



Universidad de Valladolid

TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO

**“LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA
COMPETENCIA. ANÁLISIS DE CÁRTELES”**

AUTOR: Pablo González Herrera

TUTORA: Carmen Adela Herrero Suárez

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

Campus de Segovia

A 20 de febrero de 2020

RESUMEN

La aplicación privada del Derecho de la competencia ha estado relegada a un segundo plano a nivel europeo hasta la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, ya que, anteriormente, el derecho *antitrust* se centraba únicamente en su aplicación pública. En España no fue hasta el Real Decreto Ley 9/2017, de 27 de mayo, cuando se hizo efectiva la transposición de la citada Directiva europea.

Esta Directiva ha supuesto una revolución para la aplicación privada del Derecho de la competencia, que permite a las víctimas afectadas por prácticas anticompetitivas (como los cárteles) reclamar mediante acciones civiles una indemnización por los daños sufridos.

El objeto de este trabajo es un análisis de las cuestiones más importantes que ha supuesto la Directiva para nuestro ordenamiento jurídico y un posterior estudio mediante algunos casos de los cárteles más importantes y actuales.

PALABRAS CLAVE

Derecho de la competencia, aplicación privada, daños, cárteles, Directiva, programas de clemencia, passing-on, responsabilidad civil, acceso a fuentes de prueba.

ABSTRACT

The private enforcement of the competition law has been relegated to the background at European level until the adoption of Directive 2014/104/UE. Previously, the antitrust law focused only on his public application. In Spain, Royal Decree Act 9/2017, of 27 May, transposed Directive 2014/104/UE.

This Directive has proved to be a revolution for the private enforcement of the competition law, which allows victims affected by anticompetitive practices (e.g. cartels) to claim damage through civil actions compensation.

The aim of this work is an analysis of the most important issues that the Directive has meant for our legal system and a study of some of the most important and current cartels.

KEYWORDS

Competition law, private enforcement, damages, cartels, Directive, leniency programs, passing-on, civil liability, disclosure of evidence.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. ANTECEDENTES.....	10
3. PRUEBA.....	15
3.1. Facilidades probatorias.....	16
3.1.1. <i>Presunciones legales</i>	16
3.1.2. <i>La prueba de la cuantía de los daños</i>	16
3.2. Acceso a fuentes de prueba.....	17
3.2.1. <i>Ordenamiento jurídico español</i>	18
4. PRESCRIPCIÓN	20
5. RESPONSABILIDAD CIVIL.....	22
5.1. Responsabilidad civil ¿contractual o extracontractual?	23
5.2. Responsabilidad civil ¿objetiva o subjetiva?	24
6. DAÑOS.....	26
6.1. Daños punitivos	26
6.2. Cuantificación del daño	28
6.2.1. <i>La presunción de daño en los casos de cártel</i>	29
7. PASSING-ON.....	30
7.1. Passing-on defence	31
8. CÁRTELES.....	33
8.1. Antecedentes históricos	33
8.2. La definición de un cártel	34
8.3. Análisis de los cárteles	35
8.3.1. <i>Intercambio de información</i>	36
8.3.2. <i>El ``umbrella effect'' o efecto paraguas</i>	36
8.3.3. <i>Posibles cooperadores en los cárteles</i>	37
8.3.4. <i>Conclusiones</i>	38
9. PROGRAMAS DE CLEMENCIA.....	39
9.1. Protección de las declaraciones de clemencia	41
9.1.1. <i>Ordenamiento jurídico español</i>	41
9.2. Exención de responsabilidad conjunta y solidaria	42
9.2.1. <i>Ordenamiento jurídico español</i>	42
9.2.2. <i>Diferencia de trato entre el beneficiario de exención y el de reducción</i>	42
9.3. Conclusión	43

10. ANÁLISIS DE CÁRTELES	44
10.1. El cártel del azúcar.....	44
10.1.1. Introducción.....	44
10.1.2. La valoración económica de los daños	46
10.1.3. Valoración de las decisiones de las autoridades administrativas en relación con las reclamaciones privadas de daños	48
10.1.4. Defensa del passing-on. El traslado del daño aguas abajo.....	49
10.1.5. Conclusión	50
10.2. Caso del Seguro Decenal (SDD).....	50
10.2.1. Introducción.....	50
10.2.2. La acción de resarcimiento patrimonial	52
10.2.3. La valoración económica de los daños	53
10.3. Cártel de los camiones	54
10.3.1. Introducción.....	54
10.3.2. Problemática de la cuantificación del daño	54
10.3.3. Sentencias sobre el cártel de los camiones en España	55
10.3.4. Análisis de una de las sentencias del cártel de los camiones en España	56
11. CONCLUSIONES	58
12. BIBLIOGRAFÍA.....	60

Abreviaturas:

AN: Audiencia Nacional

Art.: Artículo

Arts.: Artículos

CC: Código Civil

CC.AA.: Comunidades Autónomas

CE: Constitución Española

CEE: Comunidad Económica Europea

CNC: Comisión Nacional de la Competencia

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

Coord.: Coordinador

D.A.: Disposición Adicional

Ej.: Ejemplo

FJ: Fundamento Jurídico

LCD: Ley de Competencia Desleal

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LP: Ley de Patentes

LPI: Ley de Propiedad Intelectual

LM: Ley de Marcas

Núm.: Numero

Pp.: Páginas

PTLD: Propuesta de la Ley de la Sección Especial para la Transposición de la Directiva

PYMEs: Pequeñas y medianas empresas

S.: Sentencia

Ss.: Siguientes

TCE: Tratado de la Comunidad Europea

TDC: Tribunal de Defensa de la Competencia

TFUE: Tribunal de Funcionamiento de la Unión Europea

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TUE: Tribunal de la Unión Europea

UE: Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho de la competencia es uno de los sectores más importantes del Derecho mercantil, y en él se engloban un conjunto de instituciones de distinta naturaleza relacionados con la actividad empresarial y con la libre competencia.

La competencia, en sentido genérico es sinónimo de concurrencia, es decir, se centra en la idea de una pluralidad de sujetos con el mismo fin, pero este significado es muy amplio; al Derecho Mercantil le interesa más el concepto en sentido económico de competencia, esto es, una pluralidad de empresas que mediante su actuación autónoma en el mercado trata cada una de ellas de celebrar el mayor número de contratos posibles, ofreciendo las condiciones más favorables y luchando entre ellas para intentar colocar sus bienes en el mercado. La competencia, es por tanto, algo indispensable en un modelo económico de economía de mercado como el que tenemos.

La libre competencia es uno de los presupuestos de la economía de mercado, y para garantizarlo se establecen las normas jurídicas para la tutela de la competencia, integradas en el Derecho de la competencia. Esta tutela se consigue mediante tres escalones:

- Libertad de competencia: (art. 38 de la Constitución española (CE)) que supone el reconocimiento de la libertad de acceso a la actividad económica y a la libertad para precisar las condiciones de ejercicio de la actividad económica, y la igualdad de todos los competidores ante la ley.
- Defensa de la competencia, o derecho *antitrust*: (en el que se va a centrar este trabajo) prohíben las conductas restrictivas de la competencia como los acuerdos entre empresarios que restrinjan la competencia o el ejercicio abusivo del poder monopolístico. Se regula en la Ley 15/2007, de 3 de julio, Ley de Defensa de la Competencia (LDC).
- Derecho de competencia desleal: prohíbe competir en el mercado utilizando medios desleales. Se regula en la Ley 3/1991, de 10 de enero, Ley de Competencia Desleal (LCD).

La LDC considera cuatro tipos de conductas contrarias a la libre competencia:

- Prácticas colusorias o acuerdos anticompetitivos.
- Abuso de posición de dominio.
- Normas sobre concentración de empresas.

- Normas sobre ayudas públicas

Centrándonos en las primeras, las prácticas colusorias son el supuesto típico de restricciones de la competencia, se encuentran en el art. 1 LDC (art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)), que prohíbe los acuerdos anticompetitivos entre empresas. El art. 2 LDC prohíbe expresamente estas prácticas mediante una cláusula general y una lista exemplificativa para delimitar las conductas prohibidas. La cláusula general prohíbe los acuerdos entre empresarios restrictivos de la competencia en el mercado, surgidos del entendimiento de dos o más empresas.

Se prohíben tanto los acuerdos horizontales, entre empresas que actúan en la misma fase del proceso de producción o distribución de los bienes o servicios (ej. entre fabricantes), como acuerdos verticales, entre empresarios en distintas fases de este proceso (ej. entre fabricantes y revendedores o distribuidores).¹

Una vez delimitado lo que es el Derecho de la competencia y sus objetivos, debemos centrarnos en la aplicación privada (*private enforcement*) de este derecho. Incluso cuando el marco normativo no era muy explícito ni a nivel europeo ni a nivel nacional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dejó claro en los asuntos *Courage* (S. de 20 de septiembre de 2001) y *Manfredi* (S. de 13 de julio de 2006) que resulta siempre posible que quien se haya visto perjudicado por conductas contrarias a las normas sobre competencia reclame una indemnización de los daños que les hayan ocasionado.

Es decir, en defecto de pactos y acuerdos, una parte sustancial del *private enforcement* del Derecho de la competencia se materializa a través de procesos civiles mediante el ejercicio de acciones de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (u otras como acciones de nulidad de las conductas prohibidas o acciones de solicitud de medidas cautelares), por conductas susceptibles de calificarse como abusos de posición dominante o como pactos colusorios (cárteles). De hecho, durante mucho tiempo, tanto nuestro legislador interno como el legislador europeo han asumido que habrá de tratarse de procesos civiles ordinarios, sin singulares especialidades en atención a la materia sobre la que versan o a las dificultades intrínsecas que en la práctica se hayan puesto de manifiesto. Ya en el citado caso *Manfredi* se reconoció que, ante la inexistencia de normativa comunitaria en esta materia, correspondía a los ordenamientos nacionales definir el régimen procesal de los

¹ *Vid.* BROSETA PONT M. y MARTÍNEZ SANZ F.: ``Manual de Derecho Mercantil'', Tecnos, Madrid, 2018, Vol. 1, 25º edición, pp. 159-196.

instrumentos para dar aplicación a la eficacia directa de las normas europeas de competencia.²

En nuestro ordenamiento el ejercicio de estas acciones ha sido siempre posible: el art. 6 de la Ley de 1963 y el art. 13.2 de la Ley de 1989, sin embargo, establecían un requisito procesal que consistía en que ya hubiera concluido en firme el procedimiento sancionador en que se hubiera declarado la comisión de una práctica prohibida. Su ámbito, por tanto, se encontraba restringido a acciones de tipo constitutivo o *follow-on*. Pero esto cambió con la vigente LDC (15/2007) que suprimió esta limitación, lo que supuso una facilitación a la aplicación privada del Derecho de la competencia, al abrir las puertas a acciones de carácter independiente o *stand alone*.³

Lo que supuso un importante incremento de la interposición de acciones civiles *antitrust*, tanto de acciones independientes o *stand alone*, en las que aún no existe un pronunciamiento administrativo (con una tasa de éxito del 23'6%); como de acciones de seguimiento o *follow-on*, en las que una autoridad de competencia ya ha constatado la existencia de una infracción (con una tasa de éxito más elevada del 66'7%).⁴

En este trabajo nos centraremos en la aplicación privada del Derecho de la competencia y concretamente en las prácticas anticompetitivas más famosas, los cárteles. Para ello comenzaremos explicando los antecedentes históricos hasta llegar a la actual Directiva 2014/104/UE y los cambios que con ella se han producido, empezando por la prueba (presunciones legales, acceso a fuentes de prueba...), para después seguir con el plazo de prescripción de las acciones y ante qué clase de responsabilidad civil nos encontramos en estos casos. Luego abordaremos el complejo tema de los daños, explicando las dificultades que surgen en relación a su cuantificación o el debate sobre la posibilidad de aplicar un modelo de daños punitivos. Íntimamente relacionado con los daños, veremos la repercusión de costes conocida como *passing-on* y como afecta a los procesos judiciales. Por último, nos adentraremos de lleno en los cárteles, explicando qué son, cómo suelen comportarse y lo más importante cómo combatirlos mediante los

² *Vid.* 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'', en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2017, Vol. 9, pp. 126.

³ *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI F.: *Cit.*, pp. 126-127.

⁴ *Vid.* 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*, Marzo 2016, Vol. 8, N°1, pp. 154.

famosos programas de clemencia en los que también nos detendremos. A modo ejemplificativo analizaremos tres de los cárteles más relevantes a nivel nacional, el cártel del azúcar, el cártel de seguro decenal y el actual cártel de los camiones.

2. ANTECEDENTES

El Derecho de la competencia tiene su origen en Estados Unidos, a través de la *Sherman Act* de 1890 que prohibió los acuerdos entre empresas restrictivas de la competencia y la monopolización del mercado, destacando casos como *Alcoa* (mercado del aluminio), o el *Standard Oil Co.* (separación en compañías más pequeñas del imperio financiero de *Rockefeller*).

Inspirado en el Derecho americano se encuentra el Derecho comunitario de la competencia, pero dotado de caracteres propios. Debemos hacer un análisis de la evolución que ha sufrido el Derecho de la competencia a lo largo de todos estos años.

Antes del Reglamento 1/2003, el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) no preveía la competencia de los tribunales ordinarios nacionales para aplicar el Derecho comunitario de la competencia (iniciales arts. 85 y 86 TCE, posteriores 81 y 82 TCE, actuales 101 y 102 del TFUE), la jurisprudencia del antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) vino a admitirla en base a la sanción de nulidad prevista en el art. 81.2 TCE (...) y también en la consideración del juez nacional ordinario como juez encargado de velar por la legalidad comunitaria.

La competencia de los tribunales de la jurisdicción ordinaria no quedaba reducida a sancionar la nulidad de las cláusulas contractuales contrarias al art. 81.1 TCE, sino también a ``apreciar conforme al Derecho nacional aplicable, el alcance y las consecuencias de la nulidad en virtud del art. 81.2 TCE'', como declaró la Sentencia del TJCE 20.4.1998 del caso *Cabour*.

Después del Reglamento 1/2003, de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 TCE, se introduce un nuevo sistema de aplicación de las normas comunitarias sobre competencia: los tribunales de justicia han de evaluar directamente la aplicación del art. 81.3, determinando en primer lugar si los acuerdos o prácticas controvertidas están incursas en la prohibición del apartado 1 y, en caso positivo, si cumplen o no las condiciones que, conforme el apartado 3, determinan su legalidad, es decir los requisitos de autorización o excepción.⁵

⁵ *Vid. SANCHO GARGALLO I.: ``Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia'', Indret, Barcelona, Febrero 2019, pp. 4-5.*

Se ha intentado dar una serie de pasos para impulsar el ejercicio de acciones privadas por infracción de las normas europeas en materia de competencia.

El primero de ellos con la publicación de un Libro Verde sobre acciones indemnizatorias⁶, en el que la Comisión identifica los principales obstáculos y factores causantes de la situación de subdesarrollo, proponiendo soluciones y alternativas para acabar con ellos.

En respuesta a los distintos comentarios y observaciones recibidos, principalmente por parte del Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social, y, como paso previo a la publicación de un Libro Blanco sobre acciones indemnizatorias, la Comisión consideró conveniente la redacción de un primer documento de consulta, *Discussion Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, donde proponen distintas opciones y medidas que pueden ser adoptadas por la Comisión o por los Estados miembros, para facilitar el ejercicio de acciones indemnizatorias.

En abril de 2008, se publica el Libro Blanco que contiene ya una serie de medidas orientadas a la creación y desarrollo de un sistema efectivo de aplicación privada de las normas de competencia en Europa.⁷ Junto a este, se hicieron públicos otros dos documentos, un Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión sobre la reparación de daños por incumplimiento de la normativa comunitaria de competencia y un Informe en el que se evalúa el posible impacto (beneficios y costes) de las distintas medidas estudiadas (*Impact Assessment Report*).

El principal objetivo del Libro Blanco era mejorar las condiciones jurídicas existentes para que las víctimas de una práctica contraria a la libre competencia pudiesen hacer efectivo su derecho a la reparación del daño patrimonial causado. Las distintas políticas, propuestas y sugerencias están dirigidas a los Estados miembros para que éstos adecuen sus legislaciones internas, removiendo los obstáculos que puedan dificultar la compensación efectiva del daño producido por un ilícito anticompetitivo. Pero cualquier actuación estatal ha de encuadrarse dentro del marco fijado por la Unión Europea (UE), principalmente en dos cuestiones: por un lado, la existencia de un Derecho europeo de toda persona a la reparación del daño sufrido y, por otro lado, la sujeción de los Estados miembros en las actuaciones que se adopten para el desarrollo de la forma de ejercicio de este derecho a los principios de eficacia y equivalencia. El primero de estos principios supone que las normas

⁶ *Libro Verde sobre Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672 final.

⁷ *Libro Blanco sobre Asociaciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 2 de abril de 2008, COM (2008) 165 final.

nacionales no pueden hacer el ejercicio de este derecho prácticamente imposible o excesivamente difícil, mientras que el segundo determina que estas normas no pueden ser menos favorables que las que regulen acciones nacionales paralelas.⁸

Las autoridades europeas, mediante la Propuesta de Directiva 2013⁹, constataron que era necesario dotar de un régimen jurídico especial a las acciones de daños por infracciones a las reglas sobre competencia, tanto en el plano sustantivo como en el procesal. En lo sustantivo, porque la aplicación de las reglas comunes sobre responsabilidad civil extracontractual puede ser insuficiente para abordar adecuadamente problemas como los que generan la repercusión de sobrecostes, la responsabilidad solidaria de los partícipes de un cártel o el plazo de prescripción. Y en lo procesal, porque se trata de procesos que se integran en un contexto de ``litigación compleja'' y que presentan singulares dificultades en el terreno de la determinación de los hechos y de la coordinación con procedimientos administrativos o judiciales conexos.¹⁰

Todo ello acabó cristalizando en la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014. Su propósito es dar cobertura a varias de las necesidades de regulación especial que, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, plantea un ejercicio eficaz de las acciones de daños; además de dar cumplimiento al principio europeo de máxima eficacia de la normativa de defensa de la competencia.

La incorporación de la Directiva a los ordenamientos nacionales debería haberse realizado a más tardar el 27 de diciembre de 2016.

En cuanto a la evolución en el Derecho de la competencia en España, comenzaremos analizando la evolución de la LDC.

En 1963 se aprobó la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Con la entrada de España en la entonces Comunidad Económica Europea (CEE y actual UE) se inicia una concienciación sobre las prácticas restrictivas de la competencia y en 1989 se aprueba la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, inspirada en las normas comunitarias contenidas en los Tratados

⁸ *Vid.* HERRERO SUÁREZ C.: ``La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia'', en Revista de Derecho de la competencia y distribución, N°3, 2008, pp. 2-4.

⁹ Propuesta de Directiva de 11 de junio de 2013, COM (2013) 404 final.

¹⁰ *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI F.: *Cit.*, pp. 127-128.

constitutivos y en los Reglamentos de desarrollo del Consejo, así como en los principios de la Comisión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

La Ley de 1989 fue reformada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, derogada por la Ley 15/2007, de 3 de junio, la actual LDC. La nueva ley persigue la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarle de una mejor estructura institucional y de los instrumentos necesarios para la protección de la competencia efectiva en los mercados. También se han tenido en cuenta los cambios recientes del sistema comunitario europeo de defensa de la competencia, destacando la consolidación de los mecanismos de aplicación privada de las normas de competencia, la supresión del sistema de autorizaciones de acuerdos y la implantación de políticas de clemencia o la descentralización de la aplicación de las normas relativas a las prácticas restrictivas de la competencia a favor de las Comunidades Autónomas (CC.AA.) con competencias en materia de comercio interior (Ley 1/2002, de 21 de febrero).

La LDC de 1989 (BOE núm. 170, de 18.7.1989) tampoco hacía referencia a la competencia de los tribunales ordinarios en la aplicación de los arts. 1 y 6 en los que se prohibían las prácticas y acuerdos colusorios, así como el abuso de posición dominante. Pero, de forma indirecta, en su art. 13 admitía la posibilidad de que las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios pudieran ejercitarse ante la jurisdicción ordinaria, estableciendo la prejudicialidad administrativa del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), ya que la acción de resarcimiento sólo podía ejercitarse una vez firme la declaración en vía administrativa (o una vez revisada esta decisión en la jurisdicción contencioso-administrativa).¹¹

No obstante, una interpretación doctrinal más flexible entendía el término ``podrá'' del art. 13 LDC 1989 en el sentido de permitir al particular la opción de acudir directamente a los tribunales civiles para que declararan la ilicitud del acto y condenaran a reparar los perjuicios sufridos. Todo esto gracias a la doctrina del caso *Disa* (STS, 1^a, 2.6.2000) que pasó a ser jurisprudencia, al ser asumida por sentencias posteriores (SSTS, 1^a, 2.3.2001, caso *Mercedes Benz*, y 15.3.2001, caso *Petronor*), lo que supuso un gran cambio respecto de la

¹¹ Art. 13 LDC 1989, Otras responsabilidades y resarcimiento de daños y perjuicios: ``1. Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso procedan. 2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles.'', disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-16989>.

doctrina anterior del caso *Campsa* (STS, 1^a, 30.12.1993) que declaraba la existencia de prejudicialidad de la Comisión y del TDC español.

También mediante la Ley Concursal, de 9 de Julio de 2003 (BOE núm. 164, de 10.7.2003), se introdujo entre las competencias de los Juzgados de lo Mercantil, la resolución de los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE y de su derecho derivado (art. 86.ter.2.f) LOPJ). Ampliando dicha competencia la actual disposición adicional (D.A.) primera de la LDC a ``cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 de la presente Ley''.¹²

La anteriormente citada Directiva 2014/104/UE, se materializó en España con una Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva (PLTD) el 15 de enero de 2016, pero por el prolongado periodo de parálisis política y parlamentaria sufrido fue imposible aprobar la norma correspondiente. Por lo que no fue hasta el Real Decreto Ley 9/2017, de 27 de mayo de 2017, cuando se produjo efectivamente la trasposición, que tiene cambios sustanciales respecto de la PLTD.

En la Directiva se optó por incorporar las normas sustantivas en la LDC y las cuestiones procesales en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). En este sentido, en la LDC se introdujo el Título VI ``De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia'' el cual recoge once artículos (arts. 71-81).

Mientras que lo relativo al acceso a las fuentes de prueba, se remite a la LEC, donde se añade una nueva Sección 1.^a bis ``Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia'', dentro del Capítulo V ``De la prueba: disposiciones generales'', del Título I ``De las disposiciones comunes a los procesos declarativos'', del Libro II ``De los procesos declarativos''.¹³

¹² *Vid.* SANCHO GARGALLO I.: *Cit.* , pp. 6-7.

¹³ *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI F.: *Cit.* , pp.127-129.

3. PRUEBA

En las acciones de daños *antitrust* se evidencia el complejo acceso a las pruebas por parte de los sujetos lesionados, ya que se requiere un complejo análisis fáctico y económico, y una laboriosa actividad probatoria. Además de estar generalmente los elementos de prueba, necesarios para comprobar la solidez de una pretensión de resarcimiento, en poder de la otra parte o de un tercero.

La Directiva trata de mitigar esta asimetría informativa, intentando encontrar un equilibrio entre la importancia de garantizar a los demandantes el derecho a obtener la divulgación de información relevante para sus pretensiones y el riesgo de incurrir en los denunciados excesos de un sistema de *disclosure* excesivamente amplio como el estadounidense.¹⁴

Ya desde el Libro Blanco de la Comisión Europea (anteriormente mencionado), se apreciaba el intento de facilitar el acceso a las pruebas. Para ello la Comisión proponía procedimientos similares a los previstos para la propiedad intelectual en la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004 (DO L 157, de 30.4.2004), es decir, diligencias preparatorias para recabar información y pruebas. Que teniendo en cuenta el carácter restrictivo del art. 256 de la entonces vigente LEC, hacía necesaria una reforma legislativa para incluirlas.¹⁵

La Directiva pretende ofrecer soluciones a las dificultades probatorias anteriormente descritas, para evitar barreras que impidan el éxito de reclamaciones justas y que minen el principio de efectividad de las normas sobre defensa de la competencia. Por un lado, con medidas que tratan de facilitar la fijación como ciertos de determinados hechos relevantes para la estimación de la demanda. Por otro lado, procurando mejorar el acceso a fuentes de prueba para sostener la pretensión que se halle en poder de la parte contraria o de terceros.

¹⁴ *Vid. HERRERO SUÁREZ C.: Cit. "La Transposición de la Directiva...", pp. 157.*

¹⁵ *Vid. SANCHO GARGALLO I.: Cit. , pp. 16.*

3.1. Facilidades probatorias

3.1.1. Presunciones legales

Con estas se pretende dispensar de la prueba o desplazar la carga probatoria hacia elementos indiciarios de más fácil acreditación para el demandante. Por ejemplo el art. 17.1 de la Directiva (art. 76.3 LDC), presume que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios, por lo que al infractor es a quien le corresponderá rebatir dicha presunción. Esto no exime al actor de acreditar su daño y cuantificarlo, pero sí le exonera de aportar prueba respecto del carácter dañoso del cártel.

Otro ejemplo sería el art. 14 de la Directiva (art. 79.2 LDC), donde su apartado 1 impone al demandante la carga de probar la existencia y cuantía del sobrecoste que se le ha repercutido; pero el apartado 2 le ayuda con esa carga probatoria estableciendo una presunción favorable al comprador indirecto de que se le ha repercutido el sobrecoste (presunción de daño).

3.1.2 La prueba de la cuantía de los daños

En cuanto a la estimación del importe de los daños, se permite a los tribunales operar con ``estimaciones'' así lo establece el art. 17 de la Directiva (art. 76.2 LDC). Esto supone modular el estándar probatorio en relación con el *quantum*, ya que carece de sentido exigir la plena convicción al tribunal dadas las múltiples variables y su dificultad para medirlas.

Por otro lado está la dificultad de cumplir el art. 219 LEC (deber de cuantificar y expresar con precisión en la demanda la cantidad reclamada o fijar, al menos, unas bases de cuantificación que consistan en simples operaciones aritméticas), ya que puede entenderse que la estimación está reservada al tribunal, pero también puede entenderse que se confiere al demandante la facultad de que la cantidad reclamada sea también una estimación.¹⁶

Íntimamente relacionado está el asesoramiento de las autoridades nacionales de competencia, ya que según el art. 17.3 de la Directiva, traspuesto al art. 76.4 LDC, en dichos procedimientos de reclamación de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia, las autoridades nacionales de defensa de la competencia ``podrán informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones, cuando le sea requerido por el tribunal competente''.

Mediante este precepto podríamos entender que la información suministrada podría ser un elemento sobre el que el tribunal fundamentase su decisión en cuanto al *quantum*, por lo

¹⁶ *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI F.: *Cit.*, pp. 136-137.

que entonces estaríamos ante una prueba y las autoridades nacionales de competencia se convertirían en ``perito dirimente'' o ``tercer perito'', ya que suministran conocimientos técnicos de los que el tribunal carece.¹⁷

3.2. Acceso a fuentes de prueba

La Directiva obliga a los Estados miembro a arbitrar mecanismos que permitan acceder a las fuentes de prueba eficazmente (arts. 5, 6, 7 y 8 Directiva), ya que éstas se encuentran en manos de la parte contraria o de terceros y su obtención es, en la práctica, casi imposible sin su cooperación.

Además, en muchos ordenamientos de corte continental el acceso a esas fuentes de prueba es limitado: en ocasiones, por las propias reglas procesales que no contemplan un derecho a reclamar y un correlativo deber de exhibir fuentes de prueba; y la prevalencia que se otorga a normas aparentemente colaterales a las procesales, como las relativas a la protección de datos, información confidencial o secretos comerciales cuya preeminencia puede vaciar de contenido el derecho a la prueba.

En cuanto a la autoridad de competencia (nacional o europea), mediante sus potestades coercitivas tiene acceso a fuentes de prueba que los particulares no podrían conseguir por sí mismos, para ello deben poner en marcha un expediente administrativo para la investigación y determinación de infracciones.

Los perjudicados por las prácticas anticompetitivas tendrán un enorme interés en acceder a dicha información, pero también es evidente el interés de la propia autoridad de competencia para no poner en peligro su propia labor y para no privar de efecto a los programas de clemencia, que permiten exonerar o atemperar la responsabilidad de aquél, de entre los partícipes de un cártel, que denuncie su existencia y coopere en la obtención de datos que permitan sancionarlo. Sobre todo porque la empresa que se acoge a dicho programa de clemencia puede ser mucho más vulnerable frente a acciones indemnizatorias, puesto que el reconocimiento por su parte de la comisión de la infracción le convierte en objetivo más sencillo para los perjudicados. Por lo que el art. 283. bis j) LEC establece unos límites para el uso de esas pruebas obtenidas a través del acceso a un expediente de una autoridad de la competencia.

¹⁷ *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI F.: *Cit.*, pp. 138.

Por lo tanto la Directiva trata de ofrecer soluciones equilibradas, sin excesos desproporcionados, que permitan que las reglas sobre obtención de pruebas puedan privar derechos legítimos asociados a la libertad de empresa y a la actividad comercial. Además, quiere permitir el acceso a la información y a las pruebas contenidas en los expedientes sancionadores elaborados por las autoridades de competencia, estableciendo los límites adecuados para preservar los programas de clemencia (que son la herramienta básica para la persecución de los carteles).

3.2.1. Ordenamiento jurídico español

Con la trasposición de la Directiva se aprovecha para realizar una reforma general del sistema probatorio de la LEC. Ya en la propuesta de 2015 se planteaba la introducción de una nueva Sección 1^a bis dentro del Capítulo V dedicado a las disposiciones generales sobre prueba, del Título I del Libro II de la LEC, con la rúbrica ``Del acceso a las fuentes de prueba'', a su vez con tres subsecciones: una con las reglas generales, otra con las especialidades en propiedad intelectual e industrial y una última relativa a las acciones de daños derivados de infracciones a las normas sobre defensa de la competencia.

Se introduce una herramienta nueva, las medidas de acceso a fuentes de prueba (art. 283. bis g) LEC) que podrán ser acordadas por el tribunal antes del proceso o en cualquier fase del mismo, a instancia de cualquier parte y previa audiencia del contrario.¹⁸

Debemos tener en cuenta la diferencia entre la expresión ``fuente de prueba'' y ``medios de prueba'', la primera es un concepto jurídico referido a una realidad anterior al proceso; mientras que la segunda es un concepto jurídico que sólo existe en el proceso cuando este nace y se desarrolla. Las fuentes de prueba son elementos que existen en la realidad de forma independiente al proceso; mientras que los medios son las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso, se forman durante el proceso y pertenecen a él. La fuente es lo sustancial y material; el medio lo adjetivo y formal.¹⁹

Además, el art 283. bis a) LEC permite que el actor, demandado o sujeto que se proponga demandar solicite al órgano judicial la adopción de medidas necesarias para acceder a las fuentes de prueba en poder de la otra parte o de terceros, que permitan tomar

¹⁸ Vid. GASCÓN INCHAUSTI F.: Cit. , pp. 135-142.

¹⁹ Vid. MONTERO AROCA J.: *Derecho Jurisdiccional, II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 196.

conocimiento de documentos, medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, informes periciales, testigos...

El momento para la solicitud de acceso a fuentes de prueba es antes de la incoación del proceso, en la demanda o pendiente el proceso (art. 283. bis e) LEC). Y las consecuencias de la obstrucción en la práctica de las medidas se establecen en el art. 283. bis h) LEC, por ejemplo que el solicitante pueda pedir al tribunal que se tenga al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas o que se vayan a formular (fijando con precisión las pretensiones con las cuales se debe declarar un allanamiento tácito).²⁰

Por lo tanto, la Directiva desarrolla los nuevos arts. 283. bis a) al 283. bis k) LEC.

Teniendo siempre presente unos límites y controles para no llegar a la amplitud del ya citado sistema de *discovery* americano y de prácticas como las *fishing expeditions*²¹ realizadas en dicho sistema.

²⁰ *Vid.* HERRERO SUÁREZ C.: *Cit. "La Transposición de la Directiva..."*, pp. 162-164.

²¹ Con el *fishing expeditions* las partes pueden obtener descubrimientos sobre cualquier asunto, no privilegiado, que sea relevante, si la información buscada parece razonablemente calculada para conducir al descubrimiento de evidencia admisible. La flexibilidad de la definición de evidencia relevante se interpreta generalmente como producción "liberal", disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/Fishing_expedition.

4. PRESCRIPCIÓN

La prescripción de las acciones indemnizatorias constituye un tema de enorme transcendencia en cuanto a la aplicación privada de las normas del Derecho de la competencia. Podemos enmarcar dicha importancia alrededor de tres cuestiones fundamentales: la duración de los plazos de prescripción, el momento de inicio del cómputo del plazo y la posibilidad de suspensión de dichos plazos.

Estas cuestiones adquieren especial interés en el caso de acciones de seguimiento (*follow-on*), dada la dilatada extensión en el tiempo que pueden alcanzar los procedimientos públicos de valoración de la existencia de infracciones de las normas de competencia.²²

Antes de la Directiva, la situación sobre la prescripción carecía de regulación específica, por lo que se acudía a reglas civiles generales en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, por tanto el plazo de prescripción era muy reducido, tan sólo un año desde que la parte conocía la existencia del daño (art. 1968 CC).

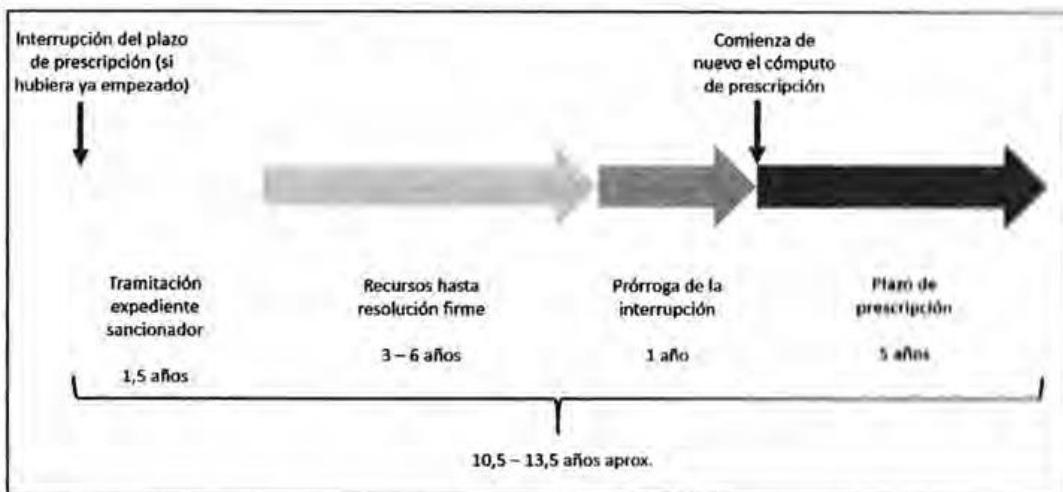
La Directiva trata en su art. 10 lo relativo a los plazos, en él se establece que los Estados miembros establecerán normas que determinen cuándo empieza a correr el plazo, su duración y las circunstancias en las que se interrumpe o suspende. Imponiendo que los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga o haya podido tener conocimiento de: la conducta y del hecho constitutivo de infracción que la infracción le ocasionó un perjuicio y la identidad del infractor.

Establece también que los Estados deben velar porque el plazo para el ejercicio de una acción de daños sea de al menos cinco años y que, además, se suspenda o interrumpa (en función del Derecho nacional), el plazo si una autoridad de la competencia actúa a efectos de la investigación o del procedimiento. La suspensión terminará, como mínimo, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

En España, todo ello se establece en el art 74 LCD mediante la transposición de la Directiva. Estableciendo que la acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos prescribe a los 5 años (art. 74.1); que el cómputo comienza en el momento en el que cesa la infracción y en el que el demandado tiene conocimiento de las circunstancias antes citadas (art. 74.2); que la interrupción del plazo se producirá si una

²² *Vid. HERRERO SUÁREZ C.: Cit. "La aplicación privada del Derecho...", pp. 20-21.*

autoridad de la competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador y que dicha interrupción terminará un año después de la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme o se dé por concluido el procedimiento de cualquier otra forma (art. 74.3); y que también se interrumpirá el plazo cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de daños y perjuicios, aplicándose sólo a las partes inmersas o representadas en la solución extrajudicial (art.74.4).



23

²³ Vid. AMILS ARNAL R. y 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*, julio 2017, N°81, pp. 113.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL

La Directiva distingue, dentro de la responsabilidad, entre responsabilidad *ad intra* y *ad extra* y establece como regla general la responsabilidad conjunta y solidaria (*joint and several liability*) de todos los participantes en el cártel o en la práctica anticompetitiva.

Con las únicas excepciones a: las pequeñas y medianas empresas (Pymes) que cuando cumplan una serie de requisitos sólo responderán en relación a sus propios adquirentes directos e indirectos; y los participantes en un programa de clemencia que gozaran de inmunidad pero serán responsables solidarios sólo ante sus propios compradores, directos e indirectos. El resto de partes perjudicadas serán responsables con carácter subsidiario cuando no pueda obtenerse el pleno resarcimiento con las empresas implicadas en la infracción (art. 11 Directiva).

En cuanto a la responsabilidad interna y el posible ejercicio de acciones de repetición entre coautores de la infracción, el infractor tiene derecho a recuperar de cualquier otro coautor una cantidad cuyo importe vendrá determinado en función de sus responsabilidades respectivas por el daño causado por la violación del Derecho de la competencia. Los clementes se exponen en repetición sólo al importe del daño que han causado a sus propios adquirentes o proveedores directos o indirectos.

Por lo tanto, la totalidad de las disposiciones sobre responsabilidad externa e interna debían ser incorporadas *ex novo* al ordenamiento jurídico español. Ya que el principio antes citado de *joint and several liability* obliga al legislador a introducir en relación a las acciones de daños, una derogación a la regla general sobre obligaciones civiles con pluralidad de deudores que en nuestro ordenamiento continúa siendo la mancomunidad. Además de contemplar de manera expresa las particularidades del nuevo sistema sobre Pymes y solicitantes de clemencia.²⁴

Con la trasposición de la Directiva, a través del ya citado Real Decreto Ley 9/2017, de 27 de mayo de 2017, se introduce el art. 73 LDC, en el que se aborda la responsabilidad conjunta y solidaria por infracciones a las normas de Derecho de la competencia.

En su párrafo 1 establece que las empresas y asociaciones serán solidariamente responsables del pleno resarcimiento (devolviendo al perjudicado a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción, indemnizando el daño emergente y el lucro cesante más el pago de los intereses (art. 72 LDC)).

²⁴ *Vid. HERRERO SUÁREZ C.: Cit. "La Transposición de la Directiva...", pp. 171-172.*

Pero a través del párrafo 2 se establece una excepción en el caso de las PYMES, que sólo serán responsables ante sus propios compradores directos e indirectos cuando cumplan dos requisitos: el primero es que su cuota de mercado fuera inferior al 5% en todo momento durante la infracción, y el segundo que la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria (previsto en el apartado 1) mermaría irremediablemente su viabilidad económica y causara una pérdida de todo el valor de sus activos.

Esta excepción no se aplicará cuando la empresa hubiese dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción, o cuando la empresa hubiese sido anteriormente declarada culpable de una infracción del Derecho de la competencia (art. 73.3 LDC).

Por otro lado, los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, 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 (art. 73.4 LDC)

Por último, 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 todos los infractores, se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio (art. 73.5 LDC).

5.1. Responsabilidad civil ¿contractual o extracontractual?²⁵

Cuando mencionamos la responsabilidad por daños derivados de una infracción de la normativa *antitrust* está claro que nos referimos a una responsabilidad civil, pero cabe la duda de si se trata de una responsabilidad extracontractual o contractual, cuestión no exenta de polémica, aunque la doctrina mayoritaria sostiene que es extracontractual.

²⁵ *Vid.* TOBÍO RIVAS A. M.: ``La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito *antitrust*: Transposición de la Directiva 2014/104/UE'', 2017, pp. 88-93.

Uno de los argumentos para fundamentar esta posición es que un acuerdo restrictivo de la competencia es un negocio nulo de pleno derecho, que no puede producir efectos, por lo que la responsabilidad por los daños que provoque no puede ser contractual sino extracontractual. Pero debe recordarse que en muchos casos, los contratos o acuerdos incorporan cláusulas restrictivas no permitidas que conllevarían la nulidad de dichas cláusulas y no de todo el acuerdo o contrato.

En España el Tribunal Supremo (TS) parece haber zanjado la cuestión en la Sentencia *Acor*, de 8 de junio de 2012, en relación al llamado ``cártel del azúcar'' y los posteriores contratos de compraventa celebrados por los infractores con sus empresarios clientes, en donde afirma que la acción de daños se fundamente en una responsabilidad extracontractual.

Existen diferencias en nuestro ordenamiento jurídico entre responsabilidad contractual²⁶ (arts. 1101 y ss. del Código Civil (CC)) y responsabilidad extracontractual²⁷ (arts. 1902 y ss. CC), por lo que la aplicación de una u otra podría tener diversos efectos y consecuencias jurídicas (plazo de prescripción, prueba de la culpa...), aunque esas diferencias se han ido aminorando y en la actualidad existe una doctrina civilista con una tendencia unificadora de ambos tipos de responsabilidad.

Aunque no todo es tan sencillo, ni blanco o negro, ya que para reciente doctrina también podría admitirse una posible responsabilidad contractual por el incumplimiento del deber de buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos (art. 1258 CC).

5.2. Responsabilidad civil ¿objetiva o subjetiva?²⁸

Nuestro ordenamiento jurídico sigue, como regla general, un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, aunque esta se ha venido flexibilizando y modulando, por ejemplo a través de la inversión de la carga de la prueba, e incluso la Ley en ocasiones prevé un sistema de responsabilidad objetiva o sin exigencias de dolo o culpa.

En el caso de los daños derivados de una conducta restrictiva de la competencia, el primer elemento que se exige es la exigencia de un ilícito *antitrust*, además de la existencia de

²⁶ Responsabilidad contractual: Art. 1101 CC ``Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contraviniere el tenor de aquellas''.

²⁷ Responsabilidad extracontractual: Art. 1902 CC ``el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado''.

²⁸ *Vid.* TOBÍO RIVAS A. M.: *Cit.*, pp. 93-99.

un daño y un nexo causal entre ambos. En cuanto a si es necesaria la culpabilidad, es decir que no valdría sólo con acreditar la existencia de un daño, sino que habría de probarse también que los infractores actuaron con dolo o culpa en la causación del daño, ya desde el Libro Blanco se decía que en los ordenamientos jurídicos que exigen conducta culpable se debería adoptar un sistema de culpabilidad presunta con la acreditación del ilícito *antitrust*, pero con la posibilidad de destruir esa presunción probando la existencia de un error excusable por parte del infractor. Pero este sistema nunca llegó a trasladarse con la Directiva 2014/104/UE, por lo que la doctrina nacional considera que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico es necesaria la existencia de culpabilidad para responder por daños derivados de un ilícito *antitrust*.

6. DAÑOS

En cuanto al concepto de daños (derivado de la infracción de los arts. 101 y 102 TFUE), la Comisión Europea, con base en los principios de eficacia y equivalencia y en la interpretación de éstos llevada a cabo por las autoridades judiciales europeas en el ya citado caso *Manfredi*, mantiene un concepto que comprendería como mínimo el perjuicio directamente causado, el beneficio dejado de percibir y los intereses generados desde la fecha de causación del daño, a fin de conseguir el total resarcimiento de la víctima (*full compensation principle*).

En relación a la naturaleza de los daños, defiende su carácter meramente compensatorio, aunque no descarta una posible revisión en el futuro para introducir un modelo de daños punitivos (ya que este no es incompatible con el Derecho europeo).²⁹

En España el concepto de daños indemnizable, abarca tanto el perjuicio efectivamente causado (daño emergente), como el beneficio dejado de percibir (lucro cesante) y los eventuales intereses que pudieran generarse desde la fecha de causación del daño.

Con la transposición de la Directiva, esto se materializa en el art. 72 LDC que recoge el derecho al pleno resarcimiento, que consiste en devolver al perjudicado a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción, mediante la indemnización (daño emergente, lucro cesante e intereses).

El momento inicial de devengo de intereses, en el caso español, parece seguir la regla general que es con el de reclamación (judicial o extrajudicial) del cumplimiento de la obligación y no con el del momento de producción del perjuicio (art. 1100 CC), ya que con la transposición de la Directiva se ha decidido no remover este tema.

6.1. Daños punitivos

Los daños punitivos o ejemplares (presentes en ordenamientos como el estadounidense), permiten al demandante reclamar hasta el triple de los daños sufridos.

En el sistema español, las acciones civiles en materia de daños tienen una finalidad puramente compensatoria, rechazando cualquier sistema que tenga una asignación de daños superiores al perjuicio real experimentado por la víctima (como el sistema de daños

²⁹ *Vid. HERRERO SUÁREZ C.: Cit. "La aplicación privada del Derecho...", pp. 16-17.*

punitivos). Se entiende que este tipo de sistemas podrían entrar en conflicto con principios básicos de nuestro Derecho, como evitar situaciones de enriquecimiento injusto.

Además de que la finalidad disuasoria de la comisión de ilícitos anticompetitivos que cumplen este tipo de daños, se entiende que está suficientemente asegurada con las sanciones administrativas.³⁰

Posibilitar que cada Estado adoptase el sistema de daños (resarcitorio o punitivo) que considerase más conveniente, sin adoptar una solución unitaria a nivel europeo, podría favorecer la realización de prácticas de *forum-shopping*³¹.

El Libro Verde contemplaba, con cierta timidez, la posibilidad de implantar un modelo de daños punitivos en el caso de carteles horizontales, y al igual que en el modelo americano, se proponía la adopción de un multiplicador fijo en relación a los daños sufridos (del doble), dejando abierta la forma de aplicación de dicho multiplicador, que podría ser automática (como la estadounidense), condicional o sujetarse a la discreción del tribunal.

También se valoraba la posibilidad de superar el carácter meramente compensatorio de los daños resarcibles, para incentivar el ejercicio de acciones resarcitorias, proponiéndose que el daño pudiese ser calculado, no en atención a las pérdidas reales sufridas por la víctima, sino en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor.

Estas propuestas no fueron bien recibidas, sobre todo por los Estados continentales, que temían que entrase en conflicto con principios jurídicos sólidamente asentados como el de evitar el enriquecimiento injusto. Por ello, la Comisión se ve obligada a replantear su posición, y ya en el Libro Blanco desaparecen como propuestas expresas.³²

El art. 3.3 de la Directiva 2014/104/UE establece un nuevo orden público comunitario en materia de indemnizaciones por daños derivados de la infracción del Derecho comunitario de la competencia, que impide la aplicación dentro del territorio UE de las disposiciones nacionales que conduzcan a la asignación de daños ejemplares o punitivos.

³⁰ *Vid. HERRERO SUÁREZ C.: Cit. "La aplicación privada del Derecho...", pp. 17-18.*

³¹ El *forum-shopping* es un término del ámbito del Derecho Internacional Privado, traducido al castellano sería el "foro de conveniencia", el cual se trata de la posibilidad que ofrece al demandante (y más excepcionalmente al demandado) la diversidad de reglas y competencias internacionales de acogerse a la jurisdicción o tribunales de países que pueden emitir una sentencia más favorable a sus intereses, disponible en https://es.wikipedia.org/wiki/Forum_shopping.

³² *Vid. HERRERO SUÁREZ C.: Cit. "La Transposición de la Directiva...", pp. 172-174.*

En definitiva, la prohibición absoluta de sobrecompensación en un mundo caracterizado por el hecho de que los ilícitos llevan aparejadas sanciones que están muy por debajo de los beneficios que genera su comisión, es algo que habría que pensar dos veces. No necesariamente debe combatirse esto con la introducción de daños punitivos en el marco de sistemas de derecho de daños, sino que existen otros tipos de mecanismos más sutiles que, sin atacar directamente a los principios básicos del sistema, se han utilizado otras veces para mejorar la virtualidad preventiva de la responsabilidad civil, pero que aquí no se han querido emplear normas que permiten tener en cuenta o fundar la indemnización en el beneficio obtenido por el infractor. Estas normas ya existen en el Derecho español y europeo, en regímenes de responsabilidad civil contenidos en Leyes como la LO 1/1982, la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), la Ley de Patentes (LP) o la Ley de Marcas (LM) (estas tres últimas como resultado de la trasposición de la Directiva 2004/48/CE), lo cual permitiría incrementar la cuantía de la condena civil hasta el límite de los beneficios de los infractores.³³

6.2. Cuantificación del daño

La Comisión Europea considera incompatible con el principio de total resarcimiento, la fijación de cantidades o topes máximos. Por lo que se proponen a nivel europeo la adopción de Directrices en las que se fijen una serie de orientaciones de carácter pragmático sobre el cálculo de daños, sugiriéndose modelos flexibles como la adopción de presunciones rebatibles (ej. la estimación media de los sobreprecios en los casos de cárteles como criterio a ser tenido en cuenta por los jueces en la cuantificación del daño, o la equiparación del perjuicio efectivamente causado con el beneficio dejado de percibir en ciertos supuestos). Esto puede ser de gran ayuda en la práctica, por la enorme dificultad que conlleva la cuantificación de los daños, aunque estas Directrices no son necesariamente vinculantes, a fin de garantizar la independencia judicial.³⁴

El demandante, una vez pruebe que la conducta anticompetitiva le causó daños y perjuicios (art. 76.1 LDC), debe establecer las bases para una estimación razonable de la cantidad necesaria para compensarle por la lesión sufrida.

Como la finalidad de la indemnización es colocar al perjudicado en la situación que tendría de no haberse producido la infracción de la competencia, como hemos explicado

³³ *Vid.* PEÑA LÓPEZ F.: ``La responsabilidad civil por daños a la libre competencia'', Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 29.

³⁴ *Vid.* HERRERO SUÁREZ C.: *Cit.* ``La aplicación privada del Derecho...'', pp. 18.

anteriormente, la cuantificación del daño exigirá que se compare la situación actual o real de la víctima con aquella en la que se habría encontrado de no haberse vulnerado las normas, esto es lo que se denomina como análisis del factor distintivo o *but-for-analysis*.

Ya que como es imposible conocer con exactitud esa situación hipotética, se busca un escenario de referencia en la que se aplican métodos o técnicas económicas (que se han ido recogiendo en distintos documentos europeos sobre cuantificación de daños) como podrían ser las ventas totales, niveles de precios o resultados de empresas. Pero dada la complejidad de estas técnicas económicas, la Comisión y los tribunales (nacionales y de otras jurisdicciones) prefieren métodos más sencillos, de ahí, que la Directiva insista en que los ordenamientos nacionales garanticen que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan hacer una estimación del *quantum* indemnizatorio (art. 76.2 LDC).³⁵

En este punto, también cobra importancia la colaboración consultiva de las autoridades administrativas de competencia a la hora de cuantificar los daños en los procedimientos civiles. Posibilidad que el ordenamiento jurídico español ya contemplaba antes de la Directiva mediante el antiguo art. 25 c), actualmente regulado en el art 76.4 LDC.

6.2.1. La presunción de daño en los casos de cártel

Una de las previsiones que facilitan la prueba del daño y corrigen la asimetría de información y las dificultades que en la práctica lleva aparejada la cuantificación de los perjuicios en ejercicio de acciones resarcitorias por ilícitos *antitrust*, se introduce mediante la transposición de la Directiva, en el art. 76.3 LDC se establece una presunción *iuris tantum* (es decir, admite prueba en contrario, por lo que el demandante puede rebatir esa presunción) de la existencia de un daño en el caso de las infracciones de cártel. Esta presunción vincula al juez (siempre que la resolución en la que se constata la existencia del cártel sea firme), pero es el demandante quien debe demostrar el nexo causal entre ese daño y su propio patrimonio.

En España, el TS tuvo ocasión de pronunciarse sobre dicha presunción en la célebre sentencia del cártel del azúcar, en la que estableció que un cártel genera por sí mismo un daño, ya que su propia existencia supone la imposición de un sobreprecio, y consecuentemente de un inmediato daño emergente para los compradores de los cartelistas, directos o indirectos en el caso de que dicho sobreprecio pueda ser repercutido.³⁶

³⁵ *Vid. HERRERO SUÁREZ C.: Cit. "La Transposición de la Directiva...", pp. 174-176.*

³⁶ *Vid. HERRERO SUÁREZ C.: Cit. "La Transposición de la Directiva...", pp. 176.*

7. PASSING-ON

La denominada repercusión de costes o *passing-on* (término importado del ámbito estadounidense), consiste en supuestos en los que el cliente directo de la empresa infractora de las normas *antitrust* no es el destinatario final de los productos o servicios que ésta suministra, sino que procede a recolocarlos en su forma original o transformados en el mercado.

Las conductas contrarias al Derecho de la competencia, como cárteles o abusos de poder monopolísticos, suelen comportar precios supracompetitivos, por lo que los daños de estas conductas se identifican con los sobreprecios que se han visto obligados a pagar sus clientes o compradores directos. Tales sobreprecios acaban repercutiéndose en cascada sobre los sucesivos compradores que van subadquiriendo los bienes a lo largo de las distintas fases de los procesos de distribución o transformación de dichos bienes, hasta llegar a los consumidores finales, por lo que también afectan a los compradores indirectos que no se relacionaron con los infractores.

Por ejemplo, una empresa que compra a un proveedor implicado en una conducta contraria a la competencia podría estar en condiciones de paliar su perjuicio económico repercutiendo el coste excesivo a sus propios clientes, esto suscitaría dos interrogantes. ¿Podría ser alegada por el infractor esta situación como defensa frente a la exigencia de daños? Se trataría del *passing-on defence*. ¿Los compradores indirectos, a los que se les habría trasladado el sobreprecio, estarían legitimados para exigir a la empresa infractora responsabilidad por daños y perjuicios? Se enfocaría el argumento de la repercusión desde una perspectiva ofensiva.

La posibilidad de utilizar la repercusión del sobreprecio resultado de un cártel o de una conducta abusiva en el marco de acciones de reclamación de daños por ilícitos *antitrust*, ha sido contemplada con enorme recelo en el Derecho *antitrust* estadounidense, que no reconoce, con carácter general, la *passing-on*, ni en su vertiente defensiva ni en su vertiente ofensiva.

Mientras que la Comisión Europea ha venido valorando, ya desde el Libro Verde, la eventual admisibilidad de la repercusión de costes o daños en sus dos perspectivas, defensiva y activa. Y al contrario que la solución americana, se admiten tanto la *passing-on defence* como la legitimación de los compradores indirectos (*passing-on* ofensivo).³⁷

³⁷ *Vid.* HERRERO SUÁREZ C.: *Cit. "La Transposición de la Directiva..."*, pp. 176-178.

Con la traspalación de la Directiva al ordenamiento jurídico español, se contempla lo relativo al *passing-on* en los arts. 78 y 79 LDC, estableciendo además una serie de presunciones en favor del comprador indirecto a la hora de probar la existencia de sobrecostes y su repercusión (art. 79.2 LDC).

7.1. **Passing-on defence**

Como ya adelantaba anteriormente, el *passing-on defence* es el mecanismo de defensa que el demandado (presunto infractor de la normativa *antitrust*) puede oponer frente a una acción por daños, para excluir o aminorar su responsabilidad, ya que el demandante (víctima del daño) ha podido repercutir el sobrecoste en sus clientes u otras personas de la cadena del proceso productivo, de tal forma que no ha sufrido realmente perjuicio por dicha conducta.

Este medio de defensa ha sido desde siempre una cuestión muy polémica tanto en el Derecho estadounidense como en el Derecho europeo. Pero su admisión en el Derecho europeo se justifica en la importancia de la finalidad compensatoria que se otorga al resarcimiento por daños en el Derecho *antitrust* y, en particular, a la responsabilidad civil, así como en la prohibición del enriquecimiento injusto.

Una de las cuestiones más complejas radica en la prueba del sobrecoste repercutido, para ello la Directiva prevé que la carga de la prueba de la repercusión del sobrecoste recaiga en el demandado, presunto infractor responsable, quien podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros (art. 79 LDC). Además, también dispone que los Tribunales ``estarán facultados para calcular con arreglo a derecho la parte del sobrecoste repercutido'' (art 78.2 LDC). Para ello la Comisión ``formulará orientaciones para los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la estimación de la cuota de los sobrecostes repercutidos al comprador indirecto'' (art. 16 Directiva 2014/104/UE).

La repercusión de costes como medida defensiva, fue tratada en nuestro país en la Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2013, en el asunto del cártel del azúcar, sentando un importante precedente en nuestra Jurisprudencia. En ella se admite el *passing-on defence*, se recuerda que la carga de la prueba de la repercusión recae en el demandado y, además, se pone de manifiesto que se tendrán en cuenta las posibles pérdidas de beneficios (lucro

cesante) que pueda sufrir el perjudicado directo por la repercusión del sobrecoste en sus clientes (compradores indirectos) al aumentar los precios.³⁸

La posibilidad de exoneración de responsabilidad, total o parcial, de los infractores que aleguen y prueben que el demandante repercutió a sus clientes el sobreprecio generado por la infracción *antitrust*, hace que (según las normas de la Directiva y la LDC) los únicos legitimados para reclamar esos perjuicios sean los que hayan tenido que abonar el sobreprecio repercutido, a no ser que ellos mismos se lo hayan repercutido, a su vez, a sus propios clientes. Por lo que en muchas ocasiones, serán los consumidores, los que se encuentren legitimados para reclamar la mayor parte de los daños y perjuicios generados. El problema es que en ocasiones son miles o incluso millones los consumidores afectados, y ninguno de ellos tendrá interés en reclamar el perjuicio individualmente, ya que será, más pequeño que lo que cuesta el proceso que tendría que iniciar. Sin una acción colectiva (de la que ha prescindido hasta ahora la Directiva y la LDC) realmente eficaz que pueda servir como vehículo para estas demandas, la excepción de repercusión puede convertirse fácilmente en un nuevo camino hacia la impunidad.³⁹

³⁸ *Vid.* TOBÍO RIVAS A. M.: *Cit.* , pp. 106-109.

³⁹ *Vid.* PEÑA LÓPEZ F.: *Cit.* , pp. 27-29.

8. CÁRTELES

8.1. Antecedentes históricos⁴⁰

Los cárteles no siempre han sido objeto de censura o desaprobación. Berle (miembro del *Brain Trust* de Franklin Roosevelt y asesor de John F. Kennedy) sostenía que en cada uno de los grandes sectores industriales había dos o tres sociedades que controlaban más de la mitad de dicho sector industrial, por lo que el coeficiente de concentración y la probabilidad de acuerdos eran muy elevados.

Los cárteles internacionales de Europa (de los que las empresas norteamericanas formaron parte frecuentemente), eran toscos instrumentos de planes industriales, sin los cuales la vida industrial europea hubiera sido un anárquico caos.

Debe recordarse, que la mayoría de países europeos no contaron con una legislación de defensa de la competencia hasta después de la Segunda Guerra Mundial, por lo que los cárteles no eran ilegales e incluso se organizaban mediante acuerdos escritos.

En 1927, los cárteles eran legales en Suiza y no estaban prohibidos explícitamente en Bélgica, Francia, España, Italia y Holanda.

En 1923, Alemania aprobó una Ley anti-cártel para prevenir el abuso de posición de dominio de los cárteles.

En 1930, Gran Bretaña consideró que los cárteles eran un hecho y les exigió transparencia, incluida la notificación de los acuerdos. Otros países posteriormente siguieron estas medidas.

No cabe duda de que, generalmente, los cárteles tienen efectos perversos sobre los mercados y sobre el conjunto de la economía. Este hecho debería exigir que sean objeto de sanciones severas; siempre manifiestamente superiores a los beneficios obtenidos, sin límite alguno; incluso si la sanción supone la desaparición de la empresa cartelizada. Todo ello sin excluir las sanciones personales a sus instigadores y agentes necesarios, con independencia de que pertenezcan al sector privado o público. Para proceder de esta forma, las conductas y sus efectos reales deben estar debidamente acreditados y analizados; sin dudas, vacilaciones ni aspectos indeterminados, sin frases generales o afirmaciones no probadas.

Pero las autoridades de defensa de la competencia (ADC), relegan a un segundo plano el estudio detallado de cuanto a ocurrido en los mercados y, sobre todo, acostumbran a no estudiar los efectos reales de las conductas sobre los mercados prescindiendo de la rica

⁴⁰ *Vid. PETITBÒ A.: "Cárteles: Obsesión sin análisis", en Anuario de la Competencia 2014, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 13-18.*

capacidad explicativa del análisis económico. Este es uno de los grandes problemas, ya que lo verdaderamente relevante de las conductas es su impacto real en los mercados, sus efectos sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, ya que la misma conducta puede, en ciertas circunstancias del mercado, tener un efecto pro competitivo y pro eficiencia, y en otras circunstancias del mercado tener un efecto anticompetitivo potencial.

8.2. La definición de un cártel

Son muchas las definiciones de cártel que podemos encontrar, para empezar, según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) un cártel es un ``Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial''.

Pero debemos ahondar en la definición de cártel desde una perspectiva más jurídica. Un cártel es una de las conductas que el Título I, Capítulo I de la LDC, en su art.1 cataloga como prohibido ``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...'' estableciendo más adelante algunos ejemplos como la fijación de precios o la limitación de la producción entre otros.⁴¹

También en la Disposición Adicional (DA) 4º.2 de la LDC se intenta hacer una definición de cártel como ``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''.

Pero bajo mi punto de vista, la definición aportada por el Catedrático de Economía Aplicada D. Amadeo Petitbò se ajusta un poco más a los efectos reales de un cártel, según él ``consiste en una asociación (voluntaria o inducida) de empresas (compradoras o vendedoras de bienes y servicios; competidores reales o potenciales) que, explícitamente, coordinan sus decisiones en relación con los precios, cantidades o cualquier otra variable,

⁴¹ *Vid. PETITBÒ A.: Cit.*, pp. 20.

contribuyendo a alterar de forma significativa y durante un periodo de tiempo suficientemente largo el funcionamiento de la libre y leal competencia en cualquier mercado relevante en perjuicio del bienestar del consumidor''.

Un cártel por tanto debe tener relevancia temporal y relevancia significativa en relación a los efectos que produce sobre el mercado (cuota de mercado), ya que de lo contrario estaríamos ante otro tipo de práctica colusoria como acuerdos o ``pactos de caballeros''.

8.3. Análisis de los cárteles

La pereza administrativa apoyada en considerar que el expediente se resuelve declarando que una conducta está prohibida *per se* supone no resolver totalmente el expediente. Dada la gravedad de la conducta de los cárteles resulta obligado estudiarla a fondo. Y el perjudicado por la conducta de los cárteles tiene derecho a conocer sus efectos, no solamente sobre el mercado relevante sino para él mismo o para su empresa. La falta de estudio o el estudio inadecuado perjudica no sólo el interés privado sino, también, el interés general.

No olvidemos que España acoge una economía cartelizada. Los acuerdos empresariales relevantes abundan por doquier; en ocasiones, fomentados por las propias administraciones públicas sin que, en estos casos, por regla general, el inductor o cooperador público sea incluido en el expediente a efectos de la pertinente y motivada sanción.

En los mercados donde los precios son más elevados, la probabilidad de que se organice un cártel y éste sea estable es más elevada (aunque puede que una empresa desee competir reduciendo sus precios para aumentar su cuota de mercado).

Por lo que los incentivos para cooperar (y no generar una guerra de precios) son muy robustos, y las empresas tratan de establecer acuerdos para fijar un precio ventajoso para ellas, obtener beneficios extraordinarios y repartirse dichos beneficios. Las empresas saldrán ganando individual y globalmente, mientras que el consumidor será el perjudicado.⁴²

Pero los cárteles no están a salvo de romperse, y aunque esto ocurra con frecuencia, también existen cárteles que debido a su eficiente organización (y poca eficacia de la administración) han tenido una larga vida. Algunos de los cárteles de más duración son el de los *Productores de uva y vinos de Jerez* (18 años), el de la *Peluquería profesional* (20 años), el de *Gestión de residuos sanitarios* (12 años) o el de *Envases hortofrutícolas* (10 años). Pero mediante la implantación del sistema de clemencia, en el que luego nos detendremos, esta tendencia a la

⁴² *Vid. PETITBÒ A.: Cit.*, pp. 22-25.

durabilidad de los cárteles mejor organizados se quiebra, como en el caso de *Envases hortofrutícolas* o el de *Peluquería profesional* que fueron detectados por denuncias de los chivatos.⁴³

8.3.1. *Intercambio de información*

Conscientes del riesgo de ruptura o de indisciplina, los cárteles, junto al acuerdo, deciden establecer un sistema de medidas disciplinarias e, incluso, un sistema de sanciones. Lógicamente, la eficiencia de estos sistemas es más elevada si el cártel se establece en mercados oligopolísticos estrechos o en mercados con barreras de entrada. En este contexto, el intercambio de información (entre sus componentes) es fundamental.

Este intercambio de información puede detectarse en la mayoría de expedientes sobre cárteles, por ejemplo en el expediente *Licitaciones de carreteras* puede leerse: ``Las empresas se han comunicado sus ofertas y han acordado manipular las mismas para establecer bajas más reducidas, o lo que es lo mismo, precios más altos en las licitaciones...'', en el caso *Navieras Ceuta-2* se sostiene que ha quedado probado ``la existencia de intercambios de información entre las navieras sobre variables básicas de competencia como son las tarifas, las cuotas y los honorarios, que no tienen otra justificación que adoptar acuerdos anticompetitivos''.⁴⁴

8.3.2. *El ``umbrella effect'' o efecto paraguas*

En este supuesto una empresa o sujeto ajeno al cártel se aprovecha de este (bajo el paraguas de un cártel) y de las circunstancias del mercado para elevar también los precios o establecer condiciones más onerosas o gravosas.

Estos terceros ajenos al cártel, en virtud de la normativa general de obligaciones y contratos, tal vez cabría imputarles alguna responsabilidad civil contractual por incumplimiento de sus obligaciones o de la buena fe contractual, pero, en principio, esa responsabilidad no tendría su origen en un ilícito *antitrust*. Ya que para exigir una responsabilidad civil por daños derivados de una conducta restrictiva de la competencia, habría que probar al menos una concentración tácita en el cártel y, además, en su caso, la existencia de dolo o culpa en esa actuación. Circunstancias muy difíciles de demostrar en la

⁴³ *Vid. PETITBÒ A.: Cit.*, pp. 26.

⁴⁴ *Vid. PETITBÒ A.: Cit.*, pp. 26-27.

práctica, ya que ese tercero ajeno al cártel realmente no ha participado en él, su conducta es más bien una conducta conscientemente paralela.⁴⁵

Todo ello tiene sentido, ya que, como regla general, el cártel fija los precios por encima de los precios de competencia, ante esta situación las empresas ajenas al cártel (intrusos) pueden competir en beneficio propio y sin riesgos.

8.3.3. Posibles cooperadores en los cárteles

A continuación se mencionan algunos posibles cooperadores en la formación y desarrollo de los cárteles, citando algunos famosos casos en los que dichos cooperadores quedó demostrado que actuaron.

1 Asociaciones empresariales: que contribuyen a reducir los costes de formación y administración de los cárteles. Lo mismo sucede cuando el número de operadores es reducido y, en consecuencia, el coeficiente de concentración es muy elevado. Pueden citarse expedientes como *Almacenes de hierro*, *Transportes Barcelona* o *Coches de alquiler* (donde fueron imputadas las asociaciones AECA y AESVA por desplegar en el seno del cártel una conducta calificada de organización y vigilancia). La frecuencia con la que las organizaciones empresariales son la base sobre la que se edifican conductas cartelizadas aconseja el desarrollo de una estrategia de vigilancia sobre las mismas.

2 La Administración Pública: en ocasiones impulsa y refuerza el cártel. Pueden citarse expedientes como *Vinos finos de Jerez*, *Productores de uva y vino de Jerez* o *Plataforma del mejillón*. En este punto, debería aclararse la responsabilidad de los administradores públicos y dejar claro que las administraciones públicas no pueden ser cooperadoras necesarias en los cárteles.

3 Abogados, notarios y censores jurados: los cárteles cuentan, en ocasiones, con el asesoramiento de estos profesionales jurídicos. Tal asesoramiento, no siempre eficiente, puede observarse en expedientes como *Almacenes de hierro* (asesor legal), *Hormigón y productos relacionados* (abogado), *Transitarios* (abogado) y *Peluquería profesional* (censor jurado y notario).⁴⁶

⁴⁵ *Vid.* TOBÍO RIVAS A. M.: *Cit.*, pp. 98-99.

⁴⁶ *Vid.* PETITBÒ A.: *Cit.*, pp. 28-31.

8.3.4. Conclusiones

Un estudio realizado en EEUU (país con un derecho, en cuanto a la aplicación privada, notablemente eficaz) en 2012, con una muestra de 75 cárteles bien documentados, obtenía la conclusión de que la suma de las multas impuestas por las autoridades de la competencia, las indemnizaciones triplicadas para los perjudicados (incluyendo los honorarios de los letrados), y las eventuales sanciones penales impuestas a los cartelistas no alcanzaban más que a una cifra que estaba entre el 9 y el 21% de la cantidad necesaria para prevenir eficazmente la conducta ilícita.

Estos resultados coinciden sustancialmente con las conclusiones a las que, a nivel mundial, llega el *Private International Cartels (PIC) Data Set*, un estudio estadístico sobre los cárteles, su persecución y su incidencia en la economía mundial, que explica que las sanciones de todo tipo impuestas a los cartelistas apenas llegan al 20% de los daños que producen.

Por ello puede llegarse fácilmente a la conclusión de que los infractores salen generalmente ganando en un sistema de aplicación privada conocido por su eficacia, como el del Derecho federal americano, en el que se permite y prevé la imposición de daños punitivos, ¿Cuál será entonces la eficacia del Derecho europeo de la competencia?. Incluso prescindiendo de los datos sobre EEUU, seguro que llegaríamos a la misma conclusión si nos cuestionásemos los resultados, en términos de eficacia, que cabe esperar de un sistema en el que la impunidad de los infractores desde el punto de vista resarcitorio es la regla general, y en el que las multas que imponen las autoridades antitrust están limitadas por un tope, como el del 10% del volumen de negocios del art. 23.2 del Reglamento 1/2003, al que casi nunca se llega y que, además, no guarda la más mínima relación con el beneficio de los autores de los ilícitos.⁴⁷

Quedan constatados los enormes perjuicios que los cárteles conllevan tanto para los consumidores como para el bienestar económico general, y su persecución por las ADC que en ocasiones pecan de una pobre utilización del análisis económico y de la consideración de sus efectos sobre los mercados afectados por las conductas de los cárteles.

⁴⁷ *Vid. PEÑA LÓPEZ F.: Cit.*, pp. 19-24.

9. PROGRAMAS DE CLEMENCIA

Los programas de clemencia, también conocidos como *leniency programmes* nacidos en Estados Unidos, son un eficaz medio de desestabilización de acuerdos secretos colusorios entre competidores. Su finalidad es inducir a las empresas participantes de un cártel a colaborar de forma activa y determinante en su detección y sanción, a cambio de la exención (o reducción sustancial) de las multas aplicables por dichas violaciones.

La Directiva en su art. 2.15 los define como ``todo programa relativo a la aplicación del art. 101 TFUE o de una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participe en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que el mismo conozca del cártel y su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del proceso, la dispensa del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma''.⁴⁸

Pero la principal preocupación de la Directiva poco tiene que ver en realidad con la eficacia de la aplicación privada del Derecho de la competencia, su principal fin es en relación a los programas de clemencia, ya que existía el temor, por parte de las autoridades europeas, a que una aplicación privada en Estados como Reino Unido o Alemania, pusiese en peligro la eficacia de estos programas de clemencia.

La clemencia, desde su introducción en el Derecho europeo en 2006 (y en el español en 2008), se ha convertido en uno de los mayores éxitos de la política *antitrust*. Por ello el temor de las autoridades era que en el ámbito de la aplicación privada se terminase persiguiendo a las empresas que, al participar en el programa de clemencia y revelar su participación en el cártel, se presentasen como los demandados más asequibles para las víctimas de las infracciones, es decir una mayor vulnerabilidad frente a las acciones civiles. Por esta razón, una buena parte de las normas de la Directiva se dirigen, por un lado, a restringir o, en ocasiones, impedir el acceso a las pruebas aportadas por los que participan en un programa de clemencia dentro de los expedientes administrativos y, por otro lado, a tratar de mejorar su posición dentro de los posibles demandados por las acciones de daños, haciéndolos menos atractivos para los perjudicados.⁴⁹

⁴⁸ *Vid. HERRERO SUÁREZ C.: Cit. ``La Transposición de la Directiva...'', pp. 155.*

⁴⁹ *Vid. PEÑA LÓPEZ F.: Cit. , pp. 27.*

En la web de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) puede leerse: ``Una de las novedades de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ha sido la introducción en nuestro sistema de los programas de clemencia, ya puestos en práctica con existo en Estados Unidos y en la UE. El programa de clemencia es un poderoso instrumento en manos de las autoridades de defensa de la competencia para la detección de los carteles, en cuanto atentados más dañinos contra la competencia. La clemencia puede beneficiar a aquellas empresas que aporten elementos de prueba que posibiliten a la CNMC la detección del cartel, siempre que no hayan sido las instigadoras del mismo y pongan fin a su participación en la conducta prohibida. El chivato puede incluso, salir beneficiado de la situación al imponer costes a sus competidores, alcanzando así ventajas competitivas, por lo que participar en un cártel puede ser un movimiento estratégico rentable.⁵⁰

Ya antes de la Directiva 2014/104/UE, existían suficientes incentivos para acogerse a los programas de clemencia, ya que el número de solicitudes de clemencia presentado ante la autoridad de competencia española entre los años 2010 y 2016 fueron un total de 43 (19 solicitudes de exención y 24 de reducción).

Tras la Directiva, y lo que esta supone (presunción *iuris tantum* de que los carteles generan daños, facilidades en el acceso a la prueba...), hubo cierta alarma sobre la repercusión que tendría en los famosos programas de clemencia y si tendría un efecto desincentivador, lo cual es erróneo, ya que la posición del beneficiario de exención mejora notablemente con la nueva normativa.⁵¹

A modo ejemplificativo, en Estados Unidos, donde la regla son las reclamaciones de perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia y se conceden daños punitivos (como hemos explicado anteriormente en este trabajo), los datos indican que el 90% de las sanciones impuestas por el Departamento de Justicia por carteles están vinculadas a investigaciones iniciadas por solicitudes de clemencia. Y para combatir el riesgo de desincentivar las solicitudes de clemencia ante el incremento del número de demandas por daños, en 2004 reformó su regulación de *leniency* para permitir que el solicitante de exención eluda la responsabilidad conjunta y solidaria de daños punitivos.⁵²

⁵⁰ *Vid. PETITBÒ A.: Cit.*, pp. 15-16.

⁵¹ *Vid. ÁLVAREZ SAN JOSÉ M.*: ``Las acciones de reclamación de daños derivados de infracciones de cártel como elemento dinamizador del programa de clemencia'', en *Anuario de la Competencia 2017*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 191-193.

⁵² *Vid. ÁLVAREZ SAN JOSÉ M.: Cit.*, pp. 197-198.

9.1. Protección de las declaraciones de clemencia

Según el art. 6.6.a) de la Directiva 2014/104/UE, las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia, quedan excluidas con carácter absoluto de la exhibición de pruebas contenidas en un expediente de la autoridad de competencia. Dotándolas de máxima protección, y ubicándolas en la llamada ``lista negra'', incluso después de haber concluido el procedimiento administrativo, en dicha lista se encuentran los documentos que los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden ordenar exhibir a una parte o a un tercero.⁵³

9.1.1. Ordenamiento jurídico español

La D.A. 2.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, introdujo en la LEC el art. 15.bis, que permite que, ante un requerimiento de información por los órganos judiciales en procesos de defensa de la competencia, la autoridad de competencia no facilite tal información cuando esta se haya obtenido en el marco del programa de clemencia.

El Real Decreto Ley 9/2017 modificó la normativa española añadiendo el nuevo art. 283.bis.i) que protege las declaraciones en el marco de un programa de clemencia.

Estas declaraciones son según la Directiva ``toda declaración, verbal y escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una 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 un 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''.⁵⁴

Por lo que puede decirse que los solicitantes de clemencia ante la CNMC están en una posición más favorable que antes de la Directiva, donde había una enorme inseguridad jurídica sobre el acceso a la documentación vinculada a la clemencia ya que el TJUE establecía que dependía de un análisis del caso concreto que debía realizar el juez nacional competente según la normativa nacional (casos *Pfleiderer* en 2011 y *Donau Chemie* en 2013).

⁵³ *Vid.* ÁLVAREZ SAN JOSÉ M.: *Cit.*, pp. 200-201.

⁵⁴ *Vid.* ÁLVAREZ SAN JOSÉ M.: *Cit.*, pp. 201-203.

9.2. Exención de responsabilidad conjunta y solidaria

El art. 71.1 LDC establece la responsabilidad solidaria de los partícipes en una infracción sobre competencia, siguiendo tanto a la Directiva (art. 11) como a la jurisprudencia sobre la responsabilidad conjunta y solidaria por los daños causados por un cártel, en los que no es posible individualizar la responsabilidad del ilícito⁵⁵.

Para acabar con este desincentivo, el art. 11 de la Directiva en sus párrafos 4, 5 y 6, exceptúa de la responsabilidad conjunta y solidaria al solicitante de clemencia, establece un régimen específico para los casos de *umbrella damages* (que en el punto 8.3.2 de este trabajo explicamos) y para los casos de insolvencia del resto de coinfractores.⁵⁶

9.2.1. Ordenamiento jurídico español

Con la trasposición de la Directiva, la LDC incluye en su art. 73.4 que los beneficiarios de la exención del pago de la multa en el marco de un programa de clemencia, solo responde solidariamente ante sus compradores o proveedores directos o indirectos y ante otras partes perjudicadas cuando no pueda obtenerse el pleno resarcimiento de las demás empresas implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia.

Esta dispensa de responsabilidad conjunta y solidaria es un incentivo especialmente valioso para las empresas partícipes en el cártel con una menor cuota de mercado, ya que de ser beneficiarios de clemencia responderían tan sólo ante sus compradores o proveedores directo o indirectos del producto cartelizado y evitarían ser demandadas solidariamente por los sobrecostes generados por todas las empresas del cártel.⁵⁷

9.2.2. Diferencia de trato entre el beneficiario de exención y el de reducción

El beneficiario de reducción no obtiene el beneficio relativo a la extinción de responsabilidad conjunta y solidaria que si tiene el beneficiario de exención, ya que si no se eliminaría uno de los privilegios más positivos de los que goza el beneficiario de extinción. Mientras que el beneficiario de reducción estará con mayor probabilidad en posición de recurrir en vía administrativa la resolución sancionadora (cosa que el beneficiario de

⁵⁵ La solidaridad impropia (construcción jurisprudencial) se da en los supuestos en los que ``hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad y ante la imposibilidad de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad'' (STS, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 1998, rec. 1892/1994). También puede ``declararse la solidaridad de la obligación de reparar el daño cuando no existen datos suficientes para atribuir cuotas concretas'' (STS, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1996, rec. 3452/1992).

⁵⁶ *Vid. ÁLVAREZ SAN JOSÉ M.: Cit.*, pp. 203-204.

⁵⁷ *Vid. ÁLVAREZ SAN JOSÉ M.: Cit.*, pp. 204-205.

exención como regla general, no), razonándolo en discrepar con la CNMC en el porcentaje de reducción de multa aplicado, retrasando así la fecha de firmeza de la resolución, y evitando de ese modo convertirse en objetivo preferente de las reclamaciones de daños. Además, otro de los privilegios del beneficiario de exención es que ante él sólo pueden demandarle en repetición (el resto de infractores), por la cuantía del perjuicio que dicho beneficiario haya causado a sus propios compradores o proveedores, directos o indirectos (art 73.5 LDC).⁵⁸

9.3. Conclusión

Aplicando la teoría de juegos, y concretamente el dilema del prisionero, podemos entender la base del éxito de los programas de clemencia, ya que estos se basan en la cooperación de uno de los sujetos intervenientes en el ilícito (en el caso de un cártel, un ilícito anticompetitivo) con las autoridades que persiguen dicho ilícito (las autoridades de competencia, en el caso de un cártel).

Los delincuentes (empresas cooperadoras en un cártel) cooperan entre sí para la consecución de un delito (fijación de precios, reparto de mercado...), pero están en riesgo de ser descubiertos en cualquier momento (de oficio por las autoridades de competencia o por la denuncia de un anónimo). Si fuesen descubiertos, todos ellos serían sancionados por la conducta ilegal, pero existe una forma de librarse de dicha sanción.

Cooperando con las autoridades (facilitando documentos, información, pruebas...), cualquiera de los delincuentes podría quedar exento o reducir su sanción notablemente, y esta posibilidad está abierta para todos y cada uno de los partícipes en el hecho delictivo, lo que supone que la desconfianza y egoísmo de cada uno de los sujetos intervenientes puede hacer dinamitar en cualquier momento su acuerdo de silencio para no ser descubiertos.

Esto, unido al riesgo que supone ser descubiertos en cualquier momento ya sea de oficio o por una fuerte anónima, hace que la posibilidad de que uno de los delincuentes llegue a un acuerdo con las autoridades y se ``chive'' sea más que probable.

En definitiva el programa de clemencia es considerado, en todas las jurisdicciones que lo han introducido, el instrumento más eficaz para la detección y represión de los cárteles.

Y con la reforma de la LDC, tras la Directiva, la posición del solicitante de clemencia se refuerza tanto por la imposibilidad de acceso a la declaración de clemencia, como por la dispensa de la responsabilidad conjunta y solidaria por los daños generados por el cártel.

⁵⁸ *Vid. ÁLVAREZ SAN JOSÉ M.: Cit.*, pp. 205-206.

10. ANÁLISIS DE CÁRTELES

10.1. El cártel del azúcar

10.1.1. Introducción

El cártel del azúcar es uno de los casos más importantes en España, ya que constituyen el primer caso de éxito en la aplicación privada de la normativa de Derecho de la competencia (con indemnizaciones de más de 5 millones de euros), y la primera reclamación *follow-on* exitosa por daños causados por un cártel. El cuál se inició mediante la denuncia interpuesta el 10 de septiembre de 1996 ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) por varias asociaciones empresariales de fabricantes de dulces (galletas, pasteles, caramelos, chocolates y derivados del cacao...).

Debe tenerse también en cuenta que es un caso anterior a la Directiva 2014/104/UE y a la transposición de ella a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto Ley 9/2017, de 27 de mayo de 2017.

Se produjeron variaciones en los precios de venta del azúcar para usos industriales, intercambios de información y acuerdos de fijación de precios y de reparto del mercado. Por la elevada concentración del mercado de producción de azúcar y la intervención y regulación del mismo por la Organización Común del Mercado (OCM) del azúcar (dentro de la Política Agraria Común (PAC)) se contribuyó a dibujar el panorama en el que surgió y operó el cártel.⁵⁹

A modo de visión panorámica sobre el transcurso de este famoso caso, se detallará a continuación un resumen del camino que recorrió el cártel del azúcar.

Su origen se encuentra en la Resolución *Azucareras*⁶⁰ que declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1.1.a) LDC y por el art. 85.1.a) del Tratado de la Unión Europea (TUE), por parte de una serie de empresas azucareras que pactaron el precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 hasta septiembre de 1996, por lo que el TDC impuso diversas sanciones a las empresas condenadas, en particular a la mercantil *Acor* (multa de 151 millones de pesetas).

⁵⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ F. M.: ``Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar'', en *Anuario de la Competencia 2014*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 186-187.

⁶⁰ Resolución del TDC, de 15 de abril de 1999, expte. 426/98.

Esta empresa presenta un recurso de apelación en la vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional (AN) que fue desestimado⁶¹ e igualmente el recurso de casación ante el Tribunal Supremo⁶². Una vez que la Resolución del TDC ganó firmeza administrativa (ya que con la entonces vigente, LDC 1989 según su art. 13.2 era un requisito necesario para entablar una acción de daños), se presentó una acción resarcitoria ante el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid contra la citada empresa (donde tenía su domicilio social). El fallo fue favorable a las demandantes, y la empresa fue condenada a pagar a las empresas perjudicadas unas cantidades con un importe total de más de un millón de euros⁶³. Esta sentencia se recurrió en apelación, y la Audiencia Provincial de Valladolid desestimó dicho recurso⁶⁴.

Por otro lado, el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid dictó una sentencia en la que resuelve una demanda de las mismas compañías contra la azucarera *Ebro Puleva*⁶⁵ consistente en una acción de responsabilidad civil extracontractual por los daños causados a dichas empresas por el mismo cártel, la cual es favorable para los demandantes y condena a la azucarera al pago de cuantiosas indemnizaciones por los daños causados. Pero curiosamente, el recurso de apelación es admitido, y al contrario que en el pronunciamiento de la AP de Valladolid, la AP de Madrid sí considera que hubo *passing-on*, y niega el resarcimiento patrimonial⁶⁶ a las empresas que se lo reclamaban a la azucarera *Ebro Puleva* (actualmente *Ebro Foods S.A.*).

Finalmente, los recursos de casación planteados ante el TS se resolvieron el 8 de junio de 2012 para la empresa *Acor*⁶⁷ y el 7 de noviembre de 2013 para *Ebro Foods*⁶⁸, zanjando la discusión sobre la repercusión de los sobrecostes. Afirma en ambos pronunciamientos que no debe sostenerse una concepción limitativa del *passing-on*, que se ciña a la simple repercusión del sobreprecio, sino que considera que para la excepción del *passing-on* triunfe debería no existir ningún otro perjuicio al comprador directo (además del sobreprecio) susceptible de indemnización. Además, para que haya resarcimiento patrimonial debe

⁶¹ SAN (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6.^a). de 4 de julio de 2002.

⁶² STS (Sala 3.^a), de 26 de abril de 2005.

⁶³ SJPI núm. 11 de Valladolid, de 20 de febrero de 2009, proc. Ord. 571/2007.

⁶⁴ SAP Valladolid (Sección 3.^a), de 9 de octubre de 2009, rec. núm. 214/2009.

⁶⁵ SJPI núm. 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, proc. ord. 735/2007.

⁶⁶ SAP de Madrid (Sección 8.^a), de 3 de octubre de 2011, rec. núm. 370/2010.

⁶⁷ STS de 8 de junio de 2012, rec. 2163/12 (RJ 5462/2012).

⁶⁸ STS de 7 de noviembre de 2013, rec. 5819/13 (RJ 5819/2013).

demonstrarse que las empresas afectadas por el cártel no repercutieron el sobreprecio en sus clientes.⁶⁹

RECLAMACIONES JUDICIALES DE DAÑOS POR EL CÁRTEL DEL AZÚCAR

<i>Valladolid (Acor)</i>	<i>Fecha</i>	<i>Indemnización (€)</i>	<i>Éxito %</i>
Demanda	20 de abril de 2007	900.264,66 + intereses desde demanda + costas	
Primera Instancia (núm. 11)	20 de febrero de 2009	0	0
A. Provincial (Sec. 4) núm. 261/2009	9 de abril de 2009 ^a	900.264,66 + intereses desde demanda + costas	100
Tribunal Supremo (Sala Civil) ^b , núm. 304/2012	8 de junio de 2012	900.264,66 + intereses desde demanda+ costas	100

<i>Madrid (Ebro)</i>	<i>Fecha</i>	<i>Indemnización (€)</i>	<i>Éxito %</i>
Demanda	26 de abril de 2007	4.060.119,81+ intereses desde de demanda+ costas	
1. ^a Instancia (núm. 50), núm. 59/2010	1 de marzo de 2010	2.030.059,90 + intereses	50
A. Provincial (Sec. 8) ^c , núm. 370/2011	3 de octubre de 2011	0	0
Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 651/2013	7 de noviembre de 2013	4.060.119,81 + intereses desde de demanda+ costas	100

^a Véase P. PÉREZ, «A Spanish Court provides for the first time ever for compensation of damages caused by a cartel (Sugar Cartel)», *e-Competitions*, 2007, 40557.

^b Véanse P. PÉREZ y T. SCHREIBER, «Case Comment: Judgment of the Spanish Supreme Court in ACOR (344/2012) JUNE 8, 2012», *Global Competition Litigation Review*, vol. 1, 2013, 37-41; y P. PÉREZ, «The Spanish Supreme Court confirms the Judgment of the Valladolid Provincial Court in the sugar cartel (Nestlé, Gullón, Zahor)», *e-Competitions*, 2012, 49040.

^c Véase P. PÉREZ, «The Provincial Court of Madrid accepts the passing-on defence in the sugar cartel», *e-Competitions*, 2011, 51098.

10.1.2. *La valoración económica de los daños*

Como ya se explicó en el punto 6.2 de este trabajo, uno de los mayores problemas en las reclamaciones de daños causados por prácticas anticompetitivas, consiste en la valoración económica de los daños. El modelo europeo para la cuantificación de los daños causados por un cártel sigue un criterio orientativo que pretende calcular el daño causado,

⁶⁹ *Vid.* 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 la Competencia 2017*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 229-231.

⁷⁰ *Vid.* FERNÁNDEZ F. M.: *Cit.*, pp.189.

por ejemplo en base a estimaciones de los sobreprecios, y que tiene como finalidad última colocar al perjudicado en la situación en la que se hubiese encontrado de no haberse producido la vulneración de las normas de competencia.

Con la finalidad de fundamentar y apoyar su reclamación, el demandante acompaña un informe pericial de evaluación y cuantificación del daño, al que con frecuencia el demandado opone otro informe que rechaza el anterior. En las dos sentencias dictadas por el TS sobre el cartel del azúcar, se realizan consideraciones sobre las condiciones y requisitos que han de cumplir esas valoraciones periciales.⁷¹

En la Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2013⁷² ya se abordaba esta cuestión sobre la cuantificación de los daños, aun siendo anterior a la Directiva 2014/104/UE. Las pautas que siguió el alto tribunal en este sentido, son perfectamente válidas y son reflejadas en su Fundamento Jurídico (FJ) 7º, donde relea entre otras cuestiones que el informe pericial debe partir de ``bases correctas (la existencia del cártel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia) y utilizar un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados a los demandantes, como estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia''. Esto debe matizarse con que dicha valoración no es perfecta, sino que parte de una situación hipotética (*but-for*).

Lo que si exige el TS al informe pericial que presente la parte demandante (víctima del cártel) es que ``formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos''⁷³, al igual que exige al informe pericial que apoya la contestación a la demanda (demandado) que se limite a negar o rechazar la cuantificación efectuada, sino que debe proporcionar una cuantificación alternativa y mejor fundada (algo que según el TS, el informe Lecg. Aportado por *Ebro*, no hacía). Por todo ello el TS, rechaza los planteamientos flexibles o artificiales por parte de los tribunales, realizando cálculos arbitrarios que nada tienen que ver con una estimación razonable y fundada del daño, es decir, censura la solución adoptada por el juzgado de primera instancia que concedió en 50% de la indemnización solicitada, considerándola una solución ``salomónica'' carente de la necesaria justificación⁷⁴.

⁷¹ *Vid.* FERNÁNDEZ F. M.: *Cit.* , pp.195.

⁷² ROJ STS 5819/2013.

⁷³ *Vid.* DÍEZ ESTELLA F.: *Cit.* , pp. 233-234.

⁷⁴ *Vid.* FERNÁNDEZ F. M.: *Cit.* , pp.196.

Con el nuevo art. 72 LDC, a raíz de la Directiva, se plasma el principio de que todo perjudicado tiene el derecho a ser íntegramente compensado por los daños y perjuicios sufridos (como hemos analizado anteriormente en este trabajo), es decir se pretende devolver a la víctima a la situación en la que habría estado si no hubiese existido el ilícito de competencia.

Pero esta novedad, ya se contemplaba en la práctica por parte de nuestros tribunales, ya que en el caso del cártel del azúcar ya se admitió que el resarcimiento de los daños debía cubrir no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante (de acuerdo al art. 1106 CC en relación con la responsabilidad extracontractual) y los intereses⁷⁵.

10.1.3. Valoración de las decisiones de las autoridades administrativas en relación con las reclamaciones privadas de daños

Existía la duda del valor que debía dársele a las sanciones de las autoridades administrativas en cuanto a las infracciones del Derecho de defensa de la competencia (sobre todo a las decisiones de la autoridad nacional de defensa de la competencia), cuando posteriormente de dichas decisiones se presentaba una reclamación de daños (acción *follow-on*). Esto es de enorme importancia debido a la complejidad que tiene para las víctimas de una práctica anticompetitiva, el conocer y probar la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y las particularidades de cada caso.

El TS, en este caso, en los FJ 3º y 4º hace una reflexión de la cuestión anteriormente planteada y establece que los hechos probados en un procedimiento sancionador, una vez confirmados en vía judicial (contencioso-administrativa), vinculan a la jurisdicción civil: ``El escenario fáctico sobre el que se dictan las resoluciones de una y otra jurisdicción es, en cuanto a la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, el mismo, porque en la jurisdicción civil se solicita la indemnización de los daños y perjuicios causados por el cártel cuya actuación fue el objeto de la sentencia dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa, que enjuició la conducta anticoncurrencial desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador''.⁷⁶

⁷⁵ *Vid.* 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*, nº38, 2017, pp. 7.

⁷⁶ *Vid.* FERNÁNDEZ F. M.: *Cit.*, pp.191-192.

Por lo que, si los hechos y la infracción sobre los que versa la reclamación de daños son los mismos y no hay elementos de prueba adicionales, los tribunales civiles no deben separarse de la decisión tomada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por esto mismo, el TS consideró inadmisible que la Audiencia Provincial de Madrid contradijese la decisión firme y estimase que pudo no existir infracción de la normativa de defensa de la competencia.⁷⁷

10.1.4. Defensa del passing-on. El traslado del daño aguas abajo

Como también se ha explicado anteriormente (en el punto 7 de este trabajo), la traslación del sobrecoste a los clientes del perjudicado, es decir la conocida como defensa de *passing-on* permite excluir o reducir el importe de la indemnización que debe satisfacer la empresa infractora. Ya que la empresa presuntamente lesionada por el ilícito de competencia, ha trasladado el precio del sobrecoste a sus clientes, por lo que si recibiese una indemnización por un perjuicio que ha trasladado en otro, se produciría un enriquecimiento injusto, según esta teoría.

Esto suele ocurrir en los carteles de bienes intermedios, es decir aquellos bienes que son utilizados a su vez para la fabricación de otros productos destinados al consumidor final (como ocurre en el caso del cártel del azúcar), por lo que el infractor de la normativa de competencia al que se reclama el resarcimiento de los perjuicios causados, podrá alegar que el demandante no sufrió realmente los daños que reclama, sino que los trasladó a sus clientes, produciéndose así un enriquecimiento injusto.⁷⁸

El TS acepta esta posibilidad de defensa, pero debe ser el demandado quien pruebe que ha existido esa repercusión del daño a terceros. Pero aun cuando quedase acreditado dicho traslado del sobreprecio, no significa que no pueda haber daño indemnizable, debe probarse que con la subida de precios del producto final se ha logrado repercutir el daño sufrido por la actuación del cártel. Ya que el aumento del precio del producto puede haber producido una disminución en las ventas...

Esta situación que ya planteó el TS en el caso del cartel del azúcar, se contempla en el nuevo art. 78 LDC que permite la posibilidad de que el perjudicado pueda acreditar que su perjuicio se materializó en una reducción de las ventas derivadas de la práctica restrictiva, ya que tuvo que soportar mayores costes que trasladó *aguas abajo* a sus clientes. Este artículo

⁷⁷ *Vid. FD 4º de la Sentencia núm. 370/2011, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 8ª), de 3 de octubre.*

⁷⁸ *Vid. FERNÁNDEZ F. M.: Cit. , pp.193.*

permite entonces a los demandados invocar la defensa del *passing-on* para evitar una sobrecompensación y el enriquecimiento injusto.⁷⁹

Para concluir, debe aclararse que el reclamante tiene que acreditar en la demanda los perjuicios que la conducta infractora le ha provocado, haciendo una estimación, y con ello el juzgador podrá adoptar su decisión. Y que el daño comprende como ya se ha dicho, tanto el perjuicio directamente causado mediante el sobreprecio cobrado por la existencia del cártel (''efecto precio''), como el eventual lucro cesante derivado del posible efecto negativo del cobro del sobreprecio en una menor cantidad de producción y venta (''efecto cantidad''). Para este último efecto es crucial la estimación del posible traslado por los fabricantes a otros mercados *aguas abajo*, perjudicando a otros agentes o a los consumidores pero este no es el caso del cártel del azúcar, ya que los fabricantes limitaron su reclamación al daño emergente o importe del sobreprecio.⁸⁰

10.1.5. Conclusión

En el caso del cártel del azúcar (*Ebro* y *Acor*), el TS se pronunció sobre diversos temas de gran importancia en relación a la aplicación privada del Derecho de la competencia, con el valor añadido de que dichos pronunciamientos se produjeron antes de la trasposición de la Directiva 2014/104/UE. Temas como la relación con los pronunciamientos sancionadores y contencioso-administrativos previos, la cuantificación del daño, el uso del *passing-on* como defensa... que marcaron un camino para las acciones de daños *antitrust* futuras.

10.2. Caso del Seguro Decenal (SDD)

10.2.1. Introducción

La Resolución⁸¹ de la entonces Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 12 de noviembre de 2009, impuso a seis compañías aseguradoras y reaseguradoras (*Asefa, Caser, Mapfre, Münchener, Scor y Swiss Re*) multas que llegaban a casi 121 millones de euros por la comisión de prácticas anticompetitivas en el mercado del seguro decenal entre 2002 y 2007 (infracción de los arts. 1.1 Ley 15/2007 y 101.1 del TFUE).

⁷⁹ *Vid. VIDAL MARTÍNEZ P. y ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO T.: Cit. , pp. 25.*

⁸⁰ *Vid. FERNÁNDEZ F. M.: Cit. , pp.192.*

⁸¹ Expte. S/0037/08, *Compañías de Seguro Decenal.*

La infracción sancionada por la CNC comprendía tanto el cártel (de aseguradoras y reaseguradoras), como las medidas de vigilancia y cumplimiento, entre ellas el boicot que algunas de las cartelistas emplearon para evitar que *Musaat* lanzara al mercado una póliza que no respetara los precios y condiciones establecidas por el cartel.⁸²

La CNC estableció como acreditada la evidencia del acuerdo inicial de precios mínimos y la intención de las empresas de aplicarlo y extenderlo a todo el mercado de seguros decenales. Además, tuvo en cuenta los mecanismos destinados al aseguramiento y control del acuerdo anticompetitivo (por ejemplo con el boicot) para impedir la bajada de precios.

Las seis empresas sancionadas decidieron entonces acudir a la vía contencioso-administrativa ante la AN, quien dictó las Sentencias (*Asefa*⁸³, *Caser*⁸⁴, *Mapfre*⁸⁵, *Münchener*⁸⁶, *Scor*⁸⁷ y *Swiss Re*⁸⁸) que anulaban por completo la Resolución de la CNC. Todas ellas (aun siendo dictadas por la misma Sección 6^a) siguieron razonamientos jurídicos distintos, con el único punto en común sobre el documento ``medidas correctoras SDD 2001'' que establecía que el comportamiento de aseguradoras y reaseguradoras no era un acuerdo de voluntades propiamente dicho y por ello no constituía infracción del art. 1 LDC ni del art. 101 TFUE.⁸⁹

Ante esta situación excepcional de discrepancias judiciales, la Comisión Europea hizo uso de una herramienta del *amicus curia* en los recursos de casación contra las Sentencias de la AN ante el TS. En 2015 se resolvieron las seis sentencias, en cuatro de los casos (*Asefa*, *Caser*, *Scor* y *Swiss Re*) se anulaban los pronunciamientos de la AN y se ratificaba la Resolución original de la CNC, pero en los otros dos (*Mapfre* y *Münchener*) los confirma y declara la conducta de estas empresas no contraria al art. 1 LDC.⁹⁰

⁸² *Vid. DÍEZ ESTELLA F.: Cit.*, pp. 220.

⁸³ SAN de 4 de enero de 2013, RJ 1/2013 (ECLI:ES:AN:2013:1).

⁸⁴ SAN de 14 de diciembre de 2012, RJ 5233/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5233).

⁸⁵ SAN de 20 de marzo de 2013, RJ 1176/2013 (ECLI:ES:AN:2013:1176).

⁸⁶ SAN de 18 de diciembre de 2012, RJ 5306/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5306).

⁸⁷ SAN de 18 de diciembre de 2012, RJ 5232/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5232).

⁸⁸ SAN de 10 de abril de 2013, RJ 1663/2012 (ECLI:ES:AN:2012:1663).

⁸⁹ *Vid. DÍEZ ESTELLA F.: Cit.*, pp. 221.

⁹⁰ *Vid. DÍEZ ESTELLA F.: Cit.*, pp. 222.

Tabla 1. Cuadro-Resumen Sentencias

	<i>RCNC 12/XI/09 S/0037/08</i>	<i>AN Fecha</i>	<i>Fallo Audiencia</i>		<i>TS Fecha</i>	<i>Fallo T. Supremo 2015</i>	
Asefa	27,759 M€	4/I/13	Anula RCNC	Sin prueba+REC	26/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC
Caser	14,241 M€	14/XII/12	Anula RCNC	Falta culpa	26/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC
Mapfre	21,632 M€	20/III/13	Anula RCNC	Sin prueba	27/V	Confirma SAN	Sin prueba
Münchener	18,856 M€	18/XII/12	Anula RCNC	Sin prueba	9/VI	Confirma SAN	Sin prueba
Scor	18,599 M€	18/XII/12	Anula RCNC	Sin prueba+REC	22/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC
Swiss	22,641 M€	10/IV/13	Anula RCNC	Sin prueba+REC	22/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC

91

*10.2.2. La acción de resarcimiento patrimonial*⁹²

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12, de 9 de mayo de 2014⁹³, estima la demanda de resarcimiento patrimonial entablada por *Musaat*, aseguradora que no participó en el cártel y que ofreció el seguro decenal a precios inferiores a los mínimos pactados. Esta sentencia condena a las aseguradoras *Asefa* y *Caser* y a la reaseguradora *Scor* a pagar a *Musaat* una indemnización de 3.550.615'70 euros por los daños y perjuicios derivados del boicot y retorsión (vulnerando el art. 1 LDC y el 101 TFUE).

El Juzgado de lo Mercantil estima acreditado que ``las tres codemandadas primero presionan a fin de que *Hannover Re* no reasegurase a *Musaat*'' por lo que califica este comportamiento como actos de boicot y las ``advertencias'' realizadas a la otra empresa pueden ser calificadas como actos de retorsión.

Es de suma importancia también, que el juez mercantil sigue el precedente marcado por el TS en Sentencia de 7 de noviembre de 2013 que decía que en relación a la vinculación de los hechos probados y la valoración de la prueba documental obrante en el expediente administrativo y presentada junto con la demanda, en el ejercicio de su labor judicial, dado que se ha incorporado al procedimiento ha de valorarse conforme al art. 2017 LEC, lo que permite al juez mercantil llegar a un fallo distinto del resultado obtenido en el proceso administrativo. Ya que a raíz de esto, a diferencia de lo que estimó la AN negando la

⁹¹ *Vid. DÍEZ ESTELLA F.: Cit.*, pp. 222.

⁹² *Vid. DÍEZ ESTELLA F.: Cit.*, pp. 223-227.

⁹³ Sentencia núm. 22/2014, del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014, RJ 24/2014 (ECLI:ES:JMM:2014:118).

existencia de un cártel y de actos de boicot y retorsión, el Juzgado de lo Mercantil estima todo lo contrario.

Lo interesante de la Sentencia del juez mercantil es que no se pronuncia directamente sobre el cartel, sino que lo hace sobre el boicot y la retorsión, y que se dicta antes de que la Resolución de la CNC devenga firme.

Puede concluirse que no toda acción de resarcimiento tiene que ser una *follow-on* e ir detrás de una decisión administrativa, y el caso *Musaat* es un claro ejemplo de acción *stand-alone* y de que este tipo de acciones también pueden triunfar.

10.2.3. La valoración económica de los daños

Musaat reclamo indemnización tanto por el daño emergente como por el lucro cesante, considerando que por el boicot sufrido tuvo perjuicios económicos graves (disminución de ventas considerable por los actos competitivos llevados a cabo por las empresas demandadas), y reclamó también el coste real del contrato cuota-parte que firmó en 2007, consecuencia del boicot.

La sentencia de primera instancia desestima el lucro cesante, razonando en su FJ 13 que no consta acreditado: ``No se ha acreditado que un número significativo de clientes contratara otros productos debido a las conductas que se reprocha a las demandadas. Ni siquiera se acredita que un número significativo solicitase información o acreditación sobre la solvencia o situación económica de *Musaat*, como indicio de la afirmación que realiza la actora sobre la pérdida de parte de esta oportunidad de negocio''.

En relación al daño emergente, la sentencia de 2014 concluye que: ``Inicialmente *Hannover* estaba dispuesta a ofertar un reaseguro XL. Sin embargo, *Musaat* finalmente hubo de contratar reaseguro XL y reaseguro proporcional cuota parte del 15% que cubre la prioridad (los primeros 500.000) pero donde *Musaat* paga el 15% de todas las primas, con la reaseguradora, lo que obviamente no le ha resultado ``gratis'' a *Musaat*, con lo que los cálculos que cuantifican el daño emergente en ``0'' euros o por un importe anecdótico, son directamente descartables por contrarios a la lógica empresarial y económica'' (FJ 13).

En relación con el informe pericial de *Marketingroup* aportado por *Musaat*, la jueza lo acepta con algunas correcciones y reprochando que se extralimita de cierto modo, ``No es objeto de la pericia acreditar y valorar la concurrencia de la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño. Sin embargo, esta ha de abarcar la realidad o no de los daños

reclamados y su valoración, acudiendo cuando ello sea posible a elementos objetivos (...) para valorar las esperanzas, expectativas, previsiones y perspectivas económicas y de mercado futuras'' (FJ 13).⁹⁴

Tras el recurso de apelación por parte de las demandadas, la Audiencia Provincial establece que al haber rechazado la Sentencia del juez mercantil la pretensión indemnizatoria por el lucro cesante y *Musaat* no recurrir en apelación, entiende que lo asumió tácitamente y que por tanto la única cuestión controvertida es el daño emergente (establecido en 3.550.615'70 euros), que rebaja a la cantidad de 2.928.848'80 euros basándose en datos de carácter económico, informes periciales... (FJ 4).

10.3. Cártel de los camiones

10.3.1. Introducción

El cártel de los camiones es uno de los cárteles de más actualidad y en el que se manejan unas cifras económicas desorbitantes. La Comisión Europea concluyó que los fabricantes *Man*, *Volvo/Renault*, *Daimler*, *Iveco* y *Daf* habían llegado a acuerdos secretos para repercutir sobre sus compradores los costes del cumplimiento de la normativa de emisiones.

El 19 de julio de 2016 (asunto AT.398249, *Camiones*) la Comisión impuso a las citadas empresas una sanción de 2.926 millones de euros por la participación en un cártel de 14 años de duración (desde 1997 hasta 2011) que afectó a toda la comunidad europea.

Más tarde, el 27 de septiembre de 2017, se multó a *Scania* por valor de 880 millones de euros mediante un procedimiento distinto (ya que no se había acogido al régimen transaccional como el resto de empresas en el expediente sancionador).⁹⁵

10.3.2. Problemática de la cuantificación del daño

Las conductas infractoras en el cártel fueron: 1 los acuerdos o prácticas concertadas sobre fijación y aumento de precios, 2 los acuerdos o prácticas concertadas sobre el calendario para la introducción de las tecnologías de emisiones de CO₂ exigida por las normas EURO3 a EURO6 y 3 los acuerdos o prácticas concertadas para la repercusión a los compradores del coste de introducción de dichas tecnologías.

⁹⁴ *Vid. DÍEZ ESTELLA F.: Cit.* , pp. 234-236.

⁹⁵ *Vid. DÍEZ ESTELLA F.: Cit.* , pp. 237-238

Una de las primeras sentencias fue la del Tribunal Regional de Hannover el 18 de diciembre de 2017, en la que se aclara el alcance del principio de presunción de la existencia de daños causados por un cártel (introducido por la Directiva 2014/104/UE y traspuesto en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 76.3 LDC).

Pero como ya adelantaba el profesor FERNÁNDEZ F. M. la escueta información que contiene la Decisión de la Comisión Europea, no va a permitir que sea sencilla la cuantificación del daño sufrido por los adquirentes finales de los camiones. A ello hay que añadir que el acuerdo entre los fabricantes no se materializó en concretas subidas de precios (como suele ocurrir en los cárteles), sino en otros aspectos de su comportamiento (intercambio de información, coordinación de actuaciones...) que hacen aún más difícil el cálculo del daño.⁹⁶

10.3.3. Sentencias sobre el cártel de los camiones en España

Hasta la fecha no existe una sentencia firme sobre el caso del cártel de los camiones en España, pero sí tenemos varias sentencias tanto de Juzgados de Primera Instancia como de Juzgados Mercantiles. En una muestra de 62 sentencias nacionales que tenemos hasta la fecha (siendo 52 de los Juzgados Mercantiles y 10 de los Juzgados de Primera Instancia), podemos analizar los resultados estimatorios y desestimatorios y las causas que han producido esos resultados.

En cuanto a las sentencias de los Juzgados de Primera Instancia (10 sentencias), 4 de ellas han sido estimatorias (con el 5% más los intereses una de ellas y las otras tres con el 15% más los intereses) mientras que las otras 6 se han desestimado (cuatro de ellas por prescripción y las otras dos por falta de legitimación pasiva).

Por otro lado, la mayor parte de la muestra de las 62 sentencia se encuentra en las emitidas por los Juzgados de lo Mercantil (52 en total):

En cuanto a las desestimatorias (21 de esas 52), el motivo que más propicia la desestimación parece ser la falta de legitimación pasiva, que tumba 11 reclamaciones. Otros motivos son la prescripción, la falta de legitimación activa o la falta de prueba del daño.

Las estimatorias (31 de esas 52) establecen un porcentaje de indemnización muy variado, algunas concediendo el 5% más los intereses (12 sentencias, sobre todo los Juzgados Mercantiles de Valencia), otras el 9% más los intereses (7 sentencias en los Juzgados de

⁹⁶ *Vid.* DÍEZ ESTELLA F.: *Cit.* , pp. 238-239

Pontevedra y en 4 de ellas se concedió también las costas judiciales), e incluso algunas el 15% más los intereses.

10.3.4. Análisis de una de las sentencias del cártel de los camiones en España

A continuación, analizaremos algunos de los puntos más importantes de una de las últimas sentencias estimatorias del cártel de los camiones, concretamente la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra, de 16 de octubre de 2019⁹⁷.

La parte demandante (*Transportes Grumari S.L.*) demanda a la empresa *Man*, reclamación de cantidad por daños derivados de actividades infractoras del Derecho de la competencia, consistente en la participación en un cártel que produjo un incremento del precio de adquisición de ciertos tipos de camiones (así lo confirmó la Comisión Europea como hemos explicado anteriormente), por lo que reclama unos perjuicios estimados en 13.135'50 euros y unos intereses devengados de 5.847'10 euros. Para ello se basan en la aplicación del art. 1902 del CC sobre responsabilidad extracontractual.

El tribunal, señala en cuanto a la estimación del daño, lo que ya se adelantaba en este trabajo, se presume la constatación de daños por parte de un cártel (el cual ya resultó acreditado por la propia Comisión Europea), mientras que para la cuantificación del daño, señala que ``dadas las innegables dificultades, se estima suficiente el esfuerzo de recreación de un escenario hipotético pero razonable de estimación''.

En su FJ 4º pasa a pronunciarse sobre las circunstancias que basan la defensa de la demandada, por un lado en relación a la falta de legitimación activa que queda descartada ya que entiende el tribunal que queda probada la compra del camión mediante los documentos aportados por la parte actora. Por otro lado, la prescripción como ya explicaba anteriormente la sentencia no es aplicable el plazo de 5 años que establece la Directiva de daños y la nueva LDC, sino el plazo de 1 año del art. 1968 CC de 1889 para las acciones de responsabilidad extracontractual en general. Pero dicho plazo debe ser contado desde el momento en el que el perjudicado conoció o pudo razonablemente conocer la extensión y afectación concreta de la información, y situarse en las condiciones adecuadas para el ejercicio de la acción. El tribunal entiende que dicho momento es a partir del 6 de abril de 2017, cuando se publicó en el Diario Oficial de la UE la versión no confidencial de la Decisión, ya que considera que antes ``ningún perjudicado prudente podría haber intentado

⁹⁷ Sentencia núm. 188/2019, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra, del 16 de octubre de 2019, AC 2019/1604 (ECLI:ES:JMPO:2019:1145).

ejercitar con garantías una acción *follow-on*''. El pazo además fue interrumpido mediante reclamación notarial a *Man* el 27 de marzo de 2018 por lo que no había prescrito al interponer la demanda el 4 de marzo de 2019. Y por último, en relación a que la demandante no podría reclamar por haber adquirido el camión mediante un *leasing*, el tribunal aclara que ``lo que se reclama es un daño determinado por el sobreprecio abonado para la adquisición del camión, lo relevante y decisivo es ese sobreprecio, pero no el medio jurídico a través del que tal adquisición se haya llevado a cabo (compraventa al contado, *leasing*, venta de bienes muebles a plazos...).

Sobre el informe pericial, se defendía la demandada diciendo que era demasiado genérico y que los autores de dicho informe no tenían los conocimientos necesarios sobre conductas cartelizadas, a lo que el tribunal (FJ 5º) resuelve que no hay unos estudios concretos para ello y que sobra con que los peritos sean (como es el caso) titulados en ciencias económicas, y que la generalidad del informe en estos casos no supone un desvalor ya que la conducta del cártel no permite que los datos sean concretos y específicos, por lo que puede ser la recreación de un escenario hipotético razonable. Además sentencia que el informe pericial presentado por la demandada es incluso más genérico que el presentado por la parte demandante.

En relación a la posible defensa del *passing-on* el tribunal determina que no procede, porque en el informe pericial no se concreta ni demuestra que se haya producido un traspaso del sobrecoste soportado ``aguas abajo'' a los clientes de la demandante y que además ni tan siquiera podría alegarse el traspaso de dicho sobrecoste cuando se está negando categóricamente la existencia de este.

El fallo concluye estimando parcialmente la demanda, y condenando a la demandada (*Man*) a abonar en concepto de indemnización por daños 7.875 euros, los intereses contados desde el 31 de julio de 2007 y las costas procesales.

11. CONCLUSIONES

I. La aplicación privada del Derecho de la competencia ha sido siempre la gran olvidada, quedando relegada a un segundo plano y ocupando el centro de atención la aplicación pública. Pero con la Directiva 2014/104/UE, se ha equilibrado un poco la balanza, para que pueda hacerse efectiva una aplicación privada garantista que permita a las víctimas de infracciones anticompetitivas hacer efectivo su derecho de reclamación de los daños y perjuicios soportados.

II. Uno de los cambios más importantes que ha transformado la Directiva es en relación a la prueba, medio sin el cual las reclamaciones de daños no tendrían sentido. Y como hemos abordado en este trabajo, es un hecho conocido que en los asuntos sobre ilícitos anticompetitivos, la prueba es un lastre de enorme dificultad para la víctima por las circunstancias concretas que rodean los delitos *antitrust*, por lo que medidas tan concretas como por ejemplo la presunción del daño en los carteles, impulsan el éxito y el correcto funcionamiento de la aplicación privada del Derecho de la competencia.

III. En relación a la posibilidad de implantar un sistema de daños punitivos (como en Estados Unidos), como ya exponía anteriormente en este trabajo, la prohibición de sobrecompensación, por no entrar en conflicto con principios básicos de nuestro sistema como el enriquecimiento injusto, refleja un conformismo algo preocupante teniendo en cuenta que no se está pensando del todo en la parte débil y afectada, que es la víctima. Con el agravante de que existen mecanismos perfectamente aplicables, que no entrarian en colisión con los principios básicos del sistema, como el incremento de la indemnización en base a los beneficios obtenidos por los infractores (existentes en leyes nacionales como la LPI, la LP o la LM). Estamos pues ante un sistema *pro reo*, al que aún le queda mucho por avanzar en este sentido.

IV. Un avance importante, también ha sido la ``apertura de ojos'' en relación a la necesidad de conectar el análisis jurídico con el análisis económico en estos asuntos sobre el Derecho de la competencia, y en la aplicación privada la importancia que se le concede a los informes periciales a la hora de valorar los daños. Debe observarse como en los casos más recientes, como el cártel de los camiones, el papel que juegan estos informes es clave para intentar mitigar la enorme dificultad que supone la cuantificación de los daños, evitando así arcaicas soluciones como las que se han aplicado a casos similares, donde jueces resolvían con decisiones salomónicas para no entrar en el complejo trasfondo económico que trae consigo los ilícitos anticompetitivos.

V. En cuanto a los importantes programas de clemencia, prioritarios a nivel europeo (como ha quedado demostrado), su éxito no se ha debilitado con la Directiva, sino que se ha visto reforzado enormemente, ya que ahora no sólo supone la amenaza disuasoria de las multas a nivel administrativo y la posibilidad de ser detectadas las conductas anticompetitivas de oficio, sino que fuentes anónimas pueden informar a las autoridades de competencia sobre conductas, de cártel por ejemplo, y son más los interesados en que esto ocurra, ya que la facilitación de la aplicación privada anima a terceros (consumidores, proveedores...) a ayudar en la detección y posterior represión de los cárteles. Por lo que ahora son muchas más las preocupaciones de los miembros de un cártel, y van más allá de la desconfianza entre el resto de sus socios cartelistas.

VI. Aún quedan muchos pasos por dar para mejorar el sistema de aplicación privada del Derecho de la competencia, como la introducción de mecanismos como la acción colectiva o la revisión de sistemas que prohibían absolutamente la sobrecompensación de la víctima, y se centren en que realizar este tipo de conductas anticompetitivas no sea realmente beneficioso para quienes las realicen. Lo que está claro es que se va por buen camino, teniendo en cuenta que la ausencia de reparación de los daños *antitrust* era la tónica general en las últimas décadas pasadas.

12. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SAN JOSÉ M.: ``Las acciones de reclamación de daños derivados de infracciones de cártel como elemento dinamizador del programa de clemencia'', en *Anuario de la Competencia 2017*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

AMILS ARNAL R. y 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*, julio 2017, N°81.

BROSETA PONT M. y MARTÍNEZ SANZ F.: ``Manual de Derecho Mercantil'', Tecnos, Madrid, 2018, Vol. 1, 25º edición.

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 la Competencia 2017*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

FERNÁNDEZ F. M.: ``Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar'', en *Anuario de la Competencia 2014*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

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'', en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2017, Vol. 9.

HERRERO SUÁREZ C.: ``La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia'', en *Revista de Derecho de la competencia y distribución*, N°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*, Marzo 2016, Vol. 8, N°1.

MONTERO AROCA J.: *Derecho Jurisdiccional, II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PEÑA LÓPEZ F.: ``La responsabilidad civil por daños a la libre competencia'', Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PETITBÒ A.: ``Cárteles: Obsesión sin análisis'', en *Anuario de la Competencia 2014*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

SANCHO GARGALLO I.: ``Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia'', Indret, Barcelona, Febrero 2019.

TOBÍO RIVAS A. M.: ``La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito *antitrust*: Transposición de la Directiva 2014/104/UE'', 2017.

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*, nº38, 2017.

PÁGINAS WEB

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-16989> (consultada el 19/11/2019 a las 13:55).

https://en.wikipedia.org/wiki/Fishing_expedition (consultada el 11/12/19 a las 19:30).

https://es.wikipedia.org/wiki/Forum_shopping el 30/11/2019 (consultada el 15/12/19 a las 17:20).