas modalidades de acción, dentro del mismo procedimiento, resulta especialmente ilustrativa la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid núm. 265/2019, de 2 de julio (JUR 2019/230670): “*las acciones follow-on y las acciones stand-alone no son dos compartimentos estancos, como lo demuestra el hecho de que si una acción se inicia en la modalidad stand-alone -interesando por tanto la declaración de la infracción de la competencia- y durante el curso del procedimiento civil se dicta por los mismos hechos una resolución de una autoridad de la competencia, ésta última producirá sobre dicho procedimiento los efectos vinculantes que le son propios (siendo necesaria la firmeza de la resolución en caso de autoridades de la competencia españolas, y únicamente su dictado en caso de la Comisión Europea), de manera que la acción inicialmente stand-alone se transformaría en una follow-on. Lo anterior es debido a que nos encontramos ante una única acción, pero con dos modalidades en su ejercicio*”.

transposición en España (Real Decreto-Ley 9/2017), el legislador se ha decantado por la potenciación del ejercicio de las acciones *follow-on*<sup>1354</sup>.

Sentado lo anterior, también es obligado señalar que en el ejercicio de las acciones de indemnización por infracciones de la competencia suele ser común que el perjudicado ejercite en la misma demanda varias acciones contra el demandado<sup>1355</sup>. Ello hace, precisamente, que sea obligado prestar atención, a continuación, al instituto de la **acumulación de acciones** fundado, en cuanto manifestación de un proceso civil con pluralidad de objeto, en la toma en consideración de los principios de economía procesal (aminoración de costes) y armonía procesal (evitar resoluciones contradictorias)<sup>1356</sup>. Dicha acumulación podrá ser inicial, en el momento de interposición de la demanda o sobrevenida, de plantearse ésta durante la pendencia del propio proceso de reclamación.

Tratándose de una **acumulación inicial, de naturaleza objetiva**, esto es, aquella en la que un único actor ejercita frente a un solo demandado, en una única demanda, dos o más pretensiones ligadas por un nexo material (el ejercicio de las acciones no debe ser incompatible entre sí)<sup>1357</sup>, cabe referir tanto aquellos casos en que se trate de acumular a una pretensión por incumplimiento contractual, una accesoria fundada en la vulneración de los

---

<sup>1354</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/14 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, ob. cit., pág. 134.

<sup>1355</sup> En las acciones *follow-on* es frecuente que el actor acumule en la misma demanda la declaración de nulidad del negocio jurídico con la solicitud de una indemnización de daños y perjuicios [vid. la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia núm. 288/2018, de 15 de octubre (JUR 2018/326487); la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona núm. 24/2019, de 23 de enero (JUR 2019/265097); o la SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 63/2020, de 3 de febrero (AC 2020/41)].

<sup>1356</sup> Art. 71.1 LEC: “1. La acumulación de acciones admitida producirá el efecto de discutirse todas en un mismo procedimiento y resolverse en una única sentencia”.

<sup>1357</sup> Art. 71 apartados 2, 3 y 4 LEC: “2. El actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí. 3. Será incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio y no podrán, por tanto, acumularse cuando se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra u otras. 4. Sin embargo de lo establecido en el apartado anterior, el actor podrá acumular eventualmente acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no sea fundada”.

arts. 101 y 102 TFUE o de los arts. 1 y 2 LDC; como aquellos otros en los que se plantea la acumulación inversa, es decir, se pretende acumular acciones contractuales a una pretensión que tiene su razón de ser en la vulneración de los arts. 101 y 102 TFUE o de los arts. 1 y 2 LDC<sup>1358</sup> (todo ello con implicaciones complejas en materia competencial)<sup>1359</sup>.

Para que sea admisible esta acumulación será preciso, como así ha fijado el art. 73 LEC, que el órgano judicial que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o de la cuantía para conocer de la acción acumulada (sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que por sí sola, habría de ventilarse por razón de la cuantía, en el juicio verbal); que las acciones acumuladas no deban, por razón de la materia, ventilarse en juicios de diferente tipo; y que la ley no haya prohibido la acumulación en aquellos casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir.

Por el contrario, ante el planteamiento de una **acumulación sobrevenida de acciones**, cabe referir tanto aquellas situaciones en que dicha acumulación es instada por el actor, mediante la ampliación de la demanda prevista en el art. 401 LEC (después del escrito inicial de demanda, pero siempre antes de la contestación a dicha demanda)<sup>1360</sup>; así como aquellas otras en que la acumulación proviene de la propia invocación por parte del demandado, en su defensa, de la normativa *antitrust*<sup>1361</sup>.

---

<sup>1358</sup> HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, ob. cit., pág. 110; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob., cit., pág. 164.

<sup>1359</sup> Vid. apartado IV.3.1 de este mismo capítulo.

<sup>1360</sup> Art. 401 LEC: “1. No se permitirá la acumulación de acciones después de contestada la demanda. 2. Antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigir las contra nuevos demandados. En tal caso, el plazo para contestar a la demanda se volverá a contar desde el traslado de la ampliación de la demanda”.

<sup>1361</sup> Ello conduce a analizar tanto la reconvencción (art. 406 LEC: “1. Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Solo se admitirá la reconvencción si existirá

Al hilo de la **acumulación subjetiva de acciones**, es preciso señalar que las pretensiones de indemnización por infracciones derivadas de ilícitos *antitrust*, en no pocos casos, serán ejercitadas, conjuntamente, por diferentes perjudicados o bien podrán dirigirse contra una pluralidad de demandados<sup>1362</sup>. En este sentido, el art. 72 LEC dispone que podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir (lo que acontece cuando las acciones se fundan en los mismos hechos)<sup>1363</sup>. De este modo se admite la acumulación en aquellos

---

*conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal. 2. No se admitirá la reconvencción cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza. Sin embargo, podrá ejercitarse mediante reconvencción la acción conexa que, por razón de la cuantía, hubiere de plantearse en juicio verbal. 3. La reconvencción se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el art. 399. La reconvencción habrá de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretenda obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos. En ningún caso se considerará formulada reconvencción en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal”; como las llamadas “excepciones reconconvencionales” del art. 408 LEC: “1. Si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor e la forma prevenida para la contestación a la reconvencción, aunque el demandado solo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar. 2. Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funde la pretensión o pretensiones del actor, podrá pedir el Letrado de la Administración de Justicia contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción, y así lo dispondrá el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. 3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrá fuerza de cosa juzgada”.*

<sup>1362</sup> BELLIDO PENADÉS, R. *La acumulación de acciones en Derecho de la competencia y sectores concurrentes (Antecedentes y regulación en la LEC 2000)*, en *Revista de Derecho*, núm. 1, 2002, págs. 12 y ss.

<sup>1363</sup> La causa de pedir viene configurada, en el ámbito de las acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la competencia, por el hecho dañoso cuyo origen se encuentra en el ilícito *antitrust* y por los daños concretos causados a los perjudicados. Tratándose de la modalidad de acción *follow-on*, bien puede concluirse que todas aquellas acciones que puedan traer causa de la misma resolución administrativa comparten el mismo sustrato fáctico, pues aun cuando no hubiere una identidad absoluta, es lo cierto que si podría hablarse, dados sus elementos comunes, de una cierta homogeneidad fáctica que ampare, por lo que aquí interesa, la acumulación de acciones. Esta flexibilidad puede constatarse en relación con el cártel del azúcar, por ejemplo, en las STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 344/2012, de 8 de junio (RJ 2012/9317) y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487). Para un examen exhaustivo del significado y problemas que acompañan a las manifestaciones de la acumulación de acciones sobrevenida en el ámbito del ejercicio de las acciones de daños derivados de ilícitos concurrentes, véase, por todos: TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob., cit., págs. 168 y ss. Igualmente, al hilo de los problemas acerca de la posible



supuestos en los que la pluralidad de demandantes afirme que se ha visto perjudicada, por ejemplo, por el mismo cártel o abuso de posición dominante<sup>1364</sup>.

Para terminar este apartado de la investigación, no podemos dejar pasar por alto, la posible **intervención de terceros** en este tipo de procedimientos. Concebida la intervención procesal, como aquella posibilidad para un tercero de intervenir en un proceso pendiente en el que no fue parte, bien de forma voluntaria (principal o adhesiva) o provocada (a instancia de parte o por orden del órgano jurisdiccional), con aplicación tanto en sede declarativa como ejecutiva; nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, con notables errores dogmáticos y conceptuales, afronta su regulación, en sede declarativa, en sus arts. 13 a 15 bis (ambos inclusive). Igualmente, resulta de especial interés en orden a los procesos de defensa de la competencia resulta, concretamente, el art. 15 bis LEC.

Este art. 15 bis LEC, en coherencia con lo ya contemplado en el Reglamento 1/2003, así como en el art. 16 LDC, relativo a la cooperación con los órganos jurisdiccionales<sup>1365</sup>, dispone:

---

reconvención o excepción reconvenzional, relacionados con la competencia judicial, vid. apartado IV.3.1 de este mismo capítulo.

<sup>1364</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, ob. cit., pág. 134. En esta línea se ha pronunciado el AAP de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 120/2019, de 18 de octubre (JUR 2019/329532) en el que, con motivo de un recurso de apelación interpuesto por tres perjudicados por el cártel de los camiones ante la inadmisión de la acumulación subjetiva de acciones por parte del Juzgado de lo Mercantil, se concluye que la acumulación subjetiva de acciones resulta procedente porque, aun cuando puedan existir diferencias en torno a las pretensiones de cada uno de los perjudicados (vgr. cuantificación e importe del daño, modalidad de contratación o adquisición del producto cartelizado), lo cierto es que parten de un mismo y único hecho objetivo (repercusión del sobre coste generado por la actuación anticompetitiva del agente infractor): *“pese a que efectivamente existen algunas diferencias entre las circunstancias concurrentes en las acciones acumuladas, los hechos que se alegan como más relevantes para fundar las pretensiones ejercitadas presentan una coincidencia que, unida a la uniformidad de las peticiones realizadas por los demandantes y a que están dirigidas frente a una misma entidad, cuya conducta incumplidora se considera por los demandantes como determinante para el éxito de las acciones ejercitadas, lleva a la conclusión de que, pese a encontramos ciertamente ante un caso límite, concurre el requisito de conexidad de la causa de pedir que justifica la acumulación subjetiva de acciones”*.

*“1. La Comisión Europea, la Comisión Nacional de Mercados y de la competencia y los órganos competentes de las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias podrán intervenir en los procesos de defensa de la competencia y de protección de datos, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE o los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia. Con la venia del correspondiente órgano judicial, podrán presentar también observaciones verbales. A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto que se trate. La aportación de información no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o la reducción del importe de las multas previstas en los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia.*

*2. La Comisión Europea, la Comisión Nacional del Mercado y la competencia y los órganos competentes de las comunidades autónomas aportarán la información o presentarán las observaciones previstas en el número anterior diez días antes de la celebración del juicio a que se refiere el artículo 433 o dentro del plazo de oposición o de impugnación del recurso interpuesto.*

*3. Lo dispuesto en los anteriores apartados en materia de procedimientos será asimismo de aplicación cuando la Comisión Europea, la Agencia Española de Protección de Datos y las autoridades autonómicas de protección de datos, en el ámbito de sus respectivas competencias, consideren precisa su intervención en un proceso que afecte a cuestiones relativas a la aplicación del Reglamento (UE) 2016/79 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016”.*

Dicho artículo, en cuanto manifestación de la colaboración entre las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las acciones que tengan por objeto la aplicación de normas sobre el Derecho de la competencia<sup>1365</sup>, debe interpretarse, sistemáticamente, con los

---

<sup>1365</sup> Sobre el significado de este precepto, véase: ARRIBAS HERNÁNDEZ, A. “Artículo 16”, en *Comentario a la Ley de Defensa de la competencia* (dirigido Massaguer Fuentes et alii), Thomson-Civitas, Madrid, 2008, págs. 530 y ss.

<sup>1366</sup> CABALLOL i ANGELATS, LL. “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., pág. 22; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob., cit., págs. 276-277.

arts. 434.3 LEC (suspensión del plazo para dictar sentencia cuando el órgano jurisdiccional tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la CNMC o los órganos competentes de las comunidades autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo) y 465.6 LEC (posibilidad de suspensión del plazo para dictar sentencia en sede de apelación).

Dado lo anterior, nuestro legislador procesal civil contempla en relación a los ilícitos *antitrust* la **intervención de la autoridad de competencia como *amicus curiae***<sup>1367</sup>, esto es, una pseudointervención de las autoridades de la competencia, pues se lleva a cabo desde su imparcialidad y en defensa de la legalidad (ello no quiere decir que sea neutral, en tanto que la autoridad de competencia mantiene un interés, aun cuando sea implícito, en que el proceso civil se resuelva de forma armónica con el interés público que está llamada a proteger en estos casos)<sup>1368</sup>.

Esta fórmula del *amicus curiae*, que tiene su origen en el Derecho norteamericano<sup>1369</sup>, tiene su razón explicativa en la conveniencia de ayudar a los órganos jurisdiccionales en la resolución de los procesos<sup>1370</sup>.

---

<sup>1367</sup> ALONSO SOTO, R. “La aplicación privada del Derecho de la competencia”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional de daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, págs. 130-131; GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de las infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, *ob. cit.*, pág. 147. Con carácter específico sobre el art. 15 bis LEC, véase: HUALDE LÓPEZ, I. “La intervención en procesos de defensa de la competencia en la ley de enjuiciamiento civil tras el reglamento (CE) 1/2003”, en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico* (dirigido por García-Rostán Calvin y Sigüenza López), Thomson Reuters, Navarra, 2017, págs. 611 y ss.

<sup>1368</sup> CABALLOL i ANGELATS, LL. “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, *ob. cit.*, pág. 29.

<sup>1369</sup> Vid. la regla 37 “*brief for amicus curiae*” de las *Rules of the Supreme Court of the United States*.

<sup>1370</sup> CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, C. *Las autoridades de defensa de la competencia como amicus curiae. Una perspectiva internacional*, en *Anuario de la competencia 2007*, ICO-Madrid, 2008, págs. 243 y ss.; COLOMER HERNÁNDEZ, I. *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia* (dirigido por Parejo Alfonso y Palomar Olmeda), Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 529.

Concretamente, dicho “amigo de la Corte”, que no es parte en el proceso, pero sí ostenta un interés en su resultado (en este caso, la aplicación coherente del Derecho de la competencia)<sup>1371</sup>, posibilita que dichas autoridades de competencia puedan aportar información o presentar observaciones, escritas o verbales, sobre cuestiones relativas a las normas pertinentes para la defensa de la competencia. A tal efecto, dichas autoridades administrativas tienen abierta la posibilidad de solicitar al órgano judicial competente la remisión de todos aquellos documentos necesarios para poder cumplir con su valoración del asunto en el caso concreto<sup>1372</sup>.

En todo caso, la solicitud de esta intervención podrá tener lugar, en la primera instancia, tanto en el marco de la audiencia previa (arts. 414 y siguientes de la LEC) como, excepcionalmente, por la vía de las diligencias finales (arts. 435 y 436 LEC); o bien en sede de un recurso de apelación, en el plazo contemplado para impugnar el recurso (art. 461 LEC).

Señalar, por último, en orden a concretar los sujetos que pueden requerir la intervención de las autoridades de competencia en los procesos de defensa de la competencia, que la dicción literal del art. 15 bis LEC se circunscribe a la iniciativa propia de la autoridad de competencia<sup>1373</sup> o, en su caso, al propio órgano jurisdiccional. Todo ello, como es lógico, teniendo presente que el interés del órgano judicial acerca de la intervención de la autoridad de competencia puede ser *motu proprio* o bien encontrar su razón de ser en el hecho de que alguna de las partes en el proceso haya requerido al juzgador

---

<sup>1371</sup> GUILLÉN CARAMÉS, J. “La cooperación entre jueces y autoridades administrativas en la aplicación privada del Derecho de la competencia”, en *competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrentes* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 253.

<sup>1372</sup> Acerca de la correcta interpretación de esta limitación, relativa a los documentos e informaciones obtenidos en un procedimiento de clemencia, vid. apartado IV.3.7 de este mismo capítulo.

<sup>1373</sup> Esta habilitación, sin embargo, debe compatibilizarse con la independencia judicial, de tal forma que la aportación de la información que la autoridad de competencia estime necesaria no implica, necesariamente, la vinculación del órgano judicial (GUILLÉN CARAMÉS, J. “La cooperación entre jueces y autoridades administrativas en la aplicación privada del Derecho de la competencia”, en *competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrentes*, ob. cit., pág. 259.

para que éste, a su vez, hiciese lo propio, en orden a su participación en el proceso, con la autoridad de competencia.

#### IV.3.5.- Carga de la prueba

Dentro de los elementos subjetivos de la prueba, adquiere una especial relevancia todo aquello que tiene que ver con la institución de la carga de la prueba, pues en función de ella, con notables repercusiones prácticas, se enfrenta la cuestión relativa a determinar quién debe padecer las consecuencias derivadas de la falta de prueba sobre las afirmaciones referidas a un hecho controvertido<sup>1374</sup>. De ahí, precisamente, la importancia de la previsión legislativa de las reglas sobre la carga de la prueba, no solo útiles para el órgano jurisdiccional en el momento de motivar su resolución judicial, sino también para las propias partes en conflicto en tanto que dichas reglas les permiten anticipar el conocimiento acerca de quién, en el caso concreto, deberá correr con los riesgos inherentes a la falta de prueba sobre alguno de los hechos controvertidos.

Habiéndose superado aquella concepción clásica sobre la carga de la prueba, representada por el aforismo *necessitas probandi incumbit ei qui agit*, así como también la falta de una regulación expresa de esta institución en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (vacío legal que condujo a nuestra doctrina y

---

<sup>1374</sup> Sobre la carga de la prueba, con carácter general, véanse, por todos: ASECIO MELLADO, J. M. “La práctica de la prueba en el proceso civil”, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete* (coordinado por Gimeno Sendra y Cabezudo Bajo), Iustel, Madrid, 2007, págs. 567 y ss.; ESCALER BASCOMPTE, R. *La carga de la prueba*, Atelier, Barcelona, 2017; MICHELI G. A. *La carga de la prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1961; NIEVA FENOLL, J., FERRER BELTRÁN, J. y GIANNINI, L. *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2019, págs. 23 y ss., ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid, 2011; PICÓ i JUNOY, J. “Carga de la prueba”, en *La prueba civil a debate judicial: estudios prácticos sobre prueba civil* (coordinado por el propio autor, Abel Lluch y Pellicer Ortiz), tomo I, La Ley, Madrid, 2018, págs. 35 y ss.; ROSENBERG, L. *La carga de la prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1956; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Análisis de los aspectos problemáticos de la carga de la prueba en el proceso civil español*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 2, 1999, págs. 297 y ss.; VERDE, G. *L'onore della prova nel processo civile*, Jovene Editore, Camerino, 1974, págs. 12 y ss.

jurisprudencia a utilizar, por analogía, el art. 1214 del Código Civil -hoy derogado-, sobre la prueba de las obligaciones<sup>1375</sup>, en el sentido de terminar por aceptar, en cuanto criterio general de distribución de la carga probatoria, aquél según el cual la carga de la prueba corresponde al actor sobre los hechos constitutivos de su demanda, mientras que recaerán en el demandado los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes); el vigente art. 217 LEC, en lo que constituyó, a nuestro juicio, un claro acierto legislativo, dispone lo siguiente:

*“1. Cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos fundamenten las pretensiones.*

*2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.*

*3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.*

*4. En los procesos civiles sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad expresa, respectivamente.*

*5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón el sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.*

*6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.*

<sup>1375</sup> El hoy derogado art. 1214 CC disponía que: *“Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”*.

*7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.*

En atención a la dicción literal de este art. 217 LEC, junto a la plasmación del principio de distribución de la carga probatoria en su apartado primero, así como de la incorporación, en sus apartados segundo y tercero, del tradicional criterio general de reparto de la carga de la prueba, entre actor y demandado, en función de la naturaleza de los hechos controvertidos (los constitutivos a cargo del actor y los impeditivos, extintivos y excluyentes para el demandado)<sup>1376</sup>; es lo cierto que nuestro legislador procesal civil de 2000 también ha incorporado un elenco de reglas especiales sobre la prueba (en materia de competencia desleal y publicidad ilícita, en su apartado cuarto, respecto a la discriminación por razón de sexo, en el apartado quinto y, por último, con remisión en su apartado sexto, a reglas especiales de carga de la prueba incorporadas en leyes especiales.

Y todo ello teniendo presente, como así se deduce del apartado séptimo del art. 217 LEC que, en cuanto a la aplicación de todas estas reglas de distribución de la carga de la prueba, el titular de la potestad jurisdiccional deberá tener presente, en lo que constituye una aplicación de las “cargas dinámicas de la prueba”<sup>1377</sup>, el llamado principio de facilidad o disponibilidad probatoria, pues de no ser así, una interpretación excesivamente rígida e inflexible del criterio general de distribución de los riesgos de falta de prueba en función de la naturaleza que corresponda a los hechos controvertidos, bien pudiera terminar por conducir a situaciones injustas de “prueba diabólica”, no

<sup>1376</sup> Esta realidad ha sido reconocida, a título de ejemplo, en el ámbito de los ilícitos concurrenciales, por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1123/2017, de 26 de junio (RJ 2017/3003).

<sup>1377</sup> PEYRANO, W. *Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Lima-Perú, Lima, 1995, págs. 331 y ss.: “el esquema del proceso moderno debe necesariamente estar impregnado del propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad, de tal forma que modernamente se conciba que las cargas probatorias deban desplazar de actor o demandado o viceversa, según corresponda. El mecanismo tradicional de distribución de carga de la prueba está teñido por un apriorismo inaceptable que, fatalmente, distribuía las cargas de probatorias de un cierto y determinado modo”; y del propio autor (en cuanto director) vid. *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, págs. 75 y ss.

solo incompatibles con el principio de buen fe<sup>1378</sup>, sino también contrarias a la obligación constitucional de las partes en orden a colaborar con los órganos judiciales<sup>1379</sup>, así como generadoras de una indefensión incompatible con el obligado respeto del modelo constitucional de juicio justo o con todas las garantías (art. 24 CE)<sup>1380</sup>.

Sentado lo anterior, procede, a continuación examinar el **funcionamiento de la carga de la prueba** en aquellos procesos civiles en que se ejercita una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de una conducta infractora del Derecho de la competencia, máxime si tenemos presente que la principal complejidad para el ejercicio de dichas acciones estriba en la carga de probar la existencia de una conducta ilícita, el daño causado y evaluado en términos económicos, así como la relación de causalidad que debe haber entre ambos<sup>1381</sup>.

Ante la compleja carga probatoria atribuida al perjudicado en el ámbito de las acciones de daños<sup>1382</sup>, tanto la Directiva de daños como su norma de

---

<sup>1378</sup> Art. 11.1 LOPJ: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos fundamentales”

<sup>1379</sup> Art. 118 CE: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

<sup>1380</sup> STC (Sala Primera) núm. 227/1991, de 28 de noviembre (RTC 1991/227); STC (Pleno) núm. 14/1992, de 10 de febrero (RTC 1992/14); STC (Sala Primera) núm. 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7); STC (Sala Segunda) núm. 116/1995, de 17 de julio (RTC 1995/116); y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 157/2003, de 21 de febrero (RJ 2003/2134); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 926/2006, de 5 de octubre (RJ 2006/8705). En esta misma dirección de pensamiento, véase, por todos: VALLESPÍN PÉREZ, D. *Análisis de los aspectos problemáticos de la carga de la prueba en el proceso civil español*, ob. cit., pág. 313.

<sup>1381</sup> FERNÁNDEZ VICIÉN, C. *Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España*, ob. cit., pág. 20; HERRERO SUÁREZ, C. *La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo*, ob. cit., pág. 108; ROBLES MARTÍN LABORDA, A. *Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones de la competencia. Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2013, Sala de lo Civil, en el asunto del cártel del azúcar*, en *Actas de Derecho Industrial*, tomo 34, 2013-2014 pág. 524; SÁNCHEZ GIMENO, S. y GAY QUINZÀ, I. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aspectos procesales*, ob. cit., pág. 7; VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, ob. cit., págs. 49-50.

<sup>1382</sup> CERRATO GURI, E. y PICÓ i JUNOY, J. “La inversión de la carga de la prueba de la culpa en los principios del derecho europeo de la responsabilidad civil”, en *Derecho contractual*



transposición en nuestro ordenamiento jurídico, han contemplado diferentes mecanismos encaminados a su “alivio” o “dulcificación”<sup>1383</sup>: desde la fijación de presunciones legales, la previsión de normas relativas a la prueba de la cuantía de los daños, así como también a la determinación de la ilicitud de la conducta en acciones consecutivas, hasta posibilitar el acceso a las fuentes de prueba que obran en poder del demandado o de terceros<sup>1384</sup>.

Sin perjuicio del análisis detallado de los preceptos 75 a 80 (ambos inclusive) de la LDC que ha sido abordado en apartados anteriores de este trabajo de investigación<sup>1385</sup>, con especial referencia a los efectos de las resoluciones de las autoridades de competencia, las reglas de cuantificación y presunción de los daños, los efectos de los acuerdos de compensación económica de naturaleza extrajudicial, así como al régimen relativo a la repercusión de los sobrecostes; en este momento centraremos nuestra atención en contrastar dichas previsiones legales desde una perspectiva netamente procesal.

En esta línea, el art. 75 LDC, relativo al efecto de las resoluciones de las autoridades de la competencia o de los tribunales competentes, dispone en su

---

*européo: problemática, propuestas y perspectivas* (coordinado por Bosch Capdevila), Bosch, Barcelona, 2009, págs. 377 y ss.; DÍEZ ESTELLA, F. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, ob. cit., pág. 285; y, del mismo autor, “Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivados de cárteles en España”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, pág. 709; GALGO PECO, A. “La relación de causalidad en las acciones de reclamación de daños por infracción”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 59 y ss.; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. “Análisis de los problemas de la prueba”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017, pág. 26. En la misma dirección, pero remarcando la mayor complejidad en el caso de la reparación de daños vía *stand-alone*, así como los grandes problemas probatorios en aquellos casos en los que el perjudicado sea un consumidor, véase: TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob., cit., pág. 222.

<sup>1383</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre la defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y la Propuesta de Ley de transposición*, ob. cit., págs. 136 y ss.; HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva*, ob. cit., pág. 157; ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La acción de indemnización en la aplicación judicial privada del Derecho europeo de la competencia*, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 330, 2012, págs.13 y ss.

<sup>1384</sup> Sobre las medidas de acceso a las fuentes de prueba, que no analizaremos en este pasaje de la investigación, nos remitimos a lo dispuesto en el apartado IV.3.6 de este mismo capítulo.

<sup>1385</sup> Vid. apartados IV.2.5, IV.2.6, IV.2.7, y IV.2.8 de este capítulo.

apartado primero, tras su reforma con motivo de la transposición de la Directiva de daños, que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia contenida en una resolución firme de una autoridad de competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español (principio de vinculación positiva). De igual modo, en aquellos supuestos en los que, debido al ejercicio de las acciones de daños por infracción de las normas sobre la competencia se reclamen daños y perjuicios, se fija la presunción, salvo prueba en contrario, acerca de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro, y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario (art. 75.2 LDC).

De otra parte, como ya hemos tenido ocasión de adelantar en el apartado de esta investigación relativo a la cuantificación de daños y perjuicios (art. 76 LDC, tras su reforma por Real Decreto-Ley 9/2017), la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia corresponderá a la parte demandante (criterio general recogido, en cuanto a los hechos constitutivos de la demanda, en el apartado segundo del art. 217 LEC). Ahora bien, en atención al apartado segundo del art. 76 LDC, si se acredita, en el caso concreto, que el actor sufrió daños y perjuicios, pero fuere prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en atención a las pruebas disponibles, los órganos judiciales vienen facultados para estimar el importe de dicha reclamación de daños y perjuicios (previsión que no deja de ser un reconocimiento explícito de la complejidad probatoria y de la necesidad de evitar situaciones prácticas de “prueba diabólica”). Tratándose de infracciones calificadas como cártel, se presumirá que éstas causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario (art. 76.3 LDC).

En cuanto a los sobrecostes y el derecho al pleno resarcimiento, el párrafo tercero del art. 78 LDC, contempla que la carga de la prueba sobre el sobrecoste que se repercutió por el actor recaerá en el demandado, quien

podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del actor o de terceros. Respecto a la prueba de sobrecostes y su repercusión, es obligado traer a colación el art. 79 LDC. Dicho precepto, en lo que constituye su párrafo primero, expone que cuando en el ejercicio de una acción de daños la existencia de la reclamación o la determinación del importe de la indemnización dependa de si se repercutió un sobrecoste al actor o en qué medida se repercutió (teniendo en cuenta la práctica comercial de que los aumentos de precio se transfieren sobre puntos posteriores de la cadena de suministro), la carga de la prueba de la existencia y cuantía de la repercusión recaerá sobre la parte demandante, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandado o de terceros. Asimismo, en su párrafo segundo establece que se presumirá que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste, siempre que pueda probar que el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; que la infracción del Derecho de la competencia tuvo lugar como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo; y que el comprador indirecto adquirió los bienes y servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia (presunción ésta que quedará sin efecto si el demandado consigue probar que los sobrecostes no se repercutieron, en todo o en parte, en el comprador indirecto).

Finalmente, el art. 80 LDC, referido a las acciones de daños ejercitadas por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro, dispone que con el fin de evitar que las acciones de daños ejercitadas por los demandantes de distintos niveles de la cadena de suministro aboquen a una responsabilidad múltiple o a la ausencia de responsabilidad del infractor, los órganos jurisdiccionales que conozcan de una reclamación por daños y perjuicios derivados de una infracción del Derecho de la competencia, a la hora de evaluar si se cumplen las reglas de la carga de la prueba sobre repercusión de sobrecostes aludidas en los arts. 78 y 79 LDC, podrán, mediante los medios disponibles en el marco del derecho de la UE o del Derecho nacional, tomar en consideración tres elementos: el primero, que las acciones por daños estén relacionadas con la misma infracción del Derecho de la competencia, pero hayan sido interpuestas por actores situados en otros niveles de la cadena de

suministro; el segundo, las resoluciones derivadas de acciones por daños referidas en el elemento precedente; y, en tercer y último lugar, la información pertinente de dominio público derivada de la aplicación pública derivada del Derecho de la competencia.

Ante el panorama que se acaba de describir, repleto de diferentes presunciones y normas específicas sobre la carga de la prueba referidas a las acciones de daños derivadas de los ilícitos *antitrust* (incorporadas de forma farragosa en una norma, por excelencia, sustantiva, como es la Ley de Defensa de la Competencia), bien pudiera haber resultado útil que el Real Decreto-Ley 9/2017, de transposición de la Directiva 2014/104/UE, hubiese contemplado, de modo similar a lo ya apreciable en el apartado 4 del art. 217 LEC respecto a la competencia desleal y la publicidad ilícita, una inversión de la carga de la prueba en aquellos procesos civiles relativos al ejercicio de las acciones de daños derivadas de un ilícito concurrencial (siempre que se trate de la modalidad de inicio *follow-on*, de una infracción calificada como cártel o de la repercusión del sobrecoste)<sup>1386</sup>, de tal forma que fuese el demandado quien corriese con los riesgos de la falta de su prueba. Asimismo, también pudiera haber incorporado la referencia expresa de que la carga de la prueba sobre la existencia de la repercusión del sobrecoste, así como la cuantía del mismo, corresponden al actor en aquellos supuestos en los que el ejercicio de la acción de daños queda supeditado a la corroboración de la repercusión del sobrecoste al demandante, máxime si tenemos presente aquella práctica comercial habitual de repercutir los aumentos de precio en puntos posteriores de la cadena de suministro.

Es más, incluso podría haber bastado, aunque dada la complejidad de la cuestión no habría excedido referir dichas especialidades en el actual apartado cuarto del art. 217 LEC (o en un nuevo apartado), con aplicar, de modo coherente con la realidad propia del tráfico mercantil, las presunciones de los arts. 76, 79 y 80 LDC (de conformidad con lo dispuesto en los arts. 385 y 386

---

<sup>1386</sup> TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia*, ob., cit., pág. 224.

LEC) con el principio de facilidad o disponibilidad probatoria (actual art. 217.7 LEC), en función del cual cuando la aplicación rígida del criterio general de distribución de la carga de la prueba (riesgos de la falta de los hechos constitutivos a cargo del actor y, en el caso de los hechos extintivos, excluyentes e impeditivos) provoque efectos injustos (nada descartables en el ámbito de los ilícitos *antitrust*), las consecuencias derivadas de la falta de prueba sobre un hecho controvertido debieran ser padecidas por quien, en el caso concreto, se encontrase en una posición más favorable y, por tanto, tuviese más fácil probar dichos elementos fácticos en atención a su proximidad a las fuentes de prueba.

#### **IV.3.6.- Medidas de exhibición y acceso a las fuentes de prueba**

Por lo que hace referencia a la exhibición de pruebas en el ámbito de los ilícitos *antitrust*, la Directiva 2014/104/UE incorpora en sus Considerandos 13 a 33, ambos inclusive, toda una serie de directrices básicas a tomar en consideración en las respectivas normativas de transposición de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea para el acceso a las fuentes de prueba en orden a facilitar la fundamentación de las demandas por responsabilidad civil derivadas de un ilícito *antitrust*<sup>1387</sup>.

En esta línea, la norma comunitaria señala, en primer lugar, que las acciones por daños ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión o nacional suelen exigir un análisis fáctico y económico complejo. De hecho, las pruebas que se necesitan para acreditar una reclamación de daños y perjuicios suelen estar exclusivamente en posesión de la parte contraria o de terceros, y no son suficientemente conocidas por el actor o no están a su fácil alcance. En tales circunstancias, el establecimiento de estrictos requisitos

---

<sup>1387</sup> Para una valoración específica del sistema de acceso a las fuentes de prueba previsto en la propia Directiva de daños, véase, por todos: GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de las infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, ob. cit., págs. 139 y ss.

legales que exijan a los demandantes hacer valer en detalle todos los hechos del caso y aportar elementos de prueba muy específicos al inicio de una acción, pueden obstaculizar indebidamente el ejercicio efectivo del derecho al pleno resarcimiento garantizado en el texto de la propia Directiva 2014/104/UE<sup>1388</sup>.

Dado que los litigios civiles seguidos por infracciones del Derecho de la competencia se caracterizan por una asimetría de información, conviene garantizar la previsión de un conjunto de medidas que permitan a las partes demandantes poder acceder a las fuentes de prueba que consideren relevantes para fundar sus pretensiones<sup>1389</sup>. De igual modo, con el objetivo de garantizar el respeto del principio de igualdad de armas u oportunidades procesales, también se contempla dicha exhibición desde la óptica de los demandados en las acciones de daños, quienes podrán solicitar el acceso a fuentes de prueba que obren en poder de las partes actoras. Igualmente, también se alude a la posibilidad para los órganos jurisdiccionales nacionales acerca de ordenar la exhibición de estas fuentes por parte de terceros, incluidas las autoridades públicas<sup>1390</sup>.

En esta línea, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener la facultad de ordenar, siempre a petición de parte, la exhibición de fuentes de prueba. Dicho acceso, además, deberá realizarse, en todo caso, bajo su estricta supervisión y adecuándose a la necesidad y la proporcionalidad de la medida de exhibición. De esta obligación de proporcionalidad se deriva que la exhibición de fuentes de prueba solo pueda ordenarse cuando el actor haya demostrado la verosimilitud, sobre la base de los datos que obren

---

<sup>1388</sup> Vid. Considerando 14 de la Directiva 2014/104/UE. En esta línea se ha manifestado, expresamente, HERRERO SUÁREZ, C. *La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo*, ob. cit., págs. 108-110.

<sup>1389</sup> PASTOR MARTÍNEZ, E. "Cuestiones sobre el acceso a las fuentes de prueba: la perspectiva judicial", en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., págs. 197-198.

<sup>1390</sup> Vid. Considerando 15 de la Directiva 2014/104/UE.

razonablemente en su poder, de los daños que le haya causado el demandado<sup>1391</sup>.

De igual forma, aunque en las acciones por daños se debería disponer, en principio, de aquellas fuentes de prueba relevantes que contengan secretos comerciales o cualquier otro dato de carácter confidencial, es lo cierto que también conviene proteger dicha información de manera adecuada. En consecuencia, la Directiva de daños proclama en su art. 5, denominado “*disclosure of evidence*”, que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener a su disposición una serie de medidas para evitar que la información de carácter confidencial acabe siendo divulgada en el curso del procedimiento. Todo ello, en el bien entendido, que las medidas de protección de los secretos comerciales y demás información confidencial no debiera impedir, en la práctica, el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento, así como que ello no afecta a la posibilidad de los Estados miembros para impugnar los requerimientos de exhibición de fuentes de prueba, ni a las condiciones de dicha impugnación<sup>1392</sup>.

Así las cosas, la Directiva de daños señala, expresamente, que la efectividad y coherencia de la aplicación de los art. 101 y 102 del TFUE por parte de la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia requieren un planteamiento común en toda la Unión por lo que se refiere a la exhibición de pruebas contenidas en archivos de las autoridades de la competencia. Con todo, su exhibición no debe desvirtuar la efectividad de la aplicación del Derecho de la competencia por parte de una autoridad nacional de la competencia<sup>1393</sup>.

---

<sup>1391</sup> Vid. Considerando 16 de la Directiva 2014/104/UE. Todo ello teniendo, presente, además, que cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro solicite a un órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro la obtención directa de pruebas en otro Estado miembro, serán de aplicación las disposiciones del Reglamento (CE) n1. 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (Considerando 17 de la Directiva 2014/104/UE).

<sup>1392</sup> Vid. Considerando 18 de la Directiva 2014/104/UE.

<sup>1393</sup> Vid. Considerando 21 de la Directiva 2014/104/UE.

Como es lógico, el legislador de la Unión Europea ha prestado, en esta materia, especial atención al requisito de la proporcionalidad. Este requisito debe evaluarse atentamente cuando la exhibición pueda llegar a comprometer realmente la estrategia de investigación de una autoridad de competencia al revelar qué documentos forman parte del expediente, o pueda tener efectos negativos en la forma en que las empresas cooperan con las autoridades de la competencia<sup>1394</sup>. Todo ello teniendo presente, además, que la Directiva de daños no afecta al derecho de los órganos jurisdiccionales a considerar el interés de la aplicación pública efectiva del Derecho de la competencia, ya sea en virtud del Derecho de la Unión o del nacional, a la hora de ordenar la exhibición de cualquier fuente de prueba, con la excepción de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción<sup>1395</sup>.

En cualquier caso, el hecho de que se ejercite una acción por daños, o se inicie una investigación por parte de una autoridad de competencia, entraña el riesgo de que las personas afectadas puedan destruir u ocultar pruebas que sean de utilidad a la hora de fundar las reclamaciones de daños y perjuicios de las partes perjudicadas. Precisamente, al objeto de evitar dicha destrucción de pruebas relevantes, así como en garantía del cumplimiento de las órdenes de exhibición de los órganos jurisdiccionales, los órganos judiciales nacionales deben tener la posibilidad de imponer sanciones lo suficientemente disuasorias<sup>1396</sup>.

---

<sup>1394</sup> CARUSO, A. *Leniency programs and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, núm. 6, 2010, págs. 455 y ss. Especial atención se ha prestado a prevenir, en este punto, las llamadas “expediciones de pesca” (*fishing expeditions*), es decir, la búsqueda no específica, o de excesiva amplitud, de información que probablemente sea de escaso interés para las partes en el procedimiento. En consecuencia, la solicitud de exhibición no debe considerarse proporcionada cuando se refiera a la exhibición genérica de documentos incluidos en el expediente de una autoridad de competencia en relación con un determinado asunto, o la divulgación genérica de documentos presentados por una parte en el contexto de un asunto determinado (Considerando 23 de la Directiva 2014/104/UE).

<sup>1395</sup> Acerca de los programas de clemencia y su estrecha relación con la exhibición de pruebas, vid. apartado IV.3.7 de este mismo capítulo.

<sup>1396</sup> La propia Directiva de daños, en su Considerando 33, ya contempla, sobre el particular, lo siguiente: “*En la medida en que afecte a las partes en el procedimiento, el riesgo de que se inferan conclusiones adversas de los procesos por daños y perjuicios puede ser una sanción especialmente eficaz y contribuir a evitar dilaciones. Asimismo, se debe sancionar el*



Llegados a este punto, resulta obligado señalar que el texto articulado de la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre, como ya se ha avanzado en el Capítulo III de esta investigación, en coherencia con sus Considerandos 13 a 33, ha dedicado a la exhibición de pruebas, concretamente, sus artículos 5 (exhibición de pruebas), 6 (exhibición de pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de competencia), 7 (límites impuestos al uso de las pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de competencia) y 8 (sanciones).

Ante el panorama derivado de los considerandos y texto articulado de la Directiva, el legislador español, en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, ya nos avanza, en su apartado III, que:

*“... respecto a las disposiciones de la directiva para facilitar la prueba en los procedimientos por daños resultantes de la violación de las normas sobre competencia, el objetivo principal de la modificación introducida por el artículo cuarto de este Real Decreto-ley en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, es la consecución de una mejor tutela de los derechos de los justiciables en este campo. A tal fin, dicho artículo séptimo introduce una regulación sobre el acceso a las fuentes de prueba en la Ley 1/2000, de 7 de enero, mediante una nueva Sección 1ª bis (“Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia”), dentro del Capítulo V (“De la prueba: disposiciones generales”) del Título I (“De las disposiciones comunes a los procesos declarativos”), en la que se determinan, entre otros extremos, los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba, un elenco ejemplificativo de posibles medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de las obstrucción a su práctica, siempre moduladas por el principio de proporcionalidad.*

*Con todo ello se da carta de naturaleza legal a la noción de fuente de prueba, a través de la cual se alude a todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno. A través de la nueva regulación se permite que los justiciables en el campo del Derecho de la competencia tengan conocimiento de los elementos que les servirán para tratar de formar la convicción judicial conforme a las reglas ordinarias en materia de proposición y práctica de la prueba; ahora bien, y precisamente, por ello,*

---

*incumplimiento de la obligación de proteger información confidencial y el uso abusivo de la información obtenida a través de la exhibición. Del mismo modo, deben imponerse sanciones si en los procesos por daños y perjuicios se usa de forma abusiva la información obtenida a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia”.*

*el acceso a fuentes de prueba no exime al litigante de la carga de proponer en tiempo y forma la práctica del medio de prueba pertinente.*

*El Real Decreto-ley se refiere también y de forma específica al acceso a fuentes de prueba que se encuentren en poder de las administraciones y entidades de derecho público previendo, para este último caso, la imposibilidad de acceso a la documentación o material de carácter reservado o secreto.*

*Con el objetivo de asegurar la efectiva realización del acceso, y frente a supuestos de obstrucción a dicho acceso, la norma recoge una serie de consecuencias sobre los efectos de prueba en el proceso en cuestión, dejando a salvo la responsabilidad penal en que pudiera incurrir quien así actuara[...].”*

Concretamente, en función del número tres del artículo cuarto del Real Decreto-Ley 9/2017, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, en el sentido de introducir una nueva Sección 1ª bis del Capítulo V del Título I del Libro II, bajo la rúbrica “*Del acceso a fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia*”<sup>1397</sup>. Al referirnos a esta nueva Sección 1ª bis -art. 283 bis, letras a) hasta k)-, pudiera pensarse que, en realidad, se trata de un único precepto con múltiples apartados<sup>1398</sup>. Sin embargo, visto su farragoso contenido, así como sus diferentes rúbricas, más bien parece oportuno concluir que estamos ante una decena de preceptos, relativos a la exhibición de fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia, relacionados entre sí, pero con sustantividad propia<sup>1399</sup>.

<sup>1397</sup> Téngase en cuenta que la disposición adicional primera del citado Real Decreto-Ley establece que, las disposiciones contenidas en su artículo cuarto serán de aplicación a los casos en que el ejercicio de las acciones de daños corresponda realizarlo en territorio español, con independencia de que la infracción del Derecho de la competencia hubiera sido declarada por la Comisión Europea o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o por una autoridad de competencia u órgano jurisdiccional español o de otro Estado miembro de la Unión Europea.

<sup>1398</sup> HERRERA PETRUS, C. *La medida de acceso a fuentes de prueba en la nueva acción de reclamación por ilícitos antitrust*, ob. cit., pág. 411.

<sup>1399</sup> Acerca de su inadecuada ubicación sistemática, tanto por incorporarse acto seguido del art. 283 LEC, relativo a la impertinencia o inutilidad probatoria, así como por residenciarlo dentro del Capítulo V, sobre disposiciones generales sobre la prueba, en tanto que el art. 283 bis solo viene referido a su aplicación para con los procedimientos de reclamación de daños causados por infracciones del Derecho de la competencia, véase, por todos: FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo art. 283 bis LEC)*, en Diario La Ley, núm. 9052, 2017, págs. 7-8, quien sugiere la conveniencia de haber contemplado el acceso a las fuentes de prueba tras el art. 328 LEC, referido al deber

A continuación, centraremos nuestra atención en el examen particularizado de todos y cada uno de los apartados del art. 283 bis LEC. Ciertamente, todos ellos, en su conjunto, con más o menos acierto, están orientados a solventar aquellas situaciones en las que el demandante se encuentra impedido a acceder al detalle de las pruebas esenciales que sirvieran para corroborar su pretensión, mostrando el demandado un “especial interés” en ocultarlas a los perjudicados por el ilícito concurrencial, toda vez que de ello se hace depender el éxito de la reclamación indemnizatoria<sup>1400</sup>.

Con carácter previo a abordar el nuevo régimen sobre las medidas de acceso a las fuentes de prueba, convendría dejar claro que por más que nuestro legislador haya pretendido emular el procedimiento de *discovery* estadounidense con la introducción de esta institución (del todo ajena y extraña a nuestra tradición procesal); es lo cierto que finalmente parece haberse quedado en la previsión de un conjunto de reglas por las que se ordena el **acceso y exhibición del material fáctico** sobre el que descansa la controversia (fuentes de prueba). En consecuencia, la adopción de medidas de acceso a las fuentes de prueba no supone, en verdad, la incorporación del sistema del *discovery* estadounidense en nuestra LEC, así como tampoco un aval para las *fishing expeditions*<sup>1401</sup>.

Como bien ha señalado HERRERA PETRUS<sup>1402</sup>, nuestro legislador no ha apostado por introducir una especie de “*discovery a la americana*”, sino más

---

de exhibición documental entre partes e, incluso, tras la regulación de las diligencias preliminares.

<sup>1400</sup> Se observa así, como bien ha calificado FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo art. 283 bis LEC)*, ob. cit., pág. 7, una clara posición de desventaja, o asimetría de información, entre las grandes empresas y determinados *stakeholders* y grupos de interés (clientes, proveedores y consumidores). En idénticos términos se ha expresado BROKELMANN, H. “*La responsabilidad civil por infracción de las normas de la competencia*”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales*, ob. cit., pág. 110.

<sup>1401</sup> VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, ob. cit., pág. 50.

<sup>1402</sup> HERRERA PETRUS, C. “*Discovery*”, en *Conclusiones sobre la Directiva de daños*, ICAB, Barcelona, 2017, págs. 11 y ss. En idéntico sentido también se pronuncia SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “*El acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por*

bien se ha limitado a incorporar un conjunto de reglas de exhibición, más cercanas a la figura del *disclosure* del proceso civil estadounidense, con las que se pretende mejorar la pericia probatoria de la parte “débil” del proceso, contrarrestando las asimetrías que existen entre los litigantes respecto al conocimiento, manejo y obtención de información<sup>1403</sup>. Ello es así, porque una “importación” del sistema americano de *discovery* implicaría una reforma sustancial tanto de la LEC como de nuestra carta magna de 1978 (rebaja del nivel de protección de la privacidad).

Además, lo anterior comportaría descuidar la configuración de nuestro proceso civil. Mientras que el proceso civil estadounidense se estructura en dos etapas totalmente separadas: una de “*pre-trial phase*” en la que, de modo más informal, las partes, con carácter previo a la celebración del juicio, intentan poner fin anticipadamente a la controversia o bien, de no ser esto posible, fijan los hechos controvertidos y recaban el material probatorio con la ayuda de las reglas de *discovery*; y otra, de “*trial phase*”, donde se desarrolla el juicio *stricto sensu* ante el Jurado (o en su defecto, ante un juez técnico); en el caso de los ordenamientos procesales de *civil law*, el enjuiciamiento civil no aparece

---

*infracción del Derecho de la competencia en España*”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea y España*, ob. cit., págs. 314-315.

<sup>1403</sup> La figura del *disclosure* hace referencia a un conjunto de actos procesales mediante los cuales las partes litigantes quedan, por imperativo legal, obligadas a facilitar e intercambiar información entre sí para la mejor delimitación de sus posiciones en un determinado procedimiento judicial. Su función, por excelencia, estriba en poder perfilar tanto la posición propia como aquélla que corresponde de contrario; siendo lo cierto que el *disclosure* no se dirige a obtener documentos o materiales que pudieren ser admisibles en juicio – como sí lo hace el *discovery* –, sino a identificar los hechos litigiosos que deberán ser objeto de prueba (FREUND, F. *The pleading and pre-trial of an antitrust claim*, ob. cit., págs. 559-560). Por el contrario, la institución del *discovery* comprende todo un conjunto de medidas y actos procesales de parte, en su mayoría promovidos por el actor, dirigidos a la obtención de información que razonablemente pueda conducir a encontrar e identificar evidencias – documentales, testificales, sensoriales, etc –, que posteriormente serán aportadas como medios de prueba en la etapa de juicio. (CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, ob. cit., págs. 647 y ss.). Acerca de la diferencia entre el acceso a las fuentes de prueba que se hallen en poder de la contraparte o de un tercero y el *discovery*, véase: CORDÓN MORENO, F. *La reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia. Innovaciones en materia probatoria y, en especial, la regulación del acceso a fuentes de prueba*, GA-P: Gómez Acebo & Pombo Análisis, 2017, pág. 5.

escindido, sino que se diseña mediante el seguimiento lineal de diferentes etapas procesales donde se combinan los principios de oralidad y escritura<sup>1404</sup>.

De ahí, precisamente, que lejos de poder hablar en los arts. 283 bis a) a k) LEC de un genuino modelo de *discovery*; lo hagamos de “algunas píldoras” de éste que, con limitaciones razonables, bien pudieran resultar útiles, como así acontece en el ámbito del ejercicio de las acciones de daños derivadas de los ilícitos *antitrust*, en cuanto permite la aplicación del *disclosure*, esto es, como previsión, en supuestos específicos, de determinadas obligaciones de aportación de fuentes de prueba que resulten, para ambas partes, fundamentales para esclarecer el objeto litigioso<sup>1405</sup>.

Con todo, como ya hemos avanzado al examinar en un apartado precedente de la investigación las diligencias preliminares<sup>1406</sup>, de tener presente las dificultades que se derivan de “injertar” dentro de nuestro ordenamiento jurídico una institución del todo ajena al ámbito del *civil law*, quizás hubiere resultado menos complejo contemplar una regulación más detallada de las diligencias preliminares que fuera, en este caso, específica para las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetenciales; flexibilizar la interpretación de los artículos referidos a la prueba anticipada y aseguramiento de prueba, al deber de exhibición documental, o de las propias medidas cautelares una vez incoado el proceso; y, por último, contemplar el acceso a las fuentes de prueba en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de

---

<sup>1404</sup> De igual forma, como han señalado GUAL GRAU, C. *Breves apuntes sobre el discovery*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm. 29, 2011, págs. 114 y ss., y HERRERA PETRUS, C. *La medida de acceso a fuentes de prueba en la nueva acción de reclamación por ilícitos antitrust*, *ob. cit.*, págs. 415-416; mientras que en el modelo estadounidense el pleito se inicia con escritos meramente esquemáticos y se admite casi cualquier solicitud de información que presente una razonable conexión con la causa meramente esbozada, sin que opere un parámetro rígido de pertinencia o relevancia, pues no hay un objeto procesal definido; en el caso español los procesos se inician mediante escritos de alegaciones amplios que delimitan desde el primer momento la *res iudicanda* y, por extensión, los hechos controvertidos fijan el parámetro de relevancia y pertinencia en que el juez habrá de fundarse para decidir sobre la admisión de la medida de acceso a fuentes de prueba (excepto en el caso de solicitud previa a la demanda).

<sup>1405</sup> HERRERA PETRUS, C. “*Discovery*”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, *ob. cit.*, págs. 11 y ss.; RIVERA GARCÍA, C. “*Discovery*”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de daños*, ICAB, Barcelona, 2017, pág. 13.

<sup>1406</sup> Vid. apartado IV.3.3 de este mismo capítulo.

la competencia, con previsión de su solicitud con la demanda o durante la pendency del proceso, si bien de forma más tímida. Solo constatado su éxito, pudiera tener sentido generalizar dicho acceso y extrapolarlo, si procediere, en un futuro, como regla general, a nuestro sistema de enjuiciamiento civil.

Tras este preámbulo, absolutamente necesario, procedemos a iniciar el análisis de la regulación sobre exhibición de fuentes de prueba que, mediante la normativa de transposición de la Directiva de daños, ha incorporado nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil.

**El art. 283 bis a) LEC, relativo a la exhibición de las pruebas en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia, nos dice lo siguiente:**

*“1. Previa solicitud de una parte demandante que haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia, el tribunal podrá ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder, a reserva de las condiciones establecidas en la presente sección. El tribunal también podrá ordenar a la parte demandante o un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado.*

*Esta solicitud podrá hacer referencia, entre otros, a los siguientes datos:*

- a) La identidad y direcciones de los presuntos infractores.*
- b) Las conductas y prácticas que hubieran sido constitutivas de la presunta infracción.*
- c) La identificación y el volumen de los productos y servicios afectados.*
- d) La identidad y direcciones de los compradores directos e indirectos de los productos y servicios afectados.*
- e) Los precios aplicados sucesivamente a los productos y servicios afectados, desde la primera transmisión hasta la puesta a disposición de los consumidores o usuarios finales.*

*f) La identidad del grupo de afectados.*

*El presente apartado se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los tribunales españoles que derivan del Reglamento (CE) n.º 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.*

*2. El tribunal podrá ordenar la exhibición de piezas específicas de prueba o de categorías pertinentes de pruebas, lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada.*

*3. El tribunal limitará la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado. A la hora de determinar si la exhibición solicitada por una parte es proporcionada, el tribunal tomará en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados. En particular, tendrá en cuenta:*

*a) la medida en que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas;*

*b) el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas, especialmente para cualquier tercero afectado, también para evitar las búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento;*

*c) el hecho de que las pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial”.*

En atención a este precepto, que no puede desligarse de lo previsto en el art. 72.1 LDC (“Cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener el pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria”) están **legitimados para solicitar la exhibición de fuentes de prueba** en los procedimientos de reclamación de daños derivados de infracciones de Derecho de la competencia, tanto la parte actora (“previa solicitud de la parte demandante”), como el demandado (“el tribunal podrá ordenar a la parte actora o a un tercero la exhibición, a petición del demandado”).

Si bien las medidas de acceso a las fuentes de prueba parecen estar diseñadas para corregir las desventajas de conocimiento e información a las que se ven expuestos la mayoría de los sujetos que resultan afectados por las actuaciones anticompetitivas (en este sentido, es frecuente que el actor, en el momento de interponer la demanda, únicamente tenga a su disposición el contenido de la resolución de la autoridad de competencia en la que se constata una infracción de la competencia, así como la evidencia que de ella se deriva una pérdida económica en su esfera patrimonial); lo cierto es que el art. 283 bis LEC también puede ser un mecanismo de gran utilidad para los agentes infractores en orden a recabar los elementos de prueba necesarios para acreditar la existencia de la repercusión del sobrecoste<sup>1407</sup>, o bien para desvirtuar la presunción del *passing-on* del comprador indirecto prevista en el art. 79.2 LDC<sup>1408</sup>.

Por lo que respecta al momento para solicitar las medidas de acceso a fuentes de prueba, el art. 283 bis e) dispone, de forma similar a lo previsto en las reglas de *discovery* estadounidenses (cuya actividad puede tener lugar tanto después de la interposición de la demanda, como en un momento previo si resulta indispensable para el demandante, pero siempre con anterioridad al acto de juicio), que podrán solicitarse medidas de acceso a las fuentes de prueba “antes de la incoación del proceso, en la propia demanda o durante la

---

<sup>1407</sup> SUDEROW, J. *Comentario a la primera sentencia relativa a una acción follow on contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 de diciembre de 2017, ob. cit., págs. 3-4.*

<sup>1408</sup> PASTOR MARTÍNEZ, E. “Cuestiones sobre el acceso a las fuentes de prueba: la perspectiva judicial”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., pág. 206. En este sentido, puede consultarse el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra, de 26 de julio de 2019 (JUR 2019/268040) en el que, con gran precisión jurídica, se desestima la solicitud de medidas de acceso a las fuentes de prueba propuestas por la empresa demandada, por entender que el demandado con dicha petición no persigue un verdadero acceso a datos fácticos relevantes, sino que más bien pretende desacreditar, en un momento procesal no indicado para ello, los dictámenes periciales presentados por el perjudicado en su demanda: “lo que aquí solicita Daimler no es realmente el acceso a una fuente de prueba para poder introducir en el proceso determinados datos fácticos relevantes, sino que lo que pretende es que la demandada facilite las bases de datos usadas por sus peritos, para que los de Daimler puedan criticar su informe y, además, para que puedan realizar más fácilmente su trabajo. Es como si, en el caso de un análisis químico de agua realizado por un biólogo a instancia de una parte, la parte contraria pretendiese que realizase también ese análisis para ella, con el objeto de que su perito lo criticase, y que le facilitase además los estudios estadísticos o artículos doctrinales que tuvo en cuenta para elaborar sus conclusiones, con objeto de facilitar la labor de su perito”.



pendencia del proceso”. En consecuencia, la referencia al demandante de la letra a) debe entenderse aplicable también a quién todavía no ha interpuesto la demanda y pretende acceder a las fuentes de prueba para así mejor “prepararse” para su posterior interposición<sup>1409</sup>.

La solicitud podrá dirigirse tanto al demandado (o persona o personas frente a las cuales el futuro e hipotético actor tuviese la intención de dirigir la demanda)<sup>1410</sup>, como a un tercero, que puede ser cualquier persona física o jurídica, pero también a las “autoridades públicas”. A petición del demandado el requerimiento de exhibición de fuentes de prueba también podrá alcanzar al actor o a un tercero<sup>1411</sup>.

La solicitud de las medidas de acceso a las fuentes de prueba deberá ir acompañada de una “**motivación razonada**” en la que se expongan aquellos hechos o pruebas a los que tenga acceso razonablemente el solicitante, siempre que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de

---

<sup>1409</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “Aspectos procesales I: Acceso a las fuentes de prueba”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 81; SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “El acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia en España”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea y España*, ob. cit., págs. 327-328.

<sup>1410</sup> Ello debiera quedar limitado a aquellos casos en que ya se hubiere presentado la demanda (FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo art. 283 bis LEC)*, ob. cit., pág. 33 (cita 49).

<sup>1411</sup> Esta posibilidad ha sido calificada, por algunos, como un medio para favorecer, en todo momento, la igualdad entre las partes (DOMÍNGUEZ RUIZ, S. *La exhibición de pruebas en la Directiva 2014/104/UE, sobre reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia, y su transposición al ordenamiento español*, Revista General de Derecho Procesal, núm. 41, 2017, págs. 1 y ss.; HERRERA PETRUS, C. *La medida de acceso a fuentes de prueba en la nueva acción de reclamación por ilícitos antitrust*, ob. cit., pág. 412; SÁNCHEZ RIVERA, P. “Obtención de fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción de derecho de la competencia”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigida por Beneyto Pérez y Maíllo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019, pág. 771). Y, desde luego, es especialmente útil en aquellos casos en que el demandado pretende hacer valer su defensa *passing on* (CANTOS, F., CARRERA, E. y GONZALO, P. *La aplicación privada del Derecho de la competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita*, ob. cit., pág. 38; RIVERA GARCÍA, C. “Discovery”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ob. cit., pág. 14; SANCHO GIMENO, S. y GAY QUINZÁS, I. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aspectos procesales*, ob. cit., pág. 8; y VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España*, ob. cit., pág. 50).

acciones por daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia<sup>1412</sup>. En este sentido, la Propuesta de Ley de Transposición, finalmente no plasmada en el actual art. 283 bis a) LEC, contemplaba, con una redacción mucho más concreta, que el solicitante debía justificar no solo que el acceso a las fuentes de prueba era necesario para la ulterior proposición de medios de prueba pertinentes y útiles, sino también que no estaba en condiciones de acceder a tales fuentes *per se* y sin el auxilio de la autoridad judicial (de hecho, el solicitante de las medidas de acceso a las fuentes de prueba venía obligado a aportar, junto a su propia petición, un principio de prueba de su pretensión o defensa). En cualquier caso, con seguimiento de la llamada teoría del “esfuerzo argumentativo”<sup>1413</sup>, bien puede concluirse que será necesario explicitar, tanto para el demandante como para el demandado, los hechos y argumentos que sustenten la concreta petición de la parte solicitante, así como un principio de prueba (no necesariamente documental) acerca de la viabilidad del ejercicio de la acción de reclamación de daños<sup>1414</sup>.

El propio art. 283 bis a) 1 LEC señala a, continuación, que esta solicitud podrá hacer referencia, entre otros, a los siguientes datos: la identidad y direcciones de los presuntos infractores; las conductas y prácticas que hubieran sido constitutivas de la presunta infracción; la identificación y el volumen de los productos y servicios afectados; la identidad y direcciones de los compradores directos o indirectos de los productos y servicios afectados; los precios aplicados sucesivamente a los productos y servicios afectados, desde la primera transmisión hasta la puesta a disposición de los consumidores o usuarios finales; y la identidad del grupo de afectados. Este listado abierto, en todo caso, no parece que deba referirse al contenido propio de la solicitud; sino

---

<sup>1412</sup> Ello puede entenderse como una especie de “*fumus boni iuris*” (PASTOR MARTÍNEZ, E. “*Cuestiones sobre el acceso a las fuentes de prueba: la perspectiva judicial*”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, *ob. cit.*, pág. 202).

<sup>1413</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 253/2016, de 18 de abril (RJ 2016/134).

<sup>1414</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “*Aspectos procesales I: Acceso a las fuentes de prueba*”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, *ob. cit.*, págs. 84-85.

más bien, antes, al contrario, a la identificación de su propio objeto, que no es otro que el conocimiento de esa misma información<sup>1415</sup>.

El apartado segundo del art. 283 bis a) LEC, señala que el órgano jurisdiccional podrá ordenar la exhibición de piezas específicas de prueba o de categorías pendientes de pruebas, lo más limitadas y acotadas como sea posible, atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada antes referida. La extraña terminología empleada al respecto por nuestro legislador ha obligado, de nuevo, a recuperar aquella tradicional distinción doctrinal entre fuente y medio de prueba.

En esta dirección resultan sumamente clarificadoras las precisiones conceptuales esbozadas por MONTERO AROCA<sup>1416</sup>, para quien la fuente de prueba debe definirse como aquel concepto extrajurídico, metajurídico o a-jurídico que se corresponde con una realidad anterior al propio proceso y ajena al mismo, que puede materializarse o no, llegado el caso, en un medio de prueba, y a la que acceden las partes mediante un actividad de investigación; mientras que cuando se alude a los medios de prueba, los cuales no pueden existir si previamente no existe la fuente, se emplea para referirse a un concepto procesal que se realiza en el propio proceso, pues sin proceso judicial no puede existir medio de prueba. Así las cosas, cuando nuestro legislador hace referencia a “*piezas específicas de prueba*” o “*categorías pendientes de prueba*”, lo hace, con escasa claridad técnica, a las fuentes de prueba, en el bien entendido que éstas, en todo caso, no liberan a la parte

---

<sup>1415</sup> En esta línea interpretativa, entre otros, véanse: DE CASTRO, J. M. *Novedades en materia de defensa de la competencia*, Diario La Ley, núm. 920, 2017, págs. 6 y ss.; y MARTORELL ZULUETA, P. “*Aspectos procesales I: Acceso a las fuentes de prueba*”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., págs. 88-89. Desde un punto de vista jurisprudencial, sirvan de ejemplo, por todos, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 21 de mayo de 2018 (JUR 2018/165489); el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 9 de julio de 2018 (JUR 2018/272146); el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 7 de diciembre de 2018 (JUR 2019/27939); el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia núm. 338/2019, de 14 de junio (2019/217058); y el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra, de 26 de julio de 2019 (JUR 2019/268040).

<sup>1416</sup> MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, Thomson Reuters, Navarra, 2017, 7ª ed., págs. 133 y ss.

solicitante de la posterior carga de proponer, en el momento procesal oportuno, los medios de prueba pertinentes y útiles para su defensa<sup>1417</sup>.

Aun cuando nada se indica en la Sección 1ª bis LEC respecto a cuál debiera ser el **objeto de las medidas de acceso a las fuentes de prueba**, debe remarcarse el alcance limitado que el legislador ha dado a esta reciente institución. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado primero del art. 283 bis a) LEC, junto a la utilización del término “*exhibir*” se exponen, a título meramente enunciativo, un listado con los “*datos*” que pueden contener las medidas de acceso a las fuentes de prueba. Ello parece indicar que el objeto de dichas medidas queda limitado a los elementos fácticos que, de uno u otro modo, puedan recogerse en soporte documental, excluyéndose las fuentes de prueba de cualquier otra naturaleza (pericial, testifical, examen ocular, etc.)<sup>1418</sup>.

La finalidad propia de esta institución no es otra que dotar a la parte que lo requiera de las herramientas necesarias para identificar y, en su caso, acceder a aquellas fuentes de prueba que escapan de su esfera de control, con tal de recopilar las evidencias fácticas indispensables que fundamenten su pretensión. Ahora bien, el hecho de que no sea posible mediante tales medidas la práctica de interrogatorios o la valoración de terceros expertos, incluso en la propia celebración de la vista en la que se resuelven dichas medidas, no impide que los datos contenidos en tales fuentes documentales sí puedan emplearse para recopilar información que sirva de base para la construcción de

---

<sup>1417</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “*Aspectos procesales I: Acceso a las fuentes de prueba*”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 94. Respecto a la distinción, desde una vertiente jurisprudencial, entre medios, fuentes y práctica de prueba puede consultarse el reciente y esclarecedor AAP de Lleida (Sección 2ª) núm. 62/2020, de 12 de marzo (JUR 2020/158254).

<sup>1418</sup> Una vez más, el sistema de acceso a las fuentes de prueba que ha sido recientemente incorporado en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil parece estar más próximo, en cuanto a su puesta en práctica, a las reglas de *disclosure* estadounidenses (limitadas al intercambio de datos y demás material fáctico recogido, con carácter general, en soporte documental) que al proceso de *discovery*, donde es común que las partes en conflicto no sólo se requieran información documental (en su mayoría de naturaleza contable), sino que también efectúen la práctica de interrogatorios de parte o de terceros, ya sean de carácter probatorio (*depositions*) o bien meramente indagatorio (*interrogatories*), soliciten copia o reproducción de información registrada a través de medios electrónicos, o bien procedan a la inspección ocular de objetos, personas y espacios físicos (*physical and mental examinations*). Sobre este particular, vid. *supra* Cap. II.4.3.6.

la prueba (vgr. elaboración de los dictámenes técnicos o la identificación de testigos)<sup>1419</sup>. En todo caso, las evidencias fácticas que se han obtenido a través de las medidas de acceso del art. 283 bis LEC, aun cuando tampoco lo especifique nuestro legislador, carecerán por sí mismas de cualquier efecto probatorio si no son posteriormente introducidas en el proceso a través del medio de prueba que resulte adecuado a la naturaleza de la evidencia<sup>1420</sup>.

El órgano jurisdiccional podrá ordenar dicha exhibición de forma “limitada y acotada” -art. 283 bis a) 2 LEC-, en tanto que viene impelido a limitarlas a aquello que sea “proporcionado” -art. 283 bis a) 3 LEC-. La lectura e interpretación armónica de ambos apartados del art. 283 bis a) LEC nos permite, como bien ha señalado MARTORELL ZULUETA<sup>1421</sup>, deducir los principios que, respecto al acceso a las fuentes de prueba, ha venido a consagrar nuestra normativa de transposición de 2017 en relación a la Directiva de daños: iniciativa de parte e interés legítimo; audiencia, facilidad y disponibilidad probatorias; prohibición de búsquedas indiscriminadas o “expediciones de pesca”; pertinencia y relevancia, proporcionalidad y respeto de la confidencialidad.

---

<sup>1419</sup> PASTOR MARTÍNEZ, E. “Cuestiones sobre el acceso a las fuentes de prueba: la perspectiva judicial”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., pág. 209.

<sup>1420</sup> MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pág. 138. La confusión que puede existir en torno a la proposición y práctica de los medios de prueba con la solicitud y admisión de las medidas de acceso a las fuentes de prueba también es puesta de manifiesto en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 7 diciembre de 2018 (JUR 2019/27939): “la medida solicitada no estriba en el acceso a una fuente de prueba concreta, sino a la práctica de un medio de prueba, en concreto la elaboración de un dictamen pericial a cargo y costa del propio solicitante. Por eso es una petición inidónea a los efectos del art. 283 bis LEC. Es cierto que la redacción del art. 283 bis a LEC, cuando alude a la “exhibición de las pruebas”, es un tanto ambigua, como también puede serlo en algún extremo la propia Directiva de daños. Pero este solo es un proceso de averiguación y preparación de una eventual acción follow on posterior (incluso si lo fuera coetánea a la solicitud de averiguación o acceso), que persigue salvar las asimetrías informativas de las partes sobre las características de la infracción de que se trate. Por eso, para el caso de una petición razonada, proporcional, limitada y subsidiaria, lo que puede obtener el solicitante es que el solicitado venga obligado a la “exhibición” de determinadas categorías de prueba, entendidas como fuentes de prueba y no como medios de prueba”.

<sup>1421</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “Aspectos procesales I: Acceso a las fuentes de prueba”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., págs. 95-97.

Centrando nuestra atención en el principio de proporcionalidad<sup>1422</sup>, referido de forma expresa en el apartado tercero del art. 283 bis a) LEC, resulta obligado concretar cómo el órgano jurisdiccional pueda determinar si la exhibición solicitada por una parte resulta proporcionada. Para ello, deberá partir de una máxima general, coherente con el principio de igualdad de armas y oportunidades procesales, consistente en *“tomar en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados”*. Más concretamente, el órgano jurisdiccional deberá ponderar en qué medida la reclamación o defensa está respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la exhibición de pruebas; el alcance y el coste de la exhibición de las mismas, especialmente para cualquier tercero afectado, pero también para evitar las búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento<sup>1423</sup>; y el hecho de que las pruebas, cuya exhibición se pida, incluyan información confidencial, especialmente en relación con terceros -art. 283 bis b) LEC-, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial -art. 283 bis k) LEC-.

Las **reglas sobre confidencialidad**, en concreto, se han recogido en el art. 283 bis b) LEC:

*“1. El tribunal podrá ordenar la exhibición de las pruebas que contengan información confidencial cuando lo considere pertinente en casos de acciones por daños. El tribunal, cuando ordene exhibir esa información y lo considere oportuno, adoptará las medidas necesarias para proteger la confidencialidad, en los términos previstos en este artículo.*

---

<sup>1422</sup> Principio éste, el de proporcionalidad, integrado, a su vez, por tres principios de aplicación sucesiva: el principio de adecuación o juicio de idoneidad, el principio de intervención mínima o juicio de necesidad, y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que implica que la medida sea siempre ponderada y equilibrada, en tanto que de ella puedan derivarse más beneficios para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto [vgr. STC (Sala Primera) núm. 89/2006, de 27 de marzo (RTC 2006/89)]. Para un análisis exhaustivo sobre cada uno de estos principios en el marco de las medidas previstas por el art. 283 bis LEC, vid., por todos, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 14 de junio de 2019 (JUR 2019/217058).

<sup>1423</sup> Se pretende evitar, así, peticiones de exhibición con una exclusiva finalidad de “tanteo” que pudieran acarrear cargas innecesarias, así como riesgo de abusos [FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo art. 283 bis LEC)*, ob. cit., pág. 17].

2. *El interés de las empresas en evitar acciones por daños a raíz de una infracción del Derecho de la competencia no constituirá un interés que justifique protección.*

3. *Cuando ordene la exhibición de las pruebas el tribunal dará pleno efecto a las reglas de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente que resulten aplicables, así como a las reglas sobre deber de guardar secreto.*

4. *El tribunal tendrá en cuenta si la fuente de prueba a la que pretende accederse incluye información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial.*

5. *Cuando lo considere necesario, a la luz de las circunstancias del caso concreto, el tribunal podrá ordenar el acceso del solicitante a fuentes de prueba que contengan información confidencial, tomando en todo caso medidas eficaces para protegerla.*

*A estos efectos, el tribunal podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas:*

1.<sup>a</sup> *Disociar pasajes sensibles en documentos o en otros soportes.*

2.<sup>a</sup> *Realizar audiencias a puerta cerrada o restringir el acceso a las mismas.*

3.<sup>a</sup> *Limitar las personas a las que se permite examinar las pruebas.*

4.<sup>a</sup> *Encargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial.*

5.<sup>a</sup> *Redactar una versión no confidencial de una resolución judicial en la que se hayan suprimido pasajes que contengan datos confidenciales.*

6.<sup>a</sup> *Limitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a obligación de confidencialidad”.*

En aquellos casos, no inhabituales, en los que una fuente de prueba puede incluir información “confidencial”, el órgano jurisdiccional debe ponderar, para ordenar la exhibición de las fuentes de prueba, qué información confidencial incluye (en especial respecto a terceros) y si existen disposiciones que protejan

dicha confidencialidad. Nuestro legislador, en estas situaciones, no ha prohibido que pueda ordenarse la exhibición de fuentes de prueba que incorporen información confidencial. Antes al contrario, la permite siempre y cuando que el órgano jurisdiccional, en aplicación de una ponderación proporcionada, la estime pertinente en casos de acciones de daños<sup>1424</sup>. Siendo así, el órgano jurisdiccional procederá a adoptar todas aquellas medidas que estime necesarias en orden a la protección de la confidencialidad. Todo ello teniendo presente, de una parte, que el mero interés de una empresa en evitar una acción por daños derivada de un ilícito *antitrust* no justificará dicha protección; y, de otra, que, cuando se ordene la exhibición de las fuentes de prueba, el órgano jurisdiccional deberá dar pleno efecto a las reglas de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente que resulten aplicables, así como a aquellas otras relativas al deber de guardar secreto.

Por lo que hace referencia a este último extremo, es decir, las comunicaciones entre abogado y cliente, el art. 283 bis b) 3 LEC indica que dicha cuestión debe ponerse en estrecha relación con el denominado derecho al secreto profesional del abogado (*attorney client privilege*), en cuanto integrante de nuestro modelo constitucional de juicio justo (art. 24.2 CE), así como del derecho a un proceso equitativo de acuerdo con lo señalado en el art. 6 CEDH.

En consecuencia, bien puede decirse que el art. 283 bis b) 3 LEC, como ha señalado FERRÁNDIZ AVENDAÑO<sup>1425</sup>, garantiza la prevalencia del derecho a no declarar contra sí mismo sobre la consecución de una tutela judicial más eficaz en el ámbito de los ilícitos concurrenciales. Este derecho, recogido expresamente en el art. 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española, adquiere carta de naturaleza en determinadas situaciones vinculadas con la protección del Derecho de la competencia (en este sentido, pueden consultarse

---

<sup>1424</sup> CORDÓN MORENO, F. *La reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia. Innovaciones en materia probatoria y, en especial, la regulación del acceso a las fuentes de prueba*, ob. cit., pág. 5.

<sup>1425</sup> FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo art. 283 bis LEC)*, ob. cit., págs. 25-26. Acerca de las comunicaciones entre abogado y cliente, véase, por ejemplo, la STJUE (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, asunto C-550/07 P (Akzo Nobel Chemicals *et alii*/Comisión Europea).



el art. 43 LDC, así como el art. 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

Dejando a salvo lo anterior, en el caso en que el órgano jurisdiccional, en función de la valoración de las circunstancias particulares que lo acompañan, ordene el acceso del solicitante a las fuentes de prueba que contengan información confidencial, como se ha avanzado, será necesario que adopte medidas eficaces en orden a su protección. El propio art. 283 bis b), apartado 5, en lo que constituye una manifestación de *numerus apertus*, dispone a tal efecto que, entre otras cautelas, podrá adoptar las siguientes medidas: disociar pasajes sensibles en documentos o en otros soportes; realizar audiencias a puerta cerrada o restringir el acceso a las mismas; limitar las personas a las que se permite el examen de las fuentes de prueba; encargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información en una forma agregada y no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial; redactar una versión no confidencial de una resolución judicial en la que se hayan suprimido pasajes que contengan dichos datos; o limitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a la obligación de confidencialidad<sup>1426</sup>.

Como es fácil pensar, la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba generará una serie de costes, los cuales correrán a cargo del solicitante. Éste, además, deberá responder de los daños y perjuicios que puedan derivarse de una utilización indebida de dichas medidas. En coherencia con lo que se acaba de expresar, el sujeto obligado a cumplir con una medida de acceso a una fuente de prueba podrá, igualmente, requerir al órgano jurisdiccional que el solicitante preste una **caución suficiente** para que, llegado el caso, le permita responder de tales gastos, así como de los daños y perjuicios que pudieren irrogarse.

---

<sup>1426</sup> PASTOR MARTÍNEZ, E. "Cuestiones sobre el acceso a las fuentes de prueba: la perspectiva judicial", en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., págs. 210 y ss.

La caución, no obstante, solo será acordada a instancia de la parte de quien se interesa la medida<sup>1427</sup>. Corresponderá al órgano jurisdiccional la determinación de su importe, el cual podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado tercero del art. 529 LEC. En todo caso, no podrá exigirse una caución que, por su inadecuación, impida el ejercicio de las facultades que incorpora la nueva Sección 1ª bis del Capítulo V del Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>1428</sup>. De hecho, la previsión normativa que refiere y detalla estos extremos se corresponde con el art. 283 bis c) LEC, relativo a los **gastos y caución**:

*“1. Los gastos que ocasione la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba serán a cargo del solicitante. El solicitante responderá también de los daños y perjuicios que pueda causar a resultas de una utilización indebida de aquéllas.*

*2. La persona de quien se interese una medida de acceso a fuentes de prueba podrá pedir al tribunal que el solicitante preste caución suficiente para responder de los gastos, así como de los daños y perjuicios que se le pudieran irrogar. El tribunal accederá o no a esta petición y, en su caso, determinará el importe de la caución. La caución podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de esta ley.*

*3. No podrá exigirse una caución que por su inadecuación impida el ejercicio de las facultades previstas en esta sección”.*

Por lo que hace referencia a la **competencia**<sup>1429</sup>, el art. 283 bis d) LEC no solo dispone que será competente para conocer de las solicitudes sobre medidas de acceso a fuentes de prueba aquél que esté conociendo del asunto en primera instancia (o si el proceso todavía no se ha iniciado, el competente para

<sup>1427</sup> FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo art. 283 bis LEC)*, ob. cit., pág. 20.

<sup>1428</sup> Sin duda, una manifestación del principio de efectividad. En consecuencia, si el coste es excesivo o desproporcionado, parece que el juez debería desestimar la exhibición (art. 283 bis a) 3.b LEC). Por el contrario, si accede a dicha medida, la caución que se acuerde no debiera ser tan elevada que termine por convertir las medidas en algo inocuo o que impida la virtualidad de la propia resolución (FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo art. 283 bis LEC)*, ob. cit., pág. 21).

<sup>1429</sup> Vid. apartado IV.3.1 de este mismo capítulo.

conocer de la demanda principal), sino también que no se admitirá, en estos casos, la declinatoria<sup>1430</sup>:

*“1. Será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas de acceso a fuentes de prueba el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal.*

*2. No se admitirá declinatoria en las medidas de acceso a fuentes de prueba, pero el tribunal al que se soliciten revisará de oficio su competencia y si entendiese que no le corresponde conocer de la solicitud, se abstendrá de conocer indicando al solicitante el tribunal al que debe acudir. Si éste se inhibiere en su competencia, decidirá el conflicto negativo el tribunal inmediato superior común, según lo previsto en el artículo 60 de la presente ley”.*

De igual forma, como ya se ha adelantado al analizar la solicitud acerca de la exhibición de pruebas en los procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia -art. 283 bis a) LEC-, nuestro legislador ha contemplado, en el **art. 283 bis e) LEC**, tres posibles **momentos para dicha solicitud de medidas de acceso a las fuentes de prueba**: antes de la incoación del proceso (lo cual puede ser especialmente de utilidad para la cuantificación de daños, si bien queda sometido a un plazo breve de veinte días, dada la complejidad del tema, para la interposición de la demanda)<sup>1431</sup>, en la propia demanda (generalmente por medio de la fórmula de “*otro sí*”), o durante la pendencia del proceso (aun cuando no se ha precisado ningún límite temporal, tendría sentido plantearse que éste, en sede de juicio ordinario, viniese referido, salvo en lo relativo a la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia, a la etapa de la audiencia previa)<sup>1432</sup>; así como, para el

<sup>1430</sup> Ello bien puede obedecer a la necesidad de evitar incidencias procesales que puedan acabar por provocar un efecto dilatorio (VILALTA MENADAS, S. “*Algunas cuestiones procesales derivadas de la transposición de la directiva de daños*”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 151 y págs. 155 y ss.).

<sup>1431</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “*Aspectos procesales I: Acceso a las fuentes de prueba*”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 102.

<sup>1432</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “*Aspectos procesales I: Acceso a las fuentes de prueba*”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 104. De hecho, para el demandado, aun cuando no hay previsión legal expresa al respecto, únicamente tendrá sentido la petición de las medidas como reacción

caso de haber realizado dicha solicitud, antes de la incoación del proceso, la obligación de presentación de la demanda en los veinte días siguientes a la terminación de su práctica (con la previsión, también en este caso, de reglas específicas sobre la condena en costas, la indemnización de daños y perjuicios y, llegado el caso, la revocación de actos de cumplimiento ya realizados en el asunto concreto):

*“1. Las medidas de acceso a fuentes de prueba podrán solicitarse antes de la incoación del proceso, en la demanda, o durante la pendencia del proceso.*

*2. Cuando las medidas se hubieran acordado antes de la incoación del proceso el solicitante habrá de presentar demanda en los veinte días siguientes a la terminación de su práctica. En caso de no hacerlo:*

*a) El tribunal, de oficio, condenará en costas al solicitante y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas, que podrán hacerse efectivos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes de esta ley;*

*b) El tribunal, a instancia de la parte perjudicada, podrá acordar las medidas necesarias para la revocación de los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, incluida, en particular, la devolución de todo tipo de documentos, actas, testimonios y objetos; asimismo, también a instancia de la parte perjudicada, podrá declarar que los datos e informaciones recabados por el solicitante no puedan ser utilizados por éste en ningún otro proceso, cuando se aprecie abuso por su parte. Estas peticiones se sustanciarán por los cauces del procedimiento previsto en el artículo siguiente”.*

Toda vez que haya tenido lugar la solicitud de exhibición de las fuentes de prueba en el ámbito de los ilícitos *antitrust*, el art. 283 bis f) LEC, contempla el **procedimiento** a seguir que, a grandes rasgos, se asemeja a un “incidente previo a la resolución”<sup>1433</sup>:

---

a una previa demanda, como estrategia probatoria de defensa orientada a reducir el alcance del daño reclamado (HERRERA PETRUS, C. *La medida de acceso a las fuentes de prueba en la nueva acción de reclamación por ilícitos antitrust*, ob. cit., pág. 420).

<sup>1433</sup> FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo art. 283 bis LEC)*, ob. cit., pág. 19.

*“1. Recibida la solicitud, se dará traslado a la persona frente a la que se solicite la medida y, en su caso, también a la persona frente a la que se ejercite o pretenda ejercitarse la pretensión o la defensa, y se citará a todas las partes a una vista oral, que habrá de celebrarse dentro de los diez días siguientes sin necesidad de seguir el orden de los asuntos pendientes cuando así lo exija la efectividad de la medida solicitada.*

*2. La solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba puede incluir también la solicitud de medidas de aseguramiento de prueba, si procedieren con arreglo a los artículos 297 y 298 de esta ley. En tal caso, se seguirá el procedimiento previsto en este artículo.*

*3. En la vista, los sujetos interesados podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran útiles y pertinentes.*

*4. Terminada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá mediante auto. Contra esta resolución cabrá recurso de reposición, con efectos suspensivos, y si se desestimare la parte perjudicada podrá, en su caso, hacer valer sus derechos en la segunda instancia; pero si se tratare de solicitud formulada con carácter previo a la interposición de la demanda, cabrá directamente recurso de apelación. La parte apelante podrá solicitar la suspensión de la eficacia de la resolución impugnada. El tribunal de apelación se pronunciará sobre la suspensión solicitada mediante providencia sucintamente motivada que habrá de dictar tras la recepción de los autos, quedando entre tanto en suspenso la resolución impugnada.*

*5. Las costas se impondrán con arreglo a los criterios generales establecidos en esta ley”.*

Esta previsión normativa es plenamente coherente con los principios de audiencia o contradicción e igualdad de armas procesales. Así, una vez recibida dicha solicitud, se dará traslado a la persona frente a la que se ejercite o pretenda dirigirse la pretensión o defensa<sup>1434</sup>; citando a todas las partes implicadas a una vista oral. Dicha vista tendrá que celebrarse dentro de los diez

---

<sup>1434</sup> En este sentido, se echa en falta que la posibilidad de que la parte demandada que solicitare el acceso a fuentes de prueba pueda solicitar la suspensión del procedimiento, pues dado el limitado plazo de contestación a la demanda, la falta de dicha previsión podría llegar a comprometer, en no pocos casos, la defensa del demandado que requiere el acceso a fuentes de prueba (GARCÍA OREJUDO, R. “Discovery”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ob. cit., pág. 16; GASCÓN INCHAUSTI, F. *El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia*, en *La Ley Mercantil*, núm. 38, 2017, pág. 10; SÁNCHEZ GIMENO, S. y GAY QUINZÁ, I. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aspectos procesales*, ob. cit., pág. 10).

días siguientes, en el bien entendido, ajustado a la nota de efectividad que es propia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que no será obligado seguir el orden de asuntos pendientes, si así viene justificado, en el caso concreto, por la propia exigencia de efectividad de la medida solicitada<sup>1435</sup>. Nuestro legislador, en el apartado segundo del art. 283 bis f) LEC ha previsto la posibilidad de que la solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba pueda llegar a incluir también la petición de medidas de aseguramiento de la prueba (arts. 297 y 298 LEC).

Los sujetos implicados, en aplicación del principio de igualdad de oportunidades, podrán exponer en la vista todo aquello que convenga a su derecho, para lo cual podrán servirse de las pruebas que dispongan<sup>1436</sup>. A la finalización de la vista, el órgano judicial, en un plazo breve de cinco días, tomará una decisión sobre la solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba. Su auto será recurrible en reposición, con efectos suspensivos. Desestimada la reposición, la parte perjudicada podrá, en su caso, hacer valer su derecho en el ámbito de la segunda instancia<sup>1437</sup>.

Señalar, por último, que la **imposición de costas** a los litigantes o futuros litigantes se verá sometida, en cuanto a su imposición, a los criterios generales incorporados en los arts. 394 a 398 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. Nada señala este último apartado del art. 283 bis h) LEC, pese a que la solicitud de acceso a las fuentes de prueba puede dirigirse a un tercero, sobre los gastos que éstos hubieren podido soportar. No obstante, tomando en

---

<sup>1435</sup> Algunos autores, con reconocida experiencia práctica, estiman que dicha vista debiera celebrarse al final de todos y cada uno de los escritos de alegaciones, por razones de economía procesal y al efecto de evitar la celebración de vistillas cada vez que alguna de las partes lo solicite (GARCÍA OREJUDO, R. "Discovery", en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ob. cit., pág. 16).

<sup>1436</sup> Sobre este particular, debe indicarse que la LEC no ha incorporado motivos tasados de oposición, siendo lo habitual que el destinatario de la medida pueda invocar, en el propio acto de la vista, la falta de viabilidad del ejercicio de acción, la falta de proporcionalidad de la medida, la desproporción de costes, o los problemas de confidencialidad.

<sup>1437</sup> Si la solicitud de medidas de acceso a las fuentes de prueba tuvo lugar, en el caso concreto, con anterioridad a la interposición de la demanda, cabe interponer directamente recurso de apelación. De otra parte, el apelante viene legitimado para solicitar la suspensión de la eficacia de la resolución impugnada.

consideración la previsión general del art. 283 bis c) 1 LEC cuando indica que los “gastos que ocasione la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba serán a cargo del solicitante”, bien puede concluirse que será dicho solicitante quién deba abonar al tercero los gastos que se hayan generado con motivo de su llamamiento<sup>1438</sup>.

En el supuesto en que haya sido acordada la medida solicitada en orden al acceso a las fuentes de prueba, llega el momento de plantearse, acto seguido, como así se recoge en el art. 283 bis g) LEC, su **ejecución**, en el bien entendido que nuestro legislador no ha acotado mediante una enumeración las medidas que puede llegar a utilizar el órgano judicial para su realización, sino que tan solo refiere una referencia genérica a la utilización de todos aquellos medios que el órgano jurisdiccional pueda reputar como necesarios a los efectos de ejecutar la medida que hubiere sido acordada en el caso concreto<sup>1439</sup>:

*“1. En caso de que sea acordada por el tribunal, la prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida acordada.*

*2. El tribunal empleará los medios que fueran necesarios para la ejecución de la medida acordada y dispondrá lo que proceda sobre el lugar y modo en el que haya de cumplirse. En particular, cuando la medida acordada consista en el examen de documentos y títulos, el solicitante podrá acudir asesorado por un experto en la materia, que actuará siempre a su costa.*

*3. De ser necesario podrá acordar mediante auto la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios, y la ocupación de documentos y objetos que en ellos se encuentren.*

*4. A instancia de cualquiera de las partes el tribunal dictará providencia dando por terminada la práctica de la medida”.*

---

<sup>1438</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “Aspectos procesales I: Acceso a las fuentes de prueba”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 119. Dicha autora, además, también concluye que dentro del marco general del art. 283 bis c) 2 LEC cabría incluir al tercero como eventual demandante de caución al solicitar en garantía de aquellos daños y perjuicios que, fruto de la medida, pudieren irrogársele en el caso concreto.

<sup>1439</sup> SÁNCHEZ RIVERA, P. “Obtención de fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción de derecho de la competencia”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, ob. cit., pág. 777.

Cuando el apartado segundo de este artículo refiere que el órgano jurisdiccional empleará los medios que fueren necesarios para la ejecución de la medida acordada, disponiendo todo aquello que proceda sobre el lugar y modo en el que haya de cumplirse, contempla una “cláusula general” en orden a asegurar que la decisión judicial se llevará a efecto, bien por obra del cumplimiento voluntario de su destinatario o, en su caso, mediante la aplicación, por el órgano jurisdiccional, de todos aquellos medios que pueda entender, en el caso concreto, que son necesarios para ello<sup>1440</sup>. Por lo que hace referencia a la posibilidad de autorizar una entrada y registro domiciliario, no conviene olvidar que toda restricción de derechos fundamentales requiere ser acompañada de las adecuadas y debidas garantías (art. 18.2 CE: “*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*”)<sup>1441</sup>.

Sin duda, una de las grandes preocupaciones de nuestro legislador ha sido, en buena medida, evitar la “falta de colaboración” de quienes se ven sometidos a un requerimiento de exhibición de fuentes de prueba. De ahí, precisamente, que el art. 283 bis h) LEC venga dedicado a la concreción de un amplio abanico de **consecuencias que puedan derivarse de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba:**

*“1. Si el destinatario de la medida destruyese u ocultase las fuentes de prueba, o de cualquier otro modo imposibilitase el acceso efectivo a éstas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior y de la responsabilidad penal en la que en su caso se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial, el solicitante podrá pedir al tribunal que imponga alguna o algunas de las siguientes medidas:*

*a) Que declare como admitidos hechos a los cuales las fuentes de prueba supuestamente se referían. A estos efectos, el solicitante*

---

<sup>1440</sup> VILALTA MENADAS, S. “Algunas cuestiones procesales derivadas de la transposición de la directiva de daños”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 161.

<sup>1441</sup> En este caso, como bien ha señalado FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo art. 283 bis LEC)*, ob. cit., pág. 21, a los efectos de la oportuna motivación, debiera ponderarse la idoneidad de la medida, el resultado u objetivo perseguido, y la proporcionalidad entre el alcance de la medida y el objetivo pretendido con ella.



*fijará con precisión los hechos a los que, a su juicio, debe extenderse esta declaración.*

*b) Que tenga al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas o que se vayan a formular. A estos efectos, el solicitante fijará con precisión cuáles son las pretensiones en relación con las cuales se debe declarar un allanamiento táctico.*

*c) Que desestime total o parcialmente las excepciones o reconvenções que el sujeto afectado por la medida pudiese ejercitar en el proceso principal. A estos efectos, el solicitante fijará con precisión las excepciones o reconvenções a los que, a su juicio, debe extenderse la desestimación.*

*d) Que imponga al destinatario de las medidas una multa coercitiva que oscilará entre 600 y 60.000 de euros por día de retraso en el cumplimiento de la medida.*

*2. A cualquiera de las medidas anteriores se podrá añadir la solicitud de que se condene al destinatario de la medida en las costas del incidente de acceso a las fuentes de prueba y en las costas del proceso principal, cualquiera que sea el resultado de éste.*

*3. El tribunal dará traslado de esta petición a las demás partes por un plazo de diez días para que formulen alegaciones por escrito, tras lo cual resolverá mediante auto, que será recurrible en apelación”.*

El contenido de este precepto viene referido al “destinatario de la medida” que destruyese (con voluntad de destruir o hacer desaparecer la prueba afectada) u ocultase las fuentes de prueba (con voluntad de ocultar o entorpecer el acceso a las fuentes de prueba), o de cualquier otro modo imposibilitase el acceso efectivo a éstas (fórmula abierta que permite encajar cualquier otra acción u omisión obstructiva o impeditiva de acceso a las medidas acordadas)<sup>1442</sup>. Dicho destinatario (actor, demandado o tercero) deberá ser identificado mediante el auto en que se haya acordado el acceso a las fuentes de prueba; siendo lo cierto que se contemplan diferentes medios orientados, claramente, a forzar la voluntad del sujeto obligado a colaborar.

---

<sup>1442</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “Aspectos procesales I: Acceso a las fuentes de prueba”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 124.

Concretamente, las consecuencias que dicho destinatario puede padecer, por efecto de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba, vienen referidas a la responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad judicial<sup>1443</sup>; al acuerdo, mediante auto, de la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios, y la ocupación de documentos y objetos que en ellos se encuentren (art. 283 bis g) 3 LEC); y en atención a lo dispuesto en el primer párrafo del art. 283 bis h) LEC, previa petición del solicitante, quien decidirá si quiere que se deriven todos o algunos de los efectos descritos en la norma, a la declaración como admitidos de aquellos hechos a los cuales las fuentes de prueba supuestamente venían referidos<sup>1444</sup>; tener al demandado o futuro demandado como tácitamente allanado a las pretensiones formuladas o que se vayan a formular<sup>1445</sup>; a desestimar total o parcialmente las excepciones o reconvencciones que el sujeto afectado por la medida pudiera ejercitar en el proceso principal; y a imponer al destinatario de las medidas una multa coercitiva que oscilará entre los 600 y los 60.000 euros por día de retraso en el cumplimiento de la medida<sup>1446</sup>. Todo ello teniendo presente, además, que cualquiera de estas medidas, vinculadas con las consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba, puede añadirse la solicitud de que también se condene al destinatario de la medida en

---

<sup>1443</sup> Art. 556.1 CP: “Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el art. 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones ...”. En este sentido, no faltan quienes, como es el caso de MARTORELL ZULUETA, P. “Aspectos procesales I: Acceso a las fuentes de prueba”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, ob. cit., pág. 125, vienen defendiendo que nada obsta, cuando se cumplan los presupuestos legales exigidos, a aplicar el tipo descrito en el art. 465.2 CP, referido a quien en el ámbito de un proceso judicial “destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones”.

<sup>1444</sup> PASTOR MARTÍNEZ, E. “Cuestiones sobre el acceso a las fuentes de prueba: la perspectiva judicial”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., págs. 214 y ss.

<sup>1445</sup> Una consecuencia, quizás, demasiado drástica en orden a la infracción cometida (ACHÓN BRUÑEN, M. J. *Futura modificación de la LEC para la transposición de la Directiva 2014/104/UE: medidas de acceso a fuentes de prueba, diferencias procesales con las actuales diligencias preliminares*, en *Práctica de Tribunales*, núm. 125, 2017, pág. 12).

<sup>1446</sup> Aun cuando el art. 283 bis h) apartado primero LEC no haya previsto los criterios que debe hacer servir el órgano jurisdiccional para cuantificar la multa coercitiva, bien puede concluirse que pueden resultar útiles los sí contemplados en los arts. 589.3 y 711.2 LEC (SÁNCHEZ RIVERA, P. “Obtención de fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción de derecho de la competencia”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, ob. cit., pág. 779).

las costas del incidente de acceso a las fuentes de prueba y en las costas del proceso principal, cualquiera que fuere el resultado de éste (art. 283 bis h. 2 LEC).

En cualquier caso, ante la solicitud de consecuencias derivadas de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba, el órgano jurisdiccional, en aplicación del principio de audiencia o contradicción, así como del principio de igualdad de armas procesales, viene obligado, como es lógico, a dar traslado de la petición del solicitante a las demás partes implicadas en las exhibición, por un plazo de diez días, para que formulen aquellas alegaciones escritas que estimen oportuno para su defensa. Finalmente, el órgano jurisdiccional resolverá la cuestión por medio de auto, recurrible en apelación (art. 283 bis h). 3 LEC).

A continuación, nuestro legislador ha dedicado dos preceptos, los artículos 283 bis i) y 283 bis j) LEC, a contemplar, sin perjuicio del carácter supletorio de las disposiciones generales incorporadas en la nueva Sección 1ª bis del Capítulo V del Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, un **régimen especial acerca de la exhibición de fuentes de prueba que se hallen contenidas en un expediente de una autoridad de competencia** (art. 283 bis i) LEC):

*“1. La exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia se registrará por lo dispuesto en este artículo, y, en lo que resulten supletoriamente aplicables, por las disposiciones generales de esta sección.*

*2. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las normas y prácticas en materia de acceso público a los documentos con arreglo al Reglamento (CE) n.º 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.*

*3. Lo dispuesto en este artículo también se entiende sin perjuicio de las normas y prácticas del Derecho de la Unión o del Derecho español sobre la protección de los documentos internos de las autoridades de la competencia y de la correspondencia entre las autoridades de la competencia.*

4. Al evaluar la proporcionalidad de una orden de exhibición de información, el tribunal, además de lo exigido en el artículo 283 bis a), examinará: a) si la solicitud ha sido formulada específicamente con arreglo a la naturaleza, el objeto o el contenido de los documentos presentados a una autoridad de la competencia o conservados en los archivos de dicha autoridad, en lugar de mediante una solicitud no específica relativa a documentos facilitados a una autoridad de la competencia; b) si la parte que solicita la exhibición lo hace en relación con una acción por daños ante un órgano jurisdiccional nacional, y c) en relación con los apartados 5 y 10 de este artículo, o a petición de una autoridad de la competencia con arreglo al apartado 11 de este artículo, la necesidad de preservar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia.

5. El tribunal podrá ordenar la exhibición de las siguientes categorías de pruebas únicamente después de que una autoridad de la competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución o de otro modo: a) La información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia; b) la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento, y c) las solicitudes de transacción que se hayan retirado.

6. En ningún momento podrá el tribunal ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas: a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, y b) las solicitudes de transacción.

7. Un demandante podrá presentar una solicitud motivada para que un tribunal acceda a las pruebas a las que se refiere el apartado 6, letras a) o b), con el único objeto de asegurar que sus contenidos se ajusten a las definiciones de declaración en el marco de un programa de clemencia y solicitud de transacción del apartado tercero de la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia. En dicha evaluación, los tribunales podrán pedir asistencia solamente a las autoridades de la competencia competentes. También se ofrecerá a los autores de las pruebas de que se trate la posibilidad de ser oídos. El órgano jurisdiccional nacional no permitirá en ningún caso el acceso de otras partes o de terceros a esas pruebas.

8. Si solo algunas partes de la prueba solicitada se ven cubiertas por el apartado 6, las restantes partes serán exhibidas, en función de la categoría en la que estén incluidas, con arreglo a las disposiciones pertinentes del presente artículo.

9. En las acciones por daños podrá ordenarse en todo momento la exhibición de pruebas que figuren en el expediente de una autoridad de la competencia y no se encuadren en ninguna de las categorías enumeradas en el presente artículo.

10. *El tribunal no requerirá a las autoridades de la competencia la exhibición de pruebas contenidas en los expedientes de estas, salvo que ninguna parte o ningún tercero sea capaz, en una medida razonable, de aportar dichas pruebas.*

11. *En la medida en que una autoridad de la competencia desee manifestar su punto de vista sobre la proporcionalidad de los requerimientos de exhibición, podrá presentar, por propia iniciativa, observaciones ante el tribunal llamado a decidir sobre la admisibilidad de dicha exhibición”.*

Además, también la nueva regulación contempla ciertos **límites en cuanto al uso de pruebas obtenidas, exclusivamente, a través del acceso al expediente de una autoridad judicial** (art. 283 bis j) LEC):

*“1. Las pruebas que se encuadren en las categorías definidas en el apartado 6 del artículo anterior, que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia, no serán admisibles en las acciones por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia.*

*2. Hasta que la autoridad de la competencia haya dado por concluido el procedimiento con la adopción de una decisión o de otro modo, las pruebas que se encuadren en las categorías definidas en el apartado 5 del artículo anterior, que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente a través del acceso al expediente de esa autoridad de la competencia, no se considerarán admisibles en las acciones por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia o bien quedarán protegidas de otro modo con arreglo a las normas aplicables.*

*3. Las pruebas que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente mediante el acceso al expediente de una autoridad de la competencia y que no estén contempladas en los apartados 1 o 2 de este artículo sólo podrán ser utilizadas en una acción por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación”.*

Este art. 283 bis i) LEC persigue conciliar, en aquellos casos en que se ha seguido o se está siguiendo un procedimiento ante la autoridad de competencia por infracción de las normas de la competencia, el interés de los perjudicados en obtener la información que obre en el expediente, con aquél

otro que encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger cierta información con la que cuente la autoridad administrativa de la competencia, en especial aquella que provenga de la implementación de los programas de clemencia<sup>1447</sup>.

Ante la singularidad de estos casos, nuestro legislador ha optado por contemplar, en relación a la exhibición de fuentes de prueba que consten en un expediente de la autoridad administrativa, un régimen específico (el contemplado en el art. 286 bis, letra i, y en el art. 286 bis, letra j), resultando de aplicación supletoria las disposiciones generales de la Sección 1ª bis del Capítulo V del Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil (a lo que cabe sumar la vigencia de las normas y prácticas en materia de acceso público a los documentos con arreglo al Reglamento 1049/2001, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, así como aquellas normas y prácticas del Derecho de la Unión Europea o del Derecho español acerca de la protección de los documentos internos de las autoridades de la competencia y de la correspondencia entre las autoridades de la competencia). Todo ello teniendo bien presente, además, que el órgano jurisdiccional no podrá requerir a las autoridades de la competencia la exhibición de pruebas contenidas en los expedientes de éstas, salvo que ninguna parte o tercero sea capaz, en una medida razonable, de aportar dichas pruebas -art. 283 bis i) apartado 10 LEC-<sup>1448</sup>.

---

<sup>1447</sup> BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., pág. 19; GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, ob. cit., pág. 144; OLMEDO PERALTA, E. *El valor probatorio de las resoluciones de terminación convencional en procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 24, 2019, pág. 12; SÁNCHEZ RIVERA, P. “*Obtención de fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción de derecho de la competencia*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, ob. cit., pág. 780. Sobre la interacción entre los programas de clemencia y el ejercicio de las acciones de daños por ilícitos *antitrust*, vid. apartado IV.3.7 de este mismo capítulo.

<sup>1448</sup> De ahí, que bien pueda hablarse de un “recurso excepcional o subsidiario” (SÁNCHEZ RIVERA, P. “*Obtención de fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción de derecho de la competencia*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, ob. cit., pág. 781).

En estos casos, para evaluar la proporcionalidad de una orden de exhibición de información, no solo serán de aplicación las reglas generales contempladas en el artículo 283 bis a) LEC, sino que el órgano jurisdiccional también vendrá obligado a examinar, en primer lugar, si la solicitud ha sido formulada específicamente con arreglo a la naturaleza, el objeto o el contenido de los documentos presentados a una autoridad de competencia o conservados en archivos de dicha autoridad o si, por el contrario, lo ha sido mediante una solicitud no específica relativa a dichos documentos facilitados a una autoridad de competencia; en segundo lugar, si la parte que solicita dicha exhibición lo hace respecto a una acción por daños ante una órgano jurisdiccional nacional; y, en tercer lugar, en relación con los apartados 5 y 10 del art. 283 bis i) LEC, o a petición de una autoridad de competencia -apartado 11 del art. 283 bis i) LEC-, la necesidad de preservar la aplicación pública del Derecho de la competencia, pues en la medida en que una autoridad de competencia desee manifestar su punto de vista sobre la proporcionalidad de los requerimientos de exhibición, ésta podrá presentar, por iniciativa propia, observaciones ante el órgano jurisdiccional llamado a decidir, en el caso concreto, acerca de la admisibilidad de dicha exhibición<sup>1449</sup>.

Siendo esto así, los apartados 5 y 6 del art. 283 bis i) LEC contemplan, expresamente, **limitaciones en orden a la obtención de esta información**. Y lo hacen en función diferentes niveles de protección. De una parte, en las acciones por daños podrá ordenarse en todo momento la exhibición de aquellas pruebas que figuren en el expediente de una autoridad de competencia, siempre que no tengan cabida dentro de aquellas categorías de protección específica que se incorporan en el art. 283 bis i) LEC (art. 283 bis i) 9 LEC).

De igual modo, el órgano jurisdiccional, en lo que ha dado en denominarse como “*lista gris*”, también podrá ordenar la exhibición de las siguientes

---

<sup>1449</sup> De hecho, como bien ha señalado FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (el nuevo artículo 283 bis LEC)*, ob. cit., págs. 11-12, puede hablarse, en orden a la evaluación de dicha proporcionalidad, de la toma en consideración de cuatro grandes requisitos: la concreción, la motivación, la necesidad de reservar la aplicación efectiva pública del Derecho de la competencia, y la indisponibilidad de las fuentes de prueba.

categorías de prueba, pero solo cuando la autoridad de competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución: información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de competencia, información que las autoridades de competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso del procedimiento, y solicitudes de transacción que se hayan retirado (art. 283 bis i) 5 LEC).

Por el contrario, en lo que constituye la denominada “lista negra”, en ningún momento el órgano jurisdiccional podrá ordenar a la parte o a un tercero la exhibición de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, como tampoco las solicitudes de transacción -art. 283 bis i) 6 LEC-. Todo ello teniendo presente, en primer lugar, como así dispone el apartado 8 del art. 283 bis i) LEC, que si solo alguna parte de la prueba solicitada se ve cubierta por la limitación derivada de la “lista negra”, el resto de elementos podrán ser exhibidos, en función de la categoría en que se incluyan, de conformidad con lo dispuesto en el amplio texto del art. 283 bis i) LEC; y, en segundo lugar, como nos dice el apartado séptimo del art. 283 bis i) LEC, el solicitante podrá requerir motivadamente al órgano jurisdiccional a que acceda a las pruebas referidas en la “lista negra”, con el único objetivo de asegurar que sus contenidos se ajustan a las definiciones de declaración en el marco de un programa de clemencia y solicitud de transacción del apartado tercero de la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia<sup>1450</sup>. En cualquier caso, para llevar a cabo dicha evaluación, los órganos jurisdiccionales solo podrán pedir asistencia a las autoridades de la competencia que resulten competentes; y se ofrecerá a los autores de las pruebas la posibilidad de ser oídos, pero, en ningún caso, se permitirá el acceso de otras partes o de terceros a tales fuentes de prueba<sup>1451</sup>.

<sup>1450</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “El acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia en España”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea y España*, ob. cit., págs. 316 y ss.

<sup>1451</sup> Sobre este particular, vid. por todos, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 14 de junio de 2019 (JUR 2019/217058).



Como complemento de lo estipulado en el art. 283 bis i) LEC, el nuevo art. 283 bis j) LEC refiere toda una serie de limitaciones impuestas a la utilización de pruebas que hayan sido obtenidas, exclusivamente, a través del acceso al expediente de una autoridad de competencia. Así, aquellas pruebas que se incorporan dentro de la categoría de la “lista negra”, que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente mediante el acceso al expediente de una autoridad de competencia, no serán admisibles en las acciones por daños derivados de infracciones del Derecho la competencia (nivel de protección absoluto). Por su parte, hasta que la autoridad de competencia haya dado por concluido el procedimiento (con una decisión o de otro modo), aquellas pruebas que se encuentren entre las que configuran la categoría de la “lista gris” y que hayan sido obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente a través del acceso al expediente de la autoridad de competencia, tampoco se considerarán admisibles en las acciones por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia, o bien quedarán protegidas de otro modo en atención a las normas que resulten aplicables (nivel superior de protección, de naturaleza temporal)<sup>1452</sup>. En relación al resto de pruebas que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente mediante el acceso al expediente de una autoridad de competencia (es decir, aquellas que no se incorporan dentro de la “lista gris” o la “lista negra”), solo podrán ser utilizadas en una acción por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia por la persona a quien se autorizó o accedió legítimamente al expediente administrativo (o por quien le suceda en sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su derecho de resarcimiento).

Finalmente, nuestro legislador, en su art. 283 bis k) LEC, contempla las **consecuencias que pueden derivarse del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y el uso de las fuentes de prueba:**

---

<sup>1452</sup> SÁNCHEZ RIVERA, P. “Obtención de fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción de derecho de la competencia”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, ob. cit., pág. 780. En estos casos, tampoco faltan quienes, como GASCÓN INCHAUSTI, F. *El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia*, ob. cit., pág. 13, hablan de lista gris (exhibición diferida), para contraponerla a la lista negra (exhibición prohibida).

*“1. Sin perjuicio de la responsabilidad penal en que en su caso pudiera incurriarse por delito de desobediencia a la autoridad judicial, en caso de que se incumpliere algún deber de confidencialidad en el uso de fuentes de prueba o se incumplieren los límites en el uso de dichas fuentes de prueba, la parte perjudicada podrá solicitar al tribunal que imponga alguna o algunas de las siguientes medidas:*

*a) La desestimación total o parcial de la acción o excepciones ejercitadas u opuestas en el proceso principal, si éste se encontrase pendiente en el momento de formularse la solicitud. A estos efectos, la parte perjudicada fijará con precisión las acciones o excepciones que deban desestimarse.*

*b) Que declare al infractor civilmente responsable de los daños y perjuicios causados y le condene a su pago. La cuantía de los daños podrá determinarse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes de esta ley.*

*c) Que se condene al infractor en las costas del incidente de acceso a las fuentes de prueba y en las costas del proceso principal, cualquiera que sea el resultado de éste.*

*2. Si el tribunal apreciare que el incumplimiento no es grave podrá, en vez de acceder a lo solicitado por la parte perjudicada, imponer al infractor una multa que oscilará entre 6.000 y 1.000.000 de euros. A estos efectos, se podrá considerar infractor tanto a la parte como a sus representantes y defensores legales, pudiéndose imponer multas separadas a cada uno de ellos.*

*3. El tribunal dará traslado de la solicitud a que se refiere el apartado 1 a las demás partes por un plazo de diez días para que formulen alegaciones por escrito, tras lo cual resolverá mediante auto, que será recurrible en apelación”.*

Nótese que la ubicación del precepto en cuestión puede parecer discutible, pues bien podría haberse incorporado, con mejor sistema, a continuación del art. 283 bis b) LEC, relativo a las reglas de confidencialidad o, en todo caso, justo después del art. 283 bis h) LEC, en el que se contemplan las consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba. Cuestionable también puede parecer que, como así ha previsto el art. 283 bis k) 2 LEC, tratándose de un incumplimiento “no grave” (leve), el tribunal pueda, en vez de acceder a lo solicitado por el perjudicado, proceder a imponer una multa, tanto a la parte infractora como a sus procuradores y abogados, que puede llegar a alcanzar la cifra de un millón de

euros<sup>1453</sup> (quizás hubiere sido más conveniente contemplar una multa ejemplar, pero en modo alguno tan elevada como la referida en la parte alta de la horquilla para una infracción catalogada como no grave).

#### **IV.3.7.- La efectividad de los programas de clemencia desde la perspectiva de la prueba de daños y perjuicios en el proceso civil**

Resulta obvio que la facilitación de la interposición de demandas por daños causados por infracciones del Derecho de la competencia, de no tomarse las adecuadas cautelas, pudiera llegar a menoscabar la eficacia e incentivos de los que gozan aquellas empresas que, aun habiendo participado en un cártel, valoran la opción de colaborar con las autoridades de competencia en el marco de un programa de clemencia<sup>1454</sup>.

Por lo que hace referencia a los programas de clemencia<sup>1455</sup>, junto a la toma en consideración de la *Comunicación de la Comisión Europea relativa a la*

---

<sup>1453</sup> FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo art. 283 bis LEC)*, ob. cit., págs. 26-27.

<sup>1454</sup> Acerca de la detección de cárteles mediante la potenciación de los programas de clemencia, véase: ORDÓÑEZ DE HARO, J. M., BORRELL, J. R. y JIMÉNEZ, J. L. *“Detección y sanción de cárteles en España”*, en *Anuario de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pág. 22.

<sup>1455</sup> El número 2 de la Disposición Adicional Cuarta de la LDC, redactado por el número tres del art. 3 del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, concreta aquello que debe entenderse por “programa de clemencia”: *“todo programa relativo a la aplicación del art. 101 TFUE o una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de la competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cártel y de su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la exención del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma”*; así como por *“declaración en el marco de un programa de clemencia”*: *“ toda declaración verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre el cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la exención o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente”*. Acerca de los requisitos de los programas de clemencia, de los presupuestos específicos de la exención del pago de la multa, y del procedimiento y efectos de la clemencia en el ámbito de la aplicación privada del Derecho de la competencia, véase, con carácter exhaustivo: DE LA VEGA GARCÍA, F. *La clemencia*

dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cártel<sup>1456</sup>, es obligado traer a colación, por encima de todo, los actuales artículos 65<sup>1457</sup> y 66 LDC<sup>1458</sup>, referidos, respectivamente, a la exención y reducción del pago de multas.

---

(leniency) en el Derecho de la competencia (antitrust): exención o reducción de multas en casos de cártel, *ob. cit.*, págs. 43 y ss.

<sup>1456</sup> Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cártel, de 8 de diciembre de 2006 (2006/C/298/11).

<sup>1457</sup> Artículo 65 LDC: “1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de la competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando: a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma, o b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a). 2. Para que la Comisión Nacional de la competencia conceda la exención prevista en el apartado anterior, la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos: a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación. b) Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de la competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección. c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido. d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción. 3. La exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la competencia”. 4. La reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable, en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse a sus representantes o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la competencia”.

<sup>1458</sup> Artículo 66 LDC: “1. La Comisión Nacional de la competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior: a) faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la competencia, y b) cumplan los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo anterior. 2. El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla: a) La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento. b) La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 por ciento. c) Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa. 3. La aportación por parte de una empresa o persona física de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa

La solicitud de clemencia y colaboración con la autoridad competente, como así se deduce de ambos preceptos, puede comportar una exención absoluta de responsabilidad administrativa, en este caso reservada para el primer solicitante de clemencia, o bien, en su defecto, una reducción de su importe para los restantes solicitantes que, no cumpliendo con los requisitos de tiempo y forma anteriores, también hubieran colaborado activamente con las autoridades. No obstante, esta ventaja que está en la base de la regulación del programa de clemencia en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no se acompañó, por desgracia, en su día, de un análisis ponderado acerca de las consecuencias que pudieran derivarse de su aplicación en el ámbito del ejercicio de las acciones de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a un tercero y que tienen su causa en un ilícito *antitrust*.

En orden a la interacción entre los programas de clemencia y la acción de indemnización por daños y perjuicios, como manifestación de la obligada convivencia que debe regir entre el *public enforcement* y el *private enforcement*<sup>1459</sup>, uno de los principales problemas estriba en aquella

---

*será tenida en cuenta por la Comisión Nacional de la competencia al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física”.*

<sup>1459</sup> Sobre esta compleja relación, véanse, entre otros: AMILS ARNAL, R. e IRISSARRY ROBINA, B. *Se estrecha el cerco a los cárteles: transposición de la directiva de daños derivados de las infracciones del derecho de la competencia en España*, en Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia, núm. 81, 2017, págs. 89 y ss.; ANGULO GARCÍANDIA, A. *La interacción entre el programa de clemencia y las acciones privadas de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, en Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución, núm. 23, 2018, págs. 3 y ss.; ARROYO APARICIO, A. “*De la interacción entre los programas de clemencia y las acciones por daños a las acciones colectivas*”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, págs. 157 y ss.; CACHAFEIRO, F. “*Confidencialidad de los documentos del programa de clemencia*”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, págs. 143 y ss.; DE LA VEGA GARCÍA, F. *La clemencia (leniency) en el Derecho de la competencia (antitrust): exención o reducción de multas en casos de cártel*, *ob. cit.*, págs. 156 y ss.; DÍEZ ESTELLA, F. “*Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivados de cárteles en España*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, *ob. cit.*, págs. 722 y ss.; FRANQUET SUGRAÑES, M. T. *La acción de indemnización por daños en las prácticas concertadas en el sector del seguro decenal*, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales*, *ob. cit.*, págs. 316-317; GÓMEZ TRINIDAD, S. “*Comentario sobre algunas cuestiones contenidas en el Libro Blanco de acciones por daños en la infracción de las normas de competencia: la necesidad de armonización de la regulación del recurso colectivo y la protección a los*

información que aportan quienes denuncian al cártel, en tanto que su aplicación supone el reconocimiento de su propia participación en la infracción derivada del cártel y genera material probatorio acerca de su propia responsabilidad que bien pudiera ser utilizado, llegado el caso, en un posterior procedimiento de indemnización de daños y perjuicios<sup>1460</sup>. Además, sus beneficiarios, con frecuencia, deciden no recurrir las resoluciones sancionadoras, lo cual hace que, para ellos, a diferencia de lo que acontece con el resto de infractores, dichas resoluciones sancionadoras devengan antes firmes y sean un blanco perfecto para las reclamaciones de daños y perjuicios<sup>1461</sup>.

---

*participes en procedimientos de clemencia*, Actas de Derecho Industrial, núm. 31, 2011/12, págs. 95 y ss.; y, de la misma autora, “*El sistema de clemencia y el procedimiento judicial civil por daños ante la infracción de las normas de defensa de la competencia*”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012, págs. 167 y ss.; GONZÁLEZ CASTILLA, F. “*Presentación de documentos y política de clemencia: la confidencialidad de los expedientes de las autoridades de competencia*”, en *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto europeo Training of National Judges in EU Competition Law* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 175 y ss.; LÓPEZ GÁLVEZ, I. “*Programas de clemencia y el concepto de cártel*”, *ob. cit.*, págs. 103 y ss.; MORALES BARCELÓ, J. “*Programa de clemencia v. acción de indemnización por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia*”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, págs. 195 y ss.; OLMEDO PERALTA, E. “*La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el Derecho Europeo de la competencia*”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Thomson Reuters, Madrid, 2016, págs. 391 y ss.; SANZ SANZ, I. *Inmunidad total para la empresa que desmanteló los cárteles de vitaminas por aplicación del principio de clemencia (leniency)*, Anuario de Derecho de la competencia, núm. 1, 2010, págs. 479 y ss.; YANES YANES, P. “*Confidencialidad y clemencia en la ‘directiva de daños’: una aproximación*”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (dirigidos por Morillas Jarillo, Perales Viscasillas y Porfirio Carpio), Universidad Carlos III Ediciones, Madrid, 2015, págs. 1140 y ss.

<sup>1460</sup> HODGES, C. *Competition enforcement: regulation and civil justice. What is the case?*, en *Common Market Law Review*, vol. 43, núm. 5, 2006, págs. 1381 y ss.; MORALES BARCELÓ, J. “*Programa de clemencia v. Acción de indemnización por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia*”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales*, *ob. cit.*, págs. 196 y 199; PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “*La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust*”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013, págs. 206-207.

<sup>1461</sup> VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, *ob. cit.*, pág. 44.

Todo ello define un escenario en el que aquellos infractores que hayan solicitado clemencia bien pudieran verse más expuestos, de no adoptarse ciertas garantías, al ejercicio de acciones de daños derivadas de ilícitos *antitrust*<sup>1462</sup>. De ahí, precisamente, que no sea nada extraño que tanto nuestro legislador como el europeo hayan centrado buena parte de su atención, en los últimos años, en articular diferentes mecanismos que permitan, en la práctica, mitigar los riesgos que se acaban de exponer, respecto al beneficiario de un programa de clemencia ante el ejercicio de las acciones por daños derivadas de infracciones del Derecho de la competencia.

En el ámbito europeo, sin duda, tiene importancia referir como el Libro Blanco, bajo el título de *“interacción entre los programas de clemencia y las demandas de indemnización de daños y perjuicios”*, contempla dos tipos de medidas en esta dirección: proteger la información de las empresas que participen en los programas de clemencia y limitar la responsabilidad de los solicitantes. De igual forma, también resultó trascendente, por la inseguridad que de ello derivó, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2011, asunto *Pfleiderer*<sup>1463</sup>, en la que no solo se concluyó que correspondería a cada Estado miembro determinar las condiciones de la autorización o denegación del acceso a la documentación, en atención a su propia normativa interna y ponderando los intereses protegidos por el Derecho comunitario; sino que también se terminó por sugerir, en una línea que parece inclinar la balanza en

---

<sup>1462</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. *“El agotamiento de un modelo: notas sobre la compleja convivencia de la Ley de Defensa de la competencia con la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de determinación de daños y perjuicios”*, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, 2013, págs. 79 y ss.; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia, ob. cit.*, pág. 227.

<sup>1463</sup> STJUE (Gran Sala) de 14 de junio de 2011, asunto C-360/09 (Pfleiderer AG/ Bundeskartellamt). Para un completo análisis de las repercusiones de esta sentencia en el derecho interno español, véase, por su gran claridad, GÓMEZ TRINIDAD, S. *“El sistema de clemencia y el procedimiento judicial civil por daños ante la infracción de las normas de defensa de la competencia”*, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia, ob. cit.*, págs. 193 y ss. De igual forma, no conviene olvidar la reacción de la European Competition Network (ECN) avisando de los riesgos derivados de la solución incorporada en el asunto *Pfleiderer*, de 23 de mayo de 2012 (ARROYO APARICIO, A. *“De la interacción entre los programas de clemencia y las acciones por daños a las acciones colectivas”*, en *competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales, ob. cit.*, pág. 165).

favor del *el private enforcement*<sup>1464</sup>, que se tomen en consideración en orden a decidir si se autoriza el acceso o no a dicha documentación (en un proceso civil de daños), tanto que la solución adoptada no termine por hacer imposible o excesivamente difícil la obtención de la correspondiente reparación, como una ponderación razonada y equilibrada de los intereses en juego. Una sentencia, por cierto, acompañada de una conclusión del Abogado General (Mázak) contradictoria con la propia resolución, pues, en su opinión, cuando la información se facilite a terceros reclamantes se estaría poniendo en claro peligro la viabilidad de los programas de clemencia<sup>1465</sup>.

Con estos antecedentes, acompañados de diferentes repercusiones también contradictorias en diferentes Estados de la Unión Europea<sup>1466</sup>, parece lógico pensar en la necesidad de afrontar una armonización comunitaria sobre el particular. Por lo que hace referencia a los programas de clemencia, la Directiva 2014/104/UE dispone, en primer lugar, que lo en ella dispuesto no afecta al derecho de los órganos jurisdiccionales a considerar el interés a la hora de ordenar la exhibición de cualquier tipo de prueba, con la excepción de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción<sup>1467</sup>.

---

<sup>1464</sup> MARTÍ MOYA, V. *Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso Pfeiderer (c-360/09)*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 10, 2012, págs. 229 y ss.

<sup>1465</sup> RIZZUTO, F. *Leniency and follow-on private actions for damages: comment on the opinion of the Advocate General in the Pfeiderer case*, en *Global Competition Litigation Review*, vol. 4, núm. 2, 2011, págs. 99 y ss.; TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la competencia, ob., cit.,* pág. 229.

<sup>1466</sup> Sobre este particular, véase el análisis elaborado por CACHAFEIRO, F. “*Confidencialidad de los documentos del Programa de Clemencia*”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales, ob. cit.*, págs. 148 y ss.; con especial referencia a las resoluciones STJUE (Sala Segunda) de 16 de diciembre de 2010, asunto C-137/09 (Michel Josemans/Burgemeester van Maastricht); STJUE (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, asunto C-371/10 (National Grid Indus/Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond); STJUE (Sala Primera) de 6 de junio de 2013, asunto C-536/11 (Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie AG et alii).

<sup>1467</sup> Vid. Considerando 24 de la Directiva 2014/104/UE. Sobre el tratamiento de los programas de clemencia y su relación con el ejercicio de la acción de daños en el ámbito de la Directiva, véanse, por todos: ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. “*Las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de cártel como elemento dinamizador: el programa de clemencia*”, en *Anuario de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 189 y ss.; CASTRO VILLACAÑAS, D. “*La transposición de la Directiva de daños de 2014 y la interacción entre aplicación pública y*



Dicha norma comunitaria también tiene presente que las empresas que cooperan con las autoridades de la competencia en el marco de los programas de clemencia desempeñan un papel clave en cuanto al descubrimiento y fin de los cárteles. De ahí, precisamente, que tenga razón de ser, por extensión, que las empresas que se hayan beneficiado de la dispensa del pago de las multas decretadas por una autoridad de competencia en el marco de un programa de clemencia, queden protegidas frente al riesgo de estar indebidamente expuestas a reclamaciones de daños y perjuicios, teniendo en cuenta que la resolución de la autoridad de competencia por la que se constata una infracción puede hacerse firme para el beneficiario de la dispensa antes de que lo sea para otras empresas a las que no se haya concedido dicho privilegio (convirtiendo al beneficiario de la dispensa, por tanto, en el objetivo preferente de cualquier litigio).

Constatado lo anterior conviene, en palabras de la Directiva, que el beneficiario de la dispensa quede exento, en principio, de responder conjunta y solidariamente de la totalidad del daño (sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que pudiera tener con el resto de participantes); así como que cualquier contribución que deba asumir frente a los coinfractores no exceda del importe del perjuicio causado a sus propios compradores directos o indirectos. De otra parte, en la medida en que un cártel haya causado perjuicios a terceros distintos de los clientes o proveedores de los infractores, la Directiva señala que la contribución del beneficiario de la dispensa no debe exceder de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por el cártel (cuota a calcular de conformidad con las normas utilizadas para el cálculo de las contribuciones entre los infractores). Y ello sin olvidar que el beneficiario de la dispensa, según la Directiva, solo debe seguir siendo plenamente responsable frente a las partes perjudicadas distintas de sus compradores o proveedores

---

*aplicación privada del Derecho de la competencia*", en *Anuario de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 445 y ss.; GONZÁLEZ DURANTE, H. y CONTRERAS, M. "La exhibición de declaraciones de clemencia y transacción en la propuesta de transposición de la Directiva de daños: una solución conciliadora", en *Anuario de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2017, págs. 317 y ss.

directos o indirectos, en caso de que éstos no puedan obtener el pleno resarcimiento de los restantes infractores<sup>1468</sup>.

Desde la óptica del derecho nacional, resulta también obligado examinar la efectividad de los programas de clemencia desde la perspectiva de la prueba de los daños y perjuicios en el proceso civil español. Ello debe conducirnos a analizar, en primer lugar, como ya se ha anticipado en un pasaje anterior de esta investigación, una de las excepciones al régimen general de responsabilidad conjunta y solidaria de aquellas empresas que hayan sido declaradas conjuntamente infractoras de las normas de competencia; y, en segundo lugar, la regulación particular de esta cuestión a la luz del nuevo régimen de acceso a las fuentes de prueba<sup>1469</sup>.

En el ámbito de nuestra normativa interna, tras el Real Decreto-Ley 9/2017 se ha previsto una excepción, referida al beneficiario de los programas de clemencia, frente a la regla de solidaridad de infractores por ilícitos *antitrust* en caso de actuación conjunta de diferentes empresas<sup>1470</sup>. Dicha excepción se contempla, expresamente, en el art. 73.4 LDC: *“Como excepción al apartado 1, los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente: a) Ante sus compradores o proveedores directos o indirectos; b) y ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia”*. Discutible parece, sin duda, que nuestro legislador, en contraposición a la dicción literal de la Directiva, utilice el plural de *“beneficiarios de la dispensa”*, cuando lo cierto es que el legislador comunitario solo prevé la excepción de dicho régimen de solidaridad para un solo sujeto, el primero en solicitar clemencia y obtener una exención total de la multa (beneficiario de clemencia de primer nivel)<sup>1471</sup>.

---

<sup>1468</sup> Vid. Considerando 38 de la Directiva 2014/104/UE.

<sup>1469</sup> Vid. apartado IV.3.6 de este mismo capítulo.

<sup>1470</sup> Sobre la responsabilidad conjunta y solidaria, vid. apartado IV.2.3 de este mismo capítulo.

En cuanto a la repetición interna por parte de otros infractores que hubieren pagado su indemnización, el inciso segundo del apartado 5 del art. 73 LEC también ha previsto, de una parte, que el importe de la contribución del infractor beneficiario de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos<sup>1472</sup>; y, de otra, que cuando el perjuicio se cause a una persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de cualquier contribución del beneficiario anteriormente citado a otros infractores se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio (responsabilidad subsidiaria)<sup>1473</sup>.

Con esta excepción, aplicable en los casos de exención, pero no en los de reducción del importe de la multa, como bien han señalado VIDAL MARTÍNEZ y ARRÁNZ FERNÁNDEZ-BRAVO<sup>1474</sup>, el legislador español ha pretendido no solo asegurar que las normas que impulsan las reclamaciones de daños no supongan un obstáculo, en la práctica, para los solicitantes de clemencia; sino también un incentivo adicional al de la exención de pago, cual es la limitación de las posibles reclamaciones por daños a las de su compradores, ya sean directos o indirectos.

En otro orden de cosas, nuestro legislador también ha previsto, como se ha podido anticipar al analizar el régimen de acceso a las fuentes de prueba, algunas previsiones relacionadas directamente con las declaraciones

---

<sup>1471</sup> MARTÍ MIRAVALLS, J. *Acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción*, ob. cit., págs. 43-44.

<sup>1472</sup> BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., pág. 13.

<sup>1473</sup> DE LA VEGA GARCÍA, F. *La clemencia (leniency) en el Derecho de la competencia (antitrust): exención o reducción de multas en el caso del cártel*, ob. cit., pág. 172; ENRICH SCHRÖEDER, V. "Introducción a las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de la competencia", en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ob. cit., pág. 7; MARTÍ MIRAVALLS, J. "Comentario al art. 73 LDC", en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de normas de la competencia*, ob. cit., pág. 182.

<sup>1474</sup> VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRÁNZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 14.

efectuadas en el marco de un programa de clemencia, las cuales encuentran su razón de ser en la conveniencia de evitar que la difusión de la información pueda acabar por disuadir a los potenciales arrepentidos, llegado el caso, de seguir cooperando<sup>1475</sup>.

En esta línea, cabe traer a colación, en primer lugar, el art. 283 bis i) 4) LEC, relativo a la exhibición de pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de competencia, pues en orden a evaluar, en estos casos, la proporcionalidad de una orden de exhibición de información, el órgano jurisdiccional, además de lo ya exigido en el art. 283 bis a) LEC, examinará también, en relación a lo referido en los apartados 5 y 10 del art. 283 bis i) LEC, o a petición de una autoridad de competencia con arreglo a lo dispuesto en el apartado 11 del art. 283 bis i) LEC, la necesidad de preservar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia.

En segundo lugar, nuestro legislador también ha previsto, como prohibición absoluta, que en ningún momento el órgano jurisdiccional pueda ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia<sup>1476</sup>; siendo lo cierto, sin embargo, que el apartado séptimo del propio art. 283 bis i) LEC autoriza a que un demandante pueda presentar una solicitud motivada para que un órgano jurisdiccional acceda a las declaraciones en el marco de un programa de clemencia. No obstante, el art. 283 bis i), en armonía con el derecho a la prueba de las partes, autoriza al órgano jurisdiccional, como órgano de garantía, a acceder a la documentación del programa de clemencia que obre dentro del expediente administrativo con

---

<sup>1475</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, ob. cit., pág. 145.

<sup>1476</sup> FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo artículo 283 bis LEC)*, ob. cit., pág. 13; PASTOR MARTÍNEZ, E. "Cuestiones sobre el acceso a las fuentes de prueba: la perspectiva judicial", en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 209; SÁNCHEZ GIMENO, S. y GAY QUINZÁ, I. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aspectos procesales*, ob. cit., pág. 9; SANJUÁN Y MUÑOZ, E. "El acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia en España", en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea y España*, ob. cit., págs. 319 y ss.

el único objetivo de corroborar que el contenido de los documentos excluidos se ajusta a las definiciones de declaración en el marco de un programa de clemencia. Para la práctica de esta evaluación, el órgano jurisdiccional podrá solicitar la asistencia a las autoridades de competencia correspondientes, así como también podrá dar audiencia a los autores de las pruebas, pero, en ningún caso, podrá permitir el acceso a las declaraciones contenidas en un programa de clemencia a las otras partes ni a terceros<sup>1477</sup>.

En consonancia con la exclusión absoluta del apartado 6 del art. 283 bis i) LEC, que afecta a las declaraciones contenidas en los programas de clemencia, así como a las solicitudes de transacción; los apartados 8 y 9 del mismo precepto, en una interpretación restrictiva de aquellos documentos que quedan excluidos de toda exhibición, disponen que deberá autorizarse el acceso al resto de documentos de prueba, si así lo solicita el perjudicado y el órgano jurisdiccional lo considera pertinente, proporcional y adecuado, en función de la categoría en la que estén incluidas, con arreglo a lo dispuesto en el contenido propio del mismo art. 283 bis i) LEC)<sup>1478</sup>.

En esta línea resulta especialmente ilustrativo el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 14 de junio de 2019<sup>1479</sup>, en el que, con motivo de una solicitud presentada por un perjudicado por el cártel de los camiones de acceso a diversas fuentes de prueba, y entre las que se encuentra la exhibición de la versión íntegra de la Decisión de la Comisión; el órgano jurisdiccional entra a analizar los diversos requisitos y alcance de los apartados del art. 283 bis i) LEC. Tras efectuar un juicio sustantivo en torno a la viabilidad, pertinencia, necesidad y proporcionalidad, así como tras haber ponderado la utilidad de dicha solicitud con la operatividad de las restantes instituciones procesales de las que también puede hacer uso el actor para asegurar la

---

<sup>1477</sup> PASTOR MARTÍNEZ, E. “Cuestiones sobre el acceso a las fuentes de prueba: la perspectiva judicial”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., págs. 207 y ss.

<sup>1478</sup> Posibilidad ya amparada por la STGUE (Sala Tercera) de 7 de julio de 2015, asunto T-677/13 (AXA Versicherung AG/Comisión Europea).

<sup>1479</sup> Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia núm. 338/2019, de 14 de junio (2019/217058).

viabilidad del ejercicio de su acción *follow-on*, el órgano jurisdiccional, pese a estimar parcialmente el acceso a las fuentes documentales que obran en poder del demandado (vgr. información sobre modelos fabricados y precios de lista), finalmente desestima la exhibición de la versión confidencial de la Decisión, por entender que ello vulneraría las prohibiciones absolutas contenidas en el art. 283 bis i) LEC:

*“el acceso a la versión confidencial de la Decisión, “completa y extensa”, pero dada en relación con un clemente y con quienes han emitido una solicitud de transacción, tal y como se expresa en su punto tercero, necesariamente habría de vulnerar las prohibiciones absolutas enumeradas en el art. 283 bis i). 6 LEC pues, de existir tal versión confidencial de la Decisión “completa y extensa”, esta expresaría necesariamente información o categorías de prueba obtenidas por ese modo absolutamente protegido en el art. 283 bis i). 6 LEC”.*

Por último, tal y como dispone el primer apartado del art. 15 bis LEC, relativo a la intervención en procesos de defensa de la competencia y de protección de datos, la aportación de información o presentación de observaciones escritas (u orales con la venia del órgano judicial) sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE o los arts. 1 y 2 LDC por parte de la Comisión Europea y de la CNMC (intervención por propia iniciativa o a instancia del órgano jurisdiccional)<sup>1480</sup>, posibilita que éstas puedan solicitar del órgano jurisdiccional la remisión de todos los documentos que estimen necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate (dicha aportación de información no alcanzará, sin embargo, a aquellos datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción de las multas previstas en los arts. 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia).

---

<sup>1480</sup> Al hilo de esta intervención y la figura del *amicus curiae*, vid. apartado IV.3.4 de este mismo capítulo.

### IV.3.8.- Coordinación entre procesos judiciales

La decisión judicial del proceso tiene lugar mediante el dictado de la correspondiente sentencia. Concretamente, aquellas sentencias que se dicten en los procedimientos sobre aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE y los arts. 1 y 2 de la LDC se comunicarán por el Letrado de la Administración de Justicia a la CNMC<sup>1481</sup>. Siendo esto así y habiendo analizado ya, anteriormente, en el plano sustantivo, pero con evidentes repercusiones procesales, los efectos de las resoluciones de las autoridades administrativas y de los órganos jurisdiccionales competentes en función de lo dispuesto en el art. 75 LDC<sup>1482</sup> (en este caso, bien puede hablarse de un principio de no contradicción desde la perspectiva de la institución de la cosa juzgada), centraremos ahora nuestra atención, en este apartado de la investigación, en la conveniente “coordinación” entre diferentes procesos judiciales.

En función de la regla general que fija la responsabilidad solidaria de un cártel, resulta posible que una misma conducta infractora de las normas sobre los ilícitos *antitrust* determine la incoación de dos o más procesos judiciales. Esta particular situación no solo se constata en relación a las acciones consecutivas interpuestas por posibles afectados situados en diferentes niveles de la cadena de distribución, sino también cuando las acciones se entablan sin la existencia de una resolución sancionadora administrativa firme (con el riesgo adicional de incurrir en contradicciones respecto a la fijación y valoración de los hechos anticompetitivos)<sup>1483</sup>. En ambos casos, cobra especial relieve la necesidad de coordinar las acciones de daños interpuestas por una diversidad de

---

<sup>1481</sup> Esta comunicación, que afecta a todas las sentencias con independencia que sean recurribles, permitirá a la Comisión tener el oportuno conocimiento de los litigios en que podría ser conveniente presentar observaciones si una de las partes recurre la sentencia, así como crear una base de datos que permita reunir todas las resoluciones sobre esta materia y así facilitar la coordinación de diferentes actuaciones futuras (CABALLOL i ANGELATS, LL. “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, en *La indemnización por infracción de las normas comunitarias de la competencia*, ob. cit., págs. 41-42).

<sup>1482</sup> Vid. apartado IV.2.5 de este mismo capítulo.

<sup>1483</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia. Apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y la Propuesta de Ley de Transposición*, ob. cit., pág. 150.

demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro. Ello obedece, concretamente, al interés por evitar situaciones de responsabilidad múltiple o de ausencia de responsabilidad del propio infractor.

Nuestro legislador interno ha incorporado, sin más, en lo que constituye el art. 80 LDC, el contenido del art. 15 de la Directiva de daños, de tal forma que los órganos jurisdiccionales que conozcan de una reclamación por daños y perjuicios derivados de una infracción del Derecho de la competencia, a la hora de evaluar si se cumplen las normas sobre la carga de la prueba sobre repercusión de sobrecostos podrán, mediante los medios disponibles en el marco del derecho de la Unión Europea o del Derecho nacional, tomar en consideración, sin perjuicio de la información pertinente de dominio público derivada de la aplicación pública del Derecho de la competencia, tanto *“las acciones por daños que estén relacionadas con la misma infracción del Derecho de la competencia, pero que hayan sido interpuestas por actores situados en otros niveles de la cadena de suministro”*; como *“las resoluciones derivadas de acciones por daños derivadas de la realidad anterior”*<sup>1484</sup>.

No obstante, nuestro legislador se ha mostrado más preocupado por impedir situaciones de responsabilidad múltiple o ausencia de responsabilidad del infractor que por fijar mecanismos específicos que permitan la coordinación de acciones de resarcimiento entre los compradores directos e indirectos<sup>1485</sup>. Ello es así, porque el art. 80 LDC finalmente **no ha previsto ningún mecanismo procesal específico** para evitar la contradicción de sentencias, lo que conduce a pensar que éstos vendrán referidos a los **supuestos de proceso civil con pluralidad de objeto** (acumulación de acciones -arts. 72 y 73 LEC- y de procesos -arts. 74 y ss. LEC-) y, en su defecto, a la institución de la **prejudicialidad homogénea** (art. 43 LEC)<sup>1486</sup>.

---

<sup>1484</sup> Dicho art. 80 LDC debe entenderse sin perjuicio de aquellos derechos y obligaciones que corresponden a los órganos jurisdiccionales nacionales en función de lo previsto en el art. 30 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>1485</sup> ORELLANA CANO, N. A. *“Coexistence of direct and indirect purchasers’ actions”*, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., pág. 274.



Teniendo presente que sobre la acumulación de acciones (arts. 71 a 73 LEC) ya nos hemos referido en otro apartado de este estudio<sup>1487</sup>, cabe señalar, ahora, por lo que se refiere a la **acumulación de procesos** (la cual puede ser solicitada a instancia de parte o acordada de oficio), que su finalidad principal responde a la posibilidad de que éstos puedan seguirse en un solo procedimiento y ser terminados por una única sentencia (art. 74 LEC).

La acumulación de procesos podrá tener lugar cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro, o bien cuando entre los objetos de los diferentes procesos de cuya acumulación se trate, exista una conexión que, de sustanciarse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes entre sí (art. 76 LEC). En este sentido, debe tenerse cuenta que la acumulación de procesos no solo operará en los supuestos en los que se combinen reclamaciones procedentes de compradores directos e indirectos, sino que, excediendo del alcance previsto por el art. 80 LDC, también podrá solicitarse cuando una única tipología de afectados exija la reparación de los daños y perjuicios (vgr. compradores indirectos que adquirieron vehículos de transporte de concesionarios ajenos a la red de distribución de las empresas cartelistas).

En defecto de la acumulación de procesos, cabría volver la vista al art. 43 LEC, relativo a la **prejudicialidad civil en el proceso civil**. En virtud de esta prejudicialidad homogénea, cuando para resolver sobre el objeto de un litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto órgano jurisdiccional civil, si no fuere posible la acumulación de procesos, el órgano judicial, a petición de ambas partes o de una de ellas, tras dar audiencia a la

---

<sup>1486</sup> Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 344/2012, de 8 de junio (RJ 2012/9317) y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487). GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia. Apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y la Propuesta de Ley de Transposición*, ob. cit., pág. 150; VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 27.

<sup>1487</sup> Vid. apartado IV.3.4 de este mismo capítulo.

contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.

Como ya se ha expuesto, los peligros derivados de la tramitación de procedimientos paralelos en el ámbito de los ilícitos *antitrust*, pueden comportar tanto la ausencia de responsabilidad (si en el procedimiento seguido por el comprador directo se considera acreditada la repercusión y, *sensu contrario*, ésta no fuere reconocida en aquella acción ejercida por los compradores indirectos); como un exceso de responsabilidad, apreciable en aquellas situaciones en que se llegue a reconocer, mediante acciones de reclamación independientes, la existencia de daños plenos no solo al comprador directo, sino también al comprador indirecto<sup>1488</sup>.

El tiempo y la actuación de la jurisprudencia terminarán por determinar el más correcto modo de coordinación de los procesos judiciales en esta concreta materia de responsabilidad civil. Hasta el momento presente, sin embargo, cabe referir que nuestros tribunales solo han centrado su atención en el mecanismo de la acumulación de acciones planteada por diversos demandantes que han resultado perjudicados por una misma actuación anticompetitiva<sup>1489</sup>. Sirva de ejemplo, aun sin contener una referencia expresa al art. 80 LDC, el Auto de 18 de octubre de 2019 de la Audiencia Provincial de Zaragoza<sup>1490</sup>, en el que, tras examinar la conveniencia de una demanda de responsabilidad extracontractual interpuesta conjuntamente por tres compradores indirectos contra uno de los agentes infractores del conocido cártel de los camiones, se termina por concluir, en beneficio de la coordinación de procesos, que:

---

<sup>1488</sup> HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, ob. cit., págs. 180-181; ORELLANA CANO, N. A. "Coexistence of direct and indirect purchasers' actions", en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia*, ob. cit., pág. 279.

<sup>1489</sup> MARCOS FERNÁNDEZ, F. *Primeras sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones*, ob. cit., pág. 3.

<sup>1490</sup> AAP de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 120/2019, de 18 de octubre (JUR 2019/329532).

*“a la vista de los hechos invocados y de las normas alegadas, lo cierto es que existen unos hechos unitarios, la existencia de un concierto para alterar los precios de venta de los vehículos y una relación de causalidad entre tal conducta y los daños, ciertamente diversos, que pudieron sufrir los actores, pudiendo, por su importante semejanza y la relación de conexión entre las acciones acumuladas ser tramitados en un mismo proceso”.*

## **CONCLUSIONES**



## CONCLUSIONES

**Primera.-** Concebida la competencia como valor supremo y estructural de nuestro modelo económico-constitucional, así como fuente de derechos subjetivos y valor de relevancia social; el Derecho de la competencia puede definirse como aquella rama del ordenamiento jurídico que tiene por objeto, por un lado, mantener la competencia en el mercado mediante la persecución y sanción de toda conducta o comportamiento que resulte contrario a la misma (de ahí, la regulación de las figuras de los acuerdos colusorios y el abuso de posición dominante); por otro lado, establecer los mecanismos de control y supervisión necesarios respecto de aquellas conductas que pese a no ser directamente lesivas de la competencia sí pueden producir efectos adversos en el mercado (entre otras, las concentraciones económicas, el otorgamiento de ayudas públicas e, incluso, las conductas desleales); y, por último, congeniar toda una serie de medidas que, conforme a la previsión de las políticas públicas de carácter económico, se encaminen a fomentar e incrementar los niveles de competencia en los diferentes mercados.

**Segunda.-** Tan importante es para el correcto funcionamiento del mercado evitar la comisión de conductas atentatorias contra la competencia, como fomentar el ánimo competitivo y las buenas prácticas entre los diferentes agentes económicos. De hecho, el Derecho de la competencia, en su concepción contemporánea, debe cumplir tanto con una función represiva, ligada a la vigilancia y control de las interacciones privadas en el mercado, como con otra de naturaleza participativa, orientada a la promoción y desarrollo de la propia competencia. Esta “consolidación” y “expansión” del Derecho de la competencia puede constatarse, precisamente, al hilo de la preocupación legislativa acerca de los efectos perjudiciales que las conductas atentatorias de la competencia causan en los sujetos intervinientes en el mercado, así como en el análisis y ponderación, desde la óptica procesal, de los diferentes mecanismos jurídicos previstos en orden a la reparación de los daños y

perjuicios causados con motivo de una conducta infractora derivada de los ilícitos anticompetitivos.

**Tercera.-** El análisis del Derecho de la competencia no puede efectuarse a espaldas de nuestro modelo constitucional y, menos todavía, sin reconocer y poner en valor la dependencia recíproca entre el Derecho Mercantil y el Derecho Procesal. Ello responde a la necesidad de examinar, desde una perspectiva transversal, si la actual regulación sustantiva del Derecho de la competencia resulta compatible con su tutela procesal, en el bien entendido de valorar si los objetivos perseguidos por la normativa sustantiva de la competencia, en especial la plena restitución de los daños causados por una conducta infractora, resultan coherentes, en la práctica, con la situación particular de quienes optan, en sede procesal, por el ejercicio de una acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de la infracción de las normas de competencia.

**Cuarta.-** Es posible individualizar una triple dimensión de la competencia: la primera, de naturaleza institucional, la identifica como valor supremo y estructural de nuestro modelo económico; la segunda, de carácter individual, la concibe como valor individual de la libertad económica y fuente generadora de derechos subjetivos; y la tercera, de orden social, sitúa su centro de gravedad en su perfil de valor supraindividual y motor de la consolidación del crecimiento en general.

**Quinta.-** El núcleo fundamental de nuestro modelo económico se sustenta en el reconocimiento en el art. 38 CE de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Una libertad de empresa que ostenta una naturaleza dual, pues si bien es cierto que se erige, institucionalmente, en un principio inspirador de nuestro sistema económico, no lo es menos que también adquiere notable repercusión, en cuanto derecho subjetivo de carácter socioeconómico y de desarrollo continuo, en orden a todos y cada uno de los protagonistas que participan en el propio mercado. Con todo, la libertad de empresa, a interpretar de conformidad con el contexto social en que se

desenvuelve, no es un derecho absoluto, sino sometido, en función del riesgo regulatorio, a lícitos límites y restricciones.

**Sexta.-** Frente a los clásicos postulados de la Escuela de Chicago, caracterizados por orientar los sistemas de competencia a la consecución, en cuanto objetivo económico, de la eficiencia; así como tomando en consideración la línea seguida por la Escuela de Harvard, en el sentido de orientar también el Derecho de la competencia a toda una serie de valores ligados al funcionamiento del mercado, pero de indudable naturaleza social o extraeconómica; parece razonable concluir, en el momento presente, al hilo de los ilícitos *antitrust*, que el Derecho de la competencia también debe alcanzar, fruto de su “funcionalización”, la protección del bienestar social, no solo incidiendo en los operadores económicos, al reconducir, a términos objetivos, sus condiciones de supervivencia y éxito, sino también en el nivel de satisfacción de los consumidores. Aunque sistemáticamente la defensa de la competencia y la protección del consumidor se incardinan, como así ha señalado nuestra jurisprudencia constitucional, en cuerpos normativos distintos, es evidente que ambas tienen una muy estrecha relación, de tal forma que el éxito de una condiciona, en buena medida, la eficacia de la otra. Tan es así, que la protección del consumidor, en su conceptualización extensa, no solo constituye uno de los objetivos sociales que son propios del Derecho de la competencia, sino que también se erige en un elemento de especial trascendencia, con clara vinculación con las normas *antitrust*, en aquellas situaciones en que quepa apreciar la existencia de conductas que puedan reputarse como colusorias de la competencia.

**Séptima.-** La competencia económica, presupuesto de la economía de mercado, no está exenta de padecer “comportamientos patológicos”. La capacidad auto-normativa del mercado para hacer frente a sus propias anomalías de funcionamiento no solo es insuficiente, sino que, además, en ciertos casos, como aquellos referidos a la creación de un cártel, puede llegar a estar viciada en sí misma. Ello constituye la base, precisamente, del nacimiento y consolidación del Derecho de la competencia. Una consolidación que, al hilo



de la denominada “paradoja de la competencia”, permite concluir que la libertad de empresa precisa de un continuo reconocimiento y respaldo por parte de las autoridades públicas, en tanto que éstas, actuando como garantes, deben permitir que el libre desarrollo de los agentes privados tenga lugar en el seno de un correcto marco de competencia económica y en pleno equilibrio con el resto de intereses en juego.

**Octava.-** La libertad de empresa solo puede garantizarse si existe un adecuado marco prohibitivo y se articulan, por extensión, toda una serie de medidas de control, pues, en caso contrario, dicha libertad es susceptible de ceder a favor de unos operadores y en detrimento de otros. El Estado debe hacer uso, como manifestación de prevención general, de su actividad normativa para fijar, *ex ante*, un marco taxativo de aquellas conductas que resulten contrarias o bien causen un grave perjuicio al sistema competitivo. Ahora bien, junto a este primer nivel de protección pública, complementado con una importante labor de promoción de las buenas prácticas empresariales; también corresponde a los poderes públicos desarrollar una función represiva en relación a todos aquellos agentes económicos que, fruto de un comportamiento inapropiado, hayan vulnerado el correcto funcionamiento del mercado. El foco de atención de la tutela jurisdiccional de la libertad de empresa se ha situado, tradicionalmente y al amparo del “análisis vertical” del art. 38 CE, en aquellas hipotéticas afectaciones que este derecho subjetivo pueda sufrir por obra de la propia función normativa del legislador o de la actividad reglamentaria de la Administración. *Sensu contrario*, no han sido tan habituales los pronunciamientos judiciales, fundados en un “análisis horizontal” del art. 38 CE, acerca de las posibles conculcaciones del derecho a la libertad de empresa con ocasión de conductas o comportamientos derivados de otros operadores particulares.

**Novena.-** No obstante, en los últimos tiempos, gracias a la notable influencia del Derecho de la Unión Europea sobre la materia, ha sido y es posible constatar un notable incremento de las resoluciones judiciales que enfrentan, aun cuando lo hacen desde la perspectiva de la reparación de los daños derivados de una infracción de la competencia, dichas relaciones

“horizontales”. La libertad de empresa no debe interpretarse como la concesión de una especie de “carta blanca” a favor de los agentes económicos para que éstos, a su conveniencia, hagan prevalecer su posición en detrimento de aquella que corresponde al resto de operadores económicos involucrados en el mercado. De ahí, precisamente, que sea conveniente, por no decir imprescindible, delimitar aquellos comportamientos que, aun causando un perjuicio al resto de competidores, quedan resguardados por el manto protector del art. 38 CE y, en consecuencia, deben ser asumidos y tolerados por el proceso competitivo; así como aquellos otros que, por el contrario, sí son merecedores de persecución por parte de las autoridades competentes por cuanto el operador, en la búsqueda exclusiva de su interés privado, ha terminado por excederse de lo que constituye el ejercicio legítimo de su actuación empresarial y, por ende, termina por causar un perjuicio no amparado por nuestro sistema económico-constitucional.

**Décima.-** Proporcionar una plena tutela de los consumidores es una meta que no puede conseguirse en exclusiva, pese a su innegable valor, mediante la aplicación del Derecho Mercantil. Ello es así, porque, en paralelo, también resulta imprescindible proveer a los particulares afectados por conductas infractoras del Derecho de la competencia de aquellos cauces procesales específicos que les ofrezcan la posibilidad de corregir la afectación acontecida en el mercado, reinstaurando su legalidad (correctivo administrativo-sancionador), así como de aquellos otros que, llegado el caso, posibiliten su resarcimiento por el perjuicio patrimonial (daños y perjuicios) que hubieren sufrido como consecuencia de un ilícito anticompetitivo.

**Undécima.-** En este contexto, nuestro legislador ha optado por un sistema de coexistencia entre la declaración de ilicitud de las conductas contrarias a la competencia y la correspondiente reclamación de responsabilidad civil con la que hacer frente a una eventual condena a la reparación de los daños causados. Ello explica, en primer lugar, la importancia de mantener unos adecuados niveles de competencia mediante el ejercicio coordinado tanto de las funciones de policía y persecución, como de aquellas

otras de fomento e implantación de buenas prácticas profesionales; en segundo lugar, que todo mercado con un elevado índice de conductas patológicas o, en su caso, privado de eficaces mecanismos de corrección, presenta el serio riesgo de que dichas conductas generen un “círculo de retroalimentación”, máxime si tenemos presente la estrecha conexión entre el Derecho de la competencia y la competencia desleal; en tercer lugar, que un mercado con un funcionamiento eficiente reduce, sustancialmente, el riesgo de alteraciones de la competencia, a la par que fortalece los mecanismos de persecución pública e incrementa el grado de concienciación de las empresas en orden a no tolerar conductas torticeras de sus competidoras; y, en cuarto y último lugar, que en todas y cada una de las infracciones de la competencia quepa individualizar un elenco de empresas, cuando no particulares que, por su específica posición en el mercado, bien sufrirán la afectación directa, en cuanto a su ejercicio, del art. 38 CE, o bien una conculcación de sus derechos e intereses legítimos.

**Duodécima.-** Los ilícitos concurrenciales constituyen acontecimientos de naturaleza “híbrida”. Ello obedece a que ante el ejercicio extralimitado del art. 38 CE por parte de un operador económico resulta posible apreciar, junto a la conculcación general del propio sistema económico cuando la conducta presente una entidad y alcance suficientes (afectación del interés público), una diversidad de efectos negativos en la esfera privada de aquellos sujetos que, de uno u otro modo, participan en el mercado. Esta diversidad de intereses, de naturaleza pública y privada, que concurren en la mayoría de los atentados a la competencia permite, en función del interés que en cada caso sea merecedor de tutela, individualizar dos parcelas distintas de actuación que, aun gozando de autonomía conceptual y funcional, se encuentran estrechamente relacionadas entre sí: *public enforcement* y *private enforcement*.

**Decimotercera.-** La distinción conceptual entre el sistema de *public enforcement* y el de *private enforcement* tiene su origen en el Derecho *Antitrust* norteamericano. Desde la óptica del Derecho estadounidense, en el primero de estos sistemas (*public enforcement*), la actividad de persecución y represión de los ilícitos anticompetitivos queda encomendada al poder público, ya sea a

cargo de autoridades especializadas mediante un cauce de enjuiciamiento específico, o bien correspondiendo al propio Estado la asunción del deber principal de litigar ante los órganos jurisdiccionales. Por su parte, en el segundo de los sistemas (*private enforcement*), las tareas de investigación y represión de las actuaciones falsarias de la competencia corren a cargo de la iniciativa de los particulares, pues son éstos los que, motivados por lograr su propia satisfacción, se encargan de promover la actividad de los órganos jurisdiccionales con el fin de alcanzar, fundamentalmente, la restitución del *status quo* alterado en su esfera particular (reparación de los hechos dañosos) y, en menor medida, la reposición del interés público mediante el restablecimiento de la competencia en el mercado. En este contexto, el sistema de protección de la competencia comunitario también ha tomado en consideración ambas modalidades estructurales (*public enforcement* y *private enforcement*); si bien es cierto que ha venido a trazar la línea divisoria entre ambas categorías en atención al bien jurídico que resulta objeto de protección en cada una de ellas.

**Decimocuarta.-** En el modelo comunitario se ha acabado por identificar el *public enforcement* con la correspondiente aplicación de las normas de la defensa de la competencia a cargo de las autoridades administrativas o, en su caso, a favor de la figura del acusador público si las conductas anticompetitivas están tipificadas como ilícitos penales, con el objetivo de perseguir y sancionar los comportamientos empresariales que resulten contrarios a las reglas de la libre competencia. El *private enforcement*, por su parte, se ha referido a la articulación de las normas de defensa de la competencia ante las autoridades judiciales con el objetivo de que éstas, llegado el caso, declaren las consecuencias civiles derivadas de aquellas conductas anticompetitivas una vez ya sancionadas, previamente, por las autoridades públicas, o bien tras ser apreciadas como tales por la autoridad judicial que esté conociendo del proceso civil. Este modelo europeo, basado en la distinción del interés que es objeto de protección, ha sido objeto de traslación a nuestro ordenamiento jurídico interno. Bien puede hablarse así, entre nosotros, de un sistema de

“*protección dual*” de la competencia, pues parte de la debida conexión y enlace entre el *public enforcement* y el *private enforcement*.

**Decimoquinta.-** Mientras que en el sistema competencial norteamericano la mayoría de los ilícitos concurrenciales son descubiertos gracias al ejercicio de las acciones civiles interpuestas por los competidores perjudicados por una hipotética conducta infractora; en el ámbito de la Unión Europea no existe una plena equiparación de funciones entre la aplicación pública y la privada, pues se parte de un modelo tradicional en que la investigación y sanción es efectuada por la autoridad competente y se relega a los particulares, mediante el ejercicio de acciones individuales, la posterior reclamación antes las autoridades judiciales. El legislador comunitario, como así también ha terminado por recogerse en nuestro derecho interno, ha diseñado en orden a nuestro sistema competencial el uso de ambas fórmulas de acuerdo con un orden secuencial tipo, en el que las acciones *follow-on* desempeñan un papel destacado; así como ha habilitado también a los particulares agraviados para que puedan acudir a la vía judicial para descubrir y enjuiciar toda conducta anticompetitiva *ex novo*.

**Decimosexta.-** Con más frecuencia de la deseada, la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la competencia se han visto sometidas a un continuo enfrentamiento en torno a cuál de las dos resulta más operativa y eficiente. Su continua contraposición no deja de ser una manifestación del verdadero conflicto de fondo que subyace dentro de cualquier sistema de protección, relacionado con las tensiones propias de una amalgama dispersa de objetivos: la disuasión y prevención, de una parte, y, de otra, la búsqueda material de una justicia correctivo-reparadora de las víctimas de la conducta infractora. Dado que ambos sistemas presentan ventajas e inconvenientes, parece razonable que, lejos de concebir ambos como sustitutivos o excluyentes, se apueste por su colaboración recíproca y complementaria en orden a una plena protección de los distintos bienes jurídicos del Derecho de la competencia.

**Decimoséptima.-** La sola aplicación pública no es capaz de remover la totalidad de las consecuencias perjudiciales ocasionadas por la vulneración de la competencia. Sin embargo, el espacio económico no puede considerarse restituido a su *status quo* si antes no ha tenido lugar la reparación a los agentes empresariales y particulares que han resultado lesionados dentro del tráfico económico. De igual modo, el *public enforcement* tampoco debe entenderse únicamente como un conjunto de medidas encaminadas a reprimir aquellas conductas que se reputan contrarias a la competencia, sino que también puede incidir, favorablemente, en el éxito de la reparación de los perjuicios ocasionados por esas mismas conductas. Por su parte, la aplicación privada, aun cuando su ejercicio también pudiere facilitar la persecución, con ciertos matices, de las conductas contrarias al Derecho de la competencia, es lo cierto que carece de la legitimidad necesaria para imponer, mediante la autoridad judicial, un castigo corrector ante la más mínima vulneración de la dinámica competitiva; así como también puede verse sometida, en no pocas ocasiones, a la falta de interés suficiente y rentabilidad económica.

**Decimonovena.-** La apuesta por un sistema que haga posible la combinación de la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia, con la consiguiente alineación de sus intereses, parece la única vía capaz de aglutinar, sin distorsionar la finalidad natural de cada sistema, las principales ventajas de cada una y lograr un mayor grado de eficiencia. Es oportuno, pues, combinar el carácter profesional y especializado de los órganos administrativos, el mayor grado de recursos y capacidades que ostentan en comparación con los particulares afectados, la facilidad de acceso a las fuentes de información, y su efecto preventivo, todos ellos rasgos inherentes al *public enforcement*; con aquellas otras características, ciertamente ventajosas, que también encierra el seguimiento de un modelo de *private enforcement*: descarga de trabajo de las autoridades especializadas, reasignación más equitativa de recursos, e incremento, mediante canales ágiles de comunicación, de la detección temprana de los ilícitos *antitrust*.

**Vigésima.-** La difícil consecución de un equilibrio complementario entre *public enforcement* y *private enforcement* obedece al hecho de haberse construido, de forma casi exclusiva, desde la óptica sustantiva propia del Derecho de la competencia. Por desgracia, en paralelo, ha sido una constante el haber desatendido su vertiente procesal, en especial por lo que hace referencia a su aplicación privada. La distinción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la competencia plantea, aun normalizada tanto en textos normativos como por las instituciones comunitarias y nacionales, notables reticencias. Ello es así, en primer lugar, porque mientras en el terreno sustantivo la línea que parece separar la parte pública de la aplicación privada parece nítida, en el ámbito procesal, por el contrario, cabe traer a colación la estrecha relación entre ambas esferas de protección, en tanto que la resolución de los aspectos públicos, relacionados con la declaración de la conducta infractora, tiene notables repercusiones en orden al ejercicio de las acciones privadas. De igual modo, también los intereses privados, ciertamente vinculados con sujetos concretos y determinados, pueden alcanzar, en ocasiones, repercusión pública dentro del sistema social y económico. No olvidemos, además, que el proceso jurisdiccional siempre presenta un innegable carácter público, o que cualquier reconocimiento del derecho de acción, con independencia del sujeto sobre el que recaiga, revestirá siempre naturaleza pública.

**Vigésima primera.-** La dicotomía entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la competencia suscitada en el terreno sustantivo, no puede trasladarse, automáticamente, al ámbito procesal. Ello obedece a que la disciplina procesal está al servicio de intereses particulares, pero, en paralelo, también sirve al ordenamiento jurídico en sí mismo considerado. Todo proceso responde a una fundamentación jurídica subjetiva en virtud de la cual el particular decide hacer uso de su derecho de acción para ver satisfechas sus pretensiones (en el ámbito del ejercicio de las acciones de daños derivados de un ilícito *antitrust*, el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la conducta antijurídica), con independencia o, al menos sin el propósito, de reprimir la vulneración acontecida en el mercado o bien de preocuparse por el estado de la competencia en cuanto valor general del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, a esta visión subjetiva del proceso es obligado añadirle una fundamentación de naturaleza objetiva, pues si bien es verdad que la Administración de Justicia ofrecerá una respuesta individual en el caso concreto, no lo es menos que dicho método de resolución de conflictos también cumple con una innegable función pública referida, en este particular ámbito, al cumplimiento de la normativa de competencia, la restitución de la legalidad y de la concurrencia, y la reafirmación del ordenamiento jurídico.

**Vigésima segunda.-** Cuando el órgano jurisdiccional concluye el proceso mediante la emisión de una resolución judicial en que declara los daños ocasionados con motivo de un ilícito anticompetitivo, está respondiendo a la controversia particular planteada en el proceso, propia del *private enforcement*; pero también, dadas las particularidades que envuelven el proceso y su resolución judicial, su contenido repercutirá, de alguna forma, en la aplicación pública del Derecho de la competencia. En concreto, cuando se ejercita una acción de daños, la sentencia estimatoria no solo presta atención al interés privado, concretado en el reintegro de los intereses alegados por el actor; sino que también repercute, favorablemente, en el interés público, ya que se reafirma la eficacia de la normativa protectora de la competencia, se incrementa el efecto represor propio, en su caso, de las sanciones administrativas, y se restituye el *status quo* vulnerado mediante la correspondiente compensación económica, lo cual comporta la disminución del atractivo de las conductas infractoras.

**Vigésima tercera.-** En una primera etapa, que bien puede situarse en la primera mitad del siglo XX, el Derecho *Antitrust* estadounidense se desarrolló mediante el impulso de la actividad acontecida en sede judicial. La cuestión dirimente se centraba en interpretar qué cabe entender por “restricción de la competencia” y qué conforma el ámbito de aplicación de las leyes antimonopolio. A tal efecto, se desarrolló un primer parámetro de control, la *rule of reason*, o regla de la razonabilidad, en virtud de la cual para determinar la legalidad y estimar el carácter anticompetitivo de una conducta es necesario analizar, en primer lugar, tanto el comportamiento como el contexto económico



en que ésta ha acontecido; en segundo lugar, los diferentes efectos e implicaciones que haya generado o hubiere podido generar en el sector de mercado; y, finalmente, efectuar un “juicio de anticompetitividad”.

En la segunda mitad del siglo XX, se abrió una segunda etapa en la evolución del Derecho *Antitrust* norteamericano: la de la *per se rule*. En virtud de la aplicación de esta nueva regla, la práctica judicial pasó a considerar que existen ciertas categorías de acuerdos y conductas (*naked restraints*) que, por su carácter nocivo y por presentar elevadas probabilidades de generar un perjuicio directo tanto a la competencia como al resto de operadores, merecen ser consideradas, *per se*, sin necesidad de analizar previamente sus efectos, como anticompetitivas e ilegales. Toda vez que el Tribunal Supremo estadounidense fijó la prioridad de la *per se rule*, se desencadenó una notable inseguridad en orden a tejer alianzas y estrategias conjuntas de mercado.

Ello explica, precisamente, la aparición de una tercera regla, la *quick look rule*, que en cuanto *tertium genus* dispone que al órgano jurisdiccional ya no le corresponde analizar todos y cada uno de los elementos constitutivos de la anticompetitividad de la conducta, sino que, únicamente, deberá centrarse en el análisis, mediante una “mirada rápida”, de los aspectos más trascendentales en orden a apreciar la naturaleza anticompetitiva, pudiéndose presumir la existencia de aquellos otros factores que puedan reputarse como accesorios o colindantes con la propia comisión de la conducta infractora. Estas reglas propias del derecho norteamericano, si bien han sido inspiradoras, en buena medida, de algunos de los posicionamientos propios de la Unión Europea, es lo cierto que no han sido trasladadas, automáticamente, al ordenamiento jurídico comunitario.

**Vigésima cuarta.-** La distinción propia de la tradición comunitaria acerca de las infracciones por el objeto y las infracciones por el efecto no responde a una extrapolación automática, en el ámbito de la Unión Europea, de las reglas norteamericanas de la *per se rule* y la *rule of reason*. Aun cuando pudiera llegar a admitirse que las infracciones por el objeto y la *per se rule* se asientan sobre un mismo fondo común (agilizar la represión de aquellas

conductas que, de acuerdo con las reglas de la experiencia económica, presentan un riesgo intrínseco e inherente de generar efectos sustancialmente perjudiciales para el mercado); no es menos cierto que no son equiparables, pues mientras a las conductas anticompetitivas por razón del objeto les siguen resultando de aplicación las diferentes causas de exención, en el caso de las conductas inmersas dentro de la *per se rule* estadounidense se aprecia que éstas no pueden ser, en ningún caso, objeto de exención alguna. De igual modo, por mucho que puedan inferirse algunas similitudes entre el mecanismo de la *rule of reason* y el método de la interpretación razonable, tampoco cabe equiparar las infracciones por efecto con la *rule of reason*. De hecho, el propio TJUE ha negado, categóricamente, cualquier traslación de la regla de la razón al seno del ordenamiento comunitario a los efectos de determinar la concurrencia de algún tipo de exención, máxime cuando la normativa comunitaria de la competencia no contempla ningún tipo de conducta anticompetitiva que pueda reputarse antijurídica con su simple comisión, así como que todas las modalidades anticompetitivas pueden ser objeto de exención.

**Vigésima quinta.-** El modelo *antitrust* propio de los Estados Unidos, si bien debe incorporarse dentro de la categoría de los sistemas mixtos, en tanto que los derechos de acción pueden provenir tanto de una pluralidad de sujetos situados dentro del *public enforcement*, como de diferentes agentes privados, reservándose a cada uno de ellos un cauce procedimental diferenciado; se caracteriza porque la actividad privada constituye, en la práctica, el motor principal sobre el que gira la lucha contra los ilícitos concurrenciales. Dentro de la aplicación pública del Derecho *Antitrust*, el sistema estadounidense ha optado por atribuir la función de protección pública no a una única autoridad o agente estatal, como así acontece con la mayor parte de los modelos propios de los Estados miembros de la Unión Europea (incluida España), sino por incorporar un sistema dual o de agencia múltiple, esto es, en el que la legitimación para perseguir y reprimir las conductas infractoras de la competencia se confiere a dos organismos distintos, pero situados en un mismo nivel de gobierno y autonomía: la *Antitrust Division* del Departamento de

Justicia y la *Federal Trade Commission*, a los que, en ocasiones excepcionales, pueden sumarse otras autoridades públicas de ámbito federal o incluso estatal (vgr. los Fiscales Generales de los distintos Estado en función del cumplimiento de la normativa federal).

**Vigésima sexta.-** A la aplicación descentralizada de la realización pública del modelo estadounidense, cabe sumar la posibilidad de que los sujetos privados, bien de forma complementaria a una actuación pública anterior, o bien de forma única y principal en ausencia de toda intervención institucional previa, hagan valer sus derechos de acción dentro del *private enforcement*. Por lo que respecta a las fuentes de legitimación de los agentes privados, en su mayoría personas jurídicas y empresarios individuales, cabe contemplar también, si bien con notables salvedades, la posibilidad de que algunas autoridades públicas, en su mayoría los Fiscales Generales de los diferentes Estados, puedan también promover, pese a no ser su cometido principal, acciones de cesación y de indemnización de daños y perjuicios en defensa de los intereses colectivos e individuales.

**Vigésima séptima.-** Por lo que hace referencia a las diferentes vías de enjuiciamiento, en el modelo de competencia norteamericano, a diferencia de lo que acontece en el común de los sistemas europeos, cabe apreciar un escenario complejo presidido por la “dualidad o pluralidad jurisdiccional”, su carácter descentralizado y de doble nivel: federal y estatal. Así, por ejemplo, en orden a la persecución de los acuerdos restrictivos de la competencia pueden entrar en juego tres cauces distintos de enjuiciamiento: la vía civil, a través de una demanda interpuesta por los particulares agraviados e, incluso, en ciertos casos, si así lo estiman oportuno, las autoridades públicas; la incoación de un procedimiento administrativo cuando la *FTC* estime conveniente iniciar una investigación en caso de especial afectación para los consumidores y usuarios; y, por último, dada la gravedad que reviste este tipo de conductas, la apertura de un proceso penal por medio de la *Antitrust Division*.

**Vigésima octava.-** Es innegable que el proceso civil es, en Estados Unidos, el medio de resolución de conflictos por excelencia que resultará de

aplicación al grueso de las conductas anticompetitivas, con independencia de que éstas constituyan un atentado a la propia estructura del mercado, contravengan la calidad o el grado de rivalidad dentro del mismo, o bien distorsionen cualquier otro procedimiento que debiera reputarse competitivo. La vía penal, de forma similar a lo que acontece en el sistema español, está llamada a ocupar una función de *ultima ratio* en manos de la *Antitrust Division*, quedando reservada, en su aplicación práctica, a las conductas más altamente lesivas y sometida a los efectos derivados de las declaraciones de culpabilidad, las declaraciones de *nolo contendere*, que si bien tienen los mismos efectos que una declaración de culpabilidad, es lo cierto que repercuten en orden a la interposición de futuras acciones civiles de reclamaciones de daños, y los *leniency programs*.

**Vigésima novena.-** La normativa *antitrust* norteamericana reconoce la posibilidad de que cualquier sujeto que haya padecido un perjuicio económico en su actividad empresarial o en su esfera patrimonial como consecuencia de una conducta anticompetitiva, pueda recabar la tutela judicial para exigir el cese inmediato de dicha conducta, así como solicitar el resarcimiento íntegro por los daños ilícitos padecidos. Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, al efecto de modular esta amplia legitimación *antitrust*, a raíz del asunto *Brunswick Corp.* elaboró la construcción de la *antitrust jury*, siendo así que con motivo de ésta, a los efectos de la legitimación, ya no es suficiente con demostrar la comisión de una actuación contraria a la competencia que ha causado un daño y el vínculo de causalidad entre ambos elementos, sino que, además, también resultará imprescindible que el perjudicado acredite haber padecido una lesión antimonopolio. En atención a esta visión jurisprudencial, quien se repute afectado por un atentado antimonopolístico únicamente tendrá derecho a exigir el resarcimiento de su lesión si corrobora, en el caso concreto, que su proclamación procede de una conducta anticompetitiva cuya lesión, además de incidir negativamente en su esfera patrimonial, también ha afectado, previamente, al *status quo* económico.

**Trigésima.-** La *Clayton Antitrust Act* también reconoce a los Fiscales Generales de cada uno de los Estados la facultad para interponer acciones civiles dirigidas a la reparación de los daños y perjuicios que una conducta anticompetitiva hubiera podido causar en la comunidad social (*parens patriae actions*). Con todo, dado que la autoridad pública desarrolla su intervención procesal en nombre y representación de los ciudadanos, resulta impedido que dichas acciones puedan emplearse, en verdad, para la reparación de daños y perjuicios cuyo origen se encuentre en una actividad empresarial o comercial, pues los compradores directos e indirectos quedarían excluidos de su ámbito de aplicación. En el ordenamiento jurídico español, bien podría utilizarse en dicha dirección el art. 11 LEC, cuando éste nos indica que el Ministerio Fiscal resulta legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

**Trigésima primera.-** Una de las restricciones más significativas que el sistema *antitrust* estadounidense contempla en relación al otorgamiento de la legitimación activa se manifiesta en la regla del comprador indirecto (*indirect purchaser rule*), en virtud de la cual dichos compradores carecen de legitimación activa para entablar las acciones judiciales de reparación bajo la regla 4 de la *Clayton Antitrust Act*. Esta regla, que se fundamenta en el hecho de que tales agentes empresariales no han sufrido una lesión directa causada con motivo de la conducta infractora de la competencia, no tiene visos de ser modificada o suprimida en breve. Sin embargo, sí se contemplan, poco a poco, algunos casos en los que el comprador indirecto resulta investido de legitimación: transmisión contractual entre comprador directo y cliente por medio de acuerdo expreso de cesión de los derechos de acción; situaciones en que el adquirente de primer nivel no se halla en condiciones de ejercer un derecho legítimo de reclamación, por haber formado parte de la conspiración, haber intervenido en los hechos anticompetitivos, o por haber sido controlado por uno de los infractores; o aquellos casos en los que cabe apreciar daños producidos por un incremento de precios a cargo de un tercer operador que, aun no habiendo participado en el ilícito anticompetitivo, decide aprovecharse de ese entorno económico para incrementar los precios de sus productos o servicios dentro del mismo mercado que el de la infracción o en otro

relacionado con el anterior (*umbrella pricing*). En el ordenamiento jurídico español, en contraposición a la priorización del derecho de acción en manos del comprador directo, se opta por favorecer la consecución del derecho al pleno resarcimiento de todos aquellos sujetos que, con independencia de la posición y vínculo que presenten con el infractor, han padecido un perjuicio patrimonial.

**Trigésima segunda.-** La *indirect purchaser rule* también ha acabado por condicionar el reconocimiento y alcance de la estrategia defensiva del demandado en el ámbito de las acciones privadas por daños anticompetitivos. Así, en el modelo norteamericano, como así puede constatarse en la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Hanover Shoe*, resulta del todo desaconsejable habilitar la defensa *passing-on* como causa impeditiva de la pretensión del perjudicado. Admitir lo contrario en el modelo estadounidense, no solo incrementaría las probabilidades de sentencias desestimatorias sobre el fondo de la cuestión, cuando el infractor consiguiera acreditar que el comprador directo ha repercutido el daño anticompetitivo, sino que también comportaría que los agentes hacia los que se ha desplazado la lesión antijurídica no puedan recabar la tutela de sus derechos e intereses legítimos, así como la eliminación del efecto preventivo de la normativa *antitrust*. En el ordenamiento jurídico español, por el contrario, el reconocimiento generoso de la legitimación activa obliga a admitir, como medida de corrección, la defensa *passing-on* en orden a impedir situaciones indeseables de doble reparación o enriquecimiento injusto.

**Trigésima tercera.-** El reconocimiento de los *trebles damages* o institución de los daños triples en el sistema estadounidense, en cuanto manifestación de los llamados daños punitivos, posibilita, si el perjudicado aporta prueba suficiente en torno a la existencia de un ilícito anticompetitivo, así como también acredita haber padecido un perjuicio con ocasión de esa misma infracción de las normas *antitrust*, que la condena impuesta por el órgano jurisdiccional al agente empresarial no se limite únicamente al importe exacto de las consecuencias perjudiciales que hayan quedado acreditadas en

el juicio, sino que la responsabilidad del demandado pueda venir extendida hasta el triple de su suma. La previsión de estos daños punitivos, que mal aplicada puede derivar a una sobredimensión del daño verdaderamente causado, cumple con una doble función resarcitoria: la primera, de crédito diferido, al permitir al perjudicado recuperar, con posterioridad, la falta de previsión de intereses remuneratorios devengados con carácter previo a la interposición demanda; y la segunda, de fondo de compensación ante conceptos que restan excluidos de indemnización (vgr. costes de oportunidad); que pretende descargar la carga del órgano jurisdiccional en orden a la cuantificación de los daños y perjuicios y actuar como elemento disuasorio o preventivo de las disposiciones *antitrust*. En el modelo español, atendiendo a los fundamentos generales del Derecho Civil de Daños, así como al principio de enriquecimiento injusto, no cabe apreciar la institución de los daños punitivos en el ámbito de las acciones de reparación por ilícitos concurrenciales.

**Trigésima cuarta.-** Las *Federal Rules of Civil Procedure* han dispuesto, en lo que constituye una singularidad especial propia del sistema procesal civil de los Estados Unidos, las reglas de descubrimiento o *discovery rules*, cuya finalidad consiste, dada la asimetría de información, en dotar a las partes de las herramientas y capacidades necesarias para identificar y, en su caso, acceder a aquellas fuentes de prueba que escapan de su esfera de control, con tal de que puedan recabar aquellas evidencias fácticas indispensables en aras a poder corroborar sus respectivas pretensiones en el caso concreto. Sin perjuicio de lo que acuerden las partes, el régimen de dichas actividades de *discovery* se ajusta a una regla general de divulgación junto con la previsión de aquellas otras actividades de descubrimiento que soliciten las partes en conflicto, en el bien entendido que son medios de descubrimiento los interrogatorios escritos, la exhibición y/o reproducción de documentos e imágenes, la copia o reproducción de información registrada a través de medios electrónicos, y los interrogatorios o deposiciones para investigar. En su solicitud, por aplicación de la regla 45 de las *FRPC*, se permite recabar no solo la documentación que está en posesión de las partes litigantes, sino también aquella otra que esté en poder de instituciones públicas o terceros. Con todo,

las actividades de *discovery* encuentran un serio límite en orden a la información contenida en los programas de clemencia, así como también, sin los adecuados límites, abren la puerta a un uso fraudulento, ajeno a su motivación originaria, por parte del perjudicado, como así acontece con la *discovery blackmail* (invitación a acuerdo extrajudicial) o las *fishing expeditions* (expediciones de investigación genéricas con las que obtener evidencias ajenas al comportamiento anticompetitivo objeto del proceso). En el sistema español, en una opción no exenta de polémica, más que de una auténtica actividad de *discovery*, cabe apreciar una manifestación del *disclosure*.

**Trigésima quinta.-** Si en algo destaca el modelo de protección de competencia estadounidense es en la innegable prevalencia, marcada desde sus inicios con la promulgación de la *Sherman Antitrust Act*, del ejercicio de acciones de carácter civil. La actividad del *private enforcement* se sitúa muy por encima de la protección institucional de los distintos organismos públicos, ya sea en sede penal o administrativa. Ello bien ha podido responder, junto a la innegable cultura del litigio que es propia de los norteamericanos, a la articulación de un eficaz sistema procesal que, en última instancia, posibilita que la jurisdicción civil constituya la vía más eficiente, en tanto que supone un menor coste que el derivado de la imposición de un correctivo penal.

**Trigésima sexta.-** La experiencia judicial norteamericana demuestra en relación al ejercicio de las acciones civiles derivadas de los ilícitos anticompetitivos que, sin perjuicio de la actuación del *DOJ* y de la *FTC*, su puesta en marcha corresponde a aquellos particulares y agentes empresariales que se hayan visto afectados, directa o indirectamente, por la conducta infractora del Derecho de la competencia. En este contexto, las *class actions* norteamericanas son un mecanismo de litigación colectiva que, además de desenvolverse dentro de un modelo de adhesión *opt-out*, requiere, a fin de poder reunir a todos los hipotéticos interesados en una clase o grupo litigante, que éstos, además de ser lesionados por una misma causa material, también presenten características similares que les sitúen en posiciones idénticas o muy parecidas dentro de la relación procesal. De hecho, la regla 23 *FRCP*



exige para que el órgano jurisdiccional proceda a la admisión de una demanda colectiva, que ésta reúna cuatro grandes requisitos: primero, que el número de sujetos afectados sea lo suficientemente considerable como para hacer impracticable la acumulación, en un único proceso, de todas las acciones individuales contra el demandado (*numerosity*); segundo, que todos los perjudicados agrupados bajo una sola clase compartan cuestiones de hecho y de derecho comunes y homogéneas (*commonality y predominance*); tercero, que el interés del actor que asuma las funciones de representación de la clase, además de ser común con el del resto de sus miembros, descansa en una justa causa de pedir (*typically*); y cuarto, que el representante de la clase deba comprometerse a desempeñar su intervención procesal de forma justa y adecuándose, en todo momento, a los intereses comunes del resto de sus miembros (*adequacy of representation*).

**Trigésima séptima.-** El impacto de las *class actions* del modelo estadounidense en el ámbito de los litigios anticompetitivos ha venido a reforzar significativamente la aplicación privada del Derecho de la competencia, como así puede constatarse con el crecimiento exponencial que han tenido las acciones colectivas en los últimos años. También han contribuido a mejorar el acceso de las *antitrust damages actions*, favoreciendo la entrada en el proceso de aquellos perjudicados que, debido a la escasa entidad de su lesión o a lo alejado de la posición que ocupan respecto a los elementos sustanciales de prueba, suelen presentar, por lo general, un escaso interés en litigar. Con todo, las *class actions* en el ámbito *antitrust* norteamericano no solo han supuesto una optimización de recursos y del número de procesos, sino también la potenciación del efecto disuasorio de la normativa anticoncurrencial. De hecho, es frecuente que una vez agotadas sin éxito las estrategias dirigidas a desvirtuar, en el caso concreto, la certificación de clase, el agente infractor muestre su disponibilidad para alcanzar un acuerdo extrajudicial que le permita concretar, en un ambiente más cordial y favorable, el alcance total de su responsabilidad.

**Trigésima octava.-** Uno de los aspectos que mayor polémica ha ocasionado en lo que concierne al ejercicio de las *class actions* dentro de los

litigios seguidos por daños anticompetitivos en Estados Unidos, guarda relación con el análisis de las condiciones exigidas en la regla 23 *FRCP* para que el órgano jurisdiccional pueda validar correctamente la certificación de clase y permitir, en consecuencia, la consolidación de una sola posición activa del proceso. Los agentes suelen impugnar, con frecuencia, los presupuestos que dan lugar a la *class certification*. Uno de los motivos más ampliamente discutido tiene que ver, en concreto, con la apreciación de los elementos de *commonality* y *predominance* entre los diferentes integrantes de la clase. Aun cuando los sujetos que pretendan agruparse bajo una categoría sustenten su pretensión en el mismo hecho antijurídico, tal circunstancia es insuficiente para considerar que todos ellos ostentan una posición común a los efectos de lo señalado en la regla 23 *FRCP*, pues los diferentes interesados, pese a verse afectados por un mismo ilícito *antitrust*, no se habrán visto siempre expuestos ante él de idéntica forma. De ahí, precisamente, que los perjudicados que pretendan agruparse bajo un interés de clase, junto a pertenecer a una misma tipología de afectados, también deban presentar idéntico tipo de lesión antijurídica.

**Trigésima novena.-** Otra de las cuestiones problemáticas de los ilícitos anticompetitivos en el modelo americano, desde la óptica de las *class actions*, tiene que ver con aquellas situaciones en que el demandado advierte que no todos los integrantes de la clase han experimentado efectivamente un daño anticompetitivo. Especialmente ilustrativa resulta, en esta dirección interpretativa, la resolución dada por el Tribunal Supremo en el asunto *Wal-Mart vs. Dukes*, en función de la cual se concluye que si alguno de los integrantes no ha sufrido ningún perjuicio patrimonial derivado de la conducta anticompetitiva, éste quedará excluido del contenido de la resolución, pero también que en ningún caso ello podrá llegar a condicionar el reconocimiento de la legitimación de clase para sustentar el proceso colectivo correspondiente, siempre que la mayoría del grupo se encontrase afectado por la infracción anticompetitiva.

**Cuadragésima.-** Por lo que hace referencia a las posturas procesales del demandado ante el ejercicio de las *antitrust damages actions*, resulta

obligado señalar que en el modelo norteamericano, junto a la cuestiones relativas a la legitimación, es muy habitual que el agente empresarial relacionado con una actuación susceptible de vulnerar la competencia trate de impedir directamente el pronunciamiento del órgano jurisdiccional mediante la utilización de diferentes estrategias procesales. Sin duda, entre las diferentes opciones contempladas en las normas procesales estadounidenses en orden a impedir o dificultar la viabilidad de cualquier proceso civil merecen una especial mención, al hilo de las causas sobre reclamación de daños *antitrust*, tanto las *motion to dismiss*, como las *motion to summary judgement*.

**Cuadragésima primera.-** Es frecuente, en primer lugar, que tras la presentación de una demanda de daños, la primera actuación del demandado vaya dirigida a solicitar su inadmisión, *ad limine litis*, por el órgano jurisdiccional (*motion to dismiss*). En un primer momento, los Tribunales de Distrito admitían como baremo suficiente para dar curso a las actuaciones procesales que la pretensión alegada por el perjudicado, en su demanda, estuviere fundamentada en hechos que resultasen lógicos, razonables y verosímiles. Sin embargo, esta amplia y flexible interpretación sufre un drástico giro con motivo del pronunciamiento del Tribunal Supremo en el *asunto Twombly*, en virtud del cual se concluye que, para poder considerar debidamente acreditada la exigencia de credibilidad, será necesario que el órgano jurisdiccional también pondere si los hechos descritos por el actor pudieran quedar mínimamente confirmados con la actividad probatoria que se introducirá en etapas posteriores del proceso. Ahora bien, esta aproximación de prueba solo es exigible respecto al presupuesto fáctico que sirva de base a la pretensión indemnizatoria.

**Cuadragésima segunda.-** Cuando el agente infractor presenta una *motion for summary judgment*, lo hace para solicitar, como cuestión impeditiva, la declaración de juicio sumario, con el objetivo de que el órgano jurisdiccional emita, antes de la constitución y celebración del juicio, un pronunciamiento sobre el fondo. En el ámbito particular de los procesos de reclamación por daños anticompetitivos, el promotor de la declaración de juicio sumario se suele corresponder con la parte pasiva del proceso, de tal forma que recaerá en el

agente empresarial, al que se le imputa la realización de la conducta infractora, acreditar, con la debida fundamentación, que de los elementos de prueba por él aportados es posible advertir la existencia de hechos enunciados en la demanda que no han sido contrastados suficientemente por la actividad probatoria del actor en la etapa de descubrimiento. En un primer momento, el Tribunal Supremo de Estados Unidos sostuvo un uso cauteloso del juicio sumario. Sin embargo, actualmente, ha terminado por convertir dicha institución procesal en una herramienta versátil con la que dar respuesta a los largos y costosos procedimientos de competencia, ya que en estos es fácil anticipar la insuficiencia de elementos inculpatorios que finalmente conduzcan a un fallo desestimatorio.

**Cuadragésima tercera.-** La experiencia norteamericana en aspectos tales como las *class actions* o las *antitrust damages actions*, sin que sea posible abogar por su traslación automática al ámbito de los procesos civiles propios de los Estados miembros de la Unión Europea, bien podrían servir como base inspiradora, con matices, para corregir ciertas carencias apreciables, como en el caso de los procesos colectivos, en el ordenamiento jurídico español. Nadie dice que haya que calcar el sistema americano, en especial en un enjuiciamiento que bebe de las fuentes del *civil law*, pero sí sería oportuno que cualquier iniciativa legislativa sobre el particular ponderase su realidad, aun cuando fuere para acabar rechazando motivadamente la aplicación de sus instituciones o, mejor aún, para adaptarlas, cuando fuere posible y beneficioso para los litigantes, a la idiosincrasia propia de nuestra actual regulación procesal civil.

**Cuadragésima cuarta.-** En Europa, hasta hace relativamente poco, el derecho de los particulares lesionados a ser resarcidos cuando hubieren sufrido los daños y perjuicios de una actividad contraria al Derecho de la competencia, se construyó sobre la base de la categoría general de la responsabilidad civil y en función de una aplicación, muy dispar, por parte de los diferentes órganos jurisdiccionales nacionales. Ello situó el tratamiento del Derecho de la competencia en la Unión Europea, desde la óptica de su

aplicación privada, en un contexto de variopintas soluciones, tanto sustantivas como procesales, que terminó por colocar a los Estados miembros no solo ante una notable confusión en orden a desarrollar sus programas de clemencia, sino también ante una alarmante falta de uniformidad que, en poco o nada, casaba con el espíritu de la construcción de un mercado único europeo. De ahí, precisamente, que fuere calando, progresivamente, la concienciación acerca de la conveniencia de dotar a los diferentes Estados miembros de un régimen especial y armonizado sobre el ejercicio de las acciones de daños por infracciones de la competencia, tanto en el plano sustantivo, como procesal. En este contexto, frente a quienes han abogado por defender un modelo de “armonización negativa”, de tal forma que la Unión Europea tan solo debía “sentarse a esperar” que la propia competencia entre los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros acabase por regular las condiciones lícitas del mercado; nos parece mucho más acertado optar, con apoyo en la correcta comprensión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por un modelo de “armonización positiva” como el constatado, finalmente, en la Directiva de daños de 2014.

**Cuadragésima quinta.-** Esta armonización, que no debe confundirse con la unificación normativa u homogeneización completa de los diferentes sistemas de los Estados miembros; implica, en verdad, una aproximación de elementos comunes irrenunciables, en absoluto incompatibles con el respeto, en paralelo, de ciertas particularidades que pueden apreciarse en los distintos modelos procedimentales europeos, máxime teniendo presente las notables diferencias entre el *civil law* y el *common law*. Se ha optado así en la Directiva 2014/104/UE, acertadamente, por una armonización de mínimos en cuanto a lo esencial, pero quedando a salvo la autonomía de los diferentes sistemas nacionales que, mediante los instrumentos de transposición bien pueden, si así lo desean, ir hacia un máximo superior de protección respecto al estándar mínimo y común fijado por dicha Directiva.

**Cuadragésima sexta.-** En este contexto, la conjunción entre la aplicación pública del Derecho de la competencia y el Derecho general de daños no ha sido ni sencilla ni instantánea. A diferencia de lo que acontece con

la aplicación pública, expresamente prevista normativamente desde los inicios de la extinta Comunidad Económica Europea; su aplicación privada ha sido objeto de un reconocimiento y desarrollo progresivos. La eclosión que en los últimos años ha experimentado el *private enforcement* en el ámbito europeo, hasta culminar en la Directiva de daños, encuentra su primera célula embrionaria en la propia labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, perfectamente reflejada, entre otros, en los casos *Courage y Crehan*, y *Manfredi*. Si bien estas resoluciones judiciales permitieron tomar conciencia acerca de la posibilidad que una conducta contraria a los arts. 101 y 102 del Tratado pudiera también ocasionar daños en la esfera privada de los particulares; lo cierto es que su alcance práctico no fue más allá de una simple declaración de intenciones.

**Cuadragésima séptima.-** Un punto de inflexión sobre este particular cabe situarlo en la promulgación del Reglamento 1/2003, así como en la posterior aprobación de la Comunicación de la Comisión Europea, de 27 de abril de 2004, relativa a los principios que deben regir en la aplicación de los preceptos comunitarios y la cooperación entre autoridades administrativas y judiciales. Tras sucesivos documentos de interés, como el informe Ashurts, el Libro Verde de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, el Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios de 2008, la Propuesta de Directiva de daños de 2013, la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización de los Estados miembros en caso de violación de derechos reconocidos en el ámbito de la Unión y, en especial, la Directiva de daños de 2014, seguida más recientemente de la actual Directiva ECN+ 1/2019, del Parlamento y del Consejo, encaminada a dotar a las autoridades de la competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, de 11 de diciembre de 2018, y de la Comunicación de la Comisión sobre directrices destinadas a los órganos nacionales acerca de cómo estimar los sobrecostes repercutidos a los

compradores indirectos; se ha consolidado un amplio consenso acerca de la necesidad de afrontar, mediante una regulación específica y armonizada, todas aquellas cuestiones relativas al Derecho de la competencia.

**Cuadragésima octava.-** En concreto, la Directiva 2014/104/UE ha apostado, de forma indisimulada, por una interacción coordinada, en el ámbito de la Unión Europea, entre la aplicación privada y la aplicación pública del Derecho de la competencia. Para ello, tras definir diferentes nociones relacionadas con las infracciones derivadas de los ilícitos *antitrust*, ha reconocido expresamente el derecho al pleno resarcimiento; ha reflejado los principios de efectividad y equivalencia; contemplado la regulación del acceso a las fuentes de prueba relevantes; concretado los plazos para ejercitar las acciones de daños; constituido, por regla general, un régimen de responsabilidad conjunta y solidaria; ponderado la repercusión de los sobrecostes; ocupado de la compleja cuantificación de los daños y perjuicios; y, por último, también ha tomado en consideración, en este particular ámbito de actuación, la solución extrajudicial de controversias. Directiva que ha sido objeto de transposición en nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo y en la que, con notables confusiones de ubicación sistemática, se presta atención tanto al régimen sustantivo como procesal del Derecho de daños derivados de las infracciones de la competencia.

**Cuadragésima novena.-** En el ordenamiento jurídico español se considera infracción del Derecho de la competencia toda aquella vulneración de los arts. 101 y 102 TFUE o de los arts. 1 y 2 LDC. En consecuencia, el ámbito objetivo del Real Decreto-Ley 9/2017 viene a cubrir tanto las conductas colusorias como aquellas otras que reflejan un abuso de posición dominante, pero no a los actos de competencia desleal que, por falsear la competencia, afectan al interés público. Esta decisión de no extender el régimen de reclamación de daños específico de las conductas colusorias y de abuso de posición de dominio a las acciones resarcitorias vinculadas con las conductas restrictivas cometidas por medio de actos desleales, resulta acertada, ya que los presupuestos que integran la acción de reparación civil en función del art.

32 LCD son de difícil encaje con el contenido y finalidad de las disposiciones contenidas en la Directiva de daños.

**Quincuagésima.-** Desde un punto de vista subjetivo cabe subrayar que la obligación de reparar los daños y perjuicios no solo viene referida a quienes resulten responsables de cometer una infracción de las normas de defensa de la competencia, sino también a las empresas o personas que las controlan. Si la infracción es cometida por una empresa que constituye una unidad económica con otras entidades, como acontece en aquellas integradas por una sociedad matriz y su filial, la responsabilidad de la infracción cometida por la filial se expande “aguas arriba”, pudiendo ser también imputable a la sociedad matriz. A tal efecto, se entiende como indispensable que exista entre ellas “unidad de comportamiento”, es decir, que la matriz controle efectivamente a la filial a la que se le ha imputado la actuación restrictiva de la competencia, así como ejerza una influencia decisiva sobre ésta. Aun cuando el elemento decisivo no se centra tanto en analizar quien ostenta una mayor representación del capital social de una sociedad, sino más bien en constatar si ambas empresas han actuado de modo orquestado y con unidad de decisión, no disponiendo la filial de autonomía para decidir, en libertad, su conducta particular; es lo cierto que el TJUE presume, salvo prueba en contrario, que la sociedad matriz ha ejercido efectivamente una influencia dominante en la política empresarial de su filial cuando participa de forma íntegra o bien ostenta la mayor parte de la representación del capital social de su filial, con independencia de que esta última disponga de personalidad jurídica separada.

**Quincuagésima primera.-** Fuera de los supuestos de aplicación de esta presunción, en que es suficiente con acreditar la cuota de participación que posee la matriz sobre el capital social de la filial; la carga de la prueba sobre cuál sea, en el caso concreto, la influencia decisiva que vierta la matriz sobre la filial en orden a apreciar la unidad económica entre ambas entidades, corresponderá, respectivamente, a la autoridad de competencia, tratándose de un expediente administrativo, o al actor en un procedimiento judicial para la reclamación de daños derivados de la conducta de competencia ilícita, de no



constar tal extremo en la resolución administrativa. Sobre esta visión de la cuestión, asentada con motivo de las resoluciones del TS sobre el cártel de las “Bombas de fluido”, parece oportuno traer a colación la novedosa interpretación incorporada en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, de 23 de abril de 2019, relativa al “cártel de los camiones”, en que se atribuye la legitimación pasiva y se declara responsable por la generación de daños derivados de tales prácticas cartelistas a una sociedad filial pese a que ésta no ha sido condenada por la Comisión Europea, en tanto que solo se dedicó a comercializar vehículos alterados por la empresa matriz, y sus actuaciones se ubican en un período muy posterior al de la adquisición del camión por el demandante. Esta sentencia, que responde a una adaptación de la noción funcional de empresa con el principio de continuidad económica, en el sentido de extender la legitimación pasiva de la empresa matriz a su filial; al concluir que existe responsabilidad cuando la filial ha intervenido como un mero instrumento del que se ha servido la matriz para trasladar al mercado los efectos distorsionadores de la libre competencia, nos parece innovadora, pero seriamente cuestionable.

**Quincuagésima segunda.-** La opción de extender la legitimación pasiva a la inversa nos parece objetable por dos motivos cumulativos: en primer lugar, porque atendiendo al principio de responsabilidad personal de las infracciones, la extensión de la responsabilidad de la empresa matriz hacia la filial no solo no se ajusta a los presupuestos propios de la responsabilidad por hecho ajeno, sino que tampoco respeta, dado que la matriz ya es condenada, la finalidad de la consagración, por el TJUE, del principio de continuidad económica; y, en segundo lugar, porque la extensión de la responsabilidad *in peius* es susceptible de menoscabar las garantías básicas de todo procedimiento administrativo sancionador, pues la sociedad filial no aparece entre los agentes que han sido declarados infractores por la Comisión Europea, y el reconocimiento de la culpabilidad civil en la sentencia tan solo deriva de los hechos recogidos en dicha decisión de la Comisión, sin que el actor haya desplegado actividad probatoria alguna en orden a acreditar la participación de la empresa filial en la conducta colusoria.

**Quincuagésima tercera.-** El examen del ámbito de aplicación temporal del Real Decreto-Ley 9/2017 requiere proceder a un estudio armónico de su Disposición final quinta y de su Disposición transitoria primera. Ello permite constatar como el régimen de transitoriedad establecido contempla dos estadios de aplicación distintos en función de si las modificaciones legislativas se incorporan en la normativa procesal o sustantiva. Mientras las cuestiones procesales no pueden ser empleadas en los procedimientos judiciales incoados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2017; menos claro resulta deslindar cuál sea el momento en que resulten de aplicación las cuestiones sustantivas, pues dicho texto legal se limita a fijar que éstas no se aplicarán con efecto retroactivo, pero sin mención alguna acerca de cuál deba ser el hito a tomar como referencia en orden a poder inferir la nota de irretroactividad.

La solución a este vacío legal, no exento de relevancia práctica en cuanto que no pocas cuestiones calificadas como sustantivas tienen clara connotación procesal (vgr. los plazos de prescripción, el efecto vinculante de las resoluciones de la autoridad de competencia, las reglas probatorias de la distribución del sobrecoste, la presunción del daño, o la facultad estimatoria del órgano judicial), puede hallarse en lo que constituyó el texto de la Propuesta de Transposición de la Directiva. Su articulado contempló, expresamente, que dichas cuestiones sustantivas solo fueren aplicables a las reclamaciones de daños que se fundamentasen en actuaciones contrarias a la competencia cuyos procedimientos administrativos se hubieren iniciado con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley. Con todo, fijación de la fecha de incoación del procedimiento administrativo como criterio legal para concretar la entrada en vigor de las cuestiones “sustantivas”, tal como contempla el régimen de transitoriedad del Real Decreto-Ley, suscita serias dudas respecto a la aplicabilidad de estas cuestiones en el ejercicio de acciones civiles de daños interpuestas de forma autónoma y con carácter previo a la incoación de un procedimiento administrativo en cuestión.

**Quincuagésima cuarta.-** Nuestro legislador, con el objetivo de evitar que los comportamientos restrictivos de la competencia, en especial los concertados mediante la creación de cárteles, constituyan una fuente de rentabilidad económica para sus integrantes, ha optado por aplicar el principio de pleno resarcimiento de los perjuicios sufridos. Un resarcimiento pleno que comprenderá, en todo caso, la compensación por el daño emergente y el lucro cesante, y al cual debe añadirse, tomando en consideración el paso del tiempo, el abono de los correspondientes intereses compensatorios o de demora. Por el contrario, se excluye la posibilidad de imponer daños punitivos, así como la compensación por los sobrecostos que la víctima haya podido repercutir a los compradores indirectos o adquirentes finales.

**Quincuagésima quinta.-** Respecto a los intereses que puedan derivarse de la estimación favorable de una acción por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia, resulta obligado señalar que el art. 72 LDC nada indica acerca del inicio de su cómputo. Sin embargo, en atención al Considerando 12 de la Directiva de daños, el pago de dichos intereses debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño y hasta aquel otro en que se abone la correspondiente indemnización. Todo ello, sin perjuicio de la naturaleza jurídica que cada Derecho nacional confiera a dichos intereses, o de si el transcurso del tiempo se tiene en cuenta como categoría independiente (interés) o como parte constitutiva de la pérdida experimentada. En consecuencia, bien puede concluirse que la determinación del inicio del cómputo de los intereses debe fijarse, en nuestro ordenamiento jurídico, mediante una interpretación del art. 1108 CC acorde con el Derecho comunitario, de tal forma que su devengo tendrá lugar desde el mismo momento de la celebración del negocio jurídico que resultase lesivo para la esfera patrimonial del perjudicado.

**Quincuagésima sexta.-** Nuestro legislador ha optado por la exclusión taxativa de cualquier tipo de sanción en sede de responsabilidad extracontractual. En nuestra opinión ello es acertado, pues aun cuando hubieren podido resultar útiles ante los *hard-core cartels*, no lo es menos que dicha opción contravendría los principios básicos y con relevancia

constitucional que fundamentan nuestro sistema de daños. El mejor modo de asegurar que las víctimas de infracciones anticompetitivas puedan obtener un derecho efectivo al resarcimiento no se encuentra en la incorporación de fórmulas punitivas, ya que éstas, en todo caso, pueden facilitar la interposición de acciones privadas, pero, en modo alguno, garantizan, por sí solas, que las víctimas finalmente acaben siendo resarcidas en la totalidad del daño que hayan padecido. En un sistema como el nuestro, donde las autoridades públicas se encargan de investigar y reprimir cualquier conducta que tenga indicios de distorsión sobre la competencia, carece de sentido que el objeto de la aplicación privada se centre en incrementar el número de acciones de resarcimiento si antes no se preocupa de dotar a los perjudicados, en esta clase de atentados, de los mecanismos procesales necesarios con los que poder sortear, siempre bajo el atento control judicial, las principales dificultades probatorias relacionadas, por ejemplo, con la determinación y cuantificación del daño.

**Quincuagésima séptima.-** Tanto la Directiva 2014/104/UE como su norma de transposición han dispuesto en el ámbito de los ilícitos concurrenciales un modelo amplio de legitimación activa, pues se otorga la facultad de reclamar a cualquier sujeto que se haya visto afectado por los efectos perjudiciales de un comportamiento restrictivo de la competencia, tanto si mantiene una relación contractual con el infractor, como si carece de ella, sucede con terceros empresarios que, como consecuencia del “efecto paraguas”, también quedan facultados para reclamar a los agentes participantes de la infracción el incremento injustificado de precios de aquellos otros proveedores que, sin formar parte de la conducta restrictiva, se hubieran prevalido de ella para reestructurar al alza su política comercial de precios. De igual forma, también se otorga legitimación activa a los consumidores y usuarios que hayan adquirido productos o servicios de las víctimas directas o indirectas de la infracción, siempre que hayan padecido un daño derivado de la repercusión de sobrecostes o de la aminoración de calidad del producto. La apuesta por este modelo “universal” de legitimación activa, que supone una colisión frontal con el modelo de *private enforcement* estadounidense, nos

parece acertada, pues la debida tutela judicial efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado en sede de competencia impide, en buena lógica, que ésta acabe siendo cercenada o puesta en peligro por todo aquello que, de uno u otro modo, pudiere acabar por dificultar su concreta realización.

**Quincuagésima octava.-** La dicción literal del art. 73 LDC permite deducir la consagración de una regla general de responsabilidad conjunta y solidaria aplicable, *ad hoc*, a los supuestos de ilícitos anticompetitivos. Los diferentes infractores deben responder, ante los perjudicados, de forma conjunta y solidaria por la totalidad del daño causado por la infracción. Esta previsión legal que supone, en buena medida, una aplicación de la figura de la *joint and several liability* del sistema de *common law*, implica que la obligación de responder solidariamente no quedará vencida, en el plano de las relaciones *ad extra*, aun cuando pudiera procederse a la individualización del daño por parte de cada infractor. Esta regla general de responsabilidad conjunta y solidaria se ha acompañado de dos excepciones: la primera, relativa a las pymes, en que se establece una limitación cuantitativa del *quantum* indemnizatorio; y la segunda, a los beneficiarios de clemencia, circunscrita a aquellos que hayan sido declarados exentos de toda responsabilidad administrativa. De igual modo, el infractor que hubiere pagado una indemnización podrá repetir, *ad intra*, contra el resto de los participantes por una cuantía equivalente a la responsabilidad relativa que hubiere tenido en relación al hecho dañoso.

**Quincuagésima novena.-** Aun cuando la regulación del plazo para el ejercicio de las acciones de daños derivados de las conductas infractoras del Derecho de la competencia se haya incorporado, expresamente, en el art. 74 LDC, lo cual bien pudiere conducir a creer, erróneamente, que estamos ante un aspecto sustantivo de los ilícitos *antitrust*; lo cierto es que la toma en consideración de los plazos procesales aplicables en orden al ejercicio de las acciones civiles de reparación tiene un marcado carácter procesal. Nótese, que tratándose de una reclamación de daños anticompetenciales no resultará de aplicación el plazo de prescripción general de un año fijado en el art. 1968.2

CC respecto a las reclamaciones por daños extracontractuales, sino uno especial de cinco años que viene a coincidir con el contemplado por el legislador respecto a las obligaciones contractuales.

**Sexagésima.-** El plazo de prescripción de la acción contemplado en el art. 74 LDC es el resultado de ponderar, equilibradamente, los riesgos inherentes a la previsión de un plazo demasiado breve, que bien pudiera comprometer el éxito del sistema de aplicación privada de la competencia; como aquellos otros derivados de reconocer un plazo excesivamente dilatado que pudiere dejar al infractor, en cuanto autor del daño, expuesto, en demasía, ante hipotéticas acciones de terceros. Por lo que hace referencia a la determinación de su *dies a quo*, nuestro legislador ha exigido, cumulativamente, la concurrencia de dos requisitos: el primero, de naturaleza objetiva, referido al momento en que hubiere cesado la infracción; y el segundo, subjetivo, centrado en que el demandante haya tenido conocimiento o haya podido conocer la conducta y el hecho que sean constitutivos de la infracción de la competencia, el perjuicio ocasionado, y la identidad del infractor.

**Sexagésima primera.-** Especialmente complejo resulta en la práctica cómo interpretar la mención al conocimiento del perjuicio ocasionado por la infracción. Dada la dicción literal del art. 74 LDC, no referida a la existencia de un perjuicio, sino a su conocimiento, parece posible concluir que será suficiente para la fijación del *dies a quo* el momento en que el actor pueda tomar conciencia de la existencia del daño, sin tener que esperar a que reúna todos aquellos elementos necesarios que le permitan determinar, en el caso concreto, la cuantía y naturaleza del daño en cuestión, ya que dicha exigencia nos conduciría a la práctica imprescriptibilidad de la acción. De igual modo, nuestro legislador, superando las reglas generales de interrupción de la prescripción del art. 1973 CC, ha incorporado, en el ámbito de las acciones de daños *antitrust*, dos causas especiales de interrupción: la primera, relativa a la iniciación o incoación de un procedimiento sancionador en torno a una hipotética infracción del Derecho de la competencia; y la segunda, vinculada

con la iniciación de un procedimiento extrajudicial para la solución de la controversia. Finalmente, por lo que hace referencia al plazo de prescripción de las acciones de regreso *ad intra*, éste se corresponderá con el de cinco años del art. 1964 CC, debiendo empezar a computarse desde el momento en que el infractor hubiere procedido a abonar la indemnización a la víctima de la conducta anticompetitiva.

**Sexagésima segunda.-** La eficacia de las resoluciones de las autoridades de la competencia o de los órganos jurisdiccionales competentes es objeto de regulación en el art. 75 LDC, precepto éste que si bien se incorpora en un texto fundamentalmente sustantivo, es lo cierto que goza de una clara significación procesal. Su primer apartado, en lo que constituye una clara manifestación de la necesidad de coordinar y engarzar el *public enforcement* y el *private enforcement*, dispone que los órganos nacionales quedarán vinculados a la constatación del Derecho de la competencia contenida en una resolución firme de la autoridad nacional. Esta previsión legislativa, como es lógico, resulta fundamental para el ejercicio de las acciones de seguimiento (*follow-on*).

**Sexagésima tercera.-** El término de “irrefutabilidad” proclamado por el párrafo primero del art. 75 LDC respecto a una decisión firme de la CNC en la que se declare la existencia de una determinada conducta infractora del Derecho de la competencia, no conlleva que ésta resulte incuestionable en todos y cada uno de sus pronunciamientos. Antes el contrario, dicha irrefutabilidad debe reconducirse a la existencia y calificación jurídica de la conducta, así como a su imputabilidad a los sujetos frente a quienes se ejercite la acción civil de resarcimiento. De conformidad con la jurisprudencia emanada del TJUE, el efecto vinculante, sin embargo, no podrá extenderse a otros presupuestos que condicionan la estimación de la pretensión indemnizatoria, como son la existencia y alcance del perjuicio y su cuantificación económica, o la relación directa de causalidad entre ésta y el hecho dañoso.

**Sexagésima cuarta.-** La vinculación positiva a la que alude el art. 75 LDC requiere la constatación, cumulativa, de cinco presupuestos: primero,

haber recaído una resolución administrativa en la que se constate una infracción del Derecho de la competencia; segundo, que la resolución administrativa haya ganado firmeza; tercero, partir de que la sujeción del órgano jurisdiccional civil a los pronunciamientos de la CNMC debe entenderse únicamente referida a los hechos y a la declaración positiva de una infracción en materia de competencia, debiendo las partes litigantes aportar los medios de prueba relacionados con la existencia y causalidad del daño, así como con su cuantificación; cuarto, tomar en consideración que el efecto vinculante solo puede predicarse de aquellas resoluciones en cuyos procedimientos no se hubiere generado indefensión para el agente sancionado, ya sea en sede administrativa o judicial; y, quinto, que la exigencia de vinculación no opera en sentido inverso, de tal forma que si en el enjuiciamiento civil de una acción de daños y perjuicios el órgano jurisdiccional aprecia, *incidenter tantum*, la existencia de una conducta infractora de la competencia, dicha resolución judicial, dado su carácter incidental, no vinculará a las autoridades de competencia a los efectos de un posterior procedimiento administrativo, como tampoco lo hará a los órganos judiciales que tengan atribuida la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo contra la decisión sancionadora.

**Sexagésima quinta.-** La dicción literal del art. 75.1 LDC no obsta, sin embargo, para reconocer la facultad del órgano jurisdiccional, también amparada por vía jurisprudencial, para separarse, con el debido análisis y motivación, de determinados hechos que consten probados en la resolución sancionadora. Si bien no es del todo común que la interpretación de los elementos fácticos difiera entre ambas jurisdicciones, el Juez de lo Mercantil sí podrá separarse de lo acordado en la resolución administrativa en aquellos casos en que el demandado aporte nuevos hechos o de nueva noticia que, por su propia naturaleza, no hubieran sido tenidos en cuenta por la autoridad de competencia ni por los órganos de lo contencioso-administrativo. De igual forma, cuando el sentido de la resolución administrativa se hubiera visto alterado por circunstancias condicionantes de la punibilidad de la conducta como, por ejemplo, la prescripción, el órgano jurisdiccional civil quedará ligado,



igualmente, por la “irrefutabilidad” de los hechos fijados en la resolución, siempre que ésta hubiere entrado en ellos; pero deberá pronunciarse, incidentalmente, sobre su tipicidad.

**Sexagésima sexta.-** Cuando la identidad subjetiva entre los agentes que hayan sido declarados infractores por resolución administrativa y aquellos sujetos a los que se dirige la reclamación de daños y perjuicios no sea coincidente, tal circunstancia no debiera conducir, sin más, a desatender el efecto vinculante que el art. 75 LDC proclama respecto a la aplicación pública de las normas de competencia. Ello es así, porque la resolución administrativa presentará, igualmente, un carácter irrefutable en relación a los hechos constitutivos de la infracción, pero operará con carácter parcial respecto de aquellos sujetos sobre cuya participación no se pronuncia, debiendo acreditar el demandante su imputabilidad en la participación de la actuación anticompetitiva.

**Sexagésima séptima.-** Una interpretación armónica de los arts. 71.2 y 75 LDC como la constatable en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (entra a resolver una demanda de reclamación extracontractual fundada en el sobrecoste del cártel de los camiones y el órgano jurisdiccional se cuestiona el grado de vinculación que cabe atribuir a una decisión de la Comisión para aquellas empresas, en este caso filiales, que no aparezcan como agentes infractores en la propia resolución), permite concluir que, en estos casos, en la medida en que el efecto vinculante de la decisión también se proyecta respecto de los hechos que constata, todos sus elementos resultarían aplicables a las empresas filiales no contempladas en la decisión, con la sola excepción de lo referido a la determinación de las personas eventualmente afectadas por la decisión.

**Sexagésima octava.-** El art. 76.1 LEC, relativo a la cuantificación de daños y perjuicios consagra, en consonancia con las reglas generales de carga de la prueba del art. 217 LEC, que ésta, en cuanto a la cuantificación del daño en el ámbito del ejercicio de las acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust*, corresponde al propio agente que alega los efectos dañosos. Pese a

ello, dicha cuantificación es especialmente compleja, en tanto que su valoración económica suele acompañarse de notables grados de especulación y dificultades de acceso a la información por parte del actor, motivo éste por el que dicha carga de la prueba debe relacionarse, directamente, con el nuevo escenario de acceso a las fuentes de prueba. De ahí, precisamente, que no resulte extraño que nuestro propio legislador haya intentado aligerar la carga probatoria del actor mediante la previsión, en su art. 76 LDC, de un doble juego de presunciones que afectan, respectivamente, a dos de los presupuestos que dan lugar a la obligación de reparar: el nexo de causalidad y la determinación del daño.

**Sexagésima novena.-** El segundo párrafo del art. 76 LDC ha facultado al titular de la potestad jurisdiccional para cuantificar los daños sufridos cuando, en función de la información disponible en el caso concreto, dicho ejercicio sea imposible o extremadamente difícil para el demandante. Esta estimación judicial persigue, en paralelo, permitir que el órgano judicial pueda modular el nivel de convicción interno que resultaría exigible para estimar el *quantum* indemnizatorio solicitado por el perjudicado, así como facilitar el cumplimiento de la exigencia del art. 219 LEC, relativa al deber de cuantificar y expresar con precisión en la demanda la cantidad reclamada o, cuando menos, fijar unas bases de cuantificación que consistan en simples operaciones aritméticas. No obstante todo lo anterior, tampoco conviene caer en una interpretación extensiva de esta fórmula presuntiva que termine por eximir al perjudicado de la carga de desplegar su actividad probatoria en orden a acreditar la existencia del perjuicio y su exacta cuantificación.

**Septuagésima.-** A diferencia de la regla contenida en el art. 76.2 LDC, la presunción recogida en el párrafo tercero de este mismo precepto, relativa a que en el ámbito de la aplicación privada de las normas de competencia se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios; viene referida, exclusivamente, a los daños originados por los cárteles. Esta presunción, cuya finalidad no es otra que incentivar el número de reclamaciones civiles a manos de los adquirentes finales, no exime a los

consumidores y usuarios, sin embargo, de la carga de acreditar la extensión del daño que hayan padecido, habitualmente en forma de sobrecoste, así como de ofrecer una propuesta razonable y fundada sobre la cuantificación. Se trata de una presunción *iuris tantum* y, en consecuencia, rebatible y susceptible de ser enervada a partir de la prueba practicada por el demandado.

**Septuagésima primera.-** Nuestro legislador, mediante el Real Decreto-Ley 9/2017 ha modificado la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Su nueva redacción ha supuesto la incorporación de un nuevo concepto de cártel que, entre otras cosas, despliega sus consecuencias en la aplicación de los programas de clemencia, la determinación de la existencia de los daños a efectos de indemnización, y la concreción de la gravedad de la conducta. Concretamente, se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento anticompetitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones; o las medidas contra otros competidores. Parece un acierto, a todas luces, que nuestro legislador de 2017 haya incorporado en el concepto de cártel a las prácticas concertadas, pues éstas, sin suponer el concierto de un acuerdo propiamente, sí que persiguen, conscientemente, mediante su cooperación, evitar los riesgos inherentes a la competencia.

**Septuagésima segunda.-** Por lo que hace referencia a la delimitación objetiva del cártel, nuestro legislador de transposición ha optado por incorporar un *numerus apertus* de conductas que, objetivamente, constituyen sus acciones más típicas. La forma de previsión de dicho catálogo abierto pudiera reconducir tales conductas, en sentido estricto, a aquellos acuerdos cuyo objetivo sea la coordinación de cualquier comportamiento competitivo en el mercado. Siendo esto así, no se incluirían, como si posibilitaría la dicción literal

del art. 1 LDC, aquellas conductas que, si bien carecen de finalidad anticompetitiva, finalmente despliegan sus repercusiones en el mercado. Con todo, la propia aplicación del programa de clemencia bien pudiera aconsejar subsumir también bajo el concepto de cártel a aquellas conductas que, aun sin tener tales fines por objetivo, sí acaben provocando, en la práctica, la fijación de precios, cuotas de producción o ventas, el reparto de mercados, la configuración de pujas fraudulentas, o la restricción de importaciones o exportaciones.

**Septuagésima tercera.-** Desde la óptica de las soluciones extrajudiciales y el resarcimiento de daños, cabe centrar la atención en el posible efecto que dichas soluciones pudieren tener sobre el principio de responsabilidad conjunta y solidaria, así como en el efecto suspensivo del procedimiento judicial. El art. 77 LDC, con la pretensión de evitar que el infractor que abone una indemnización en el seno de una resolución extrajudicial se ubique en peor situación que la de aquellos infractores que no hayan sido parte en dicho instrumento de resolución alternativa de conflictos, así como con el deseo de impedir que el perjudicado pueda incurrir en situaciones de sobrecompensación o enriquecimiento injusto; ha contemplado una eficacia limitadora de las resoluciones extrajudiciales sobre el contenido de una posterior acción de daños y perjuicios interpuesta ante la jurisdicción civil. Este precepto, a tal efecto, no solo ha incorporado una seria limitación al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria *ad extra*, sino que también regula cuál debiera ser, desde una perspectiva *ad intra*, el alcance de la acción de regreso entre coinfractores cuando uno de los participantes en la actuación anticompetitiva haya sido parte en un procedimiento de solución extrajudicial de controversias.

**Septuagésima cuarta.-** Por su parte, el art. 81 LDC ha previsto, en orden al efecto que cabe atribuir a aquellos acuerdos extrajudiciales de compensación de daños que han sido adoptados en el curso de un procedimiento civil de reclamación, un plazo de suspensión de hasta dos años para que las partes de un procedimiento judicial, sin perjudicar el interés

general o a terceros, puedan llegar a alcanzar una solución extrajudicial a su controversia. Se incorpora así por nuestro legislador una excepción al régimen general de suspensión regulado en el art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si somos conscientes que este plazo de dos años, de máximos, coincide con el previsto en el art. 237 LEC, resulta posible concluir que, agotado dicho plazo sin haberse solicitado previamente por ninguna de las partes su alzamiento, se producirá, *de facto*, la caducidad de la instancia.

**Septuagésima quinta.-** El fenómeno del *passing-on* se manifiesta de modo dual. De una parte, la transmisión del sobrecoste “aguas abajo” hacia el comprador indirecto dará pie a que éste pueda interponer, aun cuando no tenga relación inmediata con el agente causante del daño, una acción de reclamación directa contra el infractor de la norma del Derecho de la competencia. En sentido inverso, también debe plantearse, al hilo de la causalidad, la posibilidad de que el infractor alegue, como defensa o excepción, la falta de legitimación activa del actor por pretender ser resarcido una vez haya trasladado todo o parte del daño, en forma de sobrecoste, a otros agentes ubicados en puntos posteriores de la cadena de suministro. En nuestro ordenamiento jurídico interno, el régimen de sobrecostes en el ámbito del ejercicio de las acciones de reclamaciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust* ha sido fijado en los artículos 78, 79 y 80 LDC. Dichos preceptos han enfrentado la regulación de *passing-on*, ya sea en su vertiente espada, es decir, habilitando la entrada a los compradores indirectos; como en su dimensión escudo, esto es, de defensa frente a la reclamación del comprador directo fundada en la repercusión de los sobrecostes por él mismo a terceros.

**Septuagésima sexta.-** El primer inciso del art. 78.1 LDC instaura, de forma un tanto implícita, la regla del comprador indirecto, al atribuir el derecho a reclamar los daños y perjuicios padecidos por cualquier perjudicado con independencia del lugar que éste ocupe con el infractor. El apartado tercero del art. 78 LDC reconoce el *passing-on defence*, en cuanto excepción material al nacimiento de la obligación de reparar en el ámbito del Derecho de la competencia, pues se concede al agente causante del daño la posibilidad de

alegar, en el seno del procedimiento civil de reclamación, que el actor carece de todo daño resarcible por haber repercutido el incremento anticompetitivo en perjuicio de los siguientes niveles de la cadena distributiva o del adquirente final. En cualquier caso, la interacción de los diferentes apartados del art. 78 LDC no debe conducir a excluir, sin más, la legitimación activa del comprador directo, incluso cuando éste hubiera trasladado de forma íntegra el sobreprecio anticompetitivo. Ello es así, porque el comprador directo, aun cuando haya sido capaz, dadas las circunstancias específicas del mercado, de añadir el valor del sobrecoste en el precio final de venta a sus clientes, también puede experimentar, como consecuencia de esquivar el daño emergente, una pérdida de beneficio a causa del descenso del número de ventas.

**Septuagésima séptima.-** Cuando la repercusión del sobrecoste sea alegada por un comprador indirecto que se haya visto motivado por la pretensión de alcanzar así la calidad de demandante, la carga de la prueba corresponderá al actor tanto en lo relativo a la existencia como a la cuantía del sobrecoste y su repercusión. Ello no es óbice, sin embargo, para que el comprador indirecto pueda exigir, en términos razonables, la exhibición de fuentes de prueba que estén en poder del sujeto pasivo o de terceros. Por su parte, el art. 79.2 LDC, en una clara preocupación por procurar que la dificultad de la carga probatoria del comprador indirecto no fuera superior a la exigida al comprador directo para la acreditación del daño, también ha previsto una presunción, acerca de la repercusión del sobrecoste, en favor del comprador indirecto. Aun cuando pudiera parecer, a simple vista, que con esta presunción el comprador indirecto vería facilitada su actividad probatoria; es lo cierto que ello no es del todo así, ya que se le exonera de probar que él mismo ha asumido el sobrecoste, así como, al plantear una acción *follow-on*, la constatación de la infracción de la competencia; pero no de la carga de la prueba sobre de la existencia del propio sobrecoste.

**Septuagésima octava.-** En atención a la complejidad que es propia del ejercicio de las acciones de daños derivadas de las infracciones del Derecho de la competencia, la respuesta a la determinación de la competencia objetiva

viene dada en atención al principio de especialización, de tal forma que, con carácter general, viene atribuida a los Juzgados de lo Mercantil; pero en el bien entendido que ello no es incompatible, en aquellos casos en que pudiere plantearse una acumulación de acciones, una reconvencción o una acumulación de procesos, con la implicación competencial de los Juzgados de Primera Instancia. Con todo, una futura reforma legal sobre la materia, acreditada la correspondiente conexión objetiva, bien podría optar también en estos casos, amparándose en el principio de especialización, pero también en los de economía y armonía procesales, por atribuir la competencia objetiva a los Juzgados de lo Mercantil.

**Septuagésima novena.-** Por lo que hace referencia a la determinación de la competencia territorial en el ámbito de los ilícitos *antitrust*, resulta sorprendente que nuestro legislador procesal civil haya contemplado un fuero legal especial en relación a la competencia desleal y que, por el contrario, no haya seguido idéntica orientación respecto de aquellos casos vinculados con la defensa del Derecho de la competencia. A la espera de una reforma legal del actual art. 52 LEC que extienda su aplicación también a los asuntos relacionados con los ilícitos concurrenciales, parece razonable que el fuero contemplado en el número 12 del apartado primero del art. 52 LEC, respecto a la competencia desleal, sea objeto de aplicación analógica respecto a aquellos procesos relativos a las infracciones del Derecho de la competencia. Mientras llega ese momento, debe estarse a la aplicación de los fueros generales sin desdeñar, con las debidas cautelas, la posible operatividad de los pactos de sumisión; así como a las reglas específicas previstas en el art. 53 LEC, referidas a los supuestos relacionados con los procesos en que se vean involucradas una pluralidad de partes o acciones.

**Octogésima.-** Si se tiene en cuenta que la práctica totalidad de las acciones de reclamación de daños y perjuicios se dirigirán contra demandados cuya personalidad jurídica se haya adquirido bajo alguna forma societaria, la competencia territorial de los Juzgados de lo Mercantil deberá fijarse a tenor de lo dispuesto en el fuero del art. 51 LEC. Sin embargo, los puntos de conexión que aparecen enunciados en dicho fuero (lugar donde la situación o relación

jurídica hubiera nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar el demandado disponga de establecimiento abierto al público o de representante autorizado; o bien su domicilio o lugar de residencia) pueden verse seriamente afectados por la realidad material de las infracciones de la competencia. En este sentido, el contenido del art. 51 LEC puede devenir inoperativo en los casos en los que el perjudicado se vea obligado a demandar a participantes de la infracción cuyo domicilio se halle en otro Estado de la Unión Europea. Ello ha obligado a nuestro máximo órgano jurisdiccional ordinario a pronunciarse, en numerosos conflictos negativos de competencia, a favor de la aplicación analógica del fuero especial de competencia desleal, previsto en el art. 52.1.12º LEC, cuando el agente infractor no disponga de establecimiento ni domicilio en territorio nacional.

**Octogésima primera.-** En el ejercicio de las acciones de daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia parece conveniente contar, de forma urgente, con la adecuada previsión de un eficaz sistema de acciones colectivas. Frente a la neutralidad apreciable en la Directiva de daños, en tanto que se remite sobre esta posibilidad, sin más, a la aplicación de las reglas procesales de cada Estado miembro sobre los procesos colectivos, así como ante el silencio apreciable sobre la materia en el Real Decreto-Ley 9/2017; resulta obligado volver la mirada sobre el particular, por desgracia, a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Nuestro legislador procesal civil sigue apegado a unas estructuras procesales que son propias del ejercicio de acciones netamente individuales, cuando lo cierto es que en una sociedad masificada, presidida por la globalización, dichas estructuras, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, se han demostrado obsoletas en orden a garantizar el pleno ejercicio de los intereses colectivos o difusos. La necesidad de regular un auténtico y genuino proceso colectivo, especialmente apreciable al hilo del complejo ejercicio de las acciones de daños derivadas de ilícitos *antitrust*, debiera pasar bien por su incorporación en un libro específico de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil o, incluso mejor, por su tratamiento en un Código específico, al modo y manera de lo que ya acontece con la legislación concursal.



**Octogésima segunda.-** Respecto a la legitimación activa en el ámbito de la reclamación de daños y perjuicios derivados de los ilícitos anticompetenciales, esto es, aquella que corresponde a toda persona que sufre un daño a consecuencia de una práctica restrictiva de la competencia; es posible distinguir entre la legitimación individual, propia de la defensa o protección individual de uno o más damnificados, que pueden ser o no consumidores o usuarios, y que no siempre será eficaz ante la posibilidad de demandas de muy escasa cuantía y los elevados costes periciales; la legitimación colectiva, en orden al ejercicio de aquellas pretensiones relativas a los intereses colectivos; y la legitimación difusa, cuya previsión en el art. 11.3 LEC viene referida a la pretensión de tutela colectiva de un grupo de consumidores indeterminado o de difícil determinación. De este modo, nuestro legislador procesal civil, alejándose de la tradición de las *class actions*, propia del *common law*, parece haberse decantado por el asociacionismo, es decir, por delegar la protección del interés metaindividual a una asociación o entidad representativa.

**Octogésima tercera.-** En orden a cómo debiera funcionar la compleja institución de la cosa juzgada al hilo del ejercicio de las futuras acciones de grupo, en especial respecto de las llamadas “partes ausentes”; cuando la sentencia termine por rechazar la pretensión del actor tendría sentido admitir, pese a las vaguedades y silencios constatados en los arts. 221 y 222 LEC, la extensión subjetiva de la cosa juzgada según el propio resultado del proceso. Las sentencias dictadas en estas situaciones debieran desplegar su eficacia *secundum eventum litis*, siendo así que aquéllas que rechazasen la demanda por inexistencia del derecho, por falta de fundamento o, por falta de prueba, carecerían del valor de cosa juzgada material.

**Octogésima cuarta.-** Tampoco aportan excesiva luz los arts. 221 y 519 LEC, sino más bien todo lo contrario, respecto a cómo proceder a la ejecución de aquellas sentencias condenatorias en las que los damnificados constituyen un grupo no identificado. A diferencia de aquellas fórmulas flexibles que sí tienen cabida en el Derecho norteamericano permitiendo, por ejemplo, que la entidad demandada sea condenada al pago de una suma a tanto alzado y que

ésta, más tarde, pueda ser repartida entre la pluralidad de perjudicados e, incluso, gestionada por un fiduciario al efecto de promover iniciativas favorables a los damnificados; la regla 1ª del apartado primero del art. 221 LEC dispone que la sentencia deberá establecer el importe concreto a que tendrá derecho cada uno de los perjudicados, siendo lo cierto que, por ejemplo, el art. 519 LEC no ha previsto ni siquiera la publicidad de tales sentencias para facilitar que quiénes estén dentro del grupo de beneficiarios interesados por la condena puedan solicitar, aun sin haber comparecido en el proceso de declaración, el reconocimiento de su condición de interesados. Por si fuera poco lo anterior, el art. 219 LEC, relativo a las sentencias con reserva de liquidación, también se plantea de difícil aplicación ante los intereses difusos, hasta el punto de que cuando el importe de la condena no esté liquidado en la sentencia, su cuantificación deberá ser afrontada en el momento de proceder, en el caso concreto, a su ejecución.

**Octogésima quinta.-** En este contexto, puede tildarse de buena noticia que el Consejo de la Unión Europea haya alcanzado, en el mes de diciembre de 2019, "un acuerdo de compromiso" sobre la Propuesta de Directiva de 2018 sobre acciones representativas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Por el momento, sin que pueda apreciarse una clara justificación al respecto, la Directiva de daños parece quedar excluida del ámbito de aplicación de dicha propuesta. Ante esta realidad, al menos parece que debiera apostarse por potenciar una adecuada regulación de las acciones colectivas en cualquier otro ámbito de nuestro ordenamiento jurídico (vgr. en materia de consumo y daños en masa) para así poder extender, por vía analógica, unas mínimas bases a las acciones de responsabilidad civil derivadas de conductas anticompetitivas. Respecto a las acciones representativas de reparación, España, como Estado miembro de la Unión Europea, gozará de libertad para escoger entre un sistema de inclusión en el que el consumidor, de forma proactiva, solicite formar parte del proceso; o bien un sistema de exclusión en que el consumidor que no desee ser representado por la entidad calificada, para el propósito de una acción representativa particular, deberá hacer declaración al efecto.

**Octogésima sexta.-** Convendría esperar, para romper con la tendencia de los últimos años, que nuestro legislador, al enfrentar la transposición de la Directiva sobre acciones representativas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, no optase por una fórmula “light” que nos pudiese conducir, una vez más, a vivir una nueva oportunidad perdida respecto a la regulación de un auténtico proceso colectivo. En esta línea, convendría contemplar la aplicación expresa de tales acciones en el ámbito de la reclamación de los daños derivados de los ilícitos *antitrust*, máxime si tenemos presente que la política de defensa de la competencia debe basarse en un modelo de lealtad concurrencial de cuya acción no solo se benefician los agentes económicos, sino también los consumidores.

**Octogésima séptima.-** Si somos conscientes que muchas de las actuales diligencias preliminares van más allá de una única función preparatoria del proceso, con notables implicaciones “diferidas”, se quiera o no, de índole “probatoria”; nada hubiere obstado, en primer lugar, a contemplar una regulación específica de las diligencias preliminares en el ámbito de la Ley de Defensa de la Competencia, al modo y manera de lo que acontece en la Ley de Competencia Desleal; en segundo lugar, a incorporar en el art. 256.1 LEC una diligencia preliminar innominada; en tercer lugar, a flexibilizar la interpretación sobre prueba anticipada y aseguramiento de la prueba, así como acerca del deber de exhibición documental entre las partes (art. 328 LEC), la exhibición de documentos por terceros (art. 330 LEC) y las medidas cautelares solicitadas una vez incoado el proceso (art. 732.2 LEC); y, por último, a regular, de forma breve, el acceso a las fuentes de prueba en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia, contemplando su posible solicitud bien con la demanda o durante la pendencia del proceso (art. 283 bis a) y art. 283 bis i) de la LEC). Esta última previsión legislativa bien pudiera haberse incorporado, con menos problemas, en un artículo de la Ley de Defensa de la Competencia en el que, en paralelo, también se contuviesen diligencias preliminares específicas en orden a las reclamaciones de daños derivadas de los ilícitos *antitrust*.

**Octogésima octava.-** La opción de incorporar un farragoso art. 283 bis LEC, para más inri disimulado bajo una pluralidad de preceptos referenciados con múltiples letras del abecedario y repletos de laberintos y conceptos jurídicos indeterminados, así como de constantes remisiones de compleja interpretación, podría haber tenido su lógica de haberse generalizado dicho sistema en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil; pero, al no haber sido así, quizás hubiere resultado más pertinente derivar su regulación a un simple artículo de la Ley de Defensa de la Competencia o, en su caso, a una muy concreta previsión en un único y breve artículo 283 bis que, en cualquier caso, fuere armónico, en su conjunto, con el espíritu propio de nuestro modelo procesal civil.

**Octogésima novena.-** El procedimiento adecuado para sustanciar la reclamación de daños y perjuicios derivados de una infracción del Derecho de la competencia se corresponde con el juicio ordinario. Cuando las pretensiones declarativas del ilícito *antitrust* se formulen, acumuladamente, con pretensiones de condena a la reparación de daños se tramitarán, en atención a la materia, siempre por el juicio ordinario. Por el contrario, si se trata de acciones de *follow-on*, de simple condena al pago de una indemnización de daños y perjuicios, tiene sentido tomar en consideración el criterio de la cuantía para determinar si, en el caso concreto, procede el seguimiento del juicio ordinario o del juicio verbal; siendo lo habitual, no obstante, en función de las cuantías elevadas a reclamar, que la tramitación también se corresponda con la del juicio ordinario.

**Nonagésima.-** En el ámbito de una acumulación inicial de acciones, de naturaleza objetiva, cabe incluir tanto aquellos casos en que se trate de acumular a una pretensión por incumplimiento contractual, una accesoria fundada en la vulneración de los arts. 101 y 102 TFUE o de los arts. 1 y 2 LDC; como aquellos otros en los que cabe apreciar una acumulación inversa. De igual modo, cuando el art. 73 LEC, relativo a la acumulación subjetiva de acciones, dispone que podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que

entre dichas acciones exista un nexo por razón del título o de la causa de pedir, también se incluyen aquellas situaciones en que la pluralidad de demandantes afirmen que se han visto perjudicados, por ejemplo, por el mismo cártel o abuso de posición dominante de la infractora.

**Nonagésima primera.-** El art. 15 bis LEC, en cuanto manifestación de la colaboración entre las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las acciones que tengan por objeto la aplicación de normas sobre el Derecho de la competencia, debe interpretarse, sistemáticamente, con los arts. 434.3 LEC, relativo a la suspensión del plazo para dictar sentencia cuando el órgano jurisdiccional tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo; y 465.6 LEC, que contempla la posibilidad de suspensión del plazo para dictar sentencia en sede de apelación. Se contempla así en nuestro proceso civil, por inspiración del Derecho norteamericano, la regulación de una intervención *amicus curiae* de la autoridad de competencia. Dicha intervención, que posibilita que las autoridades de competencia puedan aportar información o presentar observaciones, escritas o verbales, sobre cuestiones relativas a las normas pertinentes para la defensa de la competencia; no supone la neutralidad de las autoridades de la competencia, pues éstas mantienen siempre un interés, aun cuando sea implícito, en conseguir que el proceso civil sea resuelto en sintonía con el interés público que están llamadas a proteger en el ámbito de los ilícitos concurrenciales.

**Nonagésima segunda.-** Constatada la compleja carga probatoria atribuida al actor en el ámbito de las acciones de daños, tanto la Directiva como su norma de transposición a nuestro ordenamiento jurídico han contemplado diferentes mecanismos llamados a conseguir su “dulcificación”: fijar presunciones legales, incorporar normas concretas acerca de la prueba de la cuantía de los daños o de la determinación de la ilicitud en el ámbito de las acciones consecutivas, y posibilitar el acceso a las fuentes de prueba en poder

del demandado y terceros. Ante esta realidad, reflejada expresamente en los arts. 75, 76, 78 y 79 LDC, bien pudiera haber resultado más útil que el Real Decreto-Ley 9/2017 hubiese contemplado, de forma similar a lo ya apreciable en el apartado 4 del art. 217 LEC respecto a la competencia desleal y publicidad ilícita, una inversión de la carga de la prueba en aquellos procesos civiles relativos al ejercicio de las acciones de daños derivados de un ilícito concurrencial, siempre que se trate de su modalidad *follow-on*, de una infracción calificada como cártel, o de la repercusión del sobrecoste. Es más, incluso podría haber bastado con aplicar, con sentido común y conocimiento de la realidad propia del tráfico mercantil, las presunciones de los arts. 385 y 386 LEC y, en especial, el principio de facilidad o disponibilidad probatoria que nuestro legislador procesal civil de 2000, por influencia directa de la jurisprudencia sobre la materia, terminó por incorporar en el apartado séptimo del art. 217 LEC.

**Nonagésima tercera.-** Dado que los litigios por infracciones del Derecho de la competencia se caracterizan, ante complejos análisis fácticos y económicos, por una notable asimetría de información; conviene garantizar, como así ya reconoció la Directiva de daños, que se confiera a las partes demandantes, bajo criterios de proporcionalidad, el derecho a obtener la exhibición de las fuentes de prueba relevantes para la fundamentación de sus pretensiones. De igual modo, con pleno respeto al principio de igualdad de armas procesales, también tiene sentido plantear dicha exhibición desde la óptica de los demandados en las acciones de daños. Y todo ello, además, sin obviar la posibilidad conferida a los órganos jurisdiccionales nacionales acerca de ordenar la exhibición de fuentes de prueba por parte de terceros, incluidas las autoridades públicas. En cualquier caso, la exhibición de fuentes de prueba debe contemplar las cautelas oportunas en orden a evitar las *fishing expeditions*. De hecho, la solicitud de dicha información no debiera estimarse proporcionada cuando viniera referida a la exhibición genérica de documentos incluidos en el expediente de una autoridad de competencia en relación con un determinado asunto, o bien a la divulgación genérica de documentos presentados por una parte en el contexto de un asunto determinado.

**Nonagésima cuarta.-** El Real Decreto-Ley 9/2017 ha terminado por modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 al incorporar una nueva Sección 1ª bis del Capítulo V del Título I de su Libro II, bajo la rúbrica “*Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia*”. Esta nueva sección incorpora, a su vez, un artículo, el 283 bis LEC, con once apartados o, más bien, once nuevos artículos -del 283 bis a) al 283 bis k)-. Con ello no se consagra, para el específico ámbito de la reclamación de daños por infracciones derivadas de ilícitos *antitrust*, el sistema del *discovery* estadounidense, sino más bien un modelo de *disclosure* o exhibición. Lejos de poder hablar en los arts. 283 bis a) a k) LEC de un *discovery a la americana*, más bien cabe hacerlo de la incorporación de algunas píldoras de éste que, con limitaciones razonables, bien pudieran resultar útiles en el particular ámbito de las acciones de daños derivadas de las infracciones del Derecho de la competencia y que, en cuanto aplicación del *disclosure*, provocan que las partes queden obligadas, en supuestos específicos, a la aportación de aquellas fuentes de prueba que resulten fundamentales, para ambas, en orden a esclarecer el complejo objeto litigioso que las enfrenta.

**Nonagésima quinta.-** La exhibición de estas fuentes de prueba debe acompañarse de una motivación razonada que contenga aquellos hechos o pruebas a los que tenga acceso razonablemente el solicitante y que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de la acción por daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia. En aplicación de la teoría jurisprudencial del “esfuerzo argumentativo”, puede concluirse que será necesario explicitar, en el caso concreto, tanto para el actor como para el demandado, los hechos y argumentos que sustenten la concreta petición de la parte solicitante, así como un principio de prueba, no necesariamente documental, acerca de la viabilidad del ejercicio de la acción de reclamación de daños. A tal efecto, el art. 283 bis a) 1 LEC, en lo que constituye un listado abierto refiere, entre otros datos: la identidad y direcciones de los presuntos infractores; las conductas y prácticas que hubieran sido constitutivas de la presunta infracción; la identificación y el volumen de los productos y servicios afectados; la identidad y direcciones de los compradores directos o indirectos

de los productos y servicios afectados; los precios aplicados sucesivamente a los productos y servicios afectados, desde la primera transmisión hasta la puesta a disposición de los consumidores o usuarios finales; y la identidad del grupo de afectados.

**Nonagésima sexta.-** Cuando nuestro legislador habla de piezas específicas de prueba o categorías pendientes de prueba, cabe pensar que lo hace para referirse a las fuentes de prueba, en el bien entendido que éstas, en todo caso, no liberarán a la parte solicitante de la posterior carga de proponer, en el momento procesal oportuno, los medios de prueba pertinentes y útiles para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En orden a concretar la proporcionalidad de la solicitud de exhibición resulta obligado tomar en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de los terceros interesados. En consecuencia, debe ponderarse en qué medida la reclamación o defensa está respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la exhibición; el alcance y coste de dicha exhibición, en especial para cualquier tercero afectado; y el que las pruebas incluyan o no información confidencial.

**Nonagésima séptima.-** En los casos nada infrecuentes en que la fuente de prueba pueda incluir información confidencial, el órgano jurisdiccional deberá ponderar qué información confidencial incluye y si existen disposiciones que protejan dicha confidencialidad. Nuestro legislador procesal no ha prohibido que pueda ordenarse la exhibición de fuentes de prueba que incorporen información confidencial. Antes al contrario, la permite, pero siempre que en aplicación de una ponderación proporcionada, según las circunstancias del caso concreto, se estime pertinente ante una acción de daños derivados de ilícitos *antitrust*. Como es lógico, de admitirse, el propio órgano jurisdiccional viene obligado a adoptar todas aquellas medidas de garantía (catálogo legal abierto) que le permitan proteger dicha confidencialidad. El mero interés de una empresa en evitar el ejercicio de una acción por daños no justificará dicha protección; así como, de ordenarse la exhibición de dichas fuentes de prueba, el órgano jurisdiccional vendrá obligado a dar pleno efecto a las reglas de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y clientes que resulten



aplicables, así como a aquellas otras relativas al deber de guardar secreto. Concretamente, el art. 283 bis) 3 LEC, relativo a las comunicaciones entre abogado y cliente garantiza, en coherencia con el obligado respeto del modelo constitucional de juicio justo, la prevalencia del derecho a no declarar contra sí mismo sobre la consecución de una tutela judicial más efectiva en el ámbito de las infracciones anticompetitivas.

**Nonagésima octava.-** La práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba genera gastos que serán a cargo del solicitante quien, además, también responderá por los daños y perjuicios que pudieren derivarse de su utilización indebida. De ahí, precisamente, que de quien se interese una medida de acceso a fuente de prueba pueda solicitar del órgano jurisdiccional que el solicitante preste caución suficiente. No puede exigirse una caución que, por inadecuada en cuanto a su importe, suponga un obstáculo para el ejercicio de dicho acceso a las fuentes de prueba. De acceder a dicha medida, la caución nunca debiera ser tan elevada que pudiera convertir su realización en algo realmente imposible.

**Nonagésima novena.-** La competencia para conocer de las solicitudes sobre medidas de acceso a fuentes de prueba, que puede tener lugar antes de la incoación del proceso, en la propia demanda, o durante la pendencia del proceso; corresponde al órgano jurisdiccional que ya esté conociendo del asunto en primera instancia, si el proceso ya está iniciado o, caso de no haberse iniciado todavía, a aquél que sea competente en orden a conocer de la demanda principal. En estos casos, ante la necesidad de evitar incidencias procesales que, en verdad, no fuesen más que maniobras de dilación, no se admite la declinatoria. Ello no es óbice, sin embargo, para que el órgano jurisdiccional al que se soliciten las medidas de acceso a fuentes de prueba revise, de oficio, su competencia.

**Centésima.-** En atención a lo dispuesto en el art. 283 bis f) LEC, el procedimiento a seguir recuerda, a grandes rasgos, a un incidente previo a la resolución. La imposición de costas a los litigantes o futuros litigantes se verá sometida a los criterios generales reflejados en los arts. 394 a 398, ambos

inclusive, de la LEC. Resulta peculiar, cuando menos, dado que la solicitud de acceso a las fuentes de prueba también puede dirigirse a un tercero, que nuestro legislador procesal civil guarde silencio acerca de los gastos que éste, en el caso concreto, haya podido soportar. No obstante, en atención a la previsión general del art. 283 bis c) 1 LEC, referida a que los gastos que ocasione la práctica de estas medidas serán a cargo del solicitante, parece posible concluir, en buena lógica, que será dicho solicitante quien deba abonar al tercero aquellos gastos que se le hayan generado con motivo de su “llamamiento”.

**Centésima primera.-** Nuestro legislador no ha acotado mediante una enumeración cerrada aquellas medidas que pueda llegar a utilizar el órgano jurisdiccional, en el caso concreto, para proceder a su ejecución, sino que tan solo contempla que éste puede emplear aquellos medios que fueren necesarios para la ejecución de la medida acordada en orden a la exhibición de las fuentes de prueba. Una de las grandes preocupaciones de nuestro legislador ha sido evitar las consecuencias negativas que pudieren irrogarse de la obstrucción a la práctica, en el caso concreto, de las medidas de acceso a las fuentes de prueba. Ello explica, precisamente, que el art. 283 bis h) LEC venga dedicado, en exclusiva, a su concreción para con su destinatario, ya sea actor, demandado o tercero. Cuando dicho precepto alude, en su párrafo primero, a la responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad judicial, entendemos que no solo está pensando en quienes, en función del art. 556.1 CP, se resistan o desobedezcan gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, sino también en aquellos otros a los que pudiere resultar de aplicación el art. 465.2 CP referido a los que, en el ámbito de un proceso judicial, destruyesen, inutilizasen u ocultaren documentos o actuaciones.

**Centésima segunda.-** Nuestro legislador procesal civil ha dedicado dos preceptos, los arts. 283 bis i) y 283 bis j) LEC, respectivamente, a contemplar, sin perjuicio del carácter supletorio de las disposiciones generales, un régimen especial acerca de la exhibición de fuentes de prueba que se hallen contenidas

en un expediente de autoridad de competencia; así como a fijar una serie de límites en cuanto al uso de pruebas obtenidas, exclusivamente, a través del acceso al expediente de una autoridad judicial. En estos casos, para evaluar la proporcionalidad de una orden de exhibición de información, no solo serán de aplicación las reglas generales del art. 283 bis a) LEC, sino que el órgano jurisdiccional vendrá también obligado a examinar, en primer lugar, si la solicitud ha sido formulada específicamente con arreglo a la naturaleza, el objeto o el contenido de los documentos presentados a una autoridad de competencia o conservados en archivos de dicha autoridad o si, por el contrario, lo ha sido mediante una solicitud no específica relativa a dichos documentos facilitados por una autoridad de competencia; y, en segundo lugar, en relación con los apartados 5 y 10 del art. 283 bis i) LEC, la necesidad de preservar la aplicación pública del Derecho de la competencia, pues cuando una autoridad de competencia desee manifestar su particular punto de vista sobre la proporcionalidad de los requerimientos de exhibición, ésta podrá presentar, por iniciativa propia, observaciones ante el órgano jurisdiccional llamado a decidir, en el caso concreto, acerca de la admisibilidad de dicha exhibición.

**Centésima tercera.-** En las acciones por daños podrá ordenarse, en todo momento, la exhibición de aquellas pruebas que figuren en el expediente de una autoridad de competencia, siempre que no tengan cabida dentro de aquellas categorías de protección específica que se incorporan en el art. 283 bis i) LEC. Por lo que hace referencia a la conocida como “lista gris”, podrá ordenarse la exhibición de las siguientes categorías de pruebas, pero solo cuando la autoridad de competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución: información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de competencia; información que las autoridades de competencia han elaborado y ha sido enviada a las partes en el curso del procedimiento; y solicitudes de transacción que se hayan retirado. Por el contrario, en orden a la llamada “lista negra”, en ningún momento el órgano jurisdiccional podrá ordenar a la parte o a un tercero la exhibición de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia ni de las solicitudes de transacción no retiradas.

Y todo ello teniendo presente, no obstante, que si solo alguna parte de la prueba solicitada se ve cubierta por dicha limitación, el resto de partes serán exhibidas, en función de la categoría en que se incluyan; así como que un actor podrá presentar una solicitud motivada para que un órgano jurisdiccional acceda a las pruebas contenidas en la “lista negra”, pero con el único objetivo de asegurar que sus contenidos se ajustan a las definiciones de un programa de clemencia y solicitud de transacción del apartado tercero de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

**Centésima cuarta.-** Discutible resulta que nuestro legislador haya ubicado el art. 283 bis k) LEC, relativo a las consecuencias que puedan derivarse del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y el uso de las fuentes de prueba, como cierre de la regulación dedicada a las medidas de acceso a las fuentes de prueba ante el ejercicio de acciones de daños derivados de la infracción de las normas reguladoras del Derecho la competencia. Dichas consecuencias podrían haberse incorporado, con mejor sistema, a continuación del art. 283 bis b) LEC, relativo a las reglas de confidencialidad o, en todo caso, justo después del art. 283 bis h) LEC, en el que se contemplan las consecuencias de la obstrucción a la práctica de tales medidas de acceso. Cuestionable parece también que, tratándose de un incumplimiento no grave, el órgano jurisdiccional pueda proceder, en vez de acceder a lo solicitado por el perjudicado, a imponer una multa, tanto a la parte infractora como a sus procuradores y abogados, que puede llegar a alcanzar, ni más ni menos, que la cifra de un millón de euros.

**Centésima quinta.-** En el marco de la interacción entre los programas de clemencia y la acción de indemnización por daños y perjuicios, uno de los principales problemas estriba en toda aquella información que aportan quienes denuncian un cártel, en tanto que su aplicación supone el reconocimiento de su propia participación en la infracción derivada del cártel y, por extensión, genera un material probatorio acerca de su propia responsabilidad que, llegado el caso, pudiera ser utilizado en un posterior procedimiento de indemnización de daños y perjuicios. Por si fuera poco, sus beneficiarios optan, con frecuencia,

por no recurrir las resoluciones sancionadoras, de tal forma que para ellos, a diferencia de lo que acontece con el resto de infractores, dichas resoluciones sancionadoras adquieren antes firmeza. En esta dirección, con seguimiento de lo que ya fue posible intuir en el Libro Blanco y con el objetivo de dar respuesta a la inseguridad jurídica derivada del dictado de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2011, *Asunto Pfeiderer*, contradictoria, por cierto, con las conclusiones del Abogado General Mázak; resulta obligado traer a colación, por efecto de la transposición de la Directiva de daños, cuál deba ser la efectividad, en función de nuestro ordenamiento jurídico, de los programas de clemencia y su interconexión con la prueba de los daños y perjuicios en el proceso civil español.

**Centésima sexta.-** Nuestro legislador ha enfrentado dicha cuestión contemplando una de las excepciones al régimen general de responsabilidad conjunta y solidaria de aquellas empresas que han sido conjuntamente infractoras de las normas de competencia, refiriéndola al beneficiario de los programas de clemencia. De igual modo, ha fijado en orden a la repetición interna por parte de los infractores que hubieren pagado su indemnización, no solo que el importe de la contribución del infractor beneficiario de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía que haya ocasionado a su propios compradores o proveedores directos o indirectos, sino también que cuando el perjuicio se cause a una persona o empresa distinta de éstos, el importe de cualquier contribución del beneficiario a otros infractores se determina, en lo que constituye una clara responsabilidad subsidiaria, en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio. Finalmente, nuestro legislador también ha previsto, al regular el acceso a las fuentes de prueba, diferentes cuestiones relacionadas con aquellas declaraciones que hayan sido realizadas en el marco de un programa de clemencia, con el claro objetivo de evitar que la difusión de dicha información pueda acabar por disuadir a los potenciales arrepentidos, llegado el caso, de seguir cooperando.

**Centésima séptima.-** En aplicación de la regla general que fija la responsabilidad solidaria de un cártel, resulta posible que una misma conducta

infractora de las normas sobre los ilícitos *antitrust* determine la incoación de dos o más procesos judiciales. En estos casos, cobra especial relieve la necesidad de coordinar las acciones de daños ejercidas por demandantes situados en diferentes niveles de la cadena de suministro. El art. 80 LDC ha dispuesto a tal fin que los órganos jurisdiccionales que conozcan de una reclamación por daños y perjuicios, al evaluar si se cumplen las normas sobre la carga de la prueba sobre la repercusión de sobrecostes, podrán tomar en consideración, sin perjuicio de la información pertinente de dominio público, tanto las acciones por daños que estén relacionadas con la misma infracción del Derecho de la competencia (pero interpuestas por actores situados en otros niveles de la cadena de suministro), como las resoluciones sobre las acciones por daños derivadas de la realidad anterior. Por desgracia, nuestro legislador no ha concretado ningún mecanismo específico para evitar, en estos casos, resoluciones contradictorias que bien pudieren comportar situaciones de responsabilidad múltiple o, por el contrario, de ausencia de responsabilidad del propio infractor.

**Centésima octava.-** Ante el silencio legal que se acaba de referir en relación al art. 80 LDC, bien puede pensarse que dichos mecanismos, en el ámbito de nuestro proceso civil, deben reconducirse a los supuestos que tienen cabida dentro de nuestro enjuiciamiento civil con pluralidad de objeto, esto es, la acumulación de acciones y procesos, así como a la prejudicialidad homogénea del art. 43 LEC. El tiempo y la actuación de la jurisprudencia terminarán por determinar el más correcto modo de coordinación de los procesos judiciales en esta concreta materia de responsabilidad civil. Por el momento, nuestros órganos jurisdiccionales han circunscrito su análisis, como así ha acontecido al hilo del conocido cártel de los camiones, a la institución de la acumulación de acciones, en tanto que ésta, fundándose en la semejanza y relación de las acciones acumuladas, facilita su tramitación conjunta en un mismo proceso.



## ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO





## ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2005.

ACHÓN BRUÑEN, M. J. *Futura modificación de la LEC para la transposición de la Directiva 2014/104/UE: medidas de acceso a fuentes de prueba, diferencias procesales con las actuales diligencias preliminares*, en *Práctica de Tribunales*, núm. 125, 2017.

AHLBORN, C. *et alii*, *The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality*, en *The Antitrust Bulletin: the journal of American and Foreign Antitrust and Trade Regulation*, núm. 49, 2004.

AJA FERNÁNDEZ, E. *Inmigración y democracia*, Alianza, Madrid, 2012.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1972.

ALESSANDRI, F. R. *Curso de Derecho Procesal: reglas comunes a todo procedimiento y juicio ordinario*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Competencia desleal por infracción de normas*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 202, 1991.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales*, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 228, 2004.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia: una concepción privatística del Derecho antimonopolio*, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2004.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Contra la armonización positiva: la propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia*, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2009.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CRESPO, D. *“Control de concentraciones, balance de la aplicación de la Ley 15/2007. Cuestiones de procedimiento”*, en *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: balance de su aplicación* (dirigido por Baches Opi), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

ALLENSWORTH, R. H. *The new Antitrust Federalism*, en *Virginia Law Review*, vol. 12, núm. 6, 2016.

ALMAGRO NOSETE, J. *El libre acceso como derecho a la jurisdicción*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, núm. 3, 1970.

ALMAGRO NOSETE, J. *Garantías constitucionales del proceso civil*, en Justicia: revista de derecho procesal, núm. 1, 1981.

ALMAGRO NOSETE, J. *La protección procesal de los intereses difusos*, en Justicia: revista de derecho procesal, núm. 1, 1983.

ALONSO SOTO, R. “*El interés público en la defensa de la competencia*”, en *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea* (dirigido por Santiago Martínez y Petitbò i Juan), Marcial Pons, Barcelona, 2005.

ALONSO SOTO, R. “*Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho Comunitario*” en *Curso de Derecho Mercantil* (coordinado por Aurelio Menéndez y Rodrigo Uría), tomo I, Civitas Ediciones, Madrid, 2006.

ALONSO SOTO, R. “*Derecho de la competencia (II). La defensa de la libre competencia en España*” en *Curso de Derecho Mercantil* (coordinado por Aurelio Menéndez y Rodrigo Uría), tomo I, Civitas Ediciones, 2006.

ALONSO SOTO, R. “*La aplicación privada del Derecho de la Competencia*”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013.

ALONSO SOTO, R. *Nuevas normas reguladoras de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, en GA-P: Gómez-Acebo & Pombo Análisis, 2017.

ALLORIO, E. “*Naturaleza de la cosa juzgada*”, en *Problemas del Derecho Procesal*, tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

ALLORIO, E. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Giuffrè Editore, Milán, 1992.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A. *Las diligencias preliminares en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A. “*La protección de los consumidores y usuarios: intereses individuales e intereses de grupo*”, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil* (coordinado por Alonso-Cuevillas i Sayrol), vol. I, Economist and Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2000.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A. “*Las diligencias preliminares*”, en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (coordinado por Alonso-Cuevillas i Sayrol), vol. II, Economist and Jurist, 2000.

ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R. *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016.

ÁLVAREZ RUBIO, J. “*Protección del consumidor a través del derecho de la competencia*”, en *Derecho de los consumidores y usuarios* (dirigido por León de Arce), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 3ª ed.

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. “*Las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de cártel como elemento dinamizador: el programa de clemencia*”, en *Anuario de Derecho de la Competencia 2015*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. “*Amicus curiae*”, en *Derecho europeo de la competencia: proyecto europeo* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

AMÉRIGO ALONSO, J. *Nuevo paso en la defensa de la competencia: el pleno resarcimiento de los daños ocasionados por las prácticas anticompetitivas*, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 74, 2017.

AMILS ARNAL, R. e IRISSARRY ROBINA, B. *Se estrecha el cerco a los cárteles: transposición de la directiva de daños derivados de las infracciones del derecho de la competencia en España*, en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 81, 2017.

ANGULO GARCIANDIA, A. *La interacción entre el programa de clemencia y las acciones privadas de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 23, 2018.

AREEDA, P. “*Introduction to antitrust economics*”, en *Antitrust policy in transition: the convergence of law and economics* (dirigido por Eleanor Fox and James Halverson), American Bar Association, Washington, 1984.

AREEDA, P. *Second Century of the rule of reason. The Sherman Act: the second century*, en *Antitrust Law Journal*, núm. 59, 1990.

AREEDA, P. y KAPLOW, L. *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, Little Brown Boston, 1988.

AREEDA, P. y TURNER, D. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, Kluwer Law International, New York, 2014, 4ª ed.

ARELLANO GARCÍA, C. *Teoría general del proceso*, Editorial Porrúa, México, 1998.

ARIÑO ORTIZ, G. *La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 88, 1979.

ARMENGOT VILAPLANA, A. *Las nuevas diligencias preliminares y las especialidades en materia probatoria introducidas por la Ley 19/2006 en la LEC*, en *Revista General del Derecho Procesal*, núm. 13, 2007.

ARMENGOT VILAPLANA, A. *“Intervención de consumidores y acumulación e pretensiones en el proceso colectivo”*, en *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil* (coordinado por Ortells Ramos y Cucarella Galiana), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

ARMENTA DEU, T. *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Barcelona, 2013.

ARMENTA DEU, T. *“Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español”*, en *Intereses colectivos y legitimación activa* (dirigido por Carbonell Porrás), Cizur Menor, Navarra, 2014.

ARMENTA DEU, T. *et alii. Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

ARPIO SANTACRUZ, J. *“Consideraciones sobre la doctrina europea de la “unidad económica” y su incorporación en el régimen sancionador de la Ley de Defensa de la Competencia”*, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

ARRIBAS HERNÁNDEZ, A. *“Art. 16”*, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (dirigido por Massaguer Fuentes *et alii*), Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

ARROYO APARICIO, A. *“De la interacción entre los programas de clemencia y las acciones por daños a las acciones colectivas”*, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013.

ARROYO FERNÁNDEZ, M. J. y BLASCO TORREJÓN, B. *Una revisión de la literatura económica sobre el funcionamiento interno de los cárteles y sus efectos económicos*, CEU Ediciones, Madrid, 2013.

ARTHUR, T. C. *A workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the federal courts*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 68, núm. 2, 2000.

ASCARELLI, T. *Teoría de la concurrencia y de los bienes materiales*, Bosch, Barcelona, 1970.

ASENCIO GALLEGU, J. M. *Juicio oral en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española*, Juruá, Lisboa, 2017.

ASENCIO MELLADO, J. M. “*La práctica de la prueba en el proceso civil*”, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje al Prof. Almagro Nosete* (coordinado por Gimeno Sendra), Iustel, Madrid, 2007.

ASENCIO MELLADO, J. M. “*Las contradicciones entre sentencias por causa del doble enjuiciamiento. Una crisis del modelo procesal vigente*”, en *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva* (coordinado por Jimeno Bulnes y Pérez Gil), Bosch, Barcelona, 2016.

ASENCIO MELLADO, J. M. “*De la jurisdicción de los tribunales civiles y las cuestiones prejudiciales*”, en *Proceso Civil Práctico* (dirigido por Gimeno Sendra), tomo I, Aranzadi, Navarra, 2018, 4ª ed.

AUSTIN, B. *Antitrust class actions handbook*, American Bar Association, Chicago, 2010.

AUSTIN, A. D. *Negative effects of treble damage actions: reflections on the new antitrust strategy*, en *Reprints Antitrust Law & Economics*, vol. 26, núm. 117, 1996.

BACIGAL, R. y TATE, M. K. *Criminal law and procedure: an overview*, Delmer Cengage Learning, Clifton Park, 2014, 4ª ed.

BACHES OPI, S. “*La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Derecho de Defensa de la Competencia desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007*”, en *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: balance de su aplicación* (dirigido por el mismo autor), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

BAENA ZAPATERO, R. “*Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva*”, en *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), tomo 1, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

BAKER, D. I. “*Private and public enforcement. Complements, substitutes and conflicts: a global perspective*” en *Research handbook on international Competition Law* (dirigido por Ariel Ezrachi), Edward Elgar Publishing, Oxford, 2013.

BAKER, J. B. *Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem, and contemporary economic theory symposium on tacit collusion*, en *The Antitrust Bulletin: the journal of American and foreign antitrust and trade regulation*, vol.1, núm. 38, 1993.

BAKER, J. B. *Vertical restraints with horizontal consequences: competitive effects of most favored customer clauses*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 64, núm. 3, 1996.

BALMISA GARCÍA SERRANO, C. “*La batalla contra los cárteles y los abusos de posición dominante, la visión de las autoridades de la competencia*”, *Conclusiones sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017.

BANACLOCHE PALAO, J. *Las diligencias preliminares*, Civitas, Madrid, 2002.

BANACLOCHE PALAO, J. "Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: libro homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2018.

BANFI DEL RÍO, C. *La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del Derecho de la competencia*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 21, 2013.

BAÑOS FOS, J. M. *El dies a quo del cómputo del plazo de la prescripción en las demandas de daños resultantes de infracciones del Derecho de la competencia*, en *Blog Mercantil*, 20 de noviembre de 2013.

BARBOSA MOREIRA, J. C. *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (Un aspecto de la experiencia brasileña)*, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1992.

BARKER, K. "Private law, key encounters with public law", en *Private law, key encounters with public law* (dirigido por Barker K. y Jensen D.), Cambridge University Press, London, 2013.

BARKER, K. *Modelling public and private enforcement: the rationality of hybridity*, en *Academic Journal University of Queensland Law Journal*, núm. 37, 2018.

BARNETT, T. "Seven steps to better cartel enforcement", en la presentación del 11<sup>th</sup> Annual Competition Law and Policy, organizado por el European Union Institute, Florence, Italy, 2 de junio de 2006 (web: <https://www.justice.gov/atr/speech/seven-steps-better-cartel-enforcement>).

BARONA VILAR, S. *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 2<sup>a</sup> ed.

BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BARONE, E. *Principios de economía política*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942.

BARRANTES, B. "Comentarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia", en *Derecho español de la Competencia: comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002* (dirigidos por Miguel Odriozola), tomo I, Bosch, Barcelona, 2008.

BARRE, R. *Economía política*, tomo I, Ariel, Barcelona, 1967, 5<sup>a</sup> ed.

BASEDOW, J. *Souveranité territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrente*, en *Recueil de Cours*, núm. 264, 1997.

BASEDOW, J. *Codification of private law in the European Union: the making of a hybrid*, en *European Review of Private Law*, vol. 9, núm. 1, 2001.

BASEDOW, J. "Jurisdiction on choice of law in the private enforcement of EC Competition Law", en *Private enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen, 2007.

BASSOLS COMA, M. *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.

BAXTER, W. *Separation of powers, prosecutorial discretion, and the "common law" nature of Antitrust Law*, en *Texas Law Review*, vol. 60, 1981.

BECKER, R. *et alii*, *The white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, en *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2008.

BECKNER, C. y SALOP, S. *Decision theory and antitrust rules*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 67, núm. 1, 1999.

BEGG, D. *et alii*, *Economía*, McGraw-Hill, Madrid, 2002, 6ª ed.

BELLIDO PENADÉS, R. *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998.

BELLIDO PENADÉS, R. *La acumulación de acciones en Derecho de la Competencia y sectores concurrentes (Antecedentes y regulación en la LEC 2000)*, en *Revista de Derecho*, núm. 1, 2002.

BELLIS, J. F. "Le régime des concentrations" en *Aspects récents du Droit de la concurrence* (dirigido por Andrée Puttemans), Bruylant, Bruxelles, 2005.

BENEYTO PÉREZ, J. M. *Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), tomo I, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, 2ª ed.

BENNET, M. y PADILLA, J. "Deciphering European commission antitrust goals and rules", en *Competition Policy in the EU: Fifty Years from the Treaty of Rome* (dirigido por X. Vives), Oxford University Press, United States, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *La formación del Derecho de la Competencia*, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo II, Montecorvo, Madrid, 1975.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *La protección de los consumidores en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1987.



BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “*El concepto de consumidor*”, en *Hacia un código del consumidor* (dirigido por Azparren Lucas), CGPJ: Centro de documentación jurídica, Madrid, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “*Constitución, empresa y libertad de empresa*”, en *Tratado de Derecho de la Competencia* (coordinado por García Cruces), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho mercantil: Derecho mercantil, Derecho de la competencia y propiedad industrial*, Thomson Reuters, Madrid, 2017, 17ª ed.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Juzgados de lo Mercantil*, en *Revista Aranzadi Civil*, núm. 3, 2005.

BERENGUER FUSTER, L. *et alii*, *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2010.

BERENGUER FUSTER, L. “*La aplicación privada del Derecho de la Competencia*”, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia* (dirigido por Velasco San Pedro), Lex Nova, Valladolid, 2011.

BERENGUER FUSTER, L. “*¿La piedra de Sísifo o el tejido de Penélope? Idas y venidas de la norma de la UE para la reclamación de daños en materia de competencia*”, en *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

BERENGUER FUSTER, L. *Reflexiones en torno al programa de clemencia*, en *La Ley*, núm. 28, 2012.

BIEBER, R. *et alii*, *Introduction au droit européen de la concurrence*, Staempfli Editions SA Berne, Switzerland, 2002.

BORK, R. H. *Antitrust paradox; a policy at war with itself*, The free press, New York, 1993.

BORK, R. H. *The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division. Part II*, en *The Yale Law Journal*, vol. 75, núm. 373, 1966.

BOTANA GARCÍA, G. A. *Protección de consumidores. La tutela colectiva en la protección de los consumidores*, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 46, 2004.

BOUDIN, M. *Observations the Sherman Act: The First Century*, en *Antitrust Law*, núm. 59, 1990.

BRANKIN LOVELLS, S. “*Introduction*”, en *Introduction to EU Competition Law* (dirigido por Peter R. Willis), Informa Professional, United Kingdom, 2005.

BREIT, W. y ELZINGA, K. *The antitrust penalties: a study in law and economics*, AEI Press, Washington, 1986.

BRODER, D. *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*, Oxford University Press, New York, 2011.

BROKELMANN, H. “La responsabilidad civil por infracción de las normas en defensa de la competencia”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013.

BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015.

BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2018, 15ª ed.

BRUCKNER, J. y SALZWEDEL, M. “Plaintiff’s remedies”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer y R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012.

BUCAN GUTTA, N. *The enforcement of EU Competition rules by civil law*, Maklu Competition Series, Portland, 2014.

BUJOSA VADELL, L. *El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América*, en *Justicia*, núm. 1, 1994.

BUJOSA VADELL, L. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995.

BUJOSA VADELL, L. *La protección de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2001.

BUJOSA VADELL, L. *La posición del juez en los procesos colectivos*, en *La Ley*, núm. 5, 2005.

BUJOSA VADELL, L. *La protección jurisdiccional del medio ambiente en la Unión Europea*, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 240, 2005.

BUJOSA VADELL, L. “La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España”, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Prof. Almagro Nosete* (dirigido por Gimeno Sendra), Iustel, Madrid, 2007.

BUJOSA VADELL, L. “Capítulo V. La protección procesal de los consumidores y usuarios” en *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios* (dirigido por De León Arce), tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 3ª ed.

BUNDA, M. *Monsanto, Matsushita and "Conscious Parallelism": Towards a judicial resolution of the oligopoly problem*, en *Washington University Law Review*, vol. 84, tomo I, 2006.

CABALLOL i ANGELATS, LL. *La ejecución provisional en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1993.

CABALLOL i ANGELATS, LL. *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.

CABALLOL i ANGELATS, LL. "Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia", en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. "El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coordinado por De Paula Blasco), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CABRILLO, F. "Objetivos de una política de defensa de la competencia", en *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, (dirigido por Santiago Martínez y Petitbò i Juan), Marcial Pons, Barcelona, 2005.

CACHAFEIRO, F. "Confidencialidad de los documentos del programa de clemencia", en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013.

CADENA SERRANO, F. A. *La reforma de la parte general del Derecho Penal en la Ley 5/2010*, en *Jueces para la democracia*, núm. 70, 2011.

CALAMANDREI, P. *La relatività del concetto di azione*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, XVI, 1939.

CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, EJEA, Buenos Aires, 1962.

CALAMANDREI, P. *La dialetticità del proceso*, tomo I, Opere Giuridiche, Napoli, 1965.

CALDERÓN CUADRADO, M. P. y ANDRÉS CIURANA, B. "La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios", en *Tutela de consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinado por Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CALDERÓN CUADRADO, M. P. "Contra la armonización positiva – y procesal – en la Unión Europea", en *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Aranzadi, Navarra, 2012.

CALLOL, P. y YUSTE, M. “La directiva comunitaria sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de las infracciones del Derecho de la competencia. Principales novedades y potenciales incidencias en el ordenamiento jurídico español”, en *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia, Anuario de 2014* (coordinado por Recuerda Girela), Civitas, Navarra, 2015.

CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. *Economic analysis and Antitrust law*, Little Brown, Boston, 1988, 2ª ed.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 10, núm. 2, 2018.

CALVO CARAVACA, A. L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNGARA, L. *Derecho Mercantil Internacional*, Tecnos, Madrid, 1995.

CALVO CARAVACA, A. L. y SUDEROW, J. *El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia*, en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 7, núm. 2, 2015.

CANE, P. *Controlling administrative power: a historical comparison*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

CANTOS, F., CARRERA, E. y GONZALO, P. *La aplicación privada del Derecho de la competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita*, en La Ley, nueva época, n. 36, noviembre-diciembre de 2013.

CAPPELLETTI, M. *L'accesso alla giustizia dei consumatori*, en Il Diritto dell'economia, núm. 1, 1991.

CARBONELL BOTELLA, J. M. y GÓMEZ ASENSIO, C. *Reclamaciones de daños por infracciones del derecho de la competencia: reforma de la Ley de Defensa de la Competencia*, en Economist and Jurist – Derecho Mercantil, vol. 25, núm. 212, 2017.

CARMONA BOTANA, P. *Prevention and deterrence of collusive behavior: the role of leniency programs*, Columbia Journal of European Law, vol. 13, 2006.

CARNELUTTI, F. *Saggio di una teoria integrale dell'azione*, Rivista di Diritto Processuale, núm. 1-2, 1946.

CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*, Ed. Librería El Foro, Buenos Aires, 1997.

CARRASCO PERERA, A. *Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel*, GA-P: Gómez-Acebo & Pombo Análisis, 2017.

CARRASCO PERERA, A. *El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 25, 2019.

CARRERAS LLANSANA, L. “*El Derecho Procesal como arte*”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1962.

CARUSO, A. *Leniency programs and protection of confidentiality: the experience of the European Commission*, en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, núm. 6, 2010.

CASADO ROMÁN, J. *Estudio del art. 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el amicus curiae*, en *Diario La Ley*, núm. 7296, 2009.

CASTRO VILLACAÑAS PÉREZ, C. *Las autoridades de defensa de la competencia como amicus curiae. Una perspectiva internacional*, en *Anuario de Derecho de la Competencia 2007*, ICO-Madrid, 2008.

CAVANAGH, E. *Detrebling antitrust damages in monopolization cases*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 76, núm. 1, 2009.

CAVANAGH, E. *The private antitrust remedy: lessons from the American experience*, en *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41, núm. 3, 2010.

CAZORLA PRIETO, J. L. “*Comentario al artículo 38*”, en *Comentarios a la Constitución* (dirigidos por Garrido Falla), Civitas Ediciones, Madrid, 1980.

CENGIZ, F. *The role of State Attorneys General in U.S. Antitrust policy: public enforcement through private enforcement methods*, en *ESRC: Centre for Competition Policy and School of Law*, vol. 19, núm. 6, 2006.

CENGIZ, F. *Antitrust federalism in the EU and the US*, en *Routledge Research in Competition Law*, New York, 2012.

CENGIZ, F. *Legitimacy and multi-level governance in European Union competition law: a deliberative discursive approach*, en *JCMS: Journal of Common Market Studies*, vol. 54, núm. 4, 2016.

CERRATO GURI, E. y PICÓ i JUNOY, J. “*La inversión de la carga de la prueba de la culpa en los principios del derecho europeo de responsabilidad civil*”, en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas* (coordinado por Bosch Capdevila), Bosch, Barcelona, 2009.

CHIOVENDA, G. *Istituzioni di diritto procesuale civile*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

CHIOVENDA, G. *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Reus Editorial, Madrid, 1977.

CIDONCHA MARTÍN, A. *La libertad de empresa*, Civitas Ediciones, Navarra, 2004.

COLLIN, T. J. *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*, American Bar Association, USA, 2006.

COLOMER HERNÁNDEZ, I. “*La tutela judicial de la defensa de la competencia*”, en *Derecho de la Competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de la Defensa de la Competencia* (dirigido por Parejo Alfonso y Palomar Olmeda), Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L. *Derecho de Daños*, Bosch, Barcelona, 1999.

CORDÓN MORENO, F. *Comentario breve a las normas procesales de competencia desleal*, en *Actualidad Civil*, núm. 34, 1991.

CORDÓN MORENO, F. *La reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia. Innovaciones en materia probatoria y, en especial, la regulación del acceso a las fuentes de prueba*, en GA-P: Gómez Acebo & Pombo Análisis, 2017.

COROMINAS BACH, S. *Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la recomendación de 11 de junio de 2013)*, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 34, 2014.

COSTAS COMESAÑA, J. *Los cárteles de crisis*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

COSTAS COMESAÑA, J. “*La especialidad del derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil*”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015.

COUTURE, E. J. “*Las garantías constitucionales del proceso civil*”, en *Estudios de Derecho Procesal*, tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1989.

CRAMER, E. L. y SIMONS, D. C. “*Parties entitled to pursue a claim*”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer y R. Stutx), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012.

CRANE, D. A. *Optimizing private antitrust enforcement*, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 63, núm. 2, 2010.

CRANE, D. A. *The institutional structure of antitrust enforcement*, Oxford University Press, New York, 2011.

CREMADES SÁNCHEZ PASTOR, J. A. *El arbitraje de Derecho Privado en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CREUS, A. “*La aplicación judicial*”, en *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, (dirigido por Santiago Martínez y Petitbò i Juan), Marcial Pons, Barcelona, 2005.

CUCARELLA GALIANA, L. A. y ORTELLS RAMOS, M. “*Litigación masiva, legitimación de asociaciones y tutela de los derechos e intereses jurídicos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*”, en *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil* (coordinado por los mismos autores), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

CUERDO MIR, M. *Breve historia de las asimetrías en la aplicación de la ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 12, 2013.

CURTO POLO, M. y SOLERNOU SANZ, S. “*Prohibición de conductas colusorias (II): restricciones horizontales*”, en *Tratado de Derecho de la Competencia* (coordinado por García Cruces), tomo I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

DAVIS, J. P. y LANDE, R. *Toward and empirical and theoretical assesment of private antitrust enforcement*, en *Seattle University Law Review*, vol. 36, núm. 3, 2013.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas Ediciones, Madrid, 1995.

DE CASTRO, J. M. *Novedades en materia de defensa de la Competencia*, en *Diario La Ley*, núm. 920, 2017.

D’GREEN, M. y CARDI, J. “*Public authority liability outlined in the United States*”, en *The liability of public authorities in comparative perspective*, (dirigido por Ken Oliphant), Intersentia, Cambridge, 2016.

DE LA OLIVA SANTOS, A. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980.

DE LA OLIVA SANTOS, A. *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

DE LA OLIVA SANTOS, A. *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013, 2ª ed.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F. “*Diligencias preliminares ¿numerus clausus?*”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Respuestas a 100 cuestiones polémicas. Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* (coordinado por Jiménez Conde), SEPIN, Madrid, 2002.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*, EDISOFER, Madrid, 2005.

DEL POZO SIERRA, B. “*Carácter vinculante de las resoluciones administrativas (CNMC o de un órgano jurisdiccional español) a efectos de una acción civil por daños derivados de una práctica anticompetitiva. Posible vulneración de la independencia*”

*judicial*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

DE LA VEGA GARCÍA, F. *La clemencia (leniency) en el Derecho de la Competencia (antitrust): exención o reducción de multas en el caso del cártel*, Dykinson, Madrid, 2017.

DE LA VEGA GARCÍA, F. *El nuevo concepto de “cártel” y sus implicaciones en el Derecho antitrust*, en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 28, 2017-2018.

DÍAZ MARTÍNEZ, M. *Las diligencias preliminares: supuestos y requisitos de solicitud*, en *Práctica de Tribunales*, núm. 40. 2007.

DÍEZ ESTELLA, F. *Los objetivos del Derecho antitrust*, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 224, 2003.

DÍEZ ESTELLA, F. *“El abuso de posición dominante en el Derecho comunitario y español de defensa de la competencia”*, en *Tratado de Derecho de la Competencia* (coordinado por García Cruces), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

DÍEZ ESTELLA, F. *“Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios”*, en *Anuario de Derecho de la Competencia*, 2017, Marcial Pons, Madrid, 2018.

DÍEZ ESTELLA, F. *La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, marzo de 2019.

DÍEZ ESTELLA, F. *“Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivadas de los cárteles en España”*, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

DÍEZ ESTELLA, F. y PÉREZ FERNÁNDEZ, P. *La Directiva de acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia*, en *Revista Aranzadi – Unión Europea*, núm. 7, 2014.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *“Reflexiones sobre el nuevo régimen de la condena genérica contenido en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Civitas, Madrid, 2002.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *“Capítulo introductorio”*, en *Proceso civil e ideología* (coordinado por Montero Aroca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de Daños*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999.

DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. V, Thomson Reuters, Madrid, 2010, 6ª ed.



DÍEZ-PICAZO, L. *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas Ediciones, Madrid, 2013.

DOMÍNGUEZ RUIZ, S. *La exhibición de pruebas en la Directiva 2014/104/UE, sobre reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia y su transposición al ordenamiento español*, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017.

DORRONSORO, C. “Comentarios al artículo 2: abuso de posición dominante”, en *Derecho español de la Competencia: comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002* (dirigidos por Miguel Odriozola), tomo I, Bosch, Barcelona, 2008.

EASTERBROOK, F. H. *Detrebling antitrust damages*, en *The Journal of Law & Economics*, vol. 28, núm. 2, 1985.

EASTERBROOK, F. H. *Does antitrust have a comparative advantage?*, en *Harvard Journal Law & Public Policy*, núm. 23, 1999.

ECKERT, R. *The appealability of a conviction based on a plea of guilty*, en *University of Miami Law School*, vol. 22, núm. 1, 1967.

EIPSTEIN, R. *Of pleading and discovery: reflections on Twombly and Iqbal with special reference to Antitrust*, en *University of Illinois Law Review*, 2011.

ENRICH SCHRÖDER, V. “Introducción a las acciones de reclamación de daños derivadas de las infracciones de la competencia”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017.

ESCALER BASCOMPTE, R. *La carga de la prueba*, Atelier, Barcelona, 2017.

ESTEBAN DE LA ROSA, F. *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003.

ESTEVAN DE QUESADA, C. “Algunas reflexiones sobre la admisión del “passing-on defence” en la Directiva 2014/104/UE”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Thomson Reuters, Navarra, 2016.

ESTEVE PARDO, M. A. *La solidaridad impropia de deudores*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

FAIRÉN GUILLÉN, V. “El proceso como función de satisfacción jurídica”, en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1969.

FAIRÉN GUILLÉN, V. *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.

FARIFAX, R. A. *Outsourcing criminal prosecution? The limits of criminal justice privatization*, en University of Chicago Legal Forum, núm. 10, 2010.

FAZZALARI, E. *Per un processo comune europeo*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 3, 1994.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*, en *La Ley Penal*, núm. 40, 2007.

FENECH NAVARRO, M. *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1962.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A. *El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría*, en *Revista General de Derecho*, núm. 589-590, 1993.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. “*El agotamiento de un modelo: notas sobre la compleja convivencia de la Ley de Defensa de la Competencia con la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de determinación de daños y perjuicios*”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013.

FERNÁNDEZ VICIÉN, C. “*La eficiencia real del Derecho de la Competencia: la indemnización de los daños causados*”, en *La modernización del Derecho de la Competencia* (coordinado por Martínez-Lage Sobredo y Petitbò i Juan), Marcial Pons, Barcelona, 2005.

FERNÁNDEZ VICIÉN, C. *Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España*, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 29, 2012.

FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. “*Acciones colectivas*”, en *Conclusiones del Congreso sobre Derecho de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017.

FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P. *Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo art. 283 bis LEC)*, en *Diario La Ley*, núm. 9052, 2017.

FIKENTSCHER, W. *Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 172-173, 1984.

FLINT, P. *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*, Fondo Editorial, Lima, 2002.

FOLGUERA CRESPO, J. y BACHES OPI, S. *Les normes de defensa de la competència a la Unió Europea i als Estats Units d'Amèrica: introducció a l'estudi*

*comparat*, en Nota d'Economia de la Conselleria d'Economia i Finances de la Generalitat de Catalunya, núm. 74, 2002.

FONT GALÁN, J. A. *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, Bolonia, 1986.

FONT GALÁN, J. A. *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.

FONT RIBAS, A. y GÓMEZ TRINIDAD, S. *Primera aproximación a la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*, en Revista jurídica de Catalunya, vol. 107, núm. 4, 2008.

FONT RIBAS, A. y GUAL DALMAU, M. A. "Teoría y práctica de la conducta culpable en el ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios por infracción de normas del ordenamiento de la competencia", en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012.

FONTESTAD PORTALÉS, L. *La pretendida eficacia de cosa juzgada de las resoluciones administrativas en el Derecho de la Competencia a la luz del Reglamento (CE) 1/2003 y la Directiva 2014/104/UE*, en Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución, núm. 26, 2020.

FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*, Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2004, 2ª ed.

FRANCO ARIAS, J. *¿Se pueden interpretar las diligencias preliminares como numerus apertus?* en *Realismo jurídico y Experiencia procesal. Liber Amicorum al Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez* (coordinado por Ramos Méndez), Atelier, Barcelona, 2009.

FRANQUET SUGRAÑES, M. T. *La acción de indemnización por daños en las prácticas concertadas en el sector del seguro decenal*, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013.

FRATEA, C. *Los primeros pronunciamientos del TJUE sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa*, en Anuario Español de Derecho Internacional Privado, núm. 16, 2016.

FRECCERO, S. *The use and effect of an antitrust guilty plea in subsequent civil litigation*, en The journal of the antitrust and unfair competition law section of the state bar of California, vol. 22, 2013.

FRESE, M. *Fines and damages under EU competition law: implications of the accumulation of liability*, en Word Competition Law and Economic Review, vol. 34, núm. 3, 2011.

FREUND, F. *The pleading and pre-trial of an antitrust claim*, en *Cornell Law Review*, vol. 46, núm. 4, 1961.

FRIEDMAN, D. *Efficient institutions for the private enforcement of law*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 379, 1984.

FRIGNANI, A. y WAELBROECK, M. *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Jovene Editore Napoli, Napoli, 1983, 3ª ed.

FUENTE HONRUBIA, F. "Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal", en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (dirigidos por Álvarez García y González Cussac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GALÁN CORONA, E. *La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia*, en *Actas de Derecho industrial*, tomo II, Montecorvo, Madrid, 1975.

GALÁN CORONA, E. "La aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia: Clemencia (I)", en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de los ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013.

GALÁN CORONA, E. "Prohibición de conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición", en *Tratado de Derecho de la Competencia* (coordinado por García Cruces), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GALÁN MUÑOZ, A. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GALGO PELCO, A. "La relación de causalidad en las acciones de reclamación de daños por infracción", en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Derecho de la empresa y del mercado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 4ª ed.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. *et alii*, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2001.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009.

GARCÍA-CHAMÓN, E. "Aplicación privada o judicial del derecho de la competencia", en *Manual Práctico de Derecho de la Competencia* (coordinado por Garbajo Gascón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GARCÍA OREJUDO, R. "Discovery", en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017.

GARCÍA-VERDUGO, J., GÓMEZ, L. y VEGA, P. *“Herramientas económicas para la detección de cárteles: experiencia internacional y de la CNMC”*, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M. *La competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil*, en *Actualidad jurídica. Homenaje al Prof. Dr. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, núm. extraordinario, 2006.

GARNICA MARTÍN, J. F. *“Comentario al art. 256 LEC”*, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinados por Rifá Soler y Fernández-Ballesteros), vol. 1, Atelier, Barcelona, 2000.

GARNICA MARTÍN, J. F. *Las acciones de grupo en la LEC 1/2000*, en *La Ley*, núm. 6, 2001.

GARRIDO COUREL, B. *El acceso de los consumidores a la justicia*, en *La Ley*, núm. 5, 2002.

GARRIDO PÉREZ, P. M. *“El sistema passing-on: el ejercicio de acción y defensa procesal”*, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012.

GARRIGUES, J. *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964.

GARVEY, G. *The Sherman Act and the vicious will: developing standards for criminal intent in Sherman Act prosecutions*, en *The Catholic University of America*, vol. 28, 1980.

GASCÓN INCHAUSTI, F. *“Artículo 16”*, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por Menéndez Menéndez y Díez Picazo), Civitas Ediciones, Madrid, 2002.

GASCÓN INCHAUSTI, F. *“Las medidas cautelares en los procesos penales frente a personas jurídicas”*, en *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas* (coordinado por Juanes Peces), Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

GASCÓN INCHAUSTI, F. *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de las infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, 2017.

GASCÓN INCHAUSTI, F. *El acceso a fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia*, en *La Ley Mercantil*, núm. 38, 2017.

GHIDINI, G. *Slealtà della concorrenza*, CEDAM, Bologna, 1978.

GIDI, A. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para los países de derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

GIL DELGADO, P. R. y CONCEPCIÓN, M. *Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracciones de la competencia (1)*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 16, 2015.

GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas Ediciones, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, V. *Observaciones sobre el Proyecto de LEC desde el Derecho Procesal europeo*, en *La Ley*, núm. 1, 1999.

GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Castillo de Luna: ediciones jurídicas, Madrid, 2017, 2ª ed.

GIRBAU i COLL, A. *Especial diligencias preliminares. Consideraciones generales*, en *Economist & Jurist*, núm. 115, 2007.

GLOVER, J. M. *The structural role of private enforcement mechanisms in public law*, en *William and Mary Law Review*, vol. 50, 2012.

GOIG MARTÍNEZ, J. M. *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (coordinados por Alzaga Villaamil), tomo III, Cortes Generales: EDERSA, Madrid, 1996.

GOLDBERG, J. y GUSTASSON, D. *“Pretrial discovery in civil litigation”*, en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer and R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012.

GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Labor, Barcelona, 1936.

GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Justicial Material*, EJEA, Buenos Aires, 1959.

GOLDSCHMIDT, W. *Guerra, duelo y proceso*, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 54, 1950.

GÓMEZ AMIGÓ, L. *“El procedimiento de mediación”*, en *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y la española* (coordinado por Garau Sobrino y López Simó), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GÓMEZ ASENSIO, C. *“Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en las reclamaciones de daños por infracción del derecho de la competencia”*, en *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto europeo*

*Training of National Judges in EU Competition Law* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GÓMEZ ASENSIO, C. “Soluciones extrajudiciales y reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

GÓMEZ DE LIAÑO, F. *La legitimación colectiva del art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en *Justicia*, núm. 3, 1986.

GÓMEZ LIGÜERRE, C. *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, Mapfre, Madrid, 2010.

GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1976, 8ª ed.

GÓMEZ TOMILLO, M. *La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 22, 2018.

GÓMEZ TRINIDAD, S. *El reglamento 1/2003 y la finalización del procedimiento de defensa de la competencia seguido ante la Comisión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

GÓMEZ TRINIDAD, S. “Comentario sobre algunas cuestiones contenidas en el Libro Blanco de acciones por daños en la infracción de normas de competencia: la necesidad de armonización de la regulación del recurso colectivo y la protección a los partícipes en procedimientos de clemencia”, en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 31, 2011/2012.

GÓMEZ TRINIDAD, S. “El sistema de clemencia y el procedimiento judicial civil por daños ante la infracción de las normas de defensa de la competencia”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012.

GÓMEZ TRINIDAD, S. “Antecedentes jurisprudenciales y legislativos del Libro Blanco sobre indemnización por daños. Due Diligence jurídica de algunos extremos de la propuesta”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y la propia autora), Marcial Pons, Barcelona, 2013.

GÓMEZ TRINIDAD, S. *Efectos de las decisiones de las ANC y la protección documental aportada en un programa de clemencia en las acciones por daños: Reflexiones ante la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva 2014/104 al ordenamiento jurídico español*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 19, 2016.

GÓMEZ TRINIDAD, S. *Defensa de la Competencia. Aplicación práctica*, Juruá, Lisboa, 2017.

GONZÁLEZ CANO, I. *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GONZÁLEZ CASTILLA, F. “*Clemencia y aplicación privada: una visión desde las autoridades de la competencia*”, en *La compensación de daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE* (dirigido por Ruiz Peris), Thomson Reuters, Navarra, 2016.

GONZÁLEZ CASTILLA, F. “*Presentación de documentos y política de clemencia: la confidencialidad de los expedientes de las autoridades de la competencia*”, en *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto europeo Training of National Judges in EU Competition Law* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GONZÁLEZ CASTILLA, F. “*En torno a la transposición de la Directiva 2014/104/UE en el ordenamiento jurídico español*”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GONZÁLEZ DURANTE, H. y CONTRERAS, M. “*La exhibición de declaraciones de clemencia y transacción en la propuesta de transposición de la Directiva de daños: una solución conciliadora*”, en *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. “*Diligencias preliminares ¿numerus clausus?*”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Respuestas a 100 cuestiones polémicas. Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* (coordinado por Jiménez Conde), SEPIN, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ GARCÍA, S. *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2016.

GONZÁLEZ MONTES, J. L. “*Intervención oral relativa a la cuestión diligencias preliminares ¿numerus clausus?*”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Respuestas a 100 cuestiones polémicas. Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* (coordinado por Jiménez Conde), SEPIN, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas Ediciones, Madrid, 1980.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas Ediciones, Madrid, 1984.

GRASSO, R. *The E.U. leniency programs and U.S. civil discovery rules: a fraternal fight?*, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 29, núm. 3, 2008.



GUAL GRAU, C. *Breves apuntes sobre el discovery*, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 29, 2011.

GUASP DELGADO, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Aguilar, Madrid, 1948.

GUASP DELGADO, J. *La pretensión procesal*, en *Anuario de Derecho Procesal Civil*, vol. 5, núm. 1, 1952.

GUASP DELGADO, J. *Derecho Procesal*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

GUASP DELGADO, J. *Estudios jurídicos*, Civitas Ediciones, Madrid, 1996.

GUILLÉN CARAMÉS, J. “*La cooperación entre jueces y autoridades administrativas en la aplicación privada del Derecho de la Competencia*”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre Daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013.

GUILLÉN CARAMÉS, J. “*La descentralización del Derecho de la Competencia en España*”, en *Tratado de Derecho de la Competencia* (coordinado por García Cruces), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GUTIÉRREZ, I. “*Aspectos institucionales: análisis del papel desempeñado por la Comisión Nacional de la Competencia en la aplicación de la Ley 15/2007*”, en *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: balance de su aplicación* (dirigido por Baches Opi), Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

GUTIÉRREZ ÁLVIZ y ARMARIO, F. “*La defensa de los intereses públicos difusos*”, *Anales de la Universidad Hispalense*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.

GUTIÉRREZ CARRIZO, I. y COSTAS COMESAÑA, J. “*Justificación jurídico-económica de las conductas por objeto*”, en *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid 2009.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales*, Aranzadi, Navarra, 2000.

HANSELMAN, D., CASTLE, N. y VAUGHN, S. “*Class Action Defence*”, en *Americas Antitrust Review*, Law Business Research, United Kingdom, 2019.

HAUSFELD, M. “*Iniciation of a private action*”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer and R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachussets, 2012.

HAW, B. y LAUDATI, L. *Antitrust federalism in the United States and decentralization of Competition Law enforcement in the European Union: a comparison*, en *Fordham International Law Journal*, vol. 20, núm. 1, 1996.

HAW, R. *Amicus briefs and the Sherman Act: why Antitrust needs a New Deal*, en *Texas Law Review*, vol. 89, 2011.

HAYDEN, T. *The plea of nolo contendere*, en *Maryland Law Review*, vol. 25, núm. 3, 1965.

HAYEK, F. A. "Spontaneous "Grown" order and organized "made" order", en *Market, hierarchies and networks: the coordination of social life* (dirigido por G. Thompson), Sage Publications, London, 1991.

HAZARD, G. y TARUFFO, M. *Principles and rules of transnational civil procedure*, en Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2001.

HERNÁNDEZ BATALLER, B. "El derecho al pleno resarcimiento en la Directiva 2014/104/UE", en *Derecho europeo de la competencia: proyecto europeo* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

HERNÁNDEZ DELGADO, J. "La actividad reguladora del Estado y la competencia", en *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación* (dirigido por Ortiz Blanco y S. Cohen), Dykinson, Madrid, 1999.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. "Análisis de los problemas de la prueba", en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017.

HERRERA PETRUS, C. "Discovery", en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017.

HERRERA PETRUS, C. *La medida de acceso a fuentes de prueba en la nueva acción de reclamación por ilícitos antitrust*, en *Actas de Derecho Industrial*, tomo 38, 2017-2018.

HERRERO PEREZAGUA, J. F. *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, Thomson Reuters, Madrid, 2007.

HERRERO SUÁREZ, C. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2006.

HERRERO SUÁREZ, C. *La aplicación privada del Derecho de la Competencia europeo*, en *La Ley*, núm. 3, 2008.

HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. *Funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y principios reguladores del procedimiento*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 71, 1991.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. *Una introducción a la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia: la tradición norteamericana y el contexto comunitario*, en *Ekonomiaz-Revista vasca de economía*, núm. 21- Política de competencia y competitividad, 1991.

HODGES, C. *Competition enforcement: regulation and civil justice. What is the case?*, en *Common Market Law Review*, vol. 43, núm. 5, 2006.

HOFSTADTER, R. *"What happened to the antitrust movement?"*, en *The political economy of the Sherman Act: The first one hundred years* (dirigido por Thomas Sullivan), Oxford University Press, New York, 1991.

HOLMES, W. C. *Antitrust Law Handbook*, Dardfield, Thomson Reuters, 2018.

HOVENKAMP, H. *Tying arrangements and class actions*, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 36, núm. 2. 1983.

HOVENKAMP, H. *Economics and federal antitrust law*, West Publishing Co., Minnesota, 1985.

HOVENKAMP, H. *Antitrust policy, federalism and theory of the firm: an historical perspective*, en *Antitrust Law Journal*, núm. 75, 1990.

HOVENKAMP, H. *The indirect-purchaser rule and cost-plus sales*, en *Harvard Law Review*, vol. 103, núm. 7, 1990.

HOVENKAMP, H. *Merger policy and the 2010 merger guidelines*, en *Iowa Legal Studies Research Paper*, vol. 10, núm. 34, 2010.

HOVENKAMP, H. *The pleading problem in antitrust cases and beyond*, en *Iowa Legal Studies Research Paper*, vol. 55, núm. 64, 2010.

HOVENKAMP, H. *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*, Thomson West, Minnesota, 2011.

HOVENKAMP, H. *A primer on antitrust damages*, en *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, 2011.

HOVENKAMP, H. *Comparative antitrust federalism: Review of Cengiz, antitrust federalism in the EU and the US*, en *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, núm. 12-13, 2012.

HOVENKAMP, H. *Antitrust and the patent system: a reexamination*, en *Ohio State Law Journal*, vol. 76, núm. 3, 2015.

HOVENKAMP, H. *The rule of reason*, en *Florida Law Review*, vol. 70, núm. 17, 2018.

HOVENKAMP, H. *Apple v. Pepper: rationalizing Antitrust's indirect purchaser rule*, en *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, 2019.

HUALDE LÓPEZ, I. "La intervención en procesos de defensa de la competencia en la ley de enjuiciamiento civil tras el reglamento (CE) 1/2003", en *El proceso civil ante el reto de un Nuevo panorama socioeconómico* (dirigido por García-Rostán Calvin y Sigüenza López), Thomson Reuters, Navarra, 2017.

IBÁÑEZ COLOMO, P. y LAMADRID DE PABLO, A. "On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know?", en *The notion of restriction of competition: revisiting the foundation of antitrust enforcement in Europe* (dirigido por Gerard Damien), Éditions Bruylant, Bruselas, 2017.

IDOT, L. *Brefs regards sur 60 ans de politique européenne de concurrence*, en *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, núm. 623, 2018.

JACOBSON, J. *Antitrust law developments*, American Bar Association, vol. I, Chicago, 2007, 6ª ed.

JENKINS, H. y YEMAIL OXERA, B. "Economics at the heart of competition policy", en *Introduction to EU Competition Law* (dirigido por Peter R. Willis), Informa Professional, United Kingdom, 2005.

JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J. y MASIA, J. *Examen de las cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España*, en *La Ley*, núm. 30, 2012.

JIMÉNEZ LATORRE, F. *La reclamación de daños por infracciones de competencia*, en *La Ley*, núm. 25, 2012.

JIMÉNEZ SERRANIA, V. *The Directive on antitrust damages action: a critical review*, en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 35, 2014/2015.

JOLIET, R. *The rule of reason*, Liege, 1966.

JOLIET, R. *The rule of reason in antitrust law*, Springer, La Haya, 1967.

JONES, C. "A new dawn for private competition law remedies in Europe? Reflections from the U.S.", en *European Competition Law Annual: Effective private enforcement of EC Antitrust* (dirigido por Ehlermann, C. y Atanasiu, I.), Oxford: Hart Publishing, United States, 2001.

JUSKA, Z. *The effectiveness of private enforcement and class actions to secure antitrust enforcement*, en *The Antitrust Bulletin: the journal of American and Foreign Antitrust and Trade Regulation*, vol. 62, núm. 3, 2017.

KADISH, S. *Some observations on the use of criminal sanctions in enforcing economic regulations*, en Berkeley Law Scholarship Repository, vol. 30, núm. 3, 1963.

KAMENIR, E. *Seeking antitrust class certification: the role of individual damage calculations in meeting class action predominance requirements*, en George Mason Law Review, vol. 23, núm. 1, 2015.

KAPLOW, L. *Antitrust law and economics and the courts*, en Law and Contemporary Problems, vol. 50, núm. 4, 1988.

KAPLOW, L. *On the relevance market power*, en Harvard Law Review, vol. 130, núm. 5, 2017.

KOSTOLANSKY, K. y HAZEL, D. *Class action settlements: res judicata, release, and the identical factual predicate doctrine*, en Idaho Law Review, núm. 55, 2019.

KOVACIC, W. E. *“Competition policy in the European Union and the United States: convergence our divergence?”*, en Bates White Fifth Annual Antitrust Conference, IESE, Barcelona, 2008.

KOVACIC, W. E. *“Competition policy in the European Union and the United States: convergence our divergence?”*, en *Competition Policy in the EU: Fifty years from the Treaty of Rome* (dirigido por X. Vives), Oxford University Press, United States, 2009.

KOVACIC, W. E. *et alii*, *Merger control procedures and institutions: a comparison of the EU and US practice*, en Robert Schuman for Advanced Studies Global Governance Programme, núm. 20, 2014.

KOVACIC, W. E. y SAPHIRO, C. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*, en Journal of Economic Perspectives, núm. 14, 2000.

KOVAR, R. *Le droit communautaire de la concurrence et la “règle de raison”*, en Revue trimestrielle de droit européen, vol. 23, núm. 2, 1987.

LANDE, R. *Are antitrust “treble” damages really single damages?*, en Ohio State Law Journal, vol. 54, 1993.

LANDE, R. *“Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de la Competencia”*, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia* (dirigido por Velasco San Pedro), Lex Nova, Valladolid, 2011.

LANDE, R. *Why antitrust class actions are essential for compensation and deterrence*, en Antitrust Magazine, vol. 30, núm. 2, 2016.

LANDE, R. y DAVIS, J. *Comparative deterrence from private enforcement and criminal enforcement of the U.S. Antitrust Laws*, en Brigham Young University Law Review, núm. 315, 2011.

LANDES, W. *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 50, núm. 2, 1983.

LARA FERREIRO, J. F. “*Defensa de la competencia leal en el Derecho español y comunitario*”, en *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación* (dirigido por L. Ortiz Blanco y S. Cohen), Dykinson, Madrid, 1999.

LENVIN, N. y MEYERS, E. *Nolo contendere: its nature and implications*, en *The Yale Law Journal*, vol. 51, núm. 8, 1942.

LESKINEN, C. “*Reparaciones de daños y perjuicios en materia de Defensa de la Competencia: la conveniencia de las acciones colectivas opt-out en casos que implican numerosas demandas de poco valor*”, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia* (dirigido por Velasco San Pedro), Lex Nova, Valladolid, 2011.

LIEBMAN, E. T. *Efficacia ed autorità della sentenza: ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Giuffrè Editore, Milán, 1983.

LOPATKE, J. y PAGE, W. *State action and the meaning of agreement under Sherman Act: an approach to hybrid restraints*, en *The Yale Law Journal*, núm. 20, 2003.

LÓPEZ CARDENAS, C. M. *La acción de grupo: reparación por violación a los derechos humanos*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2011.

LÓPEZ GÁLVEZ, I. *Programas de clemencia y el concepto de cártel*, en *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

LORCA NAVARRETE, A. M. *El problema de la Administración de Justicia en España*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1996.

LORCA NAVARRETE, A. M. *La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una regulación inconstitucional*, en *Diario La Ley*, núm. 6, 2000.

LORCA NAVARRETE, J. M. *La protección de los usuarios y consumidores en la Ley de enjuiciamiento Civil 1/2000*, en *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2001.

LOUGHLIN, J. *Mens rea and felony violations under the Sherman Act*, en *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 11, núm. 7, 1979.

LOZANO-HIGUERO PINTO, M. *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983.

MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. *Empresas en participación (“joint ventures”) y Derecho comunitario de la competencia*, Bosch, Barcelona, 2017.

MALINA, M. y BLECHMAN, M. *Parens patriae suits for treble damages under the antitrust laws*, en *Northwestern University Law Review*, vol. 65, núm. 1, 1970.

MANNING, A. B. *ACPERA: eight years later: "satisfactory cooperation" lacks a "satisfactory" definition*, en *American Bar Association Section of Antitrust Law: International Cartel Workshop*, Chicago, 2012.

MARCOS FERNÁNDEZ, F. *La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles*, en *ICE: Revista de economía*, núm. 876, 2014.

MARCOS FERNÁNDEZ, F. *¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?*, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2018.

MARCOS FERNÁNDEZ, F. *Remedios y obligaciones impuestos por las autoridades de defensa de la competencia*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2018.

MARCOS FERNÁNDEZ, F. *Primeras sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 26, 2020.

MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A. *Towards a european tort law damages actions for breach of the EC antitrust rules: harmonizing tort law through the back door?* en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2006.

MARKOVITS, R. S. *Economics and the Interpretation and Application of U.S. and E.U. Antitrust Law: A Summary*, en *The Antitrust Bulletin: the journal of American and foreign antitrust and trade regulation*, vol. 68, núm. 1, 2016.

MARSHALL, R. C. y MARX, L. M. *The economics of collusion: cartels and bidding rings*, Mit Press, Cambridge, 2010.

MARTÍ MIRAVALLS, J. *Acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción*, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo 37, 2016-2017.

MARTÍ MIRAVALLS, J. *"Comentario al art. 73 LDC"*, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

MARTÍ MOYA, V. *Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso Pfleiderer (c-360/09)*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 10, 2012.

MARTÍN CASALS, M. “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en *Centenario del Código Civil*, tomo II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

MARTÍN-LABORDA, A. R. *Libre competencia y competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2001.

MARTÍN MARTÍN, G. *Competencia, enriquecimiento y daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍN OSTOS, J. *Las diligencias finales*, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2002.

MARTÍN PASTOR, J. “Las relaciones entre las acciones individuales y las acciones colectivas para la tutela judicial de los consumidores y usuarios: previsiones legislativas, e interpretación y aplicación jurisprudencial”, en *Derecho y Proceso: Liber Amicorum al Prof. Dr. Francisco Ramos Méndez*, vol. II, Atelier, Barcelona, 2018.

MARTÍN PASTOR, J. *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍN PASTOR, J. “La tutela de los intereses colectivos en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación”, en *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil* (coordinado por Ortells Ramos y Cucarella Galiana), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

MARTÍN SANTIESTEBAN, S. *La regulación de la figura del trust en Europa*, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 2010.

MARTÍNEZ BERNAL, A. *La misión del proceso en el sistema del Derecho*, en *Anales de la Universidad de Murcia*, núm. 4, 1943.

MARTÍNEZ MORIEL, I. *La protección de la información aportada en el contexto de una solicitud de clemencia ante las acciones civiles de daños y perjuicios*, en *La Ley*, núm. 32, 2013.

MARTÍNEZ VAL, J. M. “Artículo 38: Libertad de empresa”, en *Comentarios a las Leyes Políticas* (coordinados por Alzága Villaamil), tomo III, Editorial de Derecho Público, Madrid, 1983.

MARTORELL ZULUETA, P. *Concepto de consumidor y posición de la persona física fiadora de persona jurídica*, en *Revista Consumo y Empresa*, núm. 4, 2017.

MARTORELL ZULUETA, P. “La cuantificación del daño desde la perspectiva de un experto”, en *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva*



2014/104/UE: *proyecto europeo Training of National Judges in EU Competition Law* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MARTORELL ZULUETA, P. “Aspectos procesales I: Acceso a las fuentes de prueba”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

MARTORELL ZULUETA, P. “Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTORELL ZULUETA, P. “Perspectiva comparada. Aproximación a los casos nacionales sobre compensación de daños por infracción de las normas de competencia”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MASSAGUER FUENTES, J. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters, Madrid, 2008.

MASSAGUER FUENTES, J. *et alii*, *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, 3ª ed.

MATILLA ALEGRE, R. *La interpretación de los artículos 1 y 5 de la Ley sobre prácticas restrictivas de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 125-126, 1972.

MAY, J. *Antitrust in the formative era: political theory in constitutional and antitrust analysis*, en *Ohio State Law Journal*, núm. 257, 1989.

MAY, J. *The role of the United States in the first century of the Sherman Act and the larger picture of antitrust history the Sherman Act: the first century*, en *Antitrust Law Journal*, núm. 59, 1990.

MCALLISTER, B. *The big case: procedural problems in antitrust litigation*, en *Harvard Law Review*, vol. 64, núm. 1, 1950.

MCELROY, T. *Federal pre-trial procedure in an antitrust suit*, en *Southwestern Law Journal*, vol. 31, núm. 3, 1977.

MEDRANO IRAZOLA, S. *El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideraciones del debate y contribución a la búsqueda de soluciones*, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 2010, 2001.

MÉNDEZ PINEDO, E. *La protección de consumidores en la Unión Europea: hacia un derecho procesal comunitario de consumo*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, en Hacienda Pública Española, núm. 94, 1985.

MICHAEL, R. *The Supreme Court's new notice pleading requirements: revolutionary or evolutionary*, en Willamette Law Review, núm. 53, 2016.

MICHELI, G. A. *La carga de la prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1961.

MIGUEZ, J. A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. y SUDEROW, J. “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de la competencia”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

MILLER, S. *et alii*, *U.S. discovery of European Union and U.S. leniency applications and other confidential investigatory materials*, en The CPI Antitrust Journal, 2010.

MITCHEL, W. *et alii*, *The Antitrust treble damages remedy*, en Willian Mitchel Law Review, vol. 9, núm. 2, 1983.

MONCKTON CHAMBERS, A. M. “Private enforcement of EC Competition Law”, en *Introduction to EU Competition Law* (dirigido por Peter R. Willis), Informa Professional, United Kingdom, 2005.

MONEDERO GIL, J. I. *La estructura de la empresa pública en España*, en Presupuesto y Gasto Público, núm. 5, 1980.

MONTAÑA, M. “Comentario al artículo 3 de la Ley de Defensa de la competencia 15/2007”, en *Derecho español de la Competencia: comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*, (dirigidos por Miguel Odriozola), tomo I, Bosch, Barcelona, 2008.

MONTERO AROCA, J. *Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial*, en Derecho Privado y Constitución, núm. 8, 1996.

MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2017, 7ª ed.

MONTERO AROCA, J. *et alii*, *Derecho jurisdiccional*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 27ª ed.

MONTESINOS GARCÍA, A. *et alii*, *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MORALES BARCELÓ, J. “Programa de clemencia v. acción de indemnización por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia”, en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados*

*de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013.

MORELLO, A. M. y STIGLITZ, G. *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Librería Editora Platense, Argentina, 1986.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Civil: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 9ª ed.

MORENO LISO, L. “*La mediación como posible vía de unificación de los procesos público y privado en Derecho de la competencia*”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión Europea y España* (dirigido por Olmedo Peralta), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

MORENO MOLINA, A. M. “*Aspectos institucionales de la defensa de la competencia*”, en *Derecho Europeo de la Competencia* (dirigido por Calvo Caravava), Ed. Constitución y Leyes, Madrid, 2000.

MOTTA, M. “*Carles in the European Union: economics, law, practice*”, en *Competition Policy in the EU: Fifty years from the Treaty of Rome* (dirigido por X. Vives), Oxford University Press, United States, 2009.

MOTTA, M. y POLO, G. *Leniency programs and cartel prosecution*, en *International Journal of Industrial Organization*, núm. 21, 2003.

MURIS, T. J. *The New Rule of Reason*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 57, núm.3, 1988.

NAVARRO SUAY, M. C. *Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto*, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 232, 2004.

NAVAS LÓPEZ, J. E. y GUERRAS MARTÍN, L. A. *Fundamentos de dirección estratégica de la empresa*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, 2ª ed.

NAVEIRA ZARRA, M. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad extracontractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

NEVEN, D. J. “*Identifying restrictions of competition some comments from a law and economics perspective*”, en *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe* (dirigido por Gerard Damien), Éditions Bruylant, Bruselas, 2017.

NIETO DELGADO, C. “*Cuestiones procesales: legitimación, prescripción y retroactividad, competencia internacional, objetiva y territorial*”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017.

NIEVA FENOLL, J. *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006.

NIEVA FENOLL, J. *El procedimiento especial para la protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 264-265, 2007.

NIEVA FENOLL, J. *Jurisdicción y proceso*, Marcial Pons, Barcelona, 2009.

NIEVA FENOLL, J., FERRER BELTRÁN, J. y GIANNINI, L. *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2019.

NIVARRA, L. “*La tutela civile: profili sostanziali*”, en *Diritto antitrust italiano* (dirigido por A. Frignani), tomo II, Zanichelli Editore, Bologna, 1997.

NOLAN, D. “*A public law tort: understanding misfeasance in public office*”, en *Private law and power* (dirigido por K. Barker), Bloomsbury Publishing, New York, 2017.

NOONAN, C. *Mediating between public and private enforcement in multi-jurisdictions settings*, en *University of Queensland Law Journal*, vol. 37, núm. 1, 2018.

NOYA FERREIRO, L. *Las diligencias finales en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

O’CONNOR, K. J *et alii*, “*Interaction of public and private enforcement*”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer y R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012.

O’DONOGHUE, R. “*What Makes a unilateral conduct abusive: the legal perspective*”, en *The Notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe* (dirigido por Gerard Damien), Éditions Bruylant, Bruselas, 2017.

OLAECHEA, J. A. *El surgimiento del Derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas (Primera parte)*, en *Themis: Revista de Derecho*, núm. 11, 1988.

OLARRA ZORROZÚA, J. C. “*Acumulación objetiva de acciones y juzgados de lo mercantil ¿Una laguna legal?*”, en *La Ley*, núm. 6173, 2005.

OLDHAM, A. *Sherman’s march (in)to the sea*, en *Tennessee Law Review*, vol. 74, 2007.

OLMEDO PERALTA, E. *Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas del cártel (umbrella pricing): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la competencia*, en *La Ley Mercantil*, núm. 7, 2014.

OLMEDO PERALTA, E. “*La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el Derecho europeo de la Competencia*”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE* (dirigido por Ruiz Peris), Aranzadi, Madrid, 2016.

OLMEDO PERALTA, E. *El valor probatorio de las resoluciones de terminación convencional en procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 24, 2019.

ORDÓÑEZ DE HARO, J. M., BORRELL, J. R. y JIMÉNEZ, J. L. “*Detección y sanción de cárteles en España*”, en *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La acción de indemnización en la aplicación judicial privada del Derecho europeo de la competencia*, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 330, 2012.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España*, en el blog EIDerecho.com, 1 de enero de 2015.

ORELLANA CANO, N. A. “*Coexistence of direct and indirect purchasers’ actions*”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

ORÓ MARTÍNEZ, C. “*Litigación internacional y acciones de indemnización por infracción del Derecho de la competencia en la UE: aspectos de competencia judicial*”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012.

OROMÍ VALL-LLOVERA, S. *El ejercicio de acciones de responsabilidad por los perjudicados en materia de derecho de la competencia*, en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 28, núm. 1, 2016.

ORTEGO PÉREZ, F. *Diligencias finales en el juicio verbal. La antítesis entre el principio de concentración que preside este juicio y el derecho constitucional a la prueba*, en *Justicia, Revista de Derecho procesal*, núm. 3-4, 2007.

ORTELLS RAMOS, M. *Una tutela jurisdiccional adecuada para los casos de daños a los consumidores*, en *Estudios de Derecho de Consumo*, núm. 6, 1989.

ORTELLS RAMOS, M. “*La “cosa juzgada” formal (firmeza) y material (cosa juzgada)*”, en *Derecho Procesal Civil* (coordinado por el propio autor), Thomson Reuters, Navarra, 2016, 16ª ed.

ORTELLS RAMOS, M. *Tratamiento de los litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia*, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38, 2016.

ORTIZ BLANCO, L. *EC Competition Procedure*, Oxford, New York, 2006.

ORTIZ BLANCO, L. *et alii*, *Manual de Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 2008.

ORTIZ-ARCE, A. *El principio de igualdad en Derecho económico*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, núm. 11, 1984.

ORTIZ BAQUERO, I. *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, La Ley, Madrid, 2011.

PAGE, W. *The limits of state indirect purchaser suits: class certification in the shadow of Illinois Brick*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 67, núm. 1, 1999.

PAPADA, J. M. *State does not have standing to sue as parens patriae under section 4 of the Clayton Act for damages to the general economy attributed to violations of the Antitrust laws*, en *Vilanova Law Review*, vol. 18, núm. 1, 1972

PARDO NÚÑEZ, C. “*Los daños del Cártel: un caso de solidaridad impropia*”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PASCUAL PONS, C. “*Valoración del daño y passing-on defense*”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017.

PASCUAL Y VICENTE, J. *Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia*, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 224, 2003.

PASTOR MARTÍNEZ, E. *Nada ha cambiado para el cártel de camiones: la competencia internacional en la STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17, Lithuanian Airlines*, en *La Ley Mercantil*, núm. 51, 2018.

PASTOR MARTÍNEZ, E. “*Cuestiones sobre el acceso a las fuentes de prueba: la perspectiva judicial*”, en *Daños, comercio electrónico y derecho europeo de la competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Comentarios a la Constitución Española* (dirigidos por Casas Baamonde y Rodríguez Piñero), Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

PEDRAZ CALVO, M. y ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España. Liber Amicorum en Homenaje a Santiago Martínez Lage*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

PEDRAZ CALVO, M. “*La Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 para reforzar la eficacia de las autoridades nacionales de competencia y la lucha contra los cárteles*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

PELLEGRINI GRINOVER, A. *Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña número 7347 de 24 de julio de 1985)*, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1988.

PELLEGRINI GRINOVER, A. *De la "class action for damages" a la acción de clase brasileña. Requisitos de admisibilidad*, en *Ius et Veritas*, núm. 23, 2001.

PELLISÉ DE URQUIZA, C. "Reflexión crítica sobre el ámbito de aplicación espacial de las reglas comunitarias de competencia judicial internacional en los litigios de responsabilidad por infracción competencial", en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, Barcelona, 2013.

PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PÉREZ CRUZ, A. J. y NEIRA PENA, A. *Proceso penal y responsabilidad de personas jurídicas*, Thomson Reuters, Madrid, 2017.

PÉREZ DAUDÍ, V. *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Atelier, Barcelona, 2018.

PÉREZ FERNÁNDEZ, J. *Estándares de prueba del daño en las acciones de responsabilidad civil contra cárteles bajo derecho español y de la UE*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 26, 2020.

PÉREZ HERNÁNDEZ, P. "La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust", en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* (coordinado por Font Ribas y Gómez Trinidad), Marcial Pons, 2013.

PEYRANO, W. *Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Lima-Perú, Lima, 1995.

PEYRANO, W *et alii*, *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.

PICÓ i JUNOY, J. "El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Problemas actuales de la prueba civil* (coordinado por Abel Lluch y el propio autor), Bosch, Barcelona, 2005.

PICÓ i JUNOY, J. *Diligencias preliminares*, en *Práctica de Tribunales*, núm. 40, 2007.

PICÓ i JUNOY, J. "Carga de la prueba", en *La prueba civil a debate judicial: estudios prácticos sobre prueba civil* (coordinado por el propio autor, Abel Lluch y Pellicer Ortiz), tomo I, La Ley, Madrid, 2018.

PLANCHADELL GARGALLO, A. “*La intervención de los consumidores afectados en los procesos colectivos*”, en *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango* (coordinado por Montero Aroca et alii), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

PLANCHADELL GARGALLO, A. *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español: un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PLANCHADELL GARGALLO, A. *La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva*, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 39, 2015.

POCH TORT, A. “*Introducción a las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de la competencia*”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017.

POLINSKY, M. A. *Private versus public enforcement of fines*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, núm. 1, 1980.

PORRAS BELARRA, J. “*Las investigaciones de oficio de la CNMC en materia de carteles: actuaciones clásicas ante las nuevas tendencias*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los carteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maílo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

PORTER, M. E. *Ventaja competitiva: creación y sostenibilidad de un rendimiento superior*, Pirámide, Madrid, 2010.

POSNER, R. *The rule of reason and the economic approach: reflections on the Silvana decision*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 45, núm. 1, 1977.

POSNER, R. *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001, 2ª ed.

POSNER, R. *Federalism and the enforcement of antitrust laws by State Attorneys General*, en *The Georgetown Journal of Law and Public Policy*, vol. 2, núm. 5, 2004.

POSNER, R. *Economic analysis of law*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2014, 9ª ed.

POSNER, R. *Divergent paths: the academy and the judiciary*, Harvard University Press, Massachusetts, 2016.

POSNER, R. y LANDES, W. *The private enforcement of law*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 4, núm. 1, 1975.

PRIETO, C. y BOSCO, D. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*, Bruylant Edition, Bruselas, 2013.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.



PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Tratado de Derecho Procesal*, Aranzadi, Madrid, 1984.

PROTO PRISANI, A. *Appunti sul giudicato civile e suoi limiti oggettivi*, en *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, 1990.

PROTO PISANI, A. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Jovene Editore, Napoli, 2002, 4ª ed.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. “*Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial*”, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia* (dirigido por Velasco San Pedro y otros), Lex Nova, Valladolid, 2011.

RABASA, O. *El derecho angloamericano*, Ed. Porrúa, México, 1982.

RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1979.

RAMOS MÉNDEZ, F. *La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 1983.

RAMOS MÉNDEZ, F. *El umbral económico de la litigiosidad*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 1996.

RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, tomo II, Atelier, Barcelona, 2008.

RAMOS MÉNDEZ, F. *El sistema procesal español*, Atelier, Barcelona, 2016, 10ª ed.

RATLIFF, J. *Parens patriae: an overview*, en *Tulane Law Review*, vol. 74, núm. 5-6, 2000.

REGLERO CAMPOS, L. F. “*Conceptos generales y elementos de delimitación*”, en *Tratado de responsabilidad civil* (coordinado por el mismo autor), tomo I, Aranzadi, Navarra, 2008, 4ª ed.

RIBELLES ARELLANO, J.M. “*Acciones follow on y la doctrina de la solidaridad impropia*”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

RIFÁ SOLER, J. M. “*Intervención oral relativa a la cuestión: diligencias preliminares ¿numerus clausus*”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil, Respuestas a 100 cuestiones polémicas. Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* (coordinado por Jiménez Conde), SEPIN, Madrid, 2002.

RINCÓN GARCÍA LONGORRI, A. “*El nuevo concepto de cártel de la LDC a la luz de la práctica de la CNMC*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maíllo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

RIVERA GARCÍA, C. “Discovery”, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017.

RIZZUTO, F. *Leniency and follow-on private actions for damages: comment on the opinion of the Advocate General in the Pfeiderer case*, en *Global Competition Litigation Review*, vol. 4, núm. 2, 2011.

ROBLES LATORRE, P. “La eficiencia normativa de daños causados por cárteles”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

ROBLES MARTÍN LABORDA, A. *Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones de la competencia. Comentario a la STS de 23 de diciembre de 2013, Sala de lo Civil, en el asunto del cártel del azúcar*, en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 34, 2013-2014.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortíz*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.

ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO, M. *Derecho de daños: textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 7ª ed.

RODA, J. C. *La clémence en Droit de la concurrence*, Presses Universitaires d’Aix-Marselles, Provenza, 2008.

RODGER, B., SOUSA, M. y MARCOS, F. *The EU Antitrust Damages Directive: transposition in the Member States*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J. *Actualidad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española*, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 169-170, 1983.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. “La reforma del Derecho concursal español”, en *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ROSENBERG, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1955.

ROSENBERG, L. *La carga de la prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1956.

ROSZKOWSKI, E. M. y BRUBAKER, R. *Attempted monopolization: reuniting a doctrine divorced from its criminal law roots and the policy of the Sherman Act*, en *Marquette Law Review*, vol. 73, núm. 3, 1990.

ROY PÉREZ, C. “La cuantificación de los daños por infracción de las normas de la competencia: la experiencia judicial en España”, en *La indemnización por infracción de*

*normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y Vilà Costa), Marcial Pons, Barcelona, 2012.

ROY PÉREZ, C. “*El arbitraje y la mediación como mecanismos necesarios para mejorar la eficiencia del sistema de privat enforcement en el ámbito del derecho antitrust*”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE. Directiva y Propuesta de Transposición*, Aranzadi, Navarra, 2016.

RUBIN, J. L. “*Procedural defenses short of trial*”, en *Private enforcement antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer and R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012.

RUIZ PERIS, J. I. “*Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del Derecho de la competencia a la responsabilidad compartida*”, en *La compensación de daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición* (dirigido por el propio autor), Aranzadi, Navarra, 2016.

RUIZ PERIS, J. I. “*Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (dirigido por el propio autor), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

SALA ARQUER, J. M., FOLGUERA, J. y GUTIÉRREZ, A. *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia* (dirigido por los propios autores), Aranzadi, Navarra, 2015, 4ª ed.

SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T. *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, Marcial Pons, Barcelona, 1997.

SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W. *Economía*, McGraw-Hill, Madrid, 1991, 13ª ed.

SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, Aranzadi, Madrid, 2013, 36ª ed.

SÁNCHEZ GIMENO, S. y GAY QUINZÀ, I. *La aplicación privada del Derecho de la Competencia: aspectos procesales*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 22, 2018.

SÁNCHEZ GRAELLS, A. *Towards a european tort law damages actions for breach of the EC antitrust rules: harmonizing tort law through the back door?*, en *European Review of Private Law*, núm. 3, 2008.

SÁNCHEZ MORENO, F. *El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 24, 1980.

SÁNCHEZ RIVERA, P. “*Obtención de fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción de Derecho de la competencia*”, en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

SANCHO GARGALLO, I. *Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia*, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2009.

SANCHO GARGALLO, I. “*El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia*”, en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (coordinado por Calvo Caravaca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SANCHO GARGALLO, I. “*El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia*”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, dirigido por el propio autor, Thomson Reuters, Navarra, 2019.

SANDE MAYO, M. J. “*La configuración de los procesos colectivos sobre un modelo misto de OPT-IN y OUP-ON*”, en *Acciones colectivas: cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (coordinado por Armenta Deu), Marcial Pons, Barcelona, 2018.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “*El acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la Competencia en España*”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y España* (coordinado por Olmedo Peralta), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

SANTOS PASTOR, P. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989.

SANZ SANZ, I. *Inmunidad total para la empresa que desmanteló los cárteles de vitaminas por aplicación del principio de clemencia (leniency)*, en *Anuario de Derecho de la Competencia*, núm. 1, 2010.

SARAZÁ JIMENA, R. “*El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia*”, en *Acciones follow on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

SATTA, S. *L'esercizio dell'azione*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, núm. 1, 1947.

SATTA, S. *Il misterio del proceso*, Adelphi, Milano, 1994.

SATTA, S. y PUNZI, C. *Diritto Processuale Civile*, CEDAM, Milani, 2000, 13ª ed.

SAURA ESTAPÀ, E. *Valoración de daños y passing-on defence*, en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños*, ICAB, Barcelona, 2017.

SAVIGNY, F. *System des heutigen Römischen Rechts*, Ed. Veit, Berlín, 1840.

SCHEB, J. *Criminal law and procedure*, Wadsworth/Thomson Learning, Belmont, 2002, 4ª ed.

SCHECTER, C. M. *The rule of reason in European competition law*, en *Legal issues of Economic Integration*, vol. 9, núm. 2, 1982.

SCHENK, D. *Admissibility and evidentiary effect of criminal judgments under section 5(a) of the Clayton Act*, en *The John Marshall Law Review*, vol. 1, núm. 1, 1967.

SEGNI, A. “*Giurisdizione (in generale)*”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Editrice Torinese, Turín, 1961.

SEMERARO, S. *Should the eBook case presage the decline of the per se and market shares doctrines?*, en *Thomas Jefferson Law Review*, vol. 35, núm. 1, 2012.

SEOANE SPIEGELBERG, J. L. “*La tutela procesal de consumidores y usuarios*”, en *Hacia un código del consumidor*, CGPJ- Manuales de Formación Continuada, Madrid, 2006.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008.

SIBONY, A. L. *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, Lextenso Éditions, Paris, 2008.

SIGNES DE MESA, J. I. *Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid, 2013.

SILGUERO ESTAGNAN, J. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de grupos*, Dykinson, Madrid, 1995.

SIOTIS, G. y CAÑIZARES, E. “*El estándar de prueba en las acciones de reclamación de daños*”, en *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2008.

SMITH, D. *Taming Sherman’s wilderness*, en *Indiana Law Journal*, vol. 94, núm. 3, 2019.

SMULDER, B. “*The bifurcated approach and its practical impact on the establishment of harm to competition*”, en *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe* (dirigida por Gerard Damien), Éditions Bruylant, Bruselas, 2017.

SOLDEVILA FRAGOSO, S. “*El control jurisdiccional sobre decisiones administrativas en materia de cárteles*”, en *Los acuerdos horizontales entre empresas* (dirigido por Martínez Lage y Petitbò Juan), Marcial Pons, Madrid, 2009.

SOPEÑA BLANCO, V. *Un nuevo instrumento en la lucha contra los cárteles y otras prácticas restrictivas de la competencia*, en el Blog CNMC, 12 de octubre de 2017.

SOPEÑA BLANCO, V. y MARTÍN MARTÍN, G. *La transposición de la directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 17, 2015.

SORIANO GARCÍA, J. E. *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

SPULBER, D. F. “*Unlocking technology: antitrust and innovation*”, en *Competition policy and patent law under uncertainty* (dirigido por Geoffrey Manne y Joshua Wright), Cambridge University Press, New York, 2013.

STIGLITZ, J. E. *La economía del sector público*, Ed. Antoni Bosch, Barcelona, 2002, 3ª ed.

STORME, M. *Rapprochement du Droit judiciaire de l’Union européenne. Approximations of Judiciary Law in the European Union*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 48, núm. 1, 1996.

STUCKE, M. E. *Does the rule of reason violate the rule of Law?*, en *University of California Law Review*, vol. 42, núm. 5, 2009.

SUDEROW, J. *Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho antitrust: forum shopping y “demandas torpedo”*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 2, 2010.

SUDEROW, J. *Comentario a la primera sentencia relativa a una acción follow-on contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 de diciembre de 2017*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 22, 2018.

SWEENEY, B. E. “*Defining antitrust violations in the United States*”, en *Private enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer y R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012.

SWEENEY, B. E. *Earning ACPERA’s civil benefits: what constitutes “timely” and “satisfactory” cooperation?*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 29, núm. 1, 2014.

TABACCO, J. y MARTIN S. “*Settlement practice from both a plaintiff and defense perspective*”, en *Private Enforcement of antitrust law in the United States* (dirigido por A. Foer y R. Stutz), Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2012.

TEMPLE LANG, J. “*Restriction of competition and exclusionary abuse under article 102: the solution*”, en *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe* (dirigido por Gerard Damien), Éditions Bruylant, Bruselas, 2017.

THORELLI, H. B. *The federal antitrust policy: origination of an American tradition*, MD: Johns Hopkins Press, Baltimore, 1995.

TOM, W. y PAK, C. *Toward a flexible rule of reason*, en *Antitrust Journal Law*, vol. 68, núm. 2, 2000.

TORRE SUSTAETA, M. V. *La aplicación del Derecho de la competencia en Europa. Intereses en juego y vías de tutela*, Aranzadi, Navarra, 2014.

TORRE SUSTAETA, M. V. *Private enforcement en Derecho de la competencia: ¿mito o realidad?*, en *Revista El Foro: Colegio de Abogados*, núm. 15, 2014.

TORRE SUSTAETA, M. V. *El derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial a la administrativa*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 16, 2015.

TORRE SUSTAETA, M. V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Navarra, 2016.

URÍA, R. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 2007, 2ª ed.

VALLESPÍN PÉREZ, D. *Análisis de los aspectos problemáticos de la carga de la prueba en el proceso civil español*, en *Justicia: revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1999.

VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002.

VALLESPÍN PÉREZ, D. “*La necessità di una nozione flessibile di cosa giudicata*”, en *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè Editore, Milán, 2005.

VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Editorial CIMS, Barcelona, 2009.

VALLESPÍN PÉREZ, D. “*Diligencias preliminares: ¿numerus clausus o numerus apertus?*”, en *Rigor Doctrinal y Práctica Forense, Liber Amicorum al Prof. Dr. José Luis Vázquez Sotelo* (coordinado por Ramos Méndez), Atelier, Barcelona, 2009.

VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigación civil*, Bosch, Barcelona, 2012.

VALLESPÍN PÉREZ, D. *Juicio verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Análisis tras su reforma por Ley 42/2015*, Juruá, Lisboa, 2016.

VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

VALLESPÍN PÉREZ, D. *El régimen profesional de los trabajadores autónomos y sus especialidades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

VÁZQUEZ ALBERT, D. *Marco normativo de la distribución comercial en Derecho Español y propuestas de regulación*, en *Revista de Derecho*, núm. 22, 2017.

VÁZQUEZ ALBERT, D. “*El contrato de distribución exclusiva*”, en *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio* (dirigido por Ruiz Peris y Martí Miravalls), Atelier, Barcelona, 2018.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Organización de despachos de abogados*, en *Justicia: revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1992.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L. “*Las diligencias finales*”, en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (coordinado por Alonso-Cuevillas i Sayrol), vol. II, Economist and Jurist, Barcelona, 2000.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *El proceso civil y su futuro*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 56, 2003.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Los procesos colectivos (confrontación entre la regulación de la LEC española y la del Código Modelo para Iberoamérica)*, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2006.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L. “*Los procesos colectivos (confrontación entre la insuficiente regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la del Código Modelo para Iberoamérica)*”, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*, Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Almagro Nosete (dirigidos por Gimeno Sendra), Iustel, Madrid, 2007.

VEDIA JEREZ, H. *Competition law enforcement and compliance across the world: a comparative review*, Kluwer Law International, Alphen, 2015.

VEGAS TORRES, J. “*La persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*”, en *Derecho y Proceso: Liber Amicorum al Prof. Dr. Francisco Ramos Méndez*, vol. III, Atelier, Barcelona, 2018.

VELASCO SAN PEDRO, J. L. *Derecho europeo de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2005.



VELASCO SAN PEDRO, J. L. y HERRERO SUÁREZ, C. “*La passing-on defence, ¿un falso dilema?*”, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia* (dirigido por Velasco San Pedro), Lex Nova, Valladolid, 2011.

VERDE, G. *L'onore della prova nel processo civile*, Jovene Editore, Camerino, 1974.

VICIANO PASTOR, J. *Derecho antitrust y contrato de agencia: los riesgos significativos e insignificantes del agente en las redes distribución de carburante según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 280, 2011.

VICIANO PASTOR, J. “*Intervención pública en la economía y libre competencia*”, en *Tratado de Derecho de la Competencia* (coordinado por García Cruces), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

VICKERS, J. “*Some economics of abuse of dominance*”, en *Competition Policy in the EU: fifty years from the Treaty of Rome* (dirigido por X. Vives), Oxford University Press, United States, 2009.

VIDAL MARTÍNEZ, P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. *Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, en *La Ley Mercantil*, núm. 38, 2017.

VIDAL, P., CAPILLA, A. y GUAL, C. *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm. 47, 2017.

VIGORITTI, V. *Interessi collettivi e Processo. La legittimazione ad agire*, Giuffrè Editore, Milán, 1979.

VILÀ COSTA, B. *El abuso de posición dominante en la CEE*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979.

VILÀ COSTA, B. “*Private enforcement del Derecho de la Competencia y Derecho Internacional Privado: algunas reflexiones y propuestas sobre los foros contractual y extracontractual a la luz de la jurisprudencia del TJUE*”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (dirigido por Font Ribas y la propia autora), Marcial Pons, Barcelona, 2012.

VILALTA MENADAS, S. “*Algunas cuestiones procesales derivadas de la transposición de la Directiva de daños*”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de la competencia* (dirigido por Ruiz Peris), Thomson Reuters, Navarra, 2019.

VON BÜLOW, O. *Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, Librería El Foro, Buenos Aires, 2008.

WAELEBROECK, D. “*Le régime des pratiques restrictives de concurrence et le règlement 1/2003 relatif à l’application des articles 81 et 82 du Traité CE*”, en *Aspects récents du Droit de la concurrence* (dirigido por Andrée Puttemans), Bruylant Éditions, Bruselas, 2005.

WAELEBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1998.

WAGENER, W. *Modelling the effect of one-way fee shifting on discovery abuse in private antitrust litigation*, en *New York University Law Review*, vol. 78, núm. 5, 2003.

WARD, A. y LAVANDEIRA SUÁREZ, P. *Los intercambios de información entre competidores desde el punto de vista del derecho de la competencia y su calificación como infracciones “por objeto”*, en *ICADE: Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 95, 2015.

WERDEN, G. *et alii*, *Deterrence and detection of cartels: using all the tools and sanctions*, en *The Antitrust Bulletin: the journal of American and foreign antitrust and trade regulation*, núm. 56, 2011.

WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, Oxford, London, 2018, 9ª ed.

WILMAN, F. *Private enforcement of EU law before national courts*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2015.

WILLIAMSON, O. E. *Antitrust economics*, Blackwell, Oxford, 1989.

WILS, W. P. *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, en *World Competition*, vol. 26, núm. 3, 2003.

WILS, W. P. *Leniency in Antitrust enforcement: theory and practice*, en *World Competition Law and Economics Review*, vol. 30, núm. 1, 2007.

WILS, W. P. *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*, en *World Competition Law and Economics Review*, vol. 32, núm. 1, 2009.

YANES YANES, P. “*Confidencialidad y clemencia en la “directiva de daños”: una “aproximación”*”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al professor Rafael Illescas Ortiz* (dirigidos por Morillas Jarillo, Perales Viscasillas y Porfirio Carpio), Universidad Carlos III, Madrid, 2015.

ZINGALES, N. *European and American leniency programs: two models towards convergence*, en *Competition Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2008.

ZURIMENDI ISLA, A. *¿Necesitamos otro derecho de la competencia?*, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 26, 2020.



## ÍNDICE JURISPRUDENCIAL



## ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

### JURISPRUDENCIA EUROPEA:

#### a) Resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

STJCE de 30 de junio de 1966, asunto C-56/65 (Société Technique Minière/Ulm. Maschinenbau).

STJCE de 9 de julio de 1969, asunto 5/69 (Franz Völk/S.P.R.L. Ets J. Vervaecke).

STJCE de 25 de octubre de 1977, asunto 26/76 (MetroSB-Großmärkte/Comisión Europea y SABA).

STJCE de 14 de febrero de 1978, asunto C- 27/76 (United Brands/Comisión Europea).

STJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76 (Hoffmann-La Roche/Comisión Europea).

STJCE de 27 de febrero de 1980, asunto 68/79 (Hans Just/ Ministerio danés de asuntos fiscales).

STJCE de 10 de julio de 1980, asunto 99/79 (Lancôme/ Cosparfrance Nederland).

STJCE de 7 de junio de 1983 (Musique diffusion française *et aliii*/Comisión Europea).

STJUE de 25 de octubre de 1983, asunto 107/82 (AEG-Telefunken AG/Comisión Europea).

STJUE de 11 de julio de 1985, asunto 42/84 (Remia BV/Comisión Europea).

STJUE de 28 de enero de 1986, asunto 161/84 (Pronuptia/Comisión Europea).

STJUE (Sala Sexta) de 11 de enero de 1990, asunto C-220/88 (Dumez France SA y Tracoba SARL/Hessische Landesbank).

STJUE (Sala Sexta) de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89 (Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentacion SA).

STJUE de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89 (Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG).

STJUE (Sala Quinta), de 14 de noviembre de 1996, asunto C-333/94 (TetraPak International SA/Comisión Europea).

STJUE de 14 de enero de 1997, asuntos acumulados C-192/95 y C-218/95 (Société Comateb et alii/ Director General de Aduanas e Impuestos indirectos).

STJUE (Pleno) de 28 de abril de 1998, asunto C-306/96 (Javico International/ Yves Saint Laurent Parfums SA).

STJUE (Sala Sexta) de 8 de julio de 1999, asunto C-235/92 P (Montecatini Spa/Comisión Europea).

STJUE (Pleno) de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98 (Masterfoods/HB Ice Cream).

STJUE (Gran Sala) de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99 (Bernard Crehan/Courage Ltd *et alii*).

STJUE (Pleno) de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99 (J.C.J Wouters *et alii*/ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten).

STJUE (Sala Quinta) de 2 de octubre de 2003, asunto C-147/01 (Weber's Wine World *et alii*/Abgabenberufungskommission Wien).

STJUE de 9 de diciembre de 2003, asunto C-129/00 (Comisión Europea/República Italiana).

STJUE (Gran Sala) de 5 de octubre de 2004, asunto C-397/01 (Bernhard Pfeiffer *et alii*/ Deutsches Rotes Kreuz).

STJUE (Sala Tercera) de 6 de abril de 2006, asunto C-551/03 P (General Motors/ Comisión Europea).

STJUE (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, asunto C-295/04 (Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriático *et alii*).

STJUE (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006, asunto C-238/05 (Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios Ausbanc).

STJUE (Gran Sala) de 10 de julio de 2008, asunto C-413/06P (Bertelsmann AG *et alii*/Comisión Europea).

STJUE (Sala Tercera) de 20 de noviembre de 2008, asunto C-209/07 (Comisión Europea/Beef Industry Development Society Ltd).

STJUE (Sala Tercera) de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 (T-Mobile Netherlands *et alii*/Comisión Europea).

STJUE (Sala Tercera) de 6 de octubre de 2009, asunto C-501/06 P (GlaxoSmithKline Services Unlimited *et alii*/Comisión Europea).

STJUE (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, asunto C-550/07 P (Akzo Nobel Chemicals *et alii*/Comisión Europea).

STJUE (Sala Segunda) de 16 de diciembre de 2010, asunto C-137/09 (Michel Josemans/Burgemeester van Maastricht).

STJUE (Sala Primera) de 20 de enero de 2011, asunto C-90/09 P (General Química SA *et alii*/Comisión Europea).

STJUE (Sala Primera) de 17 de febrero de 2011, asunto C- 52/09 (Konkurrensverket/Telia-Sonera Sverige).

STJUE (Gran Sala) de 3 de mayo de 2011, C-375/09 (Tele2 Polska/Comisión Europea).

STJUE (Gran Sala) de 14 de junio de 2011, asunto C-360/09 (Pfleiderer AG/ Bundeskartellamt).

STJUE (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2011, asunto C-398/09 (Lady & Kid *et alii*/ Skatteministeriet).

STJUE (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2011, asunto C-520/09 P (Arkema SA/ Comisión Europea).

STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011, asunto C-403/08 (Football Association Premier League Ltd *et alii*/QC Leisure *et alii*).

STJUE (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011, asunto C-439/09 (Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/ Président de l'Autorité de la concurrence).

STJUE (Sala Primera) de 20 de octubre de 2011, asunto C-94/10 (Danfoss A/S *et alii*/ Skatteministeriet).

STJUE (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, asunto C-371/10 (National Grid Indus/ Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond).

STJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2012, asunto C-199/11 (Europese Gemeenschap/Otis *et alii*).

STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, asunto C-32/11 (Allianz Hungária Biztosító *et alii*/ Gazdasági Versenyhivatal).

STJUE (Sala Séptima) de 16 de mayo de 2013, asunto C-191/12 (Alakor/Nemzeti).



STJUE (Sala Primera) de 16 de mayo de 2013, asunto C-228/11 (Melzer/ MF Global UK).

STJUE (Sala Segunda) de 30 de mayo de 2013, asunto C-74/11 (Omnis Group Srl/Comisión Europea).

STJUE (Sala Primera) de 6 de junio de 2013, asunto C-536/11 (Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie AG *et alii*).

STJUE (Sala Tercera) de 11 de julio de 2013, asunto C-440/11 P (Comisión Europea/Stichting Adm. Portielje y Gosselin Group NV).

STJUE (Sala Sexta) de 26 de septiembre de 2013, asunto C-172/12 P (El du Pont de Nemours and Company/Comisión Europea).

STJUE (Sala Quinta) de 5 de junio de 2014, asunto C-557/12 (Kone AG *et alii*/ÖBB-Infrastruktur).

STJUE (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13 P (Groupement des cartes bancaires/BNP Paribas).

STJUE (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014, asunto C-382/12 P (Master Card Inc. *et alii*/Comisión Europea).

STJUE (Sala Primera) de 18 de diciembre de 2014, asunto C-434/13 P (Comisión Europea/Parker Hannifin Manufacturing).

STJUE (Sala Cuarta) de 28 de enero de 2015, asunto C-375/13 (Harald Kolassa/Barclays Bank).

STJUE (Sala Segunda) de 19 de marzo de 2015, asunto C-286/13 P (Dole Food Company/Comisión Europea).

STJUE (Sala Cuarta) de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13 (CDC Hydrogen Peroxide/Azko Nobel *et alii*).

STJUE (Sala Cuarta) de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (Horațiu Ovidiu Costea/Volksbank România SA).

STJUE (Sala Tercera) de 9 de septiembre de 2015, asunto C-91/13 (LG Electronics/Comisión Europea).

STJUE (Sala Cuarta) de 26 noviembre 2015, asunto C-345/14 (Maxima Latvija/ Konkurences padome).

STJUE (Sala Segunda) de 20 de enero de 2016, asunto C-373/14 P (Toshiba Corporation/Comisión Europea).

STJUE (Sala Primera) de 27 de abril de 2017, asunto C-469/15 P (FSL Holdings NV *et alii*/Comisión Europea).

STJUE (Sala Primera) de 23 de noviembre de 2017, asunto C-427/16 (CHEZ Elektro Bulgaria/Yordan Kotsev).

STJUE (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2017, asunto C-547/16 (Gasorba S.L. *et alii*/ Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA).

STJUE (Gran Sala) de 23 de enero de 2018, asunto C-179/16 (La Roche Ltd *et alii*/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato).

STJUE (Sala Quinta) de 17 de mayo de 2018, asunto C-147/16 (Karel de Grote y Hogeschool Katholieke Antwerpen/Susan Romy Jozef Kuijpers).

STJUE (Sala Segunda) de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17 (Vantaan Kaupunki/ Skanska Industrial Solutions *et alii*).

STJUE (Sala Segunda) de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17 (Cogesco Communications/Sport TV Portugal SA *et alii*).

STJUE (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2019, asunto C-435/18 (Otis GmbH *et alii*/ Land Oberösterreich)

**b) Resoluciones del Tribunal General de la Unión Europea (Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea):**

STPIUE (Sala Primera) de 24 de octubre de 1991 (Atochem SA/Comisión Europea).

STPIUE de 18 de septiembre de 1992, asunto T-24/90 (Automec/Comisión Europea).

STPIUE (Sala Primera) de 6 de abril de 1995, asunto T-148/89 (Tréfilunion/Comisión Europea).

STPIUE de 30 de abril de 1998, asunto C-230/96 (Cabour/Comisión Europea).

STPIUE (Sala Tercera) de 18 de septiembre de 2001, asunto T-112/99 (Métropole télévision *et alii*/Comisión Europea).

STPIUE (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2001, asunto T-45/98 (Krupp Thyssen Stainless/Comisión Europea).

STPIUE (Sala Tercera) de 28 de febrero 2002, asunto T-395/94 (Atlantic Container Line AB *et alii*/Comisión Europea).

STPIUE (Sala Quinta) de 11 de diciembre de 2003, asunto T-59/99 (Ventouris Group Enterprises/Comisión Europea).

STPIUE (Sala Primera) de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99 (British Airways plc/Comisión Europea).

STPIUE (Sala Quinta) de 9 de julio de 2009, asunto T-450/05 (Automóviles Peugeot SA/Comisión Europea).

STGUE (Sala Séptima) de 24 de mayo de 2012, asunto T-111/08 (MasterCard et alii/Comisión Europea).

STGUE (Sala Quinta) de 29 de junio de 2012, asunto T-360/09 (EON Ruhrgas y EON/Comisión Europea).

STGUE (Sala Sexta) de 16 de mayo de 2013, asunto T-437/10 (Gap granen y producten/Comisión Europea).

STGUE (Sala Tercera) de 27 de noviembre de 2014, asunto T-517/09 (Alstom/Comisión Europea).

STGUE (Sala Tercera) de 7 julio 2015, asunto T-677/13 (AXA Versicherung AG/Comisión Europea).

STGUE (Sala Primera) de 19 de enero de 2016, asunto T-404/1 (Toshiba Corp./Comisión Europea).

STGUE (Sala Segunda) de 28 de junio de 2016, asunto T-208/13 (Portugal Telecom SGPS SA/Comisión Europea).

STGUE (Sala Segunda) de 28 de junio de 2016, asunto T-216/13 (Telefónica SA/Comisión Europea).

STGUE (Sala Novena) de 8 de septiembre de 2016, asunto T-472/13 (Lundbeck/Comisión Europea).

STGUE (Sala Octava) de 12 de julio de 2018, asunto T-419/14 (The Goldman Sachs Group/Comisión Europea).

## **JURISPRUDENCIA NACIONAL:**

### **a) Resoluciones del Tribunal Constitucional:**

STC núm. 37/1981, de 16 de noviembre (RTC 1981/37).

STC núm. 83/1984, de 24 de julio (RTC 1984/83).

STC núm. 93/1984, de 24 de julio (RTC 1984/93).

STC núm. 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984/107).

STC núm. 88/1986, de 1 de julio (RTC 1986/88).

STC (Sala Primera) núm. 227/1991, de 28 de noviembre (RTC 1991/227).

STC (Pleno) núm. 14/1992, de 10 de febrero (RTC 1992/14).

STC (Pleno) núm. 23/1993, de 21 de enero (RTC 1993/23).

STC núm. 225/1993, de 8 de julio (RTC 1993/225).

STC núm. 228/1993, de 9 de julio (RTC 1993/2281993).

STC (Sala Primera) núm. 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7).

STC núm. 127/1994, de 5 de mayo (RTC 1994/127).

STC (Sala Segunda) núm. 116/1995, de 17 de julio (RTC 1995/116).

STC núm. 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000/292).

STC núm. 109/2003, de 5 de junio (RTC 2003/109).

STC núm. 152/2003, de 17 de julio (RTC 2003/152).

STC núm. 157/2004, de 21 de septiembre (RTC 2004/157).

ATC núm. 222/2005, de 24 de mayo (RTC 2005/222).

STC (Sala Primera) núm. 89/2006, de 27 de marzo (RTC 2006/89).

STC núm.112/2006, de 5 de abril (RTC 2006/112).

STC (Pleno) núm. 68/2007, de 28 de marzo (RTC 2007/68).

ATC núm. 71/2008, de 26 de febrero (RTC 2008/71).

STC núm. 106/2009, de 4 de mayo (RTC 2009/106).

STC (Sala Primera) núm. 192/2009, de 28 de septiembre (RTC 2009/192).

STC núm. 18/2011, de 3 de marzo (RTC 2011/18).

STC (Pleno) núm. 137/2011, de 14 de septiembre (RTC 2011/137).

STC (Pleno) núm. 1/2012, de 13 de enero (RTC 2012/1).

STC núm. 26/2012 de 1 de marzo (RTC 2012/26).

STC núm. 135/2012, de 19 de junio (RTC 2012/135).

STC núm. 96/2013 de 23 de abril (RTC 2013/96).

STC (Pleno) núm. 182/2013, de 23 de octubre (RTC 2013/182).

ATC (Pleno) núm. 43/2014, de 12 de febrero (RTC 2014/43).

STC núm. 53/2014, de 10 de abril (RTC 2014/53).

STC núm. 74/2014, de 8 de mayo (RTC 2014/74).

STC núm. 108/2014, de 26 de junio (RTC 2014/108).

STC núm. 270/2015, de 17 de diciembre (RTC 2015/270).

STC núm. 280/2015, de 17 de diciembre (RTC 2015/280).

STC núm. 18/2016, de 4 de febrero (RTC 2016/18).

STC núm. 30/2016, de 18 de febrero (RTC 2016/30).

STC núm. 35/2016, de 3 de marzo (RTC 2016/35).

STC (Pleno) núm. 157/2016, de 22 de septiembre (RTC 2016/157).

STC núm. 86/2017, de 4 de julio (RTC 2017/86).

STC núm. 88/2017, de 4 de julio (RTC 2017/88).

STC núm. 89/2017, de 4 de julio (RTC 2017/89).

STC núm. 111/2017, de 5 de octubre (RTC 2017/111).

STC (Pleno) núm. 152/2017, de 21 de diciembre (RTC 2017/152).

STC núm. 7/2018, de 25 de enero (RTC 2018/7).

STC núm. 103/2018, de 4 de octubre (RTC 2018/103).

### **b) Resoluciones del Tribunal Supremo:**

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 14 de febrero de 1978 (RJ 1978/4770).

STS (Sala de lo Civil) de 16 de octubre de 1986 (RJ 1986/5794).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 7 de febrero de 1989 (RJ 1989/1081).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989/7352).

STS (Sala de lo Civil) núm. 1262/1993, de 30 de diciembre (RJ 1993/9902).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 21 de julio de 1995 (RJ 1995/5948).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 4 de marzo de 1996 (RJ 1996/2169).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 28 de mayo de 1996 (RJ 1996/4651).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7947).

STS (Sala de lo Civil) núm. 67/1998, de 6 de febrero (RJ 1998/408).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 18 de marzo de 1998 (RJ 1998/2826).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1009/1998, de 5 de noviembre (RJ 1998/8404).

STS (Sala de lo Civil) núm. 908/1999, de 4 de noviembre (RJ 1999/8001).

STS (Sala de lo Civil) núm. 540/2000, de 2 de junio (RJ 2000/5092).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 31 de enero de 2001 (RJ 2001/1726).

STS (Sala de lo Civil) núm. 232/2001, de 15 de marzo (RJ 2001/5980).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 27 de abril de 2001 (RJ 2001/2867).

STS (Sala de lo Civil) núm. 596/2001, de 18 de junio (RJ 2001/4344).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/1590).

ATS (Sala de lo Civil) de 11 de noviembre de 2002 (RJ 2003/575).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 157/2003, de 21 de febrero (RJ 2003/2134).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 24 de junio de 2003 (RJ 2003/5875).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1047/2003, de 11 de noviembre (RJ 2003/8289).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 134/2004, de 5 de marzo (RJ 2004/812).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/5720).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 463/2005, de 9 de junio (RJ 2005/4431).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 999//2005, de 20 de diciembre (RJ 2006/288).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 328/2006, de 3 de abril (RJ 2006/1916).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 738/2006, de 14 de julio (RJ 2006/6380).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 880/2006, de 22 de septiembre (RJ 2006/6417).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 926/2006, de 5 de octubre (RJ 2006/8705).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1169/2006, de 24 de noviembre (RJ 2007/262).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 20 de enero de 2007 (RJ 2007/790).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1136/2007, de 25 de octubre (RJ 2007/8638).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1385/2007, de 20 de diciembre (RJ 2007/8667).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 969/2008, de 24 de octubre (RJ 2008/5793).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 460/2009, de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/5563).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 749/2009 de 12 de noviembre (RJ 2009/7287).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 269/2010, de 14 de mayo (RJ 2010/3494).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 13 de octubre de 2010 (RJ 7250/2010).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 750/2010, de 15 de noviembre (RJ 2010/8872).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 23/2012, de 26 de enero (RJ 2012/1905).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 344/2012, de 8 de junio (RJ 2012/9317).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012/8857).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 528/2013, de 4 de septiembre (RJ 2013/7419).

STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 532/2013, de 19 de septiembre (RJ 2013/7604).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 11 de octubre de 2013 (RJ 2013/6937).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 651/2013, de 7 de noviembre (RJ 2014/487).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 634/2014, de 9 de enero (RJ 2015/745).

STS (Sala de lo Civil) núm. 764/2014, de 13 de enero (RJ 2015/439).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 9 de julio de 2014 (RJ 2014/3724).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 445/2014, de 4 de septiembre (RJ 2014/4596).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 123/2015 de 4 de marzo (RJ 2015/1095).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 9 de marzo de 2015 (RJ 2015/1108).



STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 162/2015, de 31 de marzo (RJ 2015/1333).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 243/2015, de 13 de mayo (RJ 2015/2246).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 437/2015, de 31 de julio (RJ 2015/4976).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 27 de octubre de 2015 (RJ 2015/6089).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 9 de diciembre de 2015 (RJ 2016/150).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 589/2015, de 14 de diciembre (RJ 2015/5870).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 999/2015, de 20 de diciembre (RJ 2015/288).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 762/2015, de 30 de diciembre (RJ 2015/5879).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 18 de enero de 2016 (RJ 2016/339).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 177/2016, de 17 de marzo (RJ 2016/857).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 185/2016, de 18 de marzo (RJ 2016/983).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 253/2016, de 18 de abril (RJ 2016/134).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 296/2016, de 5 de mayo (RJ 2016/2455).

STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 364/2016, de 3 de junio (RJ 2016/2300).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 709/2016, de 25 de noviembre (RJ 2016/5643).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 692/2017, de 20 de abril (RJ 2017\1833).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1123/2017, de 26 de junio (RJ 2017/3003).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1193/2017, de 7 de julio (RJ 2017/3630).

STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 67/2018, de 7 de febrero (RJ 2018/220).

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 148/2018, de 14 de febrero (RJ 2018/773).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 331/2018, de 1 de marzo (RJ 2018/750).

ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 9 de marzo de 2018 (RJ 2018/968).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 405/2018, de 14 de marzo (RJ 2018/1243).

ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 15 de marzo de 2018 (JUR 2018/82261).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 921/2018, de 4 de junio (RJ 1913/2017).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1345/2018, de 19 de julio (RJ 2018/3461).

STS (Sala de lo Civil) núm. 556/2018, de 9 de octubre (RJ 2018/4267).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) núm. 1506/2018 de 16 de octubre (RJ 2018/4637).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) núm. 1507/2018 de 16 de octubre (RJ 2018/4634).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 43/2019, de 21 de enero (RJ 2019/278).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 66/2019, de 28 de enero (RJ 2019/363).

ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 26 de febrero de 2019 (JUR 2019/77759).

ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 19 de marzo de 2019 (JUR 2019/113075).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) núm. 430/2019, de 28 de marzo (RJ 2019/1496).

ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 9 de abril de 2019 (JUR 2019/133113).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 270/2019, de 17 de mayo (RJ 2019/2541).

ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 de junio de 2019 (JUR 2019/213757).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1287/2019, de 1 de octubre (RJ 2019/3838).

ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 de octubre de 2019 (JUR 2019/285013).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1689/2019, de 10 de diciembre (RJ 2019/5091).

ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 14 de enero de 2020 (JUR 2020/33037).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 95/2020, de 28 de enero (RJ 2020/128).

ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 de febrero de 2020 (JUR 2020/73974).

ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 de marzo de 2020 (JUR 2020/87565).

**c) Resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Audiencias Provinciales:**

STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1077/2000, de 21 de diciembre (RJCA 2001/445).

STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) núm. 445/2003, de 20 de marzo (RJCA 2004/140).

STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) núm. 877/2005, de 6 de julio (RJCA 2005/867).

STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) núm. 1475/2008, de 23 de junio (JUR 2009/43842).

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 4 de febrero de 2013 (JUR 2013/61512).

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 31 de mayo de 2013 (JUR 2013/183772).

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 12 de marzo de 2014 (JUR 2014/86683).

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 2 de abril de 2014 (JUR 2014/114626).

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 7 de abril de 2014 (RJCA 2014/527).

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 27 de febrero de 2015 (JUR 2015/83138).

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) núm. 153/2017, de 20 de abril de 2017 (JUR 2017/243579).

AAP de Valencia (Sección 6ª) núm. 14/2002, de 30 de enero (JUR 2002/88462).

AAP de Barcelona (Sección 13ª) de 30 de junio de 2002 (JUR 2002/278418).

SAP de las Islas Baleares (Sección 3ª) núm. 448/2003, de 13 de septiembre (JUR 2004/74218).

AAP de Barcelona (Sección 4ª) núm. 148/2004, de 29 de septiembre (JUR 2004/3069659).

AAP de Sevilla (Sección 2ª) núm. 107/2005, de 29 de abril (JUR 2005/137870).

AAP de Madrid (Sección 19ª) núm. 113/2005, de 20 de mayo (JUR 2005/1557739).

AAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 92/2005, de 29 de julio (JUR 2005/216228).

AAP de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 62/2006, de 31 de marzo (AC 2006/1015).

SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 73/2006, de 25 de mayo (AC 2006/1881).

SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 20/2007, de 23 de enero (AC 2007/1627).

AAP de Cádiz (Sección 8ª) núm. 23/2007, de 6 de febrero (JUR 2008/237215).

SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 85/2007, de 26 de marzo (JUR 2007/235129).

AAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 211/2007, de 17 de julio (JUR 2007/27619).

AAP de Castellón (Sección 3ª) núm. 389/2007, de 31 de julio (JUR 2007/340741).

SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 10/2008, de 3 de enero (JUR 2008/199704).

AAP de Valencia (Sección 7ª) núm. 45/2008, de 25 de febrero (JUR 2008/154193).

SAP de Alicante (Sección de Marca Comunitaria) núm. 255/2008, de 3 de julio (AC 2009/16).

AAP de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 182/2008, de 8 de octubre (AC 2009/2173).

AAP de Barcelona (Sección 13ª) núm. 15/2009, de 22 de enero (AC 2009/1185).

AAP de Madrid (Sección 20ª) núm. 281/2009, de 11 de septiembre (JUR 2009/454102).

AAP de Cádiz (Sección 8ª) núm. 120/2009, de 30 de octubre (JUR 2012/344178).

SAP de Granada (Sección 5ª) núm. 57/2010, de 5 de febrero (JUR 2010/246558).

AAP de Las Palmas (Sección 4ª) núm. 170/2010, de 2 de junio (JUR 2010/418272).

AAP de Madrid (Sección 14ª) núm. 172/2010, de 30 de junio (JUR 2010/304106).

AAP de las Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 162/2010, de 28 de septiembre (AC 2010/1875).

AAP de Las Palmas (Sección 5ª) núm. 232/2010, de 4 de noviembre (JUR 2011/252876).

AAP de Madrid (Sección 20ª) núm. 296/2010, de 19 de noviembre (AC 2010/2186).

SAP de Cuenca (Sección 1ª) núm. 17/2011, de 1 de febrero (AC 2011/336).

AAP de Las Palmas (Sección 5ª) núm. 73/2011, de 11 de mayo (JUR 2011/248748).

SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 208/2011, de 23 de mayo (JUR 2011/300897).

SAP de las Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 383/2011, de 25 de noviembre (JUR 2012/28087).

AAP de Girona (Sección 1ª) núm. 4/2012, de 16 de enero (JUR 2012/96635).

AAP de Murcia (Sección 5ª) núm. 29/2012, de 21 de febrero (JUR 2012/113312).

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) núm. 229/2012, de 27 de abril (AC 2012/2064).

SAP de Barcelona (Sección 16ª) núm. 65/2014, de 6 de febrero (JUR 2014/85192).

SAP de Las Palmas (Sección 4ª) núm. 125/2014, de 18 de marzo (AC 2014/595).

SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 289/2014, de 17 de octubre (JUR 2014/294887).

AAP Sevilla (Sección 6ª) núm. 19/2015, de 5 de febrero (JUR 2015/129586).

SAP de Madrid (Sección 10ª) núm. 201/2015, de 22 de mayo (JUR 2015/164678).

AAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 48/2016, de 18 de marzo (JUR 2016/168629).

AAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 582/2017, de 9 de mayo (JUR 2017/225839).

AAP de Madrid (Sección 8ª) núm. 236/2017, de 22 de junio (JUR 2017/204454).

AAP de Barcelona (Sección 17ª) núm. 267/2017, de 5 de julio (JUR 2017/229807).

SAP de Valencia (Sección 6ª) núm. 323/2017, de 29 de septiembre (AC 2017/1954).

AAP de Madrid (Sección 14ª) núm. 305/2017, de 21 de diciembre (AC 2018/396).

AAP de A Coruña (Sección 6ª) núm. 141/2017, de 29 de diciembre (AC 2018/567).

AAP de Valencia (Sección 8ª) núm. 211/2018, de 21 de junio (JUR 2018/292261).

SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 14/2019, de 18 de enero (JUR 2019/70150).

AAP de Madrid (Sección 13ª) núm. 97/2019, de 22 de marzo (JUR 2019/133724).

AAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) núm. 47/2019, de 25 de abril (AC 2019/797).

SAP de Murcia (Sección 4ª) núm. 470/2019, de 20 de junio (AC 2019/898).

AAP de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 120/2019, de 18 de octubre (JUR 2019/329532).

AAP de las Islas Baleares (Sección 3ª) núm. 193/2019, de 8 de noviembre (AC 2020/158).

SAP de Murcia (Sección 4ª) núm. 874/2019, de 14 de noviembre (JUR 2020/29110).

SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 1680/2019, de 16 de diciembre (AC 2019/1798).

SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 58/2020, de 13 de enero (JUR 2020/47434).

SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 60/2020, de 13 de enero (JUR 2020/47134).

SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 46/2020, de 10 de enero (JUR 2020/43873).

SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 64/2020, de 3 de febrero (AC 2020/42).

AAP de Lleida (Sección 2ª) núm. 62/2020, de 12 de marzo (JUR 2020/158254).

**d) Resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia:**

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, núm. 85/2005 de 11 de noviembre (AC 2005/1965).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 3 septiembre de 2007 (JUR 2009/442231).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid, núm. 59/2010 de 1 de marzo (AC 2011/1857).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 4 de marzo de 2010 (AC 2014/670).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Colmenar Viejo (Provincia de Madrid), de 1 diciembre de 2010 (AC 2010/299).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 12 de junio de 2012 (JUR 2013/120401).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid núm. 88/2014, de 9 de mayo (AC 2016/962).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid núm. 159/2017, de 13 de junio (JUR 2017/163178).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria núm. 101/2017, de 10 de octubre (JUR 2017/256975).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 7 de mayo de 2018 (JUR 2018/165368).

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 21 de mayo de 2018 (JUR 2018/165489).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (JUR 2018/232984).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid, de 8 de junio de 2018 (JUR 2018/188242).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.11 de Madrid, de 14 de junio de 2018 (AC 2018/1123).

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 9 de julio de 2018 (JUR 2018/272146).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 5 de septiembre de 2018 (JUR 2018/292801).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 10 de septiembre de 2018 (JUR 2018/292920).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia núm. 274/2018, de 27 de septiembre (JUR 2018\326754).

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, de 9 octubre de 2018 (JUR 2018/303288).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia, núm. 288/2018 de 15 de octubre (JUR 2018/326487).

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 7 de diciembre de 2018 (JUR 2019/27939).

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, de 15 enero de 2019 (JUR 2019/51403).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona núm. 24/2019, de 23 de enero (JUR 2019/265097).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (AC 2019/191).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, núm. 161/2019 de 3 de abril (JUR 2019/219618).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, núm. 137/2019, de 23 de abril de 2019 (JUR 2019/223468).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 7 de mayo de 2019 (JUR 2019/184667).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 15 de mayo 2019 (AC 2019/1092).

Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia, núm. 338/2019 de 14 de junio (2019/217058).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid núm. 265/2019, de 2 de julio (JUR 2019/230670).

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra, de 26 de julio de 2019 (JUR 2019/268040).



Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra núm. 158/2019, de 30 de agosto (JUR 2019/260161).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona núm. 237/2019, de 12 de septiembre (JUR 2019/281836).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, de 13 de septiembre de 2019 (JUR 2019/275544).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, núm. 334/2019 de 30 de septiembre (AC 2019/1608).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid núm. 346/2019, de 8 de octubre (JUR 2019/300552).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Almería, núm. 217/2019 de 20 de noviembre (JUR 2019/327359).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia núm. 343/2019, de 30 de diciembre (AC 2019/1620).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Sevilla, núm. 507/2019 de 30 de diciembre (AC 2019/1984).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, núm. 45/2020 de 18 de febrero (JUR 2020/131616).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián núm. 111/2020, de 12 de marzo (JUR 2020/89414).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz núm. 59/2020, de 20 de abril (AC 2020/653).

## **RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA:**

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 4 de julio de 1996 (expte. 366/1995).

Decisión de la Comisión Europea de 24 de julio de 2002, asunto COMP. 29. 373 (Visa Internacional-Tasa Multilateral de Intercambio).

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de diciembre de 2006 (expte. 608/2006).

Resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009 (expte. S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal).

Resolución de la CNC de 28 de julio de 2010 (expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez).

Resolución de la CNC de 31 de julio de 2010 (expte. S/0120/10 Transitarios).

Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2011 (expte. S/0086/08 Peluquería Profesional).

Resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2011 (expte. S/0241/10 Navieras Ceuta-2).

Resolución de la CNC de 2 de diciembre de 2011 (expte. S/0251/10 Envases Hortofrutícolas).

Resolución de la CNC de 12 de enero de 2012 (expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados).

Resolución de la CNC de 23 de febrero de 2012 (expte. S/0244/10 Navieras de Baleares).

Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013 (expte. S/0316/10 Sobres de Papel).

Resolución de la CNC de 18 de junio de 2014 (expte. 0469/13 Fabricantes de papel y cartón ondulado).

Resolución de la CNC de 29 de octubre 2014 (expte. S/0422/12 Contratos de permanencia).

Resolución de la CNC de 26 de febrero de 2015 (expte. S/0425/12 Industrias Lácteas).

Resolución de la CNC de 28 de mayo de 2015 (expte. S/0471/13 Concesionarios Audi/Seat/VW).

Resolución de la CNC de 6 de marzo de 2016 (expte. S/0391/11 Llamadas Móviles).

Resolución de la CNC de 7 de abril de 2016 (expte. S/DC/0503/14 Fabricantes de turrón).

Resolución de la CNC, de 26 de mayo de 2016 (expte. S/DC/0504/14, AIO).

Resolución de la CNC de 30 de junio de 2016 (expte. S/DC/0519/14 Infraestructuras Ferroviarias).

Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, asunto AT.39824 (Camiones 2017/C 108/05).

Resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2016 (expte. 0555/15 Prosegur-Loomis).

Resolución de la CNC, de 21 de noviembre de 2017 (expte. S/DC/0562/15, Cables BT/MT).

Resolución de la CNC de 8 de marzo de 2018 (expte. S/DC/0578/16 Mensajería y paquetería empresarial).

Resolución de la CNC de 26 de julio de 2018 (expte. S/DC/0596/16 Estibadores de Vigo).

## **JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA:**

### **a) Resoluciones del Tribunal Supremo de los EEUU:**

*Addyston Pipe and Steel Co. vs. United States*, 175 U.S. 211 (1899).

*Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*, 221 US 1 (1911).

*United States vs. American Tobacco Company*, 221 US 106 (1911).

*US vs. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 US 150 (1940).

*Northern Pac. Ry. Co. vs. United States*, 356 US (1940).

*Conley vs. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957).

*Poller vs. Columbia Broadcasting System Inc.*, 368 U.S. 464 (1962).

*United States vs. Sealy Inc.*, 388 US 350 (1967).

*Hanover Shoe, Inc. vs. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

*Norfolk Monument Co. vs. Woodlawn Mem. Gardens*, 394 U.S. 700 (1969).

*Hawaii vs. Standard Oil Co. of California*, 405 U.S. 251 (1972).

*United States vs. Topco Associates Inc.*, 405 US 596 (1972).

*United States vs. Giordano*, 416 U.S. 505 (1974).

*Brunswick Corp. vs. Pueblo Bowl-O-Mat Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

*Illinois Brick Co. vs. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

*Continental TV Inc. vs. GTE Sylvania Inc.*, 433 US 49 (1977).

*National Soc. and Prof. Engineers vs. United States*, 435 U. S. 679 (1978).

*Parklane Hosiery Co. vs. Shore*, 439 U.S. 322 (1979).

*In re Bristol Bay Alaska Salmon Fishery*, 530 F. Supp. 36 W.D.Wash. (1981).

*Arizona vs. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982).

*Blue Shield of Virginia vs. McCready*, 457 U.S. 465 (1982).

*Associated General Contractors of California Inc. vs. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983).

*National Collegiate Athletics vs. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984).

*United States vs. Doe*, 465 U.S. 605 (1984).

*Monsanto Co. vs. Spray-Rite Svc. Corp.*, 465 US 752 (1984).

*Cargill vs. Monfort*, 479 U.S. 104 (1986).

*FTC vs. Indiana Federation of Dentists*, 476 US 447, 459 (1986).

*Matsushita vs. Zenith Radio Corp.*, 475 US 574 (1986).

*Business Electronics Corp. vs. Sharp Electronics Corp.*, 485 US 717 (1988).

*Collective entity Braswell vs. United States*, 487 U.S. 99 118 (1988).

*United States vs. Seville Indus. Machinery Corp.*, 696 F. Supp. 986 (1988).

*Atlantic Richfield Co. vs. USA Petroleum Co.*, 495 US 328 (1990).

*Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Servs. Inc.*, 504 U.S. 451, 468 (1992).

*Libretti vs. United States*, 516 U.S. 29 (1995).

*State Oil vs. Kahn*, 522 US 3 10 (1997).

*Klehr vs. AO Smith Corp.*, 521 US 179 (1997).

*California Dental Ass'n vs. FTC*, 526 US 756 (1999).

*Blakely vs. United States*, 542 US 296 (2004).

*Verizon Comm. vs. Oficinas Legales de Trinko*, 540 US 398 (2004).

*United States vs. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

*United States vs. Transfiguration*, 442 U.S. 1228 (2006) *Bell Atlantic Corp. vs. Twombly*, 550 US 544 (2007).

*Leegin Creative Leather Products Inc. vs. PSKS Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

*Stolt-Nielsen Transportation Group Ltd. vs. United States*, 534. 728, (2008).

*Ashcroft vs. Iqbal*, 556 US 662 (2009).

*In re Flash Memory*, 643 F.Supp.2d 1133, 1154 (N.D.Cal. 2009).

*Wal-Mart vs. Dukes*, 564 U.S. 338 (2011).

*United States vs. Apple et alii*, 791 F. 3d 290 (2012).

*United States vs. Florida West Int'l Airways Inc.*, 282 U.S. 695 (2012).

*FTC vs. Actavis*, 133 S. Ct. 2223 (2013).

*Comcast Corp. vs. Behrend*, 569 US 27 (2013).

*United States vs. Guy Potter and Matthew Giovenco*, 11-CR-316 (2014).

## **b) Resoluciones de los Tribunales de Distrito de los EEUU:**

*Mid-West Paper Products Co. vs. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573 (3d Cir.1979).

*United States vs. Brighton Bldg. Maintenance Co.*, 598 U.S.1101 (7th Cir. 1979).

*Beef Indus. Antitrust Litig.*, 600 F.2d 1148 (5th Cir. 1979).

*United States vs. Cargo Service Stations Inc.*, 657 U.S. 676 (5th Cir. 1981).

*In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Prods*, 691 F.2d at 1341 (9th Cir. 1982).

*Clark vs. Vega Wholesale Inc.*,181 F.R.D. 470 (D. Nev. 1998).

*Garabet vs. Autonomous Technologies Corporation*, 116 F. Supp. 2d 1159 (C.D. Cal. 2000).

*In re Vitamins Antitrust Litigation*, núm. 1285 (D.D.C. Apr. 30, 2002).

*Major League Baseball vs. Crist*, 331 F.3d 1177 (11th Cir. 2003).

*In re Glass Flat Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350 (3er Cir. 2004).

*In re Automotive Refinishing Paint Antitrust*, 358 F.3d 288 (3d Cir. 2004).

*Craftsmen Limousine Inc. vs. Ford Motor Co.*, 363 F.3d 761 (8th Cir. 2004).

*Directv Inc. vs. Hess*, núm. 04-2233-GTV-DJW (D. Kan. Feb. 9, 2005).

*In re Sulfuric Acid Antitrust Litigation*, 231 F.R.D. 351 (N.D.Ill. 2005).

*Kloth vs. Microsoft Corp.*, 444 F.3d 312 (4th Cir. 2006).

*Deiter vs. Microsoft Corp*, 436 F.3d 461 (4th Cir. 2006).

*United States vs. TFT-LCD (Flat Panel)*, 599 2d 1179 (N.D. Cal. 2009).

*Swofford vs. Eslinger*, núm.6:08-cv-66-Orl-35DAB (M.D. Fla. Jan. 21, 2009).

*Berry vs. Mi-Das Line S.A*, núm. CV408-159 (S.D. Ga. Oct. 5, 2009).

*Kohen vs. Pac. Inv. Mgmt. Co. LLC*, 571 672 (7th Cir. 2009).

*Sullivan vs. DB Investments Inc.*, 613 F.3d 134 (3d Cir. 2010).

*In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*, 618 F 3d 300 (2010).

*Warren General Hosp. vs. Amgen Inc.*, 643 F.3d 77 (3d Cir. 2011).

*Sullivan vs. DB Invs.*, 667 F.3d 273 (3d Cir. 2011).

*In re TFT–LCD (FLAT Panel)*, 822 F. Supp. 2d 953 (N.D. Cal. 2011).

*Fond du Lac Bumper Exch. Inc. vs. Jui Li Enter. Co.*, núm. 09-CV-00852 (E.D. Wis. Sep. 5, 2012)

*Evans vs. Chalmers*, 703 F.3d 636 (4th Cir. 2012).

*Agnew vs. National Collegiate Athletic Ass'n*, 683 F.3d 328 (7th Circ. 2012).

*Messner vs. Northshore Univ. Health System*, 669 802 (7th Cir. 2012).

*In re Ductile Iron Pipe Fittings (DIPF)*, núm. 12-169 (D.N.J. Oct. 2, 2013).

*Costco Wholesale Corp. vs. Au Optronics Corp.*, núm. C13-1207RAJ (W.D. Wash. Sep. 23, 2014).

*Cnty de San Mateo vs. CSL, Ltd.* núm. 10-cv-05686-JSC (ND Cal. 20 de agosto de 2014).

*Automotive parts*, 29 F. Supp. 3d 982 (E.D. Mich. 2014).

*In re Southeastern Antitrust Litigation*, 739 F.3d 262 (2014).

*Hyland vs. Home Services of Am. Inc.*, 771 F.3d 310 (6<sup>o</sup> Cir. 2014).

*Soutter vs. Equifax Info. Servs., LLC* 307 F.R.D. 183 (E.D. Va. 2015).

*In re Dairy Farmers of Am. Inc. Cheese Antitrust Litig.*, 801 F.3d 758 (7th Cir. 2015).

*In Re London Silver Fixing, Ltd.* 213 F. Supp. 3d 530 (SDNY 2016).

*Sharp Elecs. Corp. vs. Hitachi*, núm. 1917 Ltd. MDL (ND Cal. 2016).

*In re Processed Egg Prods. Antitrust Litig.*, núm. 08-md-2002 (E.D. Pa. Sep. 6, 2016).

*Tyson Foods Inc. vs. Bouaphakeo*, 136 S. Ct. 1036, 1043 (2016).

*Resco Prods. Inc. vs. Bosai Minerals Group Co.*, 158 F. Supp. 3d 406 (WD Pa. 2016).

*Hartig Drug Co. vs. Senju Pharm. Co.*, 836 F.3d 261 (3d Cir. 2016).

*In re Cathode Ray Tube (CRT)*, MDL No. 1917 (N.D. Cal. Jul. 7, 2016).

*Henderson vs. Trans Union*, civil action núm. 3:14-cv-00679-JAG (May. 2, 2017).

*Ortiz vs. Ferrellgas Partners, L.P. (In re Pre -Filled Propane Tank Antitrust Litig.)*, núm. 16-4086 (8th Cir. Jun. 22, 2018).

*Lamictal Indirect Purchaser and Antitrust Consumer Litig.*, 2018 WL 6567709 (D.N.J. Dec. 12, 2018).

*Thalomid and Revlimid Antitrust Litigation*, WL 6573118 (D.N.J. Oct. 30, 2018).

*Medical Mutual of Ohio vs. AbbVie Inc. et al.*, 301 3d 917 (N.D. Ill. 2018).

*Asacol Antitrust Litigation*, 907 42 (1st Cir. 2018).

*Ramkelawan vs. Globus Med. Inc.*, núm. 5:18-cv-100-Oc-JSM-PRL (M.D. Fla. Apr. 22, 2019).

*Apple Inc. vs. Pepper*, 139 S. Ct. 1514 (2019).