

Acciones de reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust: principales problemáticas sustantivas y procesales

Fernando Díez Estella (*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil, Centro Universitario Villanueva*) y Mercedes de Prada Rodríguez (*Profesora Titular acreditada de Derecho Procesal, Centro Universitario Villanueva*).

Resumen: La Directiva 2014/104/UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, y su transposición a través del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, han supuesto un impulso al ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas. Junto a problemáticas de índole sustantiva –propias del derecho administrativo sancionador- esta propuesta plantea, sobre todo, múltiples obstáculos desde el punto de vista procesal. En este trabajo se examinan ambos aspectos; en el ámbito procesal, haciendo especial incidencia en el problema de la jurisdicción competente, y el acceso a las fuentes de prueba (clave para el éxito de la pretensión resarcitoria). En el ámbito sustantivo, la vinculación del juez civil a lo decidido por la autoridad administrativa, así como las dificultades de la cuantificación de los daños.

Palabras clave: Directiva 2014/104/CE, transposición, aplicación privada, acciones de daños.

Abstract: Directive 2014/104/CE and its implementation in Spain through RD Ley 9/2017 are significant steps fostering private enforcement of antitrust law, which allows filling damages actions to those who have suffered the economic harm due to anticompetitive practices. The object of this paper is the critical analysis of both the procedural and substantive requests of this new legislation: among the former, the means to get access to information and evidence in the possession of the counterparty or of a non-party as well as jurisdiction's concerns. Among the later, the binding effect of national competition authorities' decisions, and the difficulties in harm estimation.

Key words: Directive 2014/104/CE, implementation, private enforcement, damages actions.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS EN VÍA CIVIL: ASPECTOS PROCESALES. 2.1. *El problema de la jurisdicción competente.* 2.2. *El acceso a las fuentes de prueba.* 3. EL CÁRTEL DEL SEGURO DECENAL. 4. VALORACIÓN POR LA JURISDICCIÓN CIVIL DE LA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA. 4.1. *La acción de resarcimiento patrimonial.* 4.2. *La cuestión de la prejudicialidad.* 4.3. *La cuantificación de los daños.* 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, el Derecho de Defensa de la Competencia está experimentando en fechas recientes una auténtica revolución, derivada de la aprobación de la Directiva¹ 2014/104/UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, y –en lo que nuestro derecho interno respecta– su transposición a través del Real Decreto-Ley² 9/2017, de 26 de mayo.

Dicha Directiva –que vino acompañada de una serie de documentos³ de *soft law* relativos a las acciones colectivas– pretende armonizar y mejorar la regulación en los diferentes Estados miembros de la UE de las acciones civiles que contemplan el resarcimiento patrimonial de quien se ha visto perjudicado por un ilícito anticompetitivo.

No puede ignorarse la trascendencia histórica de estas reformas legales, que están reconfigurando por completo una normativa, no en cuanto a su naturaleza jurídica, que sigue siendo eminentemente pública, articulada a través de legislación propia del Derecho Administrativo, y aplicada por organismos públicos y con la tramitación propia de todo derecho administrativo sancionador, pero sí en cuanto a las consecuencias civiles que se derivan de un ilícito antitrust: la posibilidad de reclamar, ante la jurisdicción ordinaria, los daños y perjuicios patrimoniales que resulten de la conducta anticompetitiva.

Esta posibilidad existía en términos teóricos y genéricos desde el Tratado de Roma de 1957, o en España desde la Ley 16/1989, de 4 de julio, de Defensa de la Competencia, pero su virtualidad real no se ha desplegado hasta este movimiento de “private enforcement” y la Directiva de Daños.

En efecto, ya desde la histórica sentencia en el asunto *Courage & Crehan*⁴, del año 2001, se había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, hoy TJUE) que la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos era un derecho esencial de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo. Este principio de la “plena compensación”, en consonancia con la resolución de 26 de marzo de 2009 del Parlamento Europeo⁵ y los primeros pronunciamientos⁶

¹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (*D.O.U.E.* L349/1, de 5 de diciembre de 2014).

² Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (*B.O.E.* núm. 126, pág. 42820, de 27 de mayo de 2017).

³ Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (*DOUE* L 201 de 26 de Julio de 2013, p. 0060 – 0065).

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros*, Rec. 2001 p. I-6297.

⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2009, sobre el Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [2008/2154(INI)], *DOUE* nº C 117/E, de 6 de mayo de 2010, p. 161: “las acciones de indemnización con arreglo al Derecho privado deben estar enfocadas al pleno resarcimiento económico del daño sufrido por el perjudicado”.

⁶ *Vid.*, entre otros, Asunto 68/79 *Hans Just v Danish Ministry for Fiscal Affairs* [1980] ECR 501; asunto 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio* [1983] ECR 3595; asuntos C-192/95 *Comateb and others*

que por entonces dictó el TJCE, se consagra a partir de ahora como uno de los pilares de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE.

Poco tiempo después de *Courage*, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfredi*⁷ desarrollaría aún más este principio, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust. Entre tanto la Comisión hacía sus propios esfuerzos legislativos, que se plasmaron en: la publicación de un *Libro Verde*⁸ en 2005; y tras recibir toda suerte de observaciones y comentarios, encargar a una serie de operadores económicos y jurídicos la elaboración de sesudos informes⁹ sobre la cuestión, y la discusión sobre documentos de trabajo¹⁰ un *Libro Blanco*¹¹ en 2009, con propuestas de diversa índole orientadas a garantizar el acceso a mecanismos efectivos de resarcimiento patrimonial y que el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust* no se viera obstaculizado por las normativas nacionales, de carácter sustantivo o procedimental¹².

Efectivamente, en nuestro concreto ordenamiento jurídico –y lo mismo en el resto de Estados miembros de la UE- existían cauces procesales¹³ para reclamar una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula. En el modelo actual, ambos sistemas están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro, ya que además cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio –*deterrence*- a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva. Pensamos que este

v Directeur général des douanes et droits indirects [1997] ECR I-165, C-295/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, ECR [2006] I-06619.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

⁸ *Libro Verde de Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, SEC (2005) 1732, 19 de diciembre de 2005.

⁹ *Vid.* STUDY ON THE CONDITIONS OF CLAIMS FOR DAMAGES IN CASE OF INFRINGEMENT OF EC COMPETITION RULES. ANALYSIS OF ECONOMIC MODELS FOR THE CALCULATION OF DAMAGES, by Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, at 31 august 2004, disponible en: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf

¹⁰ *The Discussion Paper of DG Competition on Damages Actions for Breach of Articles 81 and 82 EC*, disponible en la web: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

¹¹ *Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2008) 0165, final.

¹² HERRERO SUÁREZ, C., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 3, Año 2008.

¹³ Nos estamos refiriendo al antiguo artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establecía una suerte de “prejudicialidad” administrativa, de modo que sólo sobre la base de una Resolución firme de la Autoridad pública correspondiente podían los particulares entablar la acción de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil. Esto suponía un costoso, complejo e interminable proceso, calificado acertadamente por la doctrina como “el largo camino hacia el resarcimiento patrimonial”; CREUS, A., “La privatización del Derecho de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 200 (1999), pág. 55.

“equilibrio” es el que permitirá superar las objeciones¹⁴ y las críticas¹⁵ que se han puesto de manifiesto por la doctrina más autorizada.

En nuestro país, la Sentencia de la Audiencia Provincial de pasado mes de julio de 2017 ha supuesto un auténtico hito en el desarrollo y afianzamiento de la jurisprudencia sobre acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, y un claro reflejo de las problemáticas procesales que se plantean. Para el desarrollo de este trabajo, seguiremos el siguiente esquema: tras este epígrafe de introducción, en el apartado 2º se examinan los principales aspectos que –desde el punto de vista procesal- plantean este tipo de acciones: en primer lugar, el de la jurisdicción competente; en segundo, el acceso a los medios de prueba, verdadera "piedra de toque" para el éxito de la reclamación patrimonial. A continuación, se llevará a cabo, en el apartado 3º, una somera descripción del *cártel del seguro decenal*, tal cual es calificado por la Resolución de la CNC de 2009, “desmontado” por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 2012 y 2013, y “reinstaurado” (excepto para dos de las seis empresas imputada) por las Sentencias del Tribunal Supremo de 2015. En el apartado 4º centraremos el análisis en el pronunciamiento del Juzgado de lo Mercantil de 2014, a instancias de la acción de resarcimiento patrimonial ejercida por MUSAAT y en la Sentencia de la AP de 2017, dictada en recurso de apelación que confirma la indemnización, concedida en 1ª instancia. En el apartado 5º de este comentario se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas. Finalmente, se reseña la bibliografía empleada.

2. LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS EN VÍA CIVIL: ASPECTOS PROCESALES.

2.1. El problema de la jurisdicción competente.

El asunto que estamos analizando en este trabajo, las acciones de daños y perjuicios que se derivan de una conducta anticompetitiva, requiere el análisis previo de cuál sea el órgano de la jurisdicción civil ante el cuál se han de sustanciar.

2.1.1. Planteamiento de la cuestión y antecedentes (el *cártel del azúcar*).

Al tratarse de acciones de resarcimiento patrimonial derivadas de una responsabilidad extracontractual (ex artículo 1902 CC), en principio, la competencia objetiva correspondería a los Juzgados de 1ª instancia del domicilio del demandado. Así se ha seguido en las pioneras reclamaciones entabladas, antes de la aprobación de la Directiva 2014/104/CE y por supuesto del RD Ley 9/2017, en el conocido caso del *cártel del azúcar*.

¹⁴ EGER, T. y WEISE, P., “Some limits to the Private Enforcement of Antitrust Law: A Grumbler’s view on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases”, *Global Competition Law Review*, Issue 4 (2010), págs. 151 a 159.

¹⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia” en *Indret*, <http://www.indret.com> (Barcelona, julio de 2009).

El origen de este asunto se remonta a la Resolución AZUCARERAS¹⁶, que declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1.a) LDC y el entonces artículo 85.1.a) TUE, por parte de una serie de empresas azucareras, consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996. El TDC impuso diversas sanciones a las empresas condenadas, y en particular, a la mercantil *Acor* una multa de 151 millones de pesetas.

El recurso de apelación presentado por la empresa en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional fue desestimado¹⁷ por sentencia de 4 de julio de 2002, e igualmente¹⁸ el de casación ante el Tribunal Supremo, por sentencia de 26 de abril de 2005. Una vez que la Resolución del TDC ganó firmeza administrativa (recordemos que bajo la LDC 1989 era requisito necesario para entablar una acción de daños), se presentó la correspondiente acción resarcitoria ante el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid contra una de las empresas que formaron parte del cártel, ACOR, que tenía allí su domicilio social. El fallo¹⁹ fue favorable a las demandantes, y la empresa fue condenada a pagar a las empresas perjudicadas unas cantidades por un importe total de más de un millón de euros. Esta Sentencia se recurrió en apelación, y la Audiencia Provincial de Valladolid desestimó²⁰ el recurso de la empresa ACOR.

Paralelamente, el Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Madrid dictó una sentencia²¹ en la que se resuelve una demanda de estas mismas compañías (y algunas otras) contra la azucarera EBRO PULEVA consistente en el ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual por los daños causados a estas empresas por el mismo cartel. El pronunciamiento de 1ª instancia es favorable a los demandantes, y condena a la azucarera al pago de unas cuantiosas indemnizaciones por los daños causados. Curiosamente, el recurso de apelación es admitido, y en sentido contrario a lo expuesto en el pronunciamiento de la AP de Valladolid; la AP de Madrid sí considera²² que ha habido “passing-on”, con lo que niega el pretendido resarcimiento patrimonial a las empresas que se lo reclamaban a la azucarera EBRO PULEVA (actualmente *Ebro Foods, S.A.*).

Los correspondientes recursos de casación planteados ante el TS se resolvieron el 8 de junio de 2012 para la empresa ACOR²³ y el 7 de noviembre de 2013 para EBRO FOODS²⁴, zanjando así la discusión sobre la repercusión de los sobre costes. El TS afirma en ambos pronunciamientos que no debe sostenerse una concepción limitativa del *passing-on*, que se ciña a la simple repercusión del sobreprecio,

¹⁶ Resolución del TDC, de 15 de abril de 1999, Expte. 426/98.

¹⁷ Sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª), de 4 de julio de 2002.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 26 de abril de 2005.

¹⁹ Sentencia del JPI nº 11 de Valladolid, de 20 de febrero de 2009, Proc. Ord. 571/2007.

²⁰ Sentencia de la AP Valladolid (Sección 3ª), de 9 de octubre de 2009, rec. núm. 214/2009.

²¹ Sentencia del JPI nº 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, Proc. Ord. 735/2007.

²² Sentencia de la AP de Madrid (Sección 8ª), de 3 de octubre de 2011, rec. núm. 370/2010.

²³ Sentencia del TS de 8 de junio de 2012, Rec. 2163/12 (RJ 5462/2012).

²⁴ Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2013, Rec. 5819/13 (RJ 5819/2013).

sino que considera que para que la excepción de passing-on²⁵ triunfe debería no existir ningún otro perjuicio al comprador directo (además del sobreprecio) susceptible de indemnización.

2.1.2. Determinación del tribunal competente: criterios de atribución de jurisdicción y competencia

Ya hemos señalado que a partir de la jurisprudencia *Courage* y *Manfredi* el principio fundamental es que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación de los perjuicios y daños que le haya irrogado un contrato o una conducta que pueda restringir o falsear el juego de la competencia²⁶.

La determinación del órgano ante el que ha de interponerse la demanda surge de la aplicación de las normas y criterios de jurisdicción y competencia. La elección del tribunal competente al que debemos dirigirnos es una decisión trascendental y que, puede condicionar el desarrollo del procedimiento. Son muchos los problemas prácticos con los que el litigante se puede encontrar a la hora de elegir el tribunal ante el que va a interponer la demanda en primera instancia. La falta de competencia del Tribunal puede desencadenar en, no solo la inadmisión de la demanda y remisión a un Tribunal distinto, sino que puede conllevar la nulidad de actuaciones en caso de que la falta de jurisdicción, como consecuencia de la vulneración de normas imperativas, no sea detectada al inicio del procedimiento.

Centrándonos en esos criterios debemos analizar los problemas con los que se puede encontrar el litigante a la hora de determinar el tribunal competente para conocer del litigio por el resarcimiento patrimonial derivado de un ilícito anticompetitivo y los mecanismos procesales establecidos en la ley.

2.1.3. Reglas que determinan la competencia internacional

En materia de acciones de daños por infracción de las normas de la competencia, cada vez es más habitual que, en el desarrollo de las relaciones jurídicas, exista un elemento internacional, lo que necesariamente derivará en conflictos y litigios transfronterizos.

La competencia internacional es un presupuesto procesal que ha de concurrir para comprobar la facultad de nuestros tribunales de conocer válidamente del procedimiento. La duda que se plantea en estos supuestos, en los que existe un elemento internacional, es si España es un foro adecuado para el desarrollo del procedimiento sobre acciones de daños derivadas de la infracción de las normas del derecho de la competencia o si, por el contrario, la competencia correspondería a otro Estado.

En primer lugar y como premisa, hay que examinar si el litigio presenta algún elemento de extranjería (como puede ser, el domicilio, la nacionalidad, el lugar de cumplimiento o de celebración del contrato)

²⁵ TUDOR, C., “La admisión de la defensa passing-on en el cártel del azúcar: ensayo crítico sobre la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 8, Asunto 737/07”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial LA LEY, .nº 11, Madrid 2012, págs. 277 a 291.

²⁶ *Vid.* también la STJUE de 30 de enero de 1974, BRT 1, 127/73, Rec. 1974, p. 00035, apartado 16; STJUE de 18 de marzo de 1997, *Guérin automobiles/Comisión*, C-282/95 P, Rec. 1997, p. I-01503, apartado 39.

y, en ese caso, se ha de determinar si de la controversia van a poder conocer o no los tribunales españoles. Como ejemplo, el proceso tendrá carácter internacional cuando, “no coincida el domicilio o residencia de las partes; la divergencia entre el Estado en el que se produce la conducta restrictiva que origina la acción de indemnización y el Estado en el que se perciben o producen sus efectos; o incluso la internacionalización de un supuesto por acción de la autonomía de las partes, derivada de una elección del tribunal competente o de normativa aplicable”²⁷.

En estos casos, hay que aplicar los criterios que determinan las normas sobre competencia internacional y que atribuyen el conocimiento de la controversia a un determinado Estado. Las normas relativas a la jurisdicción internacional son de dos tipos: supranacionales o internas. Las normas supranacionales, a su vez, pueden tener origen en tratados o convenios firmados con otros Estados o con los órganos legislativos de la Unión Europea²⁸. La norma interna española que atribuye la competencia internacional es el art. 22 LOPJ.

La norma supranacional de aplicación general en materia civil y mercantil y, en consecuencia, la norma aplicable a los litigios transfronterizos es el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, RB I bis).

El Reglamento establece como criterios de atribución de competencia internacional fueros o foros de competencia internacional - criterios que determinan un tipo de vínculo o conexión entre el objeto del proceso y un Estado- que se desarrollan a continuación:

(i) **Fuero exclusivo:** a tenor del art. 24 RB I bis, determinados asuntos se atribuyen de manera exclusiva y por razón de la materia de la que tratan a los Tribunales de un Estado miembro. Son los *foros de competencia exclusiva* que se aplican de manera imperativa aunque el demandado no esté domiciliado en la UE.

(ii) **Fuero general:** en el caso de materias que no son de carácter exclusivo hay que atender al *fuero general*, de aplicación en todos los casos, aunque con algunas excepciones. Este fuero general es el del Estado correspondiente al domicilio del demandado (art. 5 RB I bis). En caso de que sean varios los demandados y tengan su domicilio en diferentes Estados, el demandante podrá elegir entre cualquiera de ellos.

²⁷ ORÓ MARTÍNEZ, C., “Litigación internacional y acciones de indemnización por infracción del derecho de la competencia de la UE: aspectos de competencia judicial”, en *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia* (FONT i RIBAS y VILÁ COSTA, Dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pág.100, afirma que sigue, en esta materia, los criterios de internacionalidad de las conductas restrictivas establecidos por GOLDMA, “*Les champs d’application territoriale des loi sur la concurrence*” *Recueil des Cours*, 128, 1969, págs. 631-729, esp. pág. 650.

²⁸ BANACLOCHE PALAO, J., CUBILLO LÓPEZ, I.: *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, La Ley, 3ª Ed. (2016), pp. 186-187. En materia de cooperación judicial civil, los órganos legislativos de la UE, tienen potestad para dictar normas de aplicación obligatoria y directa en los estados miembros, según el art. 81 TFUE.

(iii) **Fuero especial:** el RB I bis contempla, junto al general, una serie de *fueros especiales*, que se establecen como alternativos al fuero general con el objetivo de favorecer la posición del demandante o que el proceso se desarrolle en el lugar donde más fácilmente se pueden obtener y practicar las pruebas (ver arts. 7 a 23 RBI bis)²⁹.

Así, en materia de responsabilidad extracontractual respecto a las acciones por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia, si atendemos al criterio del fuero especial, sería aplicable como alternativa al fuero general el lugar donde se produjeron los hechos dañosos (art. 7.2 RBI bis). Por tanto, el actor podrá interponer la demanda bien ante el tribunal del domicilio del demandado o bien en el lugar donde se produjo el daño.

En este punto, es necesario tener en cuenta, como ha reiterado el TJUE, en el asunto *CDC Hydrogen Peroxide*, que la expresión “*lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso, se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción contra el demandado puede ejercitarse a elección del demandante ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares*”³⁰. En consecuencia, el Tribunal que debe conocer podrá ser, tanto el del lugar de producción del hecho causal como el lugar de producción del daño.

El TJUE ha precisado más la regla para determinar la competencia indicando que, cuando se trata de daños derivados de los sobrecostes causados por la existencia de un cártel, habrá que atender a los siguientes criterios: (i) en cuanto al lugar del hecho causal, puede tratarse del lugar de constitución del cártel (si se conoce) o el lugar en que se haya concluido un arreglo (de entre los varios arreglos colusorios celebrados para conformar el cártel) que por sí solo sea el hecho causal del perjuicio supuestamente

²⁹ Es cierto que ante la existencia de una multitud de reglas de atribución de competencia, las partes pueden buscar en países del *Common Law* un foro más favorable a la obtención de información para acreditar y cuantificar los daños producidos lo que se denomina, *forum shopping*. En este sentido, como afirma el prof. GASCÓN INCHAUSTI: “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, Nº, pág.6, “Se abre la puerta con ello a un *forum shopping* que no es fácil evitar y que puede, de hecho, dar lugar a situaciones delicadas, como la que le fue suscitada recientemente al TJUE en el asunto *CDC Hydrogen Peroxide* en que la demanda se interpuso ante tribunales alemanes por estar domiciliada en ese Estado uno de las varias empresas cartelizadas demandadas, aunque con posterioridad, una vez producida la *perpetuatio iurisdictionis*, la actora renunció a su acción frente a esa entidad (pero dejando sujetas a las demás a la jurisdicción de los tribunales alemanes)”.

³⁰ STJUE en el apartado 38, con referencia a las sentencias *Melzer*, C228/11, EU:C:2013:305, apartado 25, y *Kolassa*, C375/13, EU:C:2015:37 apartado 45. Según reiterada jurisprudencia, la regla de competencia establecida en el artículo 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y los tribunales del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a éstos por razones de buena administración de la justicia y de sustanciación adecuada del proceso (sentencias *Melzer*, C-228/11, EU:C:2013:305, apartado 26, así como *Hi Hotel HCF*, C-387/12, EU:C:2014:215, apartado 28). Por tanto, la identificación de uno de los puntos de conexión reconocidos por la jurisprudencia recordada en el apartado 38 de la presente sentencia debe permitir determinar la competencia del tribunal objetivamente mejor situado para apreciar si concurren los elementos constitutivos de la responsabilidad de la persona demandada, por lo que sólo puede conocer válidamente del asunto el tribunal en cuyo territorio se sitúa el punto de conexión pertinente (sentencias *Coty Germany*, C-360/12, EU:C:2014:1318, apartado 48, y *Kolassa*, C-375/13, EU:C:2015:37, apartado 47).

sufrido por un comprador; (ii) en cuanto al lugar de materialización del perjuicio, debe de ordinario identificarse con el domicilio de la víctima³¹.

Para el TJUE, el lugar de producción del hecho dañoso en *private enforcement* es, o bien, el lugar de constitución de cartel o, en su caso, el lugar de materialización del perjuicio, es decir, donde el perjuicio se manifiesta de forma concreta³². De esta manera, se consigue que las reglas sean más previsibles y, sobre todo, más fáciles de aplicar, ya que el tribunal del lugar donde se ha producido o puede producirse el hecho dañoso es el más adecuado para conocer del asunto, sobre todo por motivos de proximidad del litigio y de facilidad probatoria³³.

Por último, en los arts. 24 y 25 RB I bis se contempla como fuero de competencia la voluntad de las partes, materializada en un acuerdo de sumisión. Cuando ese acuerdo se realiza previo al proceso, como cláusula de *sumisión expresa*, resolviendo del litigio el tribunal que haya sido pactado y eso aunque sólo el demandante esté domiciliado en él o aunque ninguna de las partes lo esté³⁴. Estas normas deben interpretarse en el sentido de que, en el caso de que se reclame judicialmente una indemnización a causa de una infracción por daños, permite tener en cuenta las cláusulas atributivas de competencia contenidas en contratos –incluso cuando su efecto sea excluir las reglas de competencia internacional previstas en el Reglamento– siempre que esas cláusulas se refieran a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia.

Estaremos ante un supuesto de *sumisión tácita*, cuando surgido el litigio, el demandado comparezca y se someta a un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro, salvo que sea para denunciar la falta de competencia, a través de la declinatoria. Debe recordarse que la sumisión tácita prevalece siempre sobre cualquier posible acuerdo o pacto expreso de acudir a un determinado órgano jurisdiccional.

2.1.4. Criterios de atribución de la jurisdicción por razón del objeto

Una vez resuelta la duda de si son competentes los tribunales españoles se debe plantear a qué orden jurisdiccional corresponde conocer el litigio sobre las acciones de años. La interpretación del art. 9.2 LOPJ especifica que los tribunales civiles tienen jurisdicción para tramitar y decidir los procesos que tengan por objeto situaciones jurídicas reguladas por el Derecho civil y mercantil. El precepto finaliza con una cláusula de cierre señalando que los tribunales civiles conocerán de “todas aquellas materias que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional³⁵”.

³¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Aspectos procesales...”, *op.cit.* pág. 7.

³² Con remisión a la sentencia *Zuid-Chemie*, C-189/08, EU: C:2009:475, apartado 27.

³³ Sentencias *Melzer*, C-228/11, EU:C:2013:305, apartado 25, y *Kolassa*, C-375/13, EU:C:2015:37 apartado 45.

³⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*, Madrid, 2012, pág. 354, señala cuáles son las ventajas de permitir con amplitud los pactos de sumisión expresa.

³⁵ La LOPJ, en este precepto, integra las posibles lagunas que puedan producirse en casos dudosos y atribuye al orden jurisdiccional civil una *competencia residual o vis atractiva*. DE LA OLIVA, *op.cit.* pág. 362.

Bajo el régimen anterior, el derogado art. 13.2 LDC 1989 supeditaba el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a la previa declaración firme, por vía administrativa o en su caso jurisdiccional –consecuencia de la resolución del recurso contencioso-administrativo contra la resolución administrativa-, de la ilicitud de los acuerdos prohibidos por la Ley. Todo ello, dilatava excesivamente en el tiempo la obtención de la tutela judicial resarcitoria, pues primeramente había que obtener un pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia, agotar en su caso la jurisdicción contencioso-administrativa y, una vez firme la decisión, iniciar el peregrinaje por la jurisdicción civil. La vigente Ley 15/2007 ha suprimido esta exigencia de prejudicialidad administrativa, de modo que la acción puede ejercitarse directamente ante la jurisdicción ordinaria, cuyos tribunales son competentes, como ya lo eran en los casos en que se aplicaba el derecho comunitario, para declarar la ilicitud de las conductas restrictivas de la competencia, como presupuesto previo para la condena a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por estas conductas³⁶. Quedan disociadas, en sedes judiciales diferentes, las acciones que se ejercitan en el ámbito público de las del ámbito privado; sin perjuicio, de si esa conducta es constitutiva de un ilícito penal que deberá ser sustanciado en ese orden jurisdiccional (art. 10 LOPJ)³⁷.

Nuestro Alto Tribunal, en cuanto a la incidencia de las decisiones dictadas en el ámbito administrativo³⁸, afirma que: “bajo la normativa actualmente en vigor, no existe ninguna norma legal que, de forma equivalente al art. 16.1 RCE 1/2003 respecto del carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea, disponga que las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales, en nuestro caso la Comisión Nacional de la Competencia (en la actualidad, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), vinculen necesariamente al tribunal del orden jurisdiccional civil en el enjuiciamiento de las acciones civiles basadas en las mismas conductas, en este caso, en la apreciación de la nulidad del pacto contractual declarado contrario a la Competencia”. De tal forma que “la decisión adoptada por la CNC está sujeta al régimen propio de los actos administrativos, y no impide a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque puede, en algún caso, constituir un instrumento de convicción de gran autoridad”³⁹. Concluye la Sala que las actuaciones de un órgano administrativo como la CNC tienen una finalidad distinta de la de un proceso civil⁴⁰.

³⁶ SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret* 1/2009, págs. 13-14.

³⁷ CABALLO I ANGELATS, LL., “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, 2012, pág. 13.

³⁸ SSTs de 9 y 12 de enero de 2015.

³⁹ CALVO CARAVACA, A. y SUDEROW, J.: “El efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de Competencia en la aplicación privada del derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, p.157, concluyen que, “en aras de garantizar una aplicación eficiente, resulta necesario que la jurisdicción civil pueda reconocer las decisiones de las ANC nacionales y las de otros Estados miembros, siempre y cuando la parte demandada no se hubiese encontrado en una situación de indefensión durante dicho procedimiento”.

⁴⁰ SSTs, entre otras, de 3 de abril de 2012 y de 24 de octubre de 2012.

La LDC establece mecanismos de coordinación para que la decisión de la Comisión Nacional de la Competencia, como acto administrativo, no impida a la jurisdicción civil el enjuiciamiento de la misma cuestión. Así lo recoge la LEC, en los arts. 434.3 y 465.5 LEC, al indicar que tanto el Juez de lo Mercantil como la Audiencia Provincial podrán suspender el plazo para dictar sentencia cuando tengan “conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo”.

Ambas formas de tutela de estos derechos deben transitar juntas teniendo en cuenta que: la decisión administrativa “para el Juez de lo Mercantil constituirá un instrumento de convicción de gran autoridad, que puede justificar incluso la suspensión del procedimiento judicial hasta que se dicte la decisión de la CNC, si esta estuviere pendiente”. Y, por otra parte, “cuando la decisión adoptada por CNC sobre la ilicitud de una conducta sea objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial que lo resuelva sí vinculará al Juez de lo Mercantil que conozca de las acciones fundadas en aquella misma conducta ya enjuiciada, como consecuencia de la eficacia de cosa juzgada en sentido positivo⁴¹. Esa previa resolución contencioso-administrativa producirá un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del Juez de lo Mercantil”⁴².

2.1.5. Atribución de las normas sobre competencia objetiva

Antes de 2007, con motivo de la reforma de la LDC, se había planteado si las acciones derivadas de daños tenían su fundamento jurídico en las normas generales del Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual o, por el contrario, su base se hallaba en la LDC o en el TFUE. Con este planteamiento se alegaba que los procesos para el ejercicio de este tipo de acciones no se hallan cubiertos por el tenor literal del artículo 86 ter 2 f) LOPJ, en consecuencia, quedaban atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia⁴³.

Tras la reforma legislativa, se solventan las disfunciones, que se producían con la anterior ley, entre la aplicación de las normas de defensa de la competencia europeas y las nacionales y que suponían que si bien los Juzgados de lo Mercantil eran competentes para conocer de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado (ahora 101 y 102 TFUE), no lo eran –o, al menos, nada se decía de

⁴¹ La Sentencia 420/2013, de 28 de junio, “rechaza las alegaciones sobre el valor vinculante de cosa juzgada en cuanto a los hechos fijados en las resoluciones de órganos administrativos de la competencia al declarar que «las resoluciones sancionadoras del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia y del actual Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia no vinculan al juez civil produciendo efectos de cosa juzgada en el proceso civil e impidiendo la valoración de la prueba acerca de la imposición del precio de venta al público”. *Vid.*, STS de 8 de mayo de 2013.

⁴² SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de...”, *op.cit.* págs. 16 y 27-28.

⁴³ 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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, págs. 125-152, especialmente en las demandas de tipo follow-on, en las que el tribunal del orden civil no tiene por qué pronunciarse acerca de la existencia de una infracción a la normativa de defensa de la competencia.

forma expresa- respecto de la aplicación de los artículos nacionales paralelos (artículos 1 y 6 de la LDC 1989), por lo que ésta, en principio, permanecía dentro de la competencia de los tribunales civiles ordinarios⁴⁴. Una de las cuestiones planteadas relativas a la determinación del tribunal competente ha quedado ya resuelta tras la trasposición de la Directiva, por la jurisprudencia.

Cuando se plantee una acción de responsabilidad civil extracontractual por daños como consecuencia de la infracción de normas de la competencia, el art. 3 LDFC, aunque su fundamento sean los arts. 1.106 y 1.902 del CC, a tenor de lo dispuesto, en el artículo 86 ter, apartado 2, letra a) LOPJ será atribuido a los Juzgados de lo Mercantil⁴⁵. Tras cierto debate doctrinal, la Audiencia Provincial de Madrid parece haber zanjado esta discusión –acogiendo el razonamiento⁴⁶ del órgano de primera instancia- en su Auto⁴⁷ de 22 de junio de 2017, estableciendo que con carácter general, serán estos Juzgados de lo Mercantil los que asuman la competencia objetiva por razón de la materia en aquellos pleitos civiles que versen sobre la aplicación del Derecho de la competencia tanto de la UE (Tratado de Funcionamiento) como español (LDC).

Por tanto, cabe concluir que serán los Juzgados de lo Mercantil los competentes para conocer de las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos. Así se venía haciendo ya en la práctica previa a la Directiva 104/2014/CE en algunos de nuestros tribunales, como por ejemplo ocurrió en el caso⁴⁸ *Céntrica/Iberdrola*, y así ha sido –como exponemos a continuación- en el caso MUSAAT.

2.1.6. Competencia territorial

Para saber cuál es el órgano territorialmente competente para conocer de las acciones de daños por infracción de las normas de la competencia debemos comprobar si esta materia corresponde a un fuero legal imperativo del art. 54.1 LEC. Al no existir normas específicas de atribución de la competencia territorial se debe acudir a las reglas generales, arts. 50 y 51 LEC: domicilio del demandado, y cuando no lo tenga en territorio nacional, el de la última residencia, y si tampoco pudiera determinarse, el lugar del domicilio del actor.

⁴⁴ HERRERO SUÁREZ, C., “La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la Directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, Nº 1, pp. 153.

⁴⁵ CABALLO I ANGELATS, LL., “Aspectos procesales de...”, *op. cit.*, pág. 18.

⁴⁶ Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Madrid, de 24 de mayo de 2016 (RJ 239/16).

⁴⁷ Auto de la AP de Madrid (Sección 8ª), de 22 de junio de 2017, RJ AAP M 2421/2017 (ECLI: ES:APM:2017/2421A). Conforme a este pronunciamiento, el precepto atribuye expresamente a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de “*cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas*”.

⁴⁸ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, de 16 de julio de 2010, RJ 138/2010 (ECLI: ES:JMBI:2010:138), que –mucho tiempo antes de que existiera si quiera la propuesta de Directiva de Daños- marca la pauta en lo relativo a la prescripción de las acciones de reclamación y el cómputo del plazo a los efectos del *dies a quo*.

Se ha planteado si cabría la aplicación analógica del art. 52.1.12 LEC que establece una norma específica e imperativa de competencia territorial para los casos de competencia desleal y permite interponer también la demanda en el lugar dónde se haya realizado el acto o donde se produzcan sus efectos⁴⁹. Y la duda de si será aplicable este fuero aun cuando la acción no se funde en ninguna norma de competencia desleal por la interpretación del art. 15.2 LCD que indica que la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial (y, ciertamente, si hay una norma jurídica en nuestro ordenamiento que "regula la actividad concurrencial" es precisamente la Ley de Defensa de la Competencia) se considerará desleal⁵⁰.

2.2. El acceso a las fuentes de prueba

Como ya se ha señalado en la introducción, no cabe duda –sin restarle importancia a todas las cuestiones de carácter sustantivo- que el éxito de la reclamación patrimonial ante la jurisdicción dependerá, en gran medida, de lo "demostrado" y acreditado que esté el daño económico sufrido como consecuencia de la conducta anticompetitiva; y esto sólo se podrá conseguir y argumentar adecuadamente si se acceden a los medios de prueba pertinentes⁵¹.

Por ello, creemos necesario hacer una breve referencia a las nuevas disposiciones sobre el acceso a las fuentes de prueba en estos procesos. La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2017 parte de una realidad: *“la experiencia acumulada en los últimos años refleja que son muchos los obstáculos que existen en el acceso a las pruebas”*. Adviértase que las infracciones de las reglas de la competencia suelen ser el resultado de actuaciones ubicadas en espacios físicos y en momentos temporales lejanos a las relaciones jurídicas que causaron el daño y que, con carácter general, se realizan de forma encubierta y clandestina⁵². Ante el escenario descrito, es evidente que era preciso mejorar los mecanismos procesales de acceso a las fuentes de prueba y a la investigación, en cumplimiento de la premisa comunitaria de que el derecho a la prueba supone que los Estados miembros han de garantizar, a

⁴⁹ Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños por Ana Marqués Vilalloga (relatora), celebrado en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB) el 22 de noviembre de 2017.

⁵⁰ Pese a que en la doctrina subsiste un cierto debate sobre hasta qué punto la mera infracción de la LDC constituye, per se, una infracción de la LCD, a través de su art. 15.2 (*Vid.*, por todos, el fundamental trabajo de ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Competencia desleal por infracción de normas”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981, págs. 667 a 730 y ss.), la jurisprudencia no parece albergar ninguna duda al respecto. Así, como veremos en un epígrafe posterior, la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 12, de 9 de mayo de 2014, que resuelve el asunto MUSAAT, parece sencillamente darlo por supuesto: *"con todo, dado que la infracción de los arts. 1 y 2 es un acto de competencia desleal tipificado en el art. 15.2 de la LCD de 10 de enero de 1991, el actor puede, sin necesidad de ningún otro requisito adicional, ejercitar las acciones previstas en su artículo 32, la cesación de la conducta ilícita, la remoción de sus efectos, la rectificación y el enriquecimiento injusto"*.

⁵¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia”, *LEY mercantil*, Nº 38, Sección Propiedad Intelectual e Industrial, Julio-Agosto 2017.

⁵² CABALLO I ANGELATS, LL., “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, 2012, pág. 37, puntualiza que esta clandestinidad se presenta muy especialmente respecto a las prácticas colusorias.

cualquier víctima de una infracción del Derecho de la competencia comunitario, el derecho a ser indemnizado en términos de efectividad y equivalencia⁵³. No hay duda que los procesos sobre acciones de reclamación de daños causados por prácticas restrictivas de la competencia requieren un “*complejo análisis fáctico y económico, y una laboriosa y extenuante actividad probatoria*”⁵⁴. Dificultades que hay que cohonstar con el principio general de nuestro ordenamiento que determina que recaer sobre el actor la carga de probar los hechos sobre los que basa su acción (artículo 217 LEC). La aplicación de las reglas de la carga de la prueba recogidas en la LEC implican, en el seno de estos procesos, que el actor debe probar: i) la existencia de un ilícito, esto es: la infracción del Derecho de la competencia; ii) la existencia de un daño, incluyendo el daño emergente o el lucro cesante; y iii) la relación de causalidad entre el ilícito cometido y el daño reclamado; hechos que suponen una gran complejidad probatoria porque la evolución de relación contractual puede obedecer a infinitas variables que pueden, y así ocurre en muchas ocasiones, no estar relacionadas directamente con la conducta investigada. Como ya se ha explicado, estos procesos se integran en un contexto de “litigación compleja”⁵⁵ y presentan singulares dificultades en el terreno de la determinación de los hechos y también en el de la coordinación con procedimientos administrativos y/o judiciales conexos⁵⁶. El problema que se plantea es que el actor, víctima de una infracción de las normas de defensa de la competencia, puede encontrarse con serias dificultades a la hora de acreditar su existencia y el daño que ello le habría ocasionado porque los elementos de prueba necesarios para comprobar la solidez de una pretensión de resarcimiento, generalmente, no se encuentran en su poder, sino en el de la parte infractora y/o terceros, datos que ni le son conocidos ni accesibles.

Situados en este contexto y hasta la transposición de la Directiva, los mecanismos procesales para preparar la acción de reclamación de daños derivados de prácticas restrictivas se reducían a tres preceptos: i) en primer lugar, a las disposiciones generales de obtención de pruebas del art. 328 LEC, en relación al deber de exhibición documental entre las partes; ii) en segundo término, al art. 330.1 LEC, respecto a la exhibición de documentos por terceros o personas que no sean parte en el procedimiento judicial en el que se solicite la exhibición de documentos y cuyo conocimiento entienda el Tribunal que resulte trascendente a los fines de dictar sentencia; y, iii) por último, al art. 732.II LEC, para obtener informes o investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarios y útiles para resolver sobre la solicitud de medidas cautelares. En ningún caso, el actor podría acudir al

⁵³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia”, *InDret*, Barcelona, 2009.

⁵⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba ...”, op. cit. pág. 2.

⁵⁵ Como señala la Exposición de Motivos, “... En tales circunstancias, el establecimiento de estrictos requisitos legales que exijan de los demandantes hacer valer en detalle todos los hechos del caso y aportar elementos de prueba muy específicos al inicio de una acción puede obstaculizar indebidamente el ejercicio efectivo del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE”.

⁵⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba ...”, op. cit. pág. 2.

listado del art. 256 LEC y solicitar diligencias preliminares⁵⁷ para obtener datos e información relevante al no incardinarse esta materia en el elenco de categorías específicas de la Ley⁵⁸.

Sin otras opciones y con las evidentes dificultades para acceder a los fuentes y medios de prueba imprescindibles para poder demandar con éxito, nos encontramos, como señala el legislador, ante “la imposibilidad de cumplir y hacer efectiva la tutela judicial efectiva las normas sustantivas aun existiendo un derecho sancionador exclusivo en esta materia”⁵⁹. A fin de intentar resolver esta *asimetría* de información (tal como es descrita en el Considerando 15 de la Directiva), se ha establecido una regulación específica con “mecanismos procesales efectivos” para posibilitar la reclamación de daños y perjuicios provocados como consecuencia de infracciones del Derecho de la competencia. Estos mecanismos quedan configurados en dos categorías: a) medidas que ayuden a la determinación de la certeza de aquellos hechos relevantes para la estimación de la demanda; y b) medidas que faciliten el acceso a fuentes de prueba necesarias para sostener la pretensión y que se hallen en poder de la parte contraria o de terceros⁶⁰.

En primer lugar y, como acertadamente señala el profesor GASCÓN INCHAUSTI, respecto al primer ámbito se establecen tres tipos de medidas que se incorporan a la Ley de Defensa de la Competencia: “i) algunas normas incluyen presunciones legales, en beneficio del litigante que se enfrenta a una prueba que, a priori, cabría calificar como difícil: v.g., la *presunción iuris tantum* de que las infracciones de cárteles causan perjuicios (art. 17.2 de la Directiva, art. 76.3 LDC) o la presunción favorable al comprador indirecto de que se le ha repercutido el sobrecoste (art. 14.2 de la Directiva art. 79.2 LDC); ii) también se han introducido una serie de previsiones destinadas a facilitar la prueba de la cuantía de los daños padecidos, permitiendo que se usen estimaciones (art. 17.1 de la Directiva art. 76.2 LDC) y abriendo las puertas a un cierto asesoramiento al Tribunal por parte de la autoridad de competencia, que puede recabarse de oficio (art. 17.3 de la Directiva), art. 76.4 LDC; iii) finalmente, también contribuyen a este fin las reglas incorporadas en el nuevo artículo 75 LDC, que establecen la fuerza vinculante de los pronunciamientos emitidos en contextos de *public enforcement* por las autoridades de la competencia y por los tribunales ante los que se impugnen sus decisiones: en supuestos internos, esta eficacia vinculante libera al actor de la carga probatoria respecto de aquello que, sin duda, puede resultarle más difícil de acreditar por la lejanía o la dificultad de acceso a las fuentes de prueba: la existencia de

⁵⁷ Un exhaustivo e interesante análisis crítico de la Propuesta de reforma en ACHÓN BRUÑÉN, MJ., “Futura modificación de la LEC para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE: medidas de acceso a fuentes de prueba, diferencias procesales con las actuales diligencias preliminares” *Práctica de Tribunales*, Nº 125, Marzo-Abril, 2017.

⁵⁸ En palabras de FERRÁNDIZ, P., “*Discovery* en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo artículo 283 bis LEC)”, *Diario La Ley*, Nº 9052, Sección Tribuna, 2 de Octubre de 2017, pág. 3, todo ello, “obligaba a confiar el éxito de las acciones, al momento de acordarse el recibimiento a prueba”.

⁵⁹ Exposición de Motivos de la Directiva 2014/104/UE.

⁶⁰ *Vid.*, CORDÓN MORENO, F., “La reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia. Innovaciones en materia probatoria y, en especial, la regulación del acceso a las fuentes de prueba”, *Análisis, GAP*, Madrid, septiembre 2017, pág. 2.

infracción que opera como título de base para la imputación de responsabilidad al demandado (art. 9.1 de la Directiva, art. 75.1 LDC); respecto de decisiones o sentencias dictadas en otros Estados miembros, la presunción establecida en el art. 75.2 LDC coadyuva también al mismo fin —aunque no haya vinculación en sentido propio—⁶¹.

En segundo lugar y respecto al acceso a las fuentes de prueba, el Real Decreto introduce, en el art. 7º, una nueva Sección 1ª bis: «Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia» al 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». A través de esta nueva regulación⁶², se permite que los justiciables en el campo del Derecho de la competencia tengan conocimiento de los elementos que les servirán para tratar de formar la convicción judicial conforme a las reglas ordinarias en materia de proposición y práctica de la prueba; ahora bien y, precisamente por ello, el acceso a fuentes de prueba no exime al litigante de la carga de proponer en tiempo y forma la práctica del medio probatorio pertinente⁶³.

A continuación, haremos una breve y sucinta exposición de los aspectos más relevantes del nuevo art. 283 bis de la LEC:

- 1.- El Tribunal, con el objetivo de garantizar el principio de igualdad de armas, *podrá* ordenar la exhibición de pruebas relevantes del demandado, de un tercero o del demandante. Se regulan los requisitos de la solicitud: proporcionalidad y motivación razonada para justificar la viabilidad del ejercicio de acciones por daños.
2. Estas medidas podrán solicitarse antes de la incoación del proceso, en la demanda, o durante el desarrollo del proceso. Se dará traslado de la solicitud y se convocará a las partes a una vista oral.
3. Acordada la medida, para su ejecución, que requerirá con carácter previo la prestación de caución. El Tribunal puede emplear los medios necesarios para la ejecución de la orden de exhibición, incluyendo la entrada y registro de lugares.
4. Se enuncian las consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de exhibición, moduladas por el principio de proporcionalidad, así como de la no interposición de la demanda. Se incluyen multas

⁶¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba...”, *op. cit.*, pág.

⁶² DE CASTRO, JM., “Novedades en materia de defensa de la competencia” *Diario La Ley*, N° 9002, Sección Tribuna, 16 de Junio de 2017, pág.4.

⁶³ HERRERO PÉREZ, C., “La transposición de la directiva de daños *antitrust*. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta De ley de transposición de la directiva”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, N° 1, pp. 150-183, respecto a la "asimetría de información" (como se la califica en el considerando 15 de la Directiva de Daños), afirma que la Directiva trata de mitigar los problemas derivados de esta asimetría informativa, a través de una detalladísima regulación del acceso a las pruebas que, bajo una estricta supervisión judicial, pretende encontrar un punto de 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.

de hasta 60.000 euros/día de retraso en el cumplimiento de las medidas e, incluso, la posibilidad de que al demandado se le tenga por allanado a la demanda o por desistido en una reconvencción.

6. De forma específica se regula al acceso a fuentes de prueba que se encuentren en poder de las administraciones públicas y entidades de derecho público, delimitando los límites al uso de la prueba obtenida por esta vía⁶⁴. Respecto al acceso al expediente de una autoridad de competencia hay que hacer referencia a las llamadas lista gris y la lista negra: - Lista gris o categorías de pruebas que sólo se exhibirán cuando se dé por concluido su procedimiento: documentos que sólo puedes aportar cuando concluya el procedimiento administrativo, y que son la documentación preparada por cualquiera de las partes para ese procedimiento, la documentación preparada por la autoridad para ese procedimiento y las propuestas de transacción retiradas. - Lista negra o categorías de pruebas que quedan excluidas de la exhibición de pruebas: no se puede pedir nada que tenga que ver con una declaración de clemencia y tampoco la exhibición de ninguna propuesta de acuerdo transaccional no retirada⁶⁵.

7. Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba son importantes: puede conllevar la desestimación de las excepciones planteadas a la demanda o de posibles reconvencciones, la declaración de responsable civil de los daños y perjuicios causados, determinándose los mismos a través del procedimiento regulado en los arts. 712 y ss. LEC, la condena en costas del incidente de acceso e, incluso, en caso de incumplimiento grave según el Tribunal, la imposición de multas de hasta 1.000.000 de euros tanto al incumplidor como a sus abogados⁶⁶.

En todo caso y tras este breve recorrido, podemos concluir positivamente que la reforma introducida en la LEC ofrece las herramientas necesarias para el adecuado acceso a las fuentes de prueba, mediante la articulación de un procedimiento que cuenta de forma expresa con las garantías del control discrecional a la aplicación del criterio de proporcionalidad de los Tribunales⁶⁷.

⁶⁴ CORDÓN MORENO, F., “La reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia. Innovaciones en materia probatoria y, en especial, la regulación del acceso a las fuentes de prueba”, *Análisis, GAP*, Madrid, septiembre 2017, pág. 2.

⁶⁵ Nos parece interesante hacer mención a algunas de las aportaciones realizadas en *Conclusiones del Congreso sobre la Directiva de Daños* por Ana Marqués Vilalloga (relatora), celebrado en el ICAB el 22 de noviembre de 2017. Así, RIVERA GARCÍA C., precisa que “el Juzgador deberá valorar los intereses legítimos y evitar cargas innecesarias para que no haya búsquedas indiscriminadas (*fishing expedition*)”. Y por RAÚL GARCÍA OREJUDO cuando afirma que “Todo ello planteará problemas prácticos a la hora de combinar este doble sistema: el nuevo, de acceso a las fuentes de prueba, y el que ya teníamos, de aportación de los medios de prueba, sobre todo en lo que se refiere a la documental y la pericial”.

⁶⁶ DE CASTRO, J.M.: “Novedades en materia de defensa de la competencia”, *Diario La Ley*, Nº 9002, Sección Tribuna, 16 de Junio de 2017, págs. 3 y 4, indica que se regula todo un nuevo procedimiento incidental, derivado de la acción principal de reclamación de daños, lo cual si bien ayuda a obtener las pruebas que el demandante necesita, en su caso, también complica la tramitación del procedimiento principal.

⁶⁷ No podemos dejar de señalar la opinión de GASCÓN INCHAUSTI, F.: “El acceso a las fuentes de prueba...”, *op. cit.*, pág. 15, que aún reconociendo la oportunidad de mejora que supone la incorporación de las medidas de acceso a fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil “deja, posiblemente, un sabor agríndice”. Afirma que “se trata de una oportunidad perdida para haber mejorado de forma sustancial nuestro sistema procesal en uno de los puntos débiles comunes a la gran mayoría de ordenamientos continentales” Pero considera que es una pérdida temporal, “si se tiene en cuenta el potencial expansivo que pueden acabar teniendo respecto del ordenamiento en su conjunto las disposiciones sectoriales que se incorporan por mandato del legislador europeo”.

3. EL CÁRTEL DEL SEGURO DECENAL

La Resolución⁶⁸ de la entonces Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 12 de noviembre de 2009 impuso a seis compañías aseguradoras y reaseguradoras⁶⁹ multas que ascendían a un importe de casi 121 millones de euros por la comisión de prácticas anticompetitivas en el mercado del seguro decenal entre 2002 y 2007 (en infracción de los arts. 1.1 de la Ley 15/2007 y 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

El funcionamiento del sector de los seguros en España en relación con este pronunciamiento de la autoridad administrativa ya ha sido estudiado en profundidad por la doctrina más atenta, y por ello, nos remitimos a los estudios ya publicados al respecto⁷⁰. En este comentario nos interesa únicamente en cuanto "antecedente necesario" para las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil y de la Audiencia Provincial que van a ser objeto de análisis.

Como acertadamente ha señalado el prof. MARCOS: "La infracción sancionada por la CNC comprendía tanto el cártel (que implicaba tanto a aseguradoras, como a reaseguradoras) como las medidas de vigilancia y cumplimiento, y entre ellas, el boicot que algunas de las cartelistas habrían empleado para evitar que MUSAAT lanzara al mercado una póliza que no respetara los precios y condiciones establecidas por el cartel"⁷¹.

En lo que hace referencia al cártel, la CNC estableció como acreditada la evidencia tanto del acuerdo inicial de precios mínimos, de fecha 5 de diciembre de 2001 (y que en el expediente se denomina "medidas correctoras SDD2002") como de la intención de las empresas de aplicarlo y extenderlo a todo el mercado del ramo del seguro decenal. El otro factor que la CNC tuvo en cuenta –y esto es especialmente relevante para la acción de daños que a la postre ejercerá MUSAAT-, fue el de los mecanismos destinados a asegurar el cumplimiento y control del acuerdo anticompetitivo, con algunos ejemplos de las medidas adoptadas (incluyendo el boicot y los actos de retorsión) para impedir la bajada en los precios. Finalmente, y como el mismo autor al que antes citábamos ha puesto de manifiesto, "aunque las consideraciones de la CNC y los datos utilizados son más discutibles en este punto, el cartel supuso la homogeneización de las primas de las aseguradoras en un producto que era de contratación obligatoria por los promotores inmobiliarios"⁷².

Y que, además, "en la regulación introducida se advierte, de hecho, la existencia de una suerte de «parte general» que, en cualquier momento futuro, podría servir de base para una extensión de las medidas de acceso a fuentes de prueba a otros sectores del ordenamiento o, incluso, a todos".

⁶⁸ Expediente S/0037/08 *Compañías de Seguro Decenal*.

⁶⁹ ASEFA, CASER, MAPFRE, MÜNCHENER, SCOR y SWISS RE.

⁷⁰ Vid. por todos, MARCOS, F.: "The Spanish Property Insurance Cartel", *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 18/2, primavera 2012, págs. 79-101.

⁷¹ MARCOS, F.: "SÍ, HAY INDEMNIZACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL CÁRTEL DEL SEGURO DECENAL", publicado el 31 de julio de 2014 en el blog del *Observatorio de Aplicación del Derecho de la Competencia*, disponible en: <http://www.observatorioantitrust.eu/es/si-hay-indemnizaciones-de-danos-y-perjuicios-por-el-cartel-del-seguro-decenal/> (última consulta el 10 de enero de 2018).

⁷² MARCOS, F.: "EL CÁRTEL DEL SEGURO DECENAL SALE DEL TRIBUNAL SUPREMO", en el Blog del *Observatorio de Aplicación del Derecho de la Competencia*, publicado el 22 de julio de 2015, disponible en:

Las seis empresas sancionadas acudieron a la vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional, quien a los tres años dictó las correspondientes Sentencias (en los recursos interpuestos por ASEFA⁷³, SCOR⁷⁴, CASER⁷⁵, MAPFRE⁷⁶, MÜNCHENER⁷⁷ y SWISS RE⁷⁸) que anulaban por completo la Resolución de la CNC. Sorprendentemente –ya que todas fueron dictadas por la misma Sección 6ª, revisora de las decisiones administrativas en este ámbito- lo hicieron con fundamentos y razonamientos jurídicos distintos. El único motivo que compartían era la discrepancia con la CNC en cuanto a que el comportamiento de las aseguradoras y reaseguradoras –plasmado en el documento "medidas correctoras SDD2001"- no era un acuerdo de voluntades propiamente dicho, y por tanto no constituía una infracción del art. 1 LDC ni del art. 101 TFUE.

La Audiencia Nacional entendió que no se trataba de una conducta anticompetitiva, sino una actuación que respondía a las circunstancias del momento, caracterizado por la novedad de la introducción del seguro decenal obligatorio, la peculiar regulación del sector, y en cierta manera la conveniencia y oportunidad de intercambios de información entre las empresas del ramo, para ajustar mejor sus primas de riesgo. Por otro lado algunas de las Sentencias hablan de un eventual amparo de la conducta de las empresas proporcionada por la normativa de Exención por categorías de determinados acuerdos del sector de los seguros, entonces el Reglamento UE nº 358/2003⁷⁹, y el vigente hasta el pasado 31 de diciembre de 2017 era el Reglamento UE nº 267/2010⁸⁰, de 24 de marzo.

Este largo y complejo periplo del *public enforcement* en torno al cártel del seguro decenal se cerró en 2015 con las seis Sentencias de nuestro Alto Tribunal, que en cuatro casos (ASEFA⁸¹, CASER⁸², SCOR⁸³ y SWISS RE⁸⁴) anula los respectivos pronunciamientos de la AN, y por tanto ratifica en cuanto al fondo la Resolución original de la CNC de 2009, mientras que en los otros dos (MAPFRE⁸⁵ y MÜNCHENER⁸⁶) los confirma, declarando no contraria al artículo 1 LDC la conducta de dichas empresas.

<http://www.osservatorioantitrust.eu/es/el-cartel-del-seguro-decenal-sale-del-tribunal-supremo/> (última consulta el 13 de enero de 2018).

⁷³ SAN de 4 de enero de 2013, RJ 1/2013 (ECLI:ES:AN:2013:1).

⁷⁴ SAN de 18 de diciembre de 2012, RJ 5232/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5232).

⁷⁵ SAN de 14 de diciembre de 2012, RJ 5233/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5233).

⁷⁶ SAN de 20 de marzo de 2013, RJ 1176/2013 (ECLI:ES:AN:2013:1176).

⁷⁷ SAN de 18 de diciembre de 2012, RJ 5306/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5306).

⁷⁸ SAN de 10 de abril de 2013, RJ 1663/2012 (ECLI:ES:AN:2012:1663).

⁷⁹ Reglamento (CE) nº 358/2003 de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, *DOUE* núm. 53, de 28 de febrero de 2003, páginas 8 a 16.

⁸⁰ Reglamento (UE) nº 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, *DOUE* L 83 de 30.3.2010, páginas 1 a 7.

⁸¹ STS de 26 de mayo de 2015, RJ 2543/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2543).

⁸² STS de 26 de mayo de 2015, RJ 2536/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2536).

⁸³ STS de 22 de mayo de 2015, RJ 2297/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2297).

⁸⁴ STS de 22 de mayo de 2015, RJ 2397/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2397).

⁸⁵ STS de 27 de mayo de 2015, RJ 2656/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2656).

⁸⁶ STS de 9 de junio de 2015, RJ 2516/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2516).

El objeto de este comentario no es propiamente el análisis del cártel del seguro decenal, o el desolador panorama que ha supuesto la revisión judicial de la Resolución de la CNC. Otros autores lo han hecho, con acierto, y a sus publicaciones nos remitimos⁸⁷. Nos centraremos, en cambio, en uno de los efectos colaterales de este asunto: la acción de daños planteada por la empresa MUSAAT –ante la jurisdicción civil- contra tres de las empresas integrantes del cártel del seguro decenal.

4. VALORACIÓN POR LA JURISDICCIÓN CIVIL DE LA CONDUCTA ANTITRUST

Llegamos pues a la Sentencia⁸⁸ de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) de fecha 3 de julio de 2017, que resuelve el recuso de apelación planteado por SCOR, ASEFA y CASER contra la decisión del Juez Mercantil, y es en este momento cuando vamos a expresar la idea principal que pretende transmitir este comentario. Consideramos que este pronunciamiento es una consagración de las acciones *stand-alone* en las reclamaciones de daños derivadas de ilícitos antitrust, superando los escollos y dificultades de las acciones *follow-on*, máxime en un sistema como el español que, en la actualidad, hace que el public enforcement sea cuando menos una absoluta incerteza.

No puede desconocerse que la gran mayoría de las acciones de reclamación de daños y perjuicios que van a ejercitarse lo serán del tipo *follow-on*, apoyándose en la previa decisión administrativa declarando –y sancionando- la conducta antitrust. Sin embargo, y de ahí la singularidad e interés del caso MUSAAT, el resarcimiento patrimonial no se apoya en el daño provocado por el cártel (en términos de sobre costes) a sus compradores, directos o indirectos, sino en el sufrido por un competidor de las compañías aseguradoras y reaseguradoras que fue objeto de actos de boicot y retorsión, precisamente por negarse a participar en la conducta anticompetitiva.

En efecto, así como en el momento de dictarse la Sentencia del Juzgado Mercantil el proceso contencioso-administrativo estaba en pleno desarrollo, con todas las Sentencias de la Audiencia Nacional recurridas en casación ante el Tribunal Supremo, en el momento de pronunciarse la Audiencia Provincial, ya se habían resuelto todos los recursos, con lo que en ese sentido el aspecto quizá más interesante es el pronunciamiento sobre la prejudicialidad (en qué medida la jurisdicción civil ha de estar vinculada por las resoluciones de los órganos administrativos); el otro aspecto, naturalmente, es el pronunciamiento relativo a la acción de daños –y su cuantificación- entablada por la demandante en primera instancia y ahora apelada, MUSAAT.

⁸⁷ MARCOS, F.: "Matrioskas judiciales en la revisión del cártel de seguro decenal", en el blog *Almacén de Derecho*, publicado el 3 de agosto de 2015, disponible en: <http://almacenderecho.org/matrioskas-judiciales-en-la-revision-del-cartel-de-seguro-decenal/> (última consulta el 30 de octubre de 2017).

⁸⁸ Sentencia núm. 339/2017, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), de 3 de julio de 2017, ROJ 9034/2017 (ECLI:ES:APM:2017:9034).

4.1. La acción de resarcimiento patrimonial

Una vez aclarada, en un epígrafe anterior, la cuestión de la jurisdicción competente, podemos entrar ya a analizar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de 9 de mayo de 2014⁸⁹, que resuelve en primera instancia, estimándola, la demanda de MUSAAT, aseguradora que no participó en el cártel y que ofreció el seguro decenal a precios inferiores a los mínimos pactados. Esta sentencia condena⁹⁰ a las aseguradoras ASEFA y CASER y a la reaseguradora SCOR a pagar a MUSAAT una indemnización de 3.550.615,7 euros por los daños y perjuicios derivados de los actos de boicot y retorsión contra ella, vulnerando el artículo 1 de la LDC, así como el artículo 101 del TFUE.

La demandante solicitaba en el suplico que:

1. Se declare que los actos y conductas llevados a cabo por las demandadas constituyen actos de boicot y retorsión a MUSAAT, contrarios a los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y 101 del TFUE.
2. Sobre la base del artículo 1902 del Código Civil, se condene a las demandadas a indemnizar solidariamente a MUSAAT por los daños y perjuicios causados, en concepto de daño emergente y lucro cesante en la cantidad de 23.324,364 euros; así como al pago de las costas del procedimiento.
3. Subsidiariamente, se declare que los actos y conductas de las demandadas suponen actos de Competencia Desleal subsumibles en los artículos 4 y/o 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD).
4. Como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas a cesar en la realización de los actos declarados como constitutivos de competencia desleal y/o prohibiéndose la reiteración de los mismos, así como a la publicación de la sentencia.

MUSAAT, que no es una víctima del cártel del seguro decenal sino un competidor de las aseguradoras presuntamente en él implicadas, alega en su demanda que entre finales de 2006 y principios de 2008 las demandadas llevaron a cabo contra ella actos de boicot y retorsión, como consecuencia de que comercializara un seguro decenal de daños a la edificación, a precios inferiores a los precios mínimos pactados por el cártel, y que dichos actos de boicot y retorsión afectaron al desarrollo y consecución del reaseguro⁹¹. Así, expone que, tras sondear a varias reaseguradoras que operaban en el mercado español,

⁸⁹ Sentencia núm. 88/2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014, RJ 24/2014 (ECLI:ES:JMM:2014:118).

⁹⁰ Vid. un análisis más detallado de la misma en DÍEZ ESTELLA, F. y ESTRADA MERAYO, C.: “Las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 15 (2014).

⁹¹ La Resolución de la CNC sostiene que “ante la conducta de algunas aseguradoras cedente, y de forma particular MUSAAT, de aplicar precios inferiores a los pactados, ASEFA, CASER, SCOR, SUIZA y MRSEP reaccionaron de forma coordinada con el objetivo de mantener el nivel de precios mínimos acordado, presionando a las reaseguradoras (como HANNOVER RE) que se mostraban dispuestas a contratar con MUSAAT su negocio

sin éxito, acudió al bróker del reaseguro AON RE, para que le facilitase reaseguro. Al parecer, la reaseguradora HANNOVER RE accedió a dar reaseguro en la modalidad XL a MUSAAT por intermediación del citado bróker.

Sin embargo, el 13 de diciembre de 2006, habiendo iniciado ya MUSAAT los preparativos para su nuevo producto, HANNOVER RE remitió una misiva a AON RE en la que manifestaba que retiraba su apoyo y señalaba que *“nuestros más importantes clientes amenazaron con tomar medidas de retorsión si seguimos brindando nuestro apoyo al Programa Decenal en Exceso de Pérdida de MUSAAT”*. La demandante aduce que HANNOVER RE retiró su oferta de reaseguro XL por las presiones de las codemandadas. La sentencia, por su parte, considera que, mediante prueba documental aportada por la demandante, quedan acreditados estos hechos, así como la relación profesional con AON RE y la manifestación de ésta de la intención de HANNOVER RE de proporcionar reaseguro XL a MUSAAT. En definitiva, la juez deduce *“la intervención, como poco, de las tres codemandadas en la realización de actos de presión a la reaseguradora HANNOVER RE, y a otras entidades reaseguradoras”*, con la finalidad de que no proporcionaran el concreto reaseguro a MUSAAT.

Uno de los argumentos de defensa de las codemandadas pasa por la afirmación de que los contactos sobre aspectos técnicos están permitidos por la normativa comunitaria europea; argumento éste que no prospera, pues la magistrada concluye que *“los hechos de los que se parte como acreditados (...) no se limitan a intercambios de información, sino a concretos actos de presión a terceras partes, reaseguradoras de la modalidad XL, a fin de que no procedieran a conferir el reaseguro”*.

La juez, que reconoce la continuidad de la conducta⁹², estima acreditado (Fundamento de Derecho 7º) que *“las tres codemandadas primero presionaron a fin de que HANNOVER RE no reasegurase a MUSAAT”* y, segundo, *“intentaron evitar que la entidad MUSAAT obtuviera Reaseguro en la modalidad XL de otra/s entidades, llegando a condicionar la celebración de contratos a compromisos de no contratación de tales productos con MUSAAT”*. En este sentido, considera (Fundamento de Derecho 8º) que este comportamiento sí cabe ser calificado como actos de boicot y las 'advertencias' realizadas a la otra empresa pueden ser conceptuadas como actos de retorsión.

Por otro lado, MUSAAT arguye que el comportamiento de las codemandadas se encaminaba a mantener el nivel de precios mínimos acordado. A este respecto, recoge la sentencia que de la prueba documental aportada se deduce la preocupación de las codemandadas respecto de que una aseguradora realice ofertas

en SDD para 2007 a precios inferiores a los acordados”. El reproche antitrust de la CNC a estas conductas *“surge por su origen coordinado o concertado y por su finalidad anticompetitiva: vigilar que el acuerdo de precios era respetado por las partes y por todo el mercado, y en caso de detectarse incumplimientos, ponerlos en conocimiento de los miembros del cártel de precios mínimos para, en su caso, adoptar medidas de presión, retorsión y boicot”*.

⁹² La CNC la calificó de "infracción compleja, muy grave, única y continuada en el tiempo". Esta calificación ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de nuestra autoridad de competencia, y no ha estado exenta de cierta polémica doctrinal. *Vid.*, entre otras, las RRCNC de 30 de julio de 2013, Exp. S/0380/11, *Coches de Alquiler*; de 26 de noviembre de 2013, Exp. S/0314/10, *Puerto de Valencia*; y de 28 de febrero de 2013, Exp. S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*.

por debajo del “casual” precio “prácticamente común” de las demás. La demandante alega, también, que se vio sometida a una campaña de desprestigio ocasionada por las demandadas. Pues bien, la juez encuentra problemas a la hora de concretar la autoría de la misma y considera que la demanda no es precisa a la hora de acotar los hechos que constituirían dicha campaña, por lo que desestima tal alegación.

La sentencia, finalmente, declara que los actos y conductas llevadas a cabo por las demandadas constituyen actos de boicot⁹³ y retorsión a MUSAAT, contrarios a los artículos 1 LDC, y 101 del TFUE. Como consecuencia de ello, y sobre la base del artículo 1902 del Código Civil, condena a las demandadas a indemnizar conjunta y solidariamente a MUSAAT por los daños y perjuicios ocasionados, en concepto de daño emergente en la cantidad de 3.550.615,7 euros, no habiendo lugar a imponer las costas a ninguna de las partes.

Como se ha expuesto, MUSAAT ejercita en su demanda, de manera subsidiaria, acción de competencia desleal, en virtud del artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Y precisamente por tratarse de un *petitum* subsidiario y haberse estimado la acción declarativa, no se pronuncia la juez sobre el mismo⁹⁴.

Antes de analizar la Sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve el recurso contra este pronunciamiento, procede hacer referencia a una interesante cuestión. La Sentencia del Juez Mercantil no se pronuncia directamente sobre el cártel, sino que lo hace sobre el boicot y los actos de retorsión que llevaron a cabo las demandadas como medida de vigilancia de que el acuerdo de precios era cumplido, y, además, se dicta antes de que la Resolución de la CNC devenga firme⁹⁵. No obstante, aquí no opera la prejudicialidad, por lo que el hecho de no haber recaído sentencia firme, no obsta para que proceda el resarcimiento patrimonial.

Es por ello por lo que la doctrina más atenta que ya ha tenido oportunidad de analizar este relevante pronunciamiento califica la acción indemnizatoria no como acción aislada (*stand-alone*), sino como de seguimiento (*follow-on*), pero “parcial, atípica y anticipada”⁹⁶. En este comentario, vamos más bien a considerarla como una *stand-alone claim*, impropia y colateral, que toma como precedente la decisión administrativa, pero no se fundamenta en ella, sino que tiene entidad propia y autónoma.

⁹³ Un completo y exhaustivo análisis del boicot puede encontrarse en EMPARANZA SOBEJANO, A., *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Ed. Civitas, Madrid 2000.

⁹⁴ No obstante, añade que: “con todo, dado que la infracción de los arts. 1 y 2 es un acto de competencia desleal tipificado en el art. 15.2 de la LCD de 10 de enero de 1991, el actor puede, sin necesidad de ningún otro requisito adicional, ejercitar las acciones previstas en su artículo 32, la cesación de la conducta ilícita, la remoción de sus efectos, la rectificación y el enriquecimiento injusto. Por lo tanto, apreciada la existencia de actos de boicot y retorsión, las concretas acciones ejercitadas hubieran encajado en tales previsiones”.

⁹⁵ Como se ha expuesto, la Resolución de la CNC fue recurrida ante la Audiencia Nacional, quien anuló las multas impuestas por la Autoridad de Competencia.

⁹⁶ MARCOS, F., “Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz del cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014 (MUSAT v. ASEFA, CASER y SCOR)”, *La Ley Mercantil*, 29 de Julio de 2014, pág. 11.

4.2. La cuestión de la prejudicialidad.

A estas alturas puede afirmarse con toda seguridad que éste es uno de los aspectos que más dificultades ha planteado la transposición de la Directiva 2014/104/CE a los ordenamientos internos de los Estados miembros –no sólo el nuestro- de la UE. Se entiende el recelo de los órganos jurisdiccionales nacionales a esta pérdida de independencia en el ejercicio de sus funciones que supone el estar *vinculado* por un pronunciamiento de un órgano administrativo⁹⁷.

4.2.1. Consideraciones preliminares.

La cuestión de la vinculación de la jurisdicción civil a las decisiones sancionadoras de las Autoridades Nacionales de Competencia en el marco de las acciones de daños derivadas del incumplimiento de la normativa antitrust ha sido estudiada en profundidad por la doctrina⁹⁸, desde el momento mismo en que se publicó la propuesta de Ley⁹⁹ de transposición de la Directiva de Daños; a esos estudios nos remitimos para un análisis exhaustivo, ya que excede con creces el ámbito de este comentario. Aquí nos limitaremos a destacar sus rasgos esenciales, y en qué medida se reflejan en el caso MUSAAT.

Como es bien sabido, el valor que se atribuya a las decisiones de la autoridad de competencia que se hayan dictado sobre ese asunto¹⁰⁰ en el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas (las llamadas acciones “*follow-on*”), es un tema de la mayor trascendencia y complejidad, ya que es precisamente la existencia de esa decisión lo que motiva el ejercicio de la acción resarcitoria. Incluso, las sentencias firmes emanadas de la revisión jurisdiccional contencioso-administrativa que confirman las sanciones impuestas por las autoridades de competencia tampoco vinculan al tribunal civil en virtud del artículo 12 de la LOPJ¹⁰¹.

Ya se señaló, hace casi una década, cuando toda esta materia estaba apenas en fase incipiente, por un destacado magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que es evidente que la relación entre litigios pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales no es una cuestión pacífica y, sin embargo, puede

⁹⁷ Sentencia del J.Merc. nº 2 de Barcelona, núm. 45/2010, de 20 de enero de 2011, FD3º, “*a diferencia de lo dispuesto en el artículo 16.1º del Reglamento 1/2003 en relación con las decisiones de la Comisión Europea, que son vinculantes incluso si son objeto de recurso, dado que disfrutan, en principio, de una presunción de legalidad mientras no hayan sido anuladas o revocadas la Ley de 2007 no contempla tal vinculación*”.

⁹⁸ Vid., por todos, CALVO CARAVACA, A. y SUDEROW, J.: “El efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de Competencia en la aplicación privada del derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 114-157.

⁹⁹ Especialmente completo, riguroso y acertado en este punto es el análisis de HERRERO SUÁREZ, C.: “La transposición de la Directiva de Daños Antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, Nº 1, pp. 150-183.

¹⁰⁰ Así lo señaló, con acierto, JIMÉNEZ-LA TORRE, F., “Las reclamaciones de daños por infracciones de Competencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Editorial LA LEY, Nº 25, La tercera de GJ, Enero-Febrero 2012.

¹⁰¹ “*En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial*”. Véase la sentencia de Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, de 19 de junio de 2013 (RJ 625/2008), dictada escasos días después de la publicación de la Propuesta de Directiva, y en la que se expresan reticencias sobre esta cuestión.

decirse que tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia reconocen la vinculación del juez civil a la resolución judicial de la Audiencia Nacional que confirme la resolución administrativa en virtud del efecto de cosa juzgada en sentido positivo o material¹⁰².

Las previsiones que a este respecto hace la normativa comunitaria son claras e inequívocas: el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE prevé que una resolución firme de una autoridad administrativa "*se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional*" (párrafo 1º), estableciendo el mandato para los órganos jurisdiccionales de que la tengan en cuenta "*al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes*" (párrafo 2º). Por su parte, esta norma ha quedado consagrada en el nuevo artículo 75 LDC, que bajo la rúbrica "Efecto de las resoluciones de las autoridades de la competencia o de los tribunales competentes" establece (párrafo 1º):

La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español.

La fórmula adoptada por el legislador ha recibido una favorable acogida por los autores que han estudiado esta cuestión, destacando que "la vinculación de las decisiones administrativas requiere un elemento adicional: la firmeza. Firmeza que viene a manifestar la exigencia de intervención –o al menos, posibilidad de intervención- de una autoridad judicial que controle lo actuado por la administración. Sin firmeza y ante un mero pronunciamiento administrativo carente de respaldo judicial, una resolución de la CNMC (o de otra autoridad de competencia) no puede desplegar ningún efecto vinculante –*de iure*- (ni en relación a los hechos constatados ni a su calificación jurídica) ante la jurisdicción civil"¹⁰³.

4.2.2. El pronunciamiento del Juzgado Mercantil.

La Sentencia del Juzgado Mercantil, que es el que conoce en primera instancia la reclamación d daños, señalaba en su Fundamento de Derecho 2º que la acción ejercitada por MUSAAT "se asienta en el denominado Derecho de la Competencia" (énfasis añadido), como queriendo despejar cualquier duda sobre la estrecha conexión entre la demanda civil y el expediente administrativo, pero a la vez, manteniendo cada uno sus respectivos ámbitos propios. Y reitera (en el Fundamento de Derecho 5º, *in fine*) que "se ha desestimar la alegación [de la demandada, sobre la prescripción de la acción de daños, ex artículo 1968.2 CC] al constar únicamente acreditado el conocimiento por MUSAAT del alcance y origen de los actos que denuncia a raíz del dictado de la Resolución de la CNC".

¹⁰² SANCHO GARGALLO, I.: "Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia", Revista electrónica *Indret*, núm.1, 2009, pp. 14 y ss.

¹⁰³ HERRERO SUÁREZ, C. (2016): *Op.cit*, pág. 169.

Seguidamente, en el Fundamento de Derecho 6º, recoge¹⁰⁴ una amplia argumentación¹⁰⁵ del Tribunal Constitucional (Sentencia núm. 192/2009, de 28 de septiembre), tras la que sigue el precedente marcado por el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 7 de noviembre de 2013 (EBRO FOODS) recordaba cómo: "*esta vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales (...) tiene mayor sentido aun en un sistema como el del art. 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que es calificado como de "follow on claims" (...) por lo que ninguna indefensión le produce la vinculación de la jurisdicción civil, en los términos que se ha expresado, a los hechos constitutivos de la conducta anticoncurrencial*".

La referencia a la antigua LDC parece aquí oportuna, ya que -como hemos señalado en la introducción- ese requisito de procedibilidad era el mayor obstáculo existente en nuestra legislación al ejercicio de acciones de daños. Sin embargo, y como el Juez también reconoce, no estamos ante la Ley 16/1989, sino ante la Ley 15/2007, que deroga el antedicho artículo 13.2 LDC, y suprimiendo ese requisito de procedibilidad, permite las acciones "*stand alone*". Y por tanto, concluye el Fundamento de Derecho 6º, en cuanto a la vinculación a los hechos probados, y la valoración de la prueba documental obrante en el expediente administrativo y presentada junto con la demanda, en ejercicio de su labor judicial, dado que se ha incorporado al procedimiento ha de valorarse conforme al art. 217 LEC, lo que le permite al Juez Mercantil llegar a un fallo distinto del resultado obtenido en el proceso administrativo.

En efecto, el principio general sobre la distribución del *onus probandi* en el ámbito civil¹⁰⁶ señala que corresponde a las partes del proceso la carga de la prueba pero que se aplicarán judicialmente las reglas establecidas en el art. 217 LEC cuando no se logre la certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes¹⁰⁷. En este precepto, se recogen normas de carácter procesal que se refieren, sin embargo, "*al contenido del juicio jurisdiccional y están fundadas en criterios racionales de justicia*"¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Invocada esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional a través del precedente sentado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, que resuelve el recurso de casación planteado por EBRO FOODS en el *cártel del azúcar*.

¹⁰⁵ "*Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde **perspectivas jurídicas diversas** (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre [RTC 2008, 109], F. 3) (...)" (énfasis añadido).*

¹⁰⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Curso de Derecho Procesal Civil II: Parte especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2014, págs. 117-118.

¹⁰⁷ De esta forma, su aplicación permite al juzgador- como se indica en la Exposición de Motivos- "confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos en que, por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos".

¹⁰⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J.: *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, *op. cit.*, págs. 121 y 122.

En el caso que estamos analizando, y para poder resolver, el juzgador *a quo* se basa en la resolución administrativa que establece una realidad fáctica acreditada y probada y, del mismo modo y sobre ese material, el Tribunal *ad quem*, resolviendo el recurso de apelación, reitera que: (i) las conductas enjuiciadas, en la vía civil y en la administrativa, son idénticas en ambos procesos; (ii) constituyen acontecimientos específicos perfectamente localizados en el tiempo y en el espacio; y (iii) donde la problemática jurídica resulta también enteramente coincidente al versar sobre la susceptibilidad de incardinación de tales hechos dentro de una determinada categoría de infracción (prácticas colusorias).

Existe, por tanto, una identidad y coincidencia en los hechos enjuiciados y su acreditación probatoria lo que determina la vinculación para el juez de lo civil de las cuestiones fácticas. La apreciación jurisdiccional se apoya en esos hechos debidamente acreditados en el expediente sancionador a los que aplica las reglas del art. 217 LEC que regulan expresamente la carga de la prueba¹⁰⁹. Así, corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Por el contrario, incumbe al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos. Añadiendo, en el aptdo. 1 del art. 217 LEC que cuando, al tiempo de dictar sentencia, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor, o las del demandado. Estas reglas, aplicadas exhaustivamente por el juzgador en ambas instancias, llevan a una calificación jurídica diferente a la del órgano administrativo.

En consecuencia, y este es el punto fundamental al que queríamos llegar en este razonamiento, a diferencia de lo expresado por la Audiencia Nacional, que niega la existencia de un cártel y tampoco consideró que hubiera actos de boicot y retorsión, concluye la Sentencia que hubo actos de presión¹¹⁰ a MUSAAT y que dicha conducta es anticompetitiva¹¹¹.

Hemos señalado anteriormente el requisito –a los efectos de su carácter vinculante para la jurisdicción civil- de la firmeza de las decisiones administrativas; obsérvese que este caso da lugar al supuesto inverso: inexistencia de licitud desde una perspectiva administrativa y, en cambio, acreditación de la conducta anticompetitiva y consecuente reconocimiento de responsabilidad civil. Esta situación, tan poco frecuente, naturalmente da pie a extender el debate sobre la vinculación o no del juez civil a resoluciones negativas, es decir, que no declaran o, en su caso, anulan una infracción.

¹⁰⁹ El Tribunal Supremo precisa en las Sentencias 82/1992, de 7 de febrero, 377/2010, de 14 de junio, y 611/2011, de 12 de septiembre, entre otras muchas, las reglas de la carga de la prueba, hoy contenidas en el artículo 217 LEC.

¹¹⁰ "Por lo tanto, de la documental y demás prueba examinada se deduce la intervención, como poco, de las tres codemandadas en la concreta conducta consistente en realización de actos de presión a la reaseguradora HANNOVER RE, y a otras entidades reaseguradoras, a fin de que no proporcionaran el concreto reaseguro a MUSAAT", Fundamento de Derecho 7º *in fine*.

¹¹¹ "Y, en cuanto comportamiento contrario a la competencia eficiente, que obstaculizó la libre competencia, si cabe ser calificado como actos de boicot. Análogamente, las advertencias realizadas, al menos, a la reaseguradora HANNOVER RE, pueden ser conceptuadas como actos de retorsión", Fundamento de Derecho 8º *in fine*.

En nuestra opinión, la única fórmula posible -por lo menos en este asunto concreto- es la de postular la separación entre el procedimiento administrativo y la acción de daños, por ello, como ha señalado – pensamos que acertadamente- la doctrina que más a fondo ha estudiado este asunto, "la sentencia del juzgado de lo mercantil nº 12 de Madrid se apoya tan sólo parcial y mínimamente en la resolución de la CNC. Desgaja de la infracción compleja sancionada por la CNC el boicot"¹¹². De ahí que defendamos la categorización de la acción de MUSAAT como de *stand-alone*, aunque impropia y colateral.

Dado que estamos considerando aquí la vinculación o desvinculación del pronunciamiento judicial sobre la decisión administrativa, tiene cierta ironía que en la calificación como conductas contrarias al art. 1 LDC la Sentencia del Juzgado Mercantil de 9 de mayo de 2014 –desdiciendo lo que sostenía la AN- "se adelanta"¹¹³ a algunos de los fallos en vía contencioso-administrativo, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 (que resuelve el recurso planteado por SWISS RE), cuando señala en su Fundamento de Derecho 6º:

"En todo caso, aun con independencia de cuál fuese el alcance real de lo acordado en el año 2002, las referidas prácticas de seguimiento y control y, desde luego, las actividades de represalia frente a los incumplidores, son conductas anticompetitivas constitutivas por sí mismas de infracción (...)".

Igualmente, cuando se resuelve el recurso de apelación contra dicha Sentencia del Juez Mercantil, también se tiene muy en cuenta la Resolución de la CNC, y el ulterior devenir del procedimiento contencioso-administrativo, pero se dicta con independencia y conforme a su propio juicio y valoración.

4.2.3. La revisión por la Audiencia Provincial.

En la Sentencia que resuelve el recurso de apelación contra el pronunciamiento del Juzgado Mercantil, la Audiencia Provincial –tras recoger en su Fundamento de Derecho 3º el mismo precedente del Tribunal Constitucional que ha invocado la Sentencia de instancia- a la conclusión de que tanto los hechos enjuiciados como la perspectiva jurídica son los mismos en ambos procesos. Y hace seguidamente la AP una muy extensa transcripción de la Sentencia del TS de 26 de mayo de 2015, que resuelve el recurso planteado por ASEFA, y que la AP toma como paradigma y modelo válido para las otras dos recurrentes (SCOR y CASER), para concluir en el último párrafo de este Fundamento de Derecho 3º que:

"Despejada, pues, en el sentido confirmatorio ya anunciado, la problemática referida a la realidad o irrealidad de las conductas imputadas a las demandadas en la demanda

¹¹² MARCOS, F., "Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz del cártel del seguro de daños decenal: Notas a propósito de la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014", *La Ley Mercantil*, 29 de Julio de 2014, pág. 14.

¹¹³ *Vid.* un agudo análisis de esta Sentencia, y los reproches que sobre este punto concreto el Tribunal Supremo dirige a la Audiencia Nacional, en ALFARO, J.: "Otra (mejor) sentencia del Supremo sobre el cártel del seguro decenal", en el blog *Almacén de Derecho*, publicado el 10 de junio de 2015. Disponible en la web: <http://www.almacendederecho.org/otra-mejor-sentencia-del-supremo-sobre-el-cartel-del-seguro-decenal/> (última consulta el 14 de diciembre de 2017).

rectora del presente proceso así como la concerniente a la calificación jurídica de tales conductas, queda abierta, obviamente, la cuestión relacionada con la determinación de si tales conductas ocasionaron o no a MUSAAT algún quebranto patrimonial y, en caso afirmativo, a la cuantificación de ese quebranto, cuestiones ambas sobre las que, por obvias razones, no existe pronunciamiento alguno proveniente del orden contencioso administrativo".

Se constituye así un valioso precedente en nuestra jurisprudencia de la virtualidad práctica de las *stand-alone claims*; a la jurisdicción mercantil le sirve como punto de partida la resolución administrativa –en este caso de la extinta CNC- y, naturalmente, los pronunciamientos que al respecto tienen lugar en sede contencioso-administrativa –a cargo de la AN y el TS-. Pero en Primera Instancia se ha considerado acreditada la existencia de una conducta anticompetitiva (actos de boicot y retorsión), de la que se han derivado unos perjuicios patrimoniales, que corresponde resarcir, y en sede de Apelación, la Audiencia Provincial lo confirma y, por tanto, procede a valorar la cuantificación del quebranto económico, cuestión sobre la cual, recuerda con acierto y precisión, "*no existe pronunciamiento alguno proveniente del orden contencioso-administrativo*".

Desde luego, y como ha quedado reflejado en el apartado precedente, visto el caos en el ámbito del *public enforcement* que este asunto ha seguido, en cuanto a la calificación de la conducta de las compañías aseguradoras y reaseguradoras como anticompetitivos, podríamos decir que no hace falta tampoco un pronunciamiento administrativo sobre la licitud de tales actuaciones. La jurisdicción civil se pronuncia ella sola sobre la cuestión. No le hace falta la decisión administrativa previa, aunque evidentemente la tenga en cuenta como punto de partida. No hace falta una decisión administrativa previa, no toda acción de resarcimiento tiene que ser una *follow-on*, este caso del cártel del seguro decenal y el procedimiento civil seguido a instancias de la empresa MUSAAT es un claro triunfo –con los matices y reservas ya expresados en estas páginas- de las acciones *stand-alone*.

4.3. La cuantificación de los daños.

Ya hemos reseñado anteriormente la valoración que el Juzgado Mercantil hace de la cuantificación del quebranto patrimonial sufrido por la actora.

Por lo que respecta a los daños indemnizables, MUSAAT reclamó indemnización tanto en concepto de lucro cesante como de daño emergente; considera que, como consecuencia del boicot llevado a cabo por las demandadas, sufrió graves perjuicios económicos "*al incidir directamente en que sus ventas no alcanzaran los niveles que hubieran tenido de no haberse producido estos actos anticompetitivos*", y solicitó, asimismo, el coste real que le supuso la firma del contrato cuota-parte en el año 2007, como consecuencia del citado boicot.

La sentencia de 1ª instancia razona que no constan acreditados los extremos en los que MUSAAT basa su reclamación por **lucro cesante** y desestima¹¹⁴ tal petición, aceptando en cambio el argumento de la recurrente en relación al **daño emergente**¹¹⁵. La juez acepta, con algunas correcciones, los cálculos obrantes en el informe pericial elaborado por MARKETINGROUP y aportado por MUSAAT. Como es sabido, el artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de presentar informes periciales en un procedimiento cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos. En el caso que nos ocupa, la juez critica (Fundamento de Derecho 13º) que los aportados en este procedimiento se extralimitan¹¹⁶.

Sobre esta concreta cuestión de la cuantificación del daño, señala el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, en su Fundamento de Derecho 4º, que al haber sido rechazada por la sentencia del Juez Mercantil la pretensión indemnizatoria por razón de *lucro cesante*, MUSAAT consintió este pronunciamiento al no recurrirlo en apelación, de donde se deduce que el único concepto controvertido que hay que resolver en segunda instancia es el del *daño emergente*, concepto por el que dicha sentencia impuso a las demandadas y hoy apelantes una condena a resarcir solidariamente a la actora en la suma de 3.550.615,7 €.

No nos parece oportuno aquí reproducir la argumentación que la AP desarrolla en los Fundamentos de Derecho 4º y 5º de su pronunciamiento, ya que es de carácter marcadamente técnico y económico, y versa sobre cálculos actuariales, tasas de siniestralidad, informes periciales, etc. Baste señalar que el fallo estima parcialmente el recurso de las tres aseguradoras, rebajando la cuantía de la indemnización hasta la suma de 2.928.848,8 €; como puede verse, una diferencia de algo más de 600.000€, que es ciertamente una cantidad considerable, pero ni mucho menos puede considerarse un triunfo para las recurrentes, sino más bien la confirmación de la pretensión de la demandante inicial, y ahora apelada.

¹¹⁴ “lo cierto es que no se ha acreditado que un número significativo de clientes contratara otros productos debido precisamente a las conductas que se reprochan a las demandadas. De hecho, ni siquiera se acredita que un número significativo solicite 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”.

¹¹⁵ “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”.

¹¹⁶ “basta recordar que no es objeto de la pericia el acreditar y valorar la concurrencia de la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño. Sin embargo, ésta 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”.

5. CONCLUSIONES

De todo lo visto en las páginas precedentes, sobre las principales problemáticas –sustantivas y procesales- que se plantean en torno a las reclamaciones patrimoniales de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, ilustrado con la acción resarcitoria ejercida por MUSAAT a resultas del perjuicio económico derivado del *cártel del seguro decenal*, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia, buscando fines distintos (*disuasión* y *resarcimiento patrimonial*, respectivamente) están llamadas a complementarse. Esto es así desde un principio, y ha quedado consagrado en el espíritu y el texto tanto de la Directiva 2014/104/CE como el RD Ley 9/2017 que la incorpora a nuestro derecho interno.

2. La determinación del órgano ante el que ha de interponerse la demanda en los procesos sobre acciones de reclamación de daños causados por prácticas restrictivas de la competencia surge de la aplicación de las normas y criterios de jurisdicción y competencia. Del cumplimiento de las normas nacionales y supranacionales, así como del acierto en la determinación del Tribunal dependerá, en gran medida, el éxito de la reclamación. Tras la reforma legislativa que se ha analizado se solventan las disfunciones que se producían con la anterior ley al atribuir la competencia: es indudable que son los Juzgados de lo Mercantil los competentes para conocer de las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos.

3. Nos encontramos ante un contexto de “litigación compleja”, en el que existe una asimetría informativa que provoca un claro desequilibrio entre las partes a la hora de acceder a las fuentes de prueba para acreditar el daño económico sufrido como consecuencia de la conducta anticompetitiva. Con el objetivo de remediar esta situación de desigualdad procesal, la reforma ha establecido una regulación específica con “mecanismos procesales efectivos” configurados en dos categorías: a) medidas que ayuden a la determinación de la certeza de aquellos hechos relevantes para la estimación de la demanda; y b) medidas que faciliten el acceso a fuentes de prueba necesarias para sostener la pretensión y que se hallen en poder de la parte contraria o de terceros (nuevo art. 283 bis LEC).

4. A este respecto, y como hemos tenido de comprobar a raíz del caso del *cártel del seguro decenal*, desgraciadamente el *public enforcement* en nuestro país dista bastante de ofrecer un marco legal de seguridad y certeza, derivado en parte de algunas deficiencias en las Resoluciones de la autoridad antitrust, y en gran medida de la labor de revisión judicial de las mismas en vía contencioso-administrativa.

5. Habida cuenta de lo complicado –por impredecible en cuanto al resultado final de los recursos, y carencia por tanto de seguridad jurídica- de entablar una acción de daños “*follow-on*”, supeditada al incierto devenir del expediente administrativo, se pueden constatar las ventajas y garantías jurídicas (en cuanto a consistencia del pronunciamiento judicial) de las acciones “*stand-alone*”: aunque se apoyen como punto de partida en la resolución de la autoridad de competencia, se sustancian con plena

autonomía e independencia ante la jurisdicción civil, que no está vinculada en este caso por la decisión administrativa.

6. A este respecto, es de gran interés la acción de daños y perjuicios entablada por la empresa MUSAAT, partiendo de la Resolución de la CNC de 2009, y las lecciones que pueden extraerse a partir de la Sentencia del Juez Mercantil de 2014 y la posterior revisión en apelación por la Audiencia Provincial en 2017. Habida cuenta que en medio está todo el largo y proceloso devenir de la revisión en vía contencioso-administrativa, con los pronunciamientos más dispares y discrepantes que cabe imaginar sobre una misma decisión administrativa, este asunto pone también de manifiesto las dificultades de la interacción entre aplicación pública y privada.

7. Además de otras cuestiones relevantes –y controvertidas- sobre las que este caso va fijando criterios (jurisdicción competente para conocer las acciones, prescripción, valoración de los informes periciales en la cuantificación del daño, etc), este asunto es de especial relevancia porque delimita con precisión los respectivos ámbitos de actuación, el de derecho público y el de derecho privado, y la cuestión clave a este respecto: hasta dónde alcanza la vinculación al juez civil por lo decidido en sede administrativa.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, J.: "Otra (mejor) sentencia del Supremo sobre el cártel del seguro decenal", en el blog *Almacén de Derecho*, publicado el 10 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.almacenederecho.org/otra-mejor-sentencia-del-supremo-sobre-el-cartel-del-seguro-decenal/>
- ALFARO, J.: "Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia" en *InDret*, <http://www.indret.com> (Barcelona, julio de 2009).
- BANACLOCHE PALAO, J., CUBILLO LÓPEZ, I., *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, La Ley (3ª Ed. Madrid 2016), pp. 186-187.
- CABALLOL i ANGELATS, LL., "Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas de competencia", *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, 2012, pág. 13.
- CALVO CARAVACA, A. y SUDEROW, J.: "El efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de Competencia en la aplicación privada del derecho antitrust", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 114-157.
- CREUS, A.: "La privatización del Derecho de la Competencia", *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 200 (1999), pág. 55.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil II: Parte especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2014.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J.: *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, *op. cit.*, págs. 121 y 122
- DÍEZ ESTELLA, F. y ESTRADA MERAYO, C.: "Las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 15 (2014).
- EGER, T. y WEISE, P.: "Some limits to the Private Enforcement of Antitrust Law: A Grumbler's view on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases", *Global Competition Law Review*, Issue 4 (2010), págs. 151 a 159.
- EMPARANZA SOBEJANO, A.: *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Ed. Civitas, Madrid 2000.
- 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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, nº 1, pág.6.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia”, *LEY mercantil*, Nº 38, Sección Propiedad Intelectual e Industrial, Julio-Agosto 2017.

HERRERO SUÁREZ, C.: "La transposición de la Directiva de Daños Antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, Nº 1, pp. 150-183.

HERRERO SUÁREZ, C.: “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 3, Año 2008.

JIMÉNEZ-LA TORRE, F.: “Las reclamaciones de daños por infracciones de Competencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Editorial LA LEY, Nº 25, La tercera de GJ, Enero-Febrero 2012.

MARCOS, F.: “Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz del cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014”, *La Ley Mercantil*, 29 de Julio de 2014, pág. 11.

MARCOS, F.: “The Spanish Property Insurance Cartel”, *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 18/2, primavera 2012: 79-101.

SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho de la competencia”, *InDret* 1/2009, <http://www.indret.com>, págs. 13-14.

SOPEÑA BLANCO, V., MARTÍN MARTÍN, G., “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 17, Sección Estudios, Segundo semestre de 2015, Ed. LA LEY, pág. 11.

TUDOR, C.: “La admisión de la defensa passing-on en el cártel del azúcar: ensayo crítico sobre la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 8, Asunto 737/07”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial LA LEY, nº 11, Madrid 2012, págs. 277 a 291.