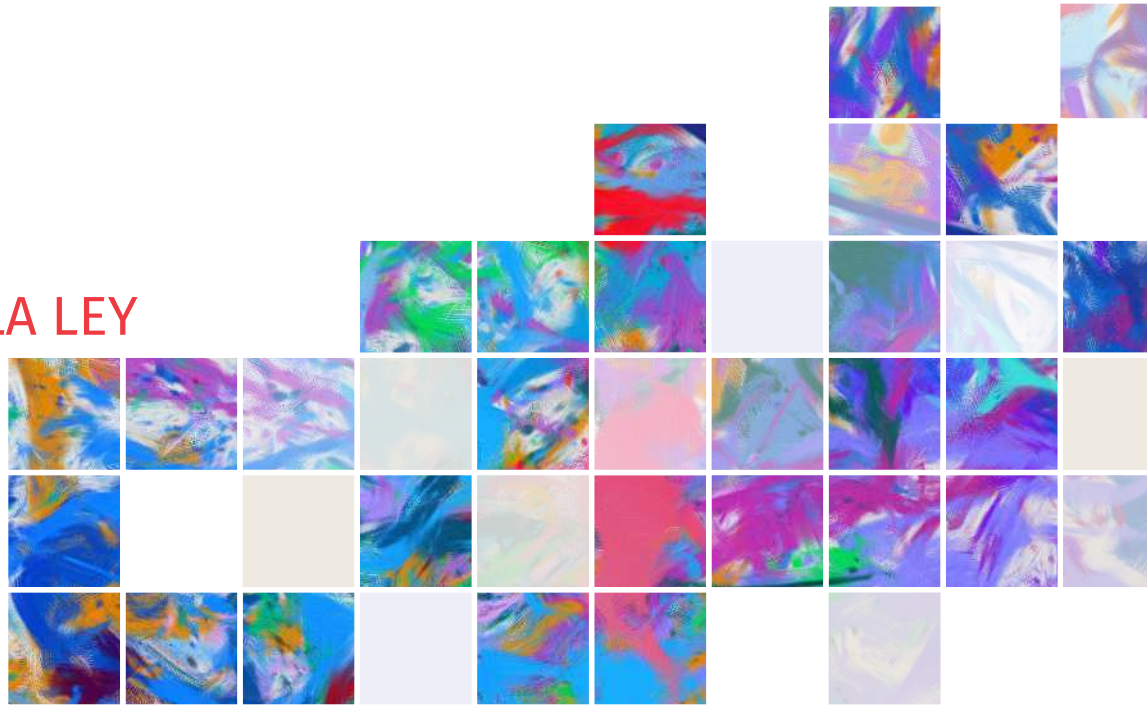
Acciones de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos

Patricia Pérez Fernández



LA LEY

Wolters Kluwer

LA LEY

Acciones de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos

Patricia Pérez Fernández

Prólogo de María Ángeles Alcalá Díaz

Wolters Kluwer

© **Patricia Pérez Fernández**, 2019

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
http://www.wolterskluwer.com

Primera edición: mayo 2019

Depósito Legal: M-16167-2019
ISBN versión impresa: 978-84-9020-811-3
ISBN versión electrónica: 978-84-9020-812-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

las acciones de resarcimiento de daños una de estas posibilidades(631). Precisamente, y al igual que en el supuesto de las acciones de nulidad o de cesación, la necesaria existencia de acciones de remoción de los efectos causados por la conducta anticompetitiva en los ordenamientos jurídicos nacionales se debe al efecto útil del Derecho europeo de la competencia.

También en este supuesto la base jurídica se encuentra en las normativas nacionales. En España es posible su ejercicio en materia de competencia desleal, en concreto el artículo 32.1.3ª en conexión con el artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal. En este caso no será necesario probar la existencia de daño alguno(632), limitándose la pretensión de la parte demandante a que se vuelva a crear la situación anterior al ilícito cartelístico, lo que en este ámbito dinámico del Derecho de la competencia puede resultar en ocasiones muy difícil.

La normativa alemana de defensa de la competencia es la única normativa nacional que prevé expresamente en el § 33.1 GWB las acciones de remoción y de cesación, en caso de riesgo de que la conducta ilícita continuara sus efectos en la práctica(633). En este sentido prevé el citado parágrafo que quien vulnere la normativa alemana o europea de competencia, está obligado frente a la víctima a remover los efectos derivados de la conducta ilícita, así como, en el caso de repetirse la misma, a cesar en dicha conducta. Esta norma alemana prevé además que habrán de considerarse víctimas a los competidores u otros partícipes en el mercado que se hubieran visto afectados por la conducta ilícita.

II. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL MARCO DE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

A) Fundamento de la responsabilidad civil por ilícitos cartelísticos

Con anterioridad a la publicación de la Directiva 2014/104/UE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había afirmado que correspondía a cada Estado miembro establecer los mecanismos necesarios para garantizar el efecto directo

(631) Vid. Commission Staff Working Paper Annex To The Green Paper. Damages actions for breach of the EC antitrust rules {COM (2005) 672 final}, publicado en Bruselas, el 19 de diciembre de 2005, SEC (2005) 1732. En la página 9 del documento de trabajo se aclara que «private enforcement of EC competition rules can take different forms, actions for damages only being one of them».

(632) Vid. en este sentido SANCHO GARGALLO, I.: «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia» en *InDret. Revista para el análisis del Derecho,* nº 1, 2009, pp. 1-35, p. 14.

(633) Vid. ampliamente en relación con las acciones de remoción de los efectos causados en derecho alemán HENDRIK VAN ECHTEN, G.: *Der Beseitigungsanspruch im Kartellrecht. Tatbestand, Rechtsfolge, Durchsetzung,* Colonia, 2011.

y útil de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea(634). Son precisamente estos mecanismos privados de tutela de los individuales perjudicados por las conductas anticompetitivas las que adquieren una especial relevancia a la hora de valorar la importancia que tiene la protección de los consumidores y de los perjudicados por las conductas anticompetitivas individualmente considerados, como fenómeno paralelo a la tutela del interés general(635). El interés general es objeto de protección por parte de los organismos

(634) Vid. BROKELMANN, H.: «La indemnización de los daños y perjuicios» en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A.: *El Derecho de la competencia y los Jueces,* Madrid, 2007, pp. 53-74, pp. 58 y ss. En este sentido también señala ORTÍZ BAQUERO que los jueces se convierten de acuerdo con este sistema de aplicación que pretende fortalecer decididamente la aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia en garantes del mencionado principio de efecto directo y útil de las normas comunitarias de defensa de la competencia, puesto que su labor consiste en proteger los derechos de los particulares y garantizar el orden público económico. Vid. ORTÍZ BAQUERO, I. S.: *La aplicación privada…* op. cit., p. 578.

(635) Esta distinción entre aplicación pública o administrativa y privada teniendo en cuenta los objetivos que persigue cada una de ellas es también efectada por VAN GERVEN, W.: «Panel One Discussion: Substantive Remedies» en EHLERMANN, C.-D. y ATANASIU, I. (Edits.): *European Competition Law Annual 2001…* op. cit., pp. 19-25, p. 20. Por otra parte, el interés general sería la defensa de la libre competencia dentro de un cierto orden concurrencial. En relación con las finalidades que persigue el Derecho de la competencia vid. DÍEZ ESTELLA, F.: «Los objetivos del derecho antitrust» en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia,* nº 224, 2003, pp. 32-52. El citado autor señala que los fines de la política de competencia en la Unión Europea son económicos, sociales y políticos. Además de la creación de un mercado único integrado por los mercados nacionales de los Estados miembros destaca también en el ámbito comunitario la protección de los consumidores. Así, en la Comunicación de la Comisión en materia de las Directrices sobre las Restricciones Verticales (Diario Oficial de la Comunidad Europea C 291/01 de 13 de octubre de 2000, nº 7), la Comisión señaló expresamente que «the protection of competition is the primary objective of EC competition policy, as this enhaces consumer welfare and creates an efficient allocation of resources». La importancia de los objetivos que se persiguen en esta materia se destaca también en AHDAR, R.: «Consumers, Redistribution of Income and the purpose of Competition Law» en *European Competition Law Review,* vol. 23 (7), julio 2002, pp. 341-353. Este autor menciona literalmente que «puede parecer un poco raro estar todavía discutiendo sobre cuáles sean los objetivos del Derecho antitrust. Sin embargo, sigue siendo una cuestión perenne (…) porque, como dijo una vez Robert Bork, todo lo demás depende de ella». Vid. BORK, R.: *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself,* Nueva York, 1978. Esta transformación, justificando así el fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito de las conductas anticoncurrenciales, también ha sido puesta de manifiesto por ORTÍZ BAQUERO, I.: *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia.* Madrid, 2011, p. 161. Así, la citada autora señala que «las normas de libre competencia fueron consideradas en sus orígenes como meros instrumentos de intervención del Estado en la economía y, en concreto, como una herramienta para la protección del interés general. Sólo la evolución de las relaciones entre la competencia desleal y la libre competencia hicieron evidente que lo desleal también abarcaba lo público y lo antitrust también encerraba la protección de los intereses privados». Una consecuencia muy relevante de este fenómeno es el mencionado reconocimiento del efecto directo de los artículos 101 y 102 TFUE por parte de los Tribunales comunitarios, ya que esto significará que además de imponer dichos preceptos obligaciones de comportamientos determinados a las empresas,

administrativos o judiciales especializados que aplican la normativa de defensa de la competencia en calidad de autoridades administrativas públicas y cuyas decisiones están dirigidas normalmente a personas jurídicas o empresas frente a las que pueden sanciones administrativas, tales como las multas sancionadoras o coercitivas u otras medidas estructurales junto con las multas o sanciones administrativas(636). Las distintas normativas procesales podrían prever en su caso otro tipo de medidas como consecuencias jurídicas de los ilícitos anticompetitivos.

El Reglamento 1/2003 ha establecido en su artículo 6 la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar directamente la normativa europea de defensa de la competencia, es decir, los artículos 101 y 102 del TFUE. A pesar de este hecho, el análisis llevado a cabo en la primera parte muestra que desde el momento en que resultó aplicable el Reglamento 1/2003(637), no se derivó en una inmediata aplicación de la normativa interna de defensa de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. La mayoría de las normativas nacionales en materia de defensa de la competencia han sido modificadas con el fin de adaptarse a dicho Reglamento(638). Teniendo en cuenta

también se conferían derechos a los individuos o particulares perjudicados para poder ser indemnizados por los daños derivados de las infracciones de estos preceptos.

(636) Vid. en este sentido el parágrafo tercero del *Commission Staff Working Paper* anexo al Libro Verde de la Comisión, de 19 de Diciembre de 2005, relativo a las acciones de daños y perjuicios derivadas del incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, {COM(2005) 672 final}, en el que, al tratar el objetivo de este Documento de Trabajo de la Comisión, se señala que «*private enforcement and public enforcement are the two pillars of enforcement of EC antitrust rules. Private enforcement differs from public enforcement, whereby the public authorities (the Commission at EU level and the national competition authorities at the Member State level) investigate suspected violations of competition law and can impose certain measures and sanctions such as fines on infringing undertakings. Fines are paid into the public budget and the activities of the public enforcer are paid for by the state. Private enforcement actions are paid for by the individual bringing the action, and that individual can recoup the money paid out as part of the award of compensation if the action is successful*». Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf (última consulta: 4 de septiembre de 2018).

(637) El artículo 45 del Reglamento señala que el mismo es aplicable desde el 1 de mayo de 2004. Recordemos que los Reglamentos tienen un alcance general y son obligatorios en todos sus elementos, además de ser directamente aplicables en todos los Estados miembros (artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

(638) Vid. en relación con la división que existía en España referente a la aplicación de la normativa europea de defensa de la competencia por parte de los Juzgados de lo mercantil y en relación con la aplicación de la normativa interna por los Juzgados de lo civil FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: «Aplicación jurisdiccional de los artículos 85 y 86 TCE y de las normas internas de competencia» en CASES PALLARÉS, LL. (Dir.): *Anuario de Defensa de la Competencia,* Madrid, 1998, pp. 215-239. Por todos en relación con los cambios introducidos en la normativa española SANCHO GARGALLO, I.: «Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia» en *InDret,* nº 1, 2009, pp. 1-35, pp. 5 y ss, disponible en www.indret.com.

la jurisprudencia existente a nivel europeo en materia de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos anticompetitivos, así como la consolidada jurisprudencia europea en materia de efecto directo de la normativa europea, cabe plantearse si el fundamento de la pretensión(639) según la cual las empresas que hubiesen actuado de forma anticompetitiva han de responder por dicho ilícito, se fundamenta en el derecho europeo o si por el contrario ha de entenderse fundamentada en cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales.

La normativa europea exige que los perjudicados por los ilícitos anticompetitivos puedan demandar un resarcimiento de los daños y perjuicios causados de los miembros de un cártel o de la empresa que hubiese abusado de su posición de dominio. Sin embargo, no se regulan todos los aspectos relativos a este derecho a obtener un resarcimiento de los daños derivados de la conducta anticompetitiva, de acuerdo con las conclusiones Abogado General Van Gerven en el caso *Banks*(640) y de la interpretación dada a la Sentencia del TJUE en el caso *Courage*(641). Algunos autores establecen en este ámbito una equiparación con la responsabilidad que tienen los Estados miembros por vulneraciones de la normativa europea, una línea jurisprudencial que se inició con la Sentencia

(639) Por la relevancia que tienen en la práctica las acciones de resarcimiento de los daños se mencionan aquí este tipo de acciones, siendo aplicable lo afirmado también para las acciones de nulidad, de cesación o las otras acciones mencionadas en el apartado anterior.

(640) Vid. las Conclusiones Generales del Abogado General Van Gerven presentadas el 27 de octubre de 1993 en el asunto C-128/92, apartado 25, basándose en la *unidad del ordenamiento jurídico comunitario*.

(641) Vid. en este sentido NOWAK, C.: «EuGH: Verhältnis von Art. 85 EGV zu englischem Wettbewerbsrecht» in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,* nº 23, 2001, pp. 715-719, p. 717. El autor menciona correctamente la aplicabilidad de los principios de eficiencia y efectividad en materia de demandas de resarcimiento de los daños derivados de un ilícito anticompetitivo (principios que tienen que cumplir las normativas internas en relación con el Derecho comunitario), pero concluye afirmando que la Sentencia del TJUE en el asunto *Courage* es un claro ejemplo de «europeización de las normas civiles y en materia procesal civil nacionales» llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Otro autor que ha defendido la naturaleza europea de este derecho es KOMNINOS en KOMNINOS, A.: *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts,* Oxford and Portland, Oregon, 2008, p. 171, quien destaca la importancia de la Sentencia en el asunto *Courage* ya que a raíz de la misma «*es posible hablar de un sistema de responsabilidad civil por vulneraciones la normativa europea*». Vid. también en este mismo sentido y señalando claramente la existencia de una acción de resarcimiento de los daños derivados de un ilícito anticompetitivo de carácter puramente europea en MÄSCH, G.: «Private Ansprüche bei Verstöen gegen das europäische Kartellverbot- *Courage* und die Folgen» en *Europarecht,* nº 5, 2003, pp. 825-846, p. 842 y ss, basándose en la indivisibilidad de un derecho individual como es en este asunto el derecho a obtener un resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un ilícito anticompetitivo en relación con la materialización de este derecho en la práctica.

La obra se divide en tres partes. En la primera se establecen los fundamentos del sistema de aplicación privada en el marco general del Derecho de la competencia. Se inicia el análisis en el Derecho estadounidense, pasando por el Derecho en la Unión Europea (tanto a nivel comunitario como en los distintos Estados Miembros), finalizando con una comparativa entre el modelo de aplicación estadounidense, basado en gran medida en la aplicación privada, y el modelo europeo, de aplicación tradicionalmente pública. La segunda parte de la obra se centra en el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil derivadas de ilícitos anticompetitivos. Tras mencionar las distintas acciones jurídico-privadas, se estudian los elementos esenciales y otras cuestiones procesales de las acciones de resarcimiento en esta materia, haciendo especial énfasis en la legitimación activa. La última parte de la obra se centra en los problemas de coordinación entre los aspectos jurídico-públicos y jurídico-privados en el actual modelo mixto. A la luz de estos problemas se mencionan los programas de clemencia, así como los problemas de coordinación entre pronunciamientos de las autoridades de competencia y los pronunciamientos judiciales. En este sentido, se intentan ofrecer soluciones a dichos problemas de coordinación, así como propuestas de mejora del sistema, con el fin de incrementar las posibilidades de los perjudicados de obtener un efectivo resarcimiento del daño que les ha sido causado.

ISBN: 978-84-9020-811-3

AENOR ER Empresa Registrada ISO 9001 ER-0280/2005
IQNet
AENOR Gestión Ambiental ISO 14001 GA-2005/0100

Wolters Kluwer