

LA DIRECTIVA DE ACCIONES DE DAÑOS DERIVADAS DE ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA: ¿LA ÚLTIMA GRAN REVOLUCIÓN EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA?

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil,
Centro Universitario Villanueva (adscrito a la Universidad Complutense de Madrid)

PATRICIA PÉREZ FERNÁNDEZ

Doctoranda Derecho Mercantil
Universidad de Castilla-La Mancha (FPU Ministerio de Educación)

Revista Aranzadi Unión Europea 7

Julio 2014

pp. 41 a 68

RESUMEN: La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia, aprobada en abril de 2014, 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. El ámbito antitrust ha estado caracterizado, desde sus comienzos, por una aplicación eminentemente pública, a cargo de entidades de diversa naturaleza jurídica, pero siempre pertenecientes al ámbito del Derecho administrativo sancionador. Por ello, esta Directiva supone una auténtica revolución en este ámbito; a la vez, su trasposición a nuestro Derecho interno exigirá una serie de reformas de nuestro sistema legal de gran calado (ya que afecta a principios básicos y a instituciones configuradoras de

ABSTRACT: The European Parliament has recently approved –as of 14 April 2014– the Directive that is intended to ensure that anyone who has suffered harm caused by an infringement of competition law can effectively exercise the right to claim full compensation. Given the public nature of Competition Law, and its previous enforcement only by administrative regulators, this legal text is indeed revolutionary. However, its incorporation to Member States' internal legislation –as Spain– is going to require a legal reform of both their procedural rules and some Civil Law principles. One of the more complicated tasks raised by the new Directive will be setting out common minimum requirements on issues such as access to evidence provided by whistleblowers. All these matters are duly examined in this paper, in light of Spanish Supreme Court's recent pronouncements (of 2012 and 2014) in the well-known case of the «sugar cartel».

nuestro Derecho Civil y Procesal) así como a un delicado trabajo de resolver las problemáticas que se van a derivar de su articulación con el actual ordenamiento antitrust. Especialmente, uno de los aspectos más controvertidos va a ser el acceso a la información obrante en el expediente administrativo, ante la autoridad de competencia, y las consecuencias auto-incriminatorias de haberse acogido al programa de clemencia. Todas estas cuestiones se analizan en este trabajo, a la luz de las Sentencias del Tribunal Supremo en 2012 y 2013 derivadas del conocido «cártel del azúcar».

Palabras clave: Aplicación privada Derecho Competencia; resarcimiento patrimonial; ilícito antitrust; daños y perjuicios.

Key words: Private enforcement of antitrust law; competition infringement; compensation; damages.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. COMPLEMENTARIEDAD DE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DEL DERECHO ANTITRUST. 2.1. *La situación originaria: preeminencia del public enforcement.* 2.2. *La situación actual: el avance del private enforcement.* 2.3. *Hacia dónde nos dirigimos: la complementariedad public/private enforcement.* 3. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO. 3.1. *Naturaleza extracontractual de la responsabilidad.* 3.2. *Plazo de prescripción de la acción de reclamación.* 3.3. *Causalidad y acreditación del daño; la defensa «passing-on».* 3.4. *Cuantificación del daño.* 3.5. *«Prejudicialidad» de las decisiones de la autoridad de competencia.* 4. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. 4.1. *La funcionalidad de los programas de clemencia.* 4.2. *La exhibición de los documentos relacionados con la petición de clemencia de cara a los perjudicados por el ilícito anticompetitivo.* 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque no puede decirse que el Derecho de Defensa de la Competencia –también llamado derecho *antitrust*– sea una normativa «joven» en el conjunto de nuestro sistema jurídico, sí es cierto que no goza en nuestro país, ni en la mayoría de los países de nuestro entorno, así como en el marco de la Unión Europea, de la solera y tradición que caracterizan al ordenamiento civil, mercantil o procesal.

No es por ello infrecuente que esta peculiar rama del derecho, que siempre se ha situado entre el Derecho público –en tanto que regulación de carácter administrativo sancionador– y el Derecho privado –ya que afecta a relaciones jurídicas de carácter contractual, y actuaciones de los operadores en el tráfico mercantil– vaya evolucionando a base de incorporar categorías propias de aquellas ramas del Derecho.

Es el caso de la reciente Directiva¹ del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia. En efecto, esta propuesta, largamente esperada, y que viene acompañada de una serie de documentos² de *soft law*, 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.

Como es sabido, el ámbito antitrust ha estado caracterizado, desde sus comienzos, por una aplicación eminentemente pública, a cargo de entidades de diversa naturaleza jurídica, pero siempre pertenecientes al ámbito del Derecho administrativo sancionador. El objetivo perseguido era la detección y sanción de las conductas anticompetitivas, dejando el aspecto del resarcimiento patrimonial a los Jueces civiles –o mercantiles, en su caso–.

Por ello, esta Directiva supone una auténtica revolución en este ámbito, y ha sido ya calificada por la doctrina más atenta como un «giro copernicano»³, totalmente encomiable en cuanto a su finalidad y objetivos. A la vez, su trasposición a nuestro Derecho interno exigirá una serie de reformas de nuestro sistema legal de gran calado (ya que afecta a principios básicos y a instituciones configuradoras de nuestro Derecho Civil y Procesal) así como a un fino trabajo de resolver las problemáticas que se van a derivar de su articulación con el actual ordenamiento antitrust.

Para llevar a cabo este análisis, se seguirá el siguiente esquema: tras este epígrafe introductorio, se analiza, en el epígrafe II, la oportunidad y conveniencia de la proyectada reforma, en el contexto de una de sus finalidades declaradas⁴: la optimización de la complementariedad aplicación pública – aplicación privada del Derecho de Defensa de la Competencia. A continuación, en el epígrafe III,

1. El texto definitivo ha sido aprobado en la última sesión del Parlamento Europeo, antes de disolverse para las elecciones generales, el 15 de abril de 2014: *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, COM (2013) 0404, cuyo texto se encuentra disponible en la web de la Comisión Europea, pese a todavía ser provisional: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.
2. 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, pp. 0060-0065.
3. Vid. en este sentido CANTOS, F.; CARRERA, E. y GONZALO, P.: «La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita», *Gaceta Jurídica de la UE*, Editorial La Ley, núm. 36, noviembre de 2013, pp. 11-36.
4. Discurso del Comisario de Competencia y Vicepresidente de la Comisión Europea, Joaquín Almunia: «Antitrust Damages in EU law and policy», *SPEECH / 13 / 887*, pronunciado en el Colegio de Europa (Bruselas), el 7 de noviembre de 2013.

se apuntan las cuestiones esenciales que la propuesta de Directiva plantea, para analizar, en el epígrafe IV, con más detalle el que, sin duda, va a ser uno de los aspectos más controvertidos de la trasposición de la propuesta de Directiva a los ordenamientos nacionales, el acceso a la información obrante en el expediente administrativo, ante la autoridad de competencia, y las consecuencias auto-incriminatorias –para el proceso civil de daños y perjuicios– de haberse acogido al programa de clemencia. Finalmente en el epígrafe V se ofrecen una serie de conclusiones.

2. COMPLEMENTARIEDAD DE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DEL DERECHO ANTITRUST

2.1. LA SITUACIÓN ORIGINARIA: PREEMINENCIA DEL *PUBLIC ENFORCEMENT*

Como ha quedado dicho en la introducción, los encargados de la aplicación –el *enforcement*– de la normativa de Competencia en Europa y en España, han sido, desde sus orígenes (el Tratado de Roma de 1957 y la Ley 110/63, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, respectivamente) las autoridades públicas. En tanto en cuanto la defensa de la libre competencia se ha considerado siempre una prioridad pública, y el medio de asegurar el correcto funcionamiento del mercado, era razonable que su *enforcement* no se atribuyera a los Jueces y Tribunales civiles, que tutelan más bien intereses jurídico-privados.

En nuestro concreto ordenamiento jurídico –y lo mismo puede decirse del resto de Estados miembros de la UE– existían cauces procesales⁵, para que los afectados por dichas conductas reclamaran una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula. Sin embargo, ya desde la histórica sentencia en el asunto *Courage & Crehan*⁶, del año 2001, se había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, hoy rebautizado como TJUE) se había reconocido como un derecho esencial de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos. Este principio de la «plena compensación», en consonancia con la resolución de 26 de marzo de 2009 del

5. 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»; Vid. en este sentido CREUS, A.: «La privatización del Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Competencia*, núm. 200, 1999, pp. 55-66.
6. Vid. la 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.

Parlamento Europeo⁷ y los primeros pronunciamientos⁸ que ha dictado a este respecto el TJUE, se consagra ahora como uno de los pilares de la propuesta de Directiva.

Poco tiempo después de *Courage*, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfredi*⁹ 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*¹⁰ en 2005, y en 2009 (tras recibir toda suerte de observaciones y comentarios, encargar a una serie de operadores económicos y jurídicos la elaboración de sesudos informes¹¹ sobre la cuestión, y la discusión sobre documentos de trabajo¹²) un *Libro Blanco*¹³, 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 procedimental¹⁴.

Los resultados de estas iniciativas de la Comisión y la incidencia práctica de la jurisprudencia del TJUE han sido, hasta la fecha totalmente insatisfactorios

7. 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 núm. 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».
8. 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 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.
9. Vid. en este sentido Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, caso *Manfredi*.
10. *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.
11. Vid., *inter alia*, 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 (última consulta: 16 de abril de 2014).
12. *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> (última consulta: 26 de noviembre de 2013).
13. *Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2008) 0165, final.
14. Vid. 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 Defensa de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, pp. 103-118.

e insuficientes¹⁵. Según datos aportados por la propia DG COMP¹⁶, entre 2008 y 2012, sólo ha habido reclamaciones de daños en un 25% de las decisiones de la Comisión sancionando un cartel o una conducta abusiva, y además la práctica totalidad de estas acciones se han concentrado en Reino Unido, Alemania y Holanda.

En nuestro país, los autores que han estudiado esta materia en profundidad no dudaron en calificar, en esos primeros compases¹⁷, la aplicación privada del Derecho antitrust como en estado de «sub-desarrollo»¹⁸, y el número de acciones ejercidas como «escaso»¹⁹. Por ello hace algunos años se podía calificar el ejercicio de estas acciones resarcitorias como de gran «asignatura pendiente»²⁰ en nuestro Derecho antitrust. Estos trabajos no dudaban en señalar que no hay un motivo único por el que estas reclamaciones no habían tenido en nuestro país el éxito que se esperaba de ellas²¹. Sin embargo, y como veremos seguidamente, en los últimos años el desarrollo de la aplicación privada ha arrojado resultados muy satisfactorios, y podemos por tanto afirmar –con orgullo– que la propuesta de Directiva viene a caer en un terreno fértil y abonado para el florecimiento de las acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust*.

15. Vid. un muy completo estudio de la evolución legal y jurisprudencial de esta problemática en SANCHO GARGALLO, I.: «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2009, pp. 1-35.
16. Discurso del Director General de Competencia de la CE, Alexander Italianer, «*Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions*», disponible en http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf (última consulta: 26 de noviembre de 2013).
17. Vid. RETORTILLO ATIENZA, O.: «Primeros pasos de los tribunales españoles en la aplicación privada del derecho de la competencia. Especial referencia a la reclamación de daños en los casos de cárteles» en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial La Ley, núm. 8, 2011, pp. 221 a 232.
18. Vid. SANTOS LORENZO, S. y TURNER-KERR, J.: «¿En estado de total subdesarrollo? la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España» en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 245, 2006, pp. 42-56.
19. Vid. FERNÁNDEZ, C.: «Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España» en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, Ed. La Ley, núm. 29, 2012, pp. 11-22.
20. DÍEZ ESTELLA, F., Capítulo 14, El resarcimiento de los daños en la aplicación del Derecho antitrust, ¿la gran asignatura pendiente? Análisis de jurisprudencia reciente, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.
21. MARCOS FERNÁNDEZ, F.: «¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cartel? Una mirada a la experiencia española» en *Derecho de los Negocios*, núm. 267, 2013, pp. 59-66. Si bien es cierto que este estudio señala que España es uno de los países de la UE con mayor número de pronunciamientos judiciales de aplicación privada, es verdad igualmente que siguen siendo pocos para los que podían generarse al hilo de las infracciones antitrust detectadas y sancionadas por la CNC, o que se ventilan ante los Jueces de lo Mercantil.

2.2. LA SITUACIÓN ACTUAL: EL AVANCE DEL *PRIVATE ENFORCEMENT*

Efectivamente, las más recientes y exhaustivas investigaciones empíricas²² vienen a desmentir esa impresión de que en nuestro país la aplicación privada del derecho *antitrust* había fracasado por completo. En efecto, si bien es cierto que no han faltado unos momentos iniciales de cierta incertidumbre y confusión –que alcanzaba, ni más ni menos, al órgano competente²³ para conocer de este tipo de acciones–, puede ahora decirse que el sistema ha avanzado y adquirido un notable desarrollo.

La entrada en vigor el 1 de mayo de 2004 del Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre, de aplicación de las normas de competencia contenidas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la UE –según la redacción vigente, otorgada por el Tratado de Lisboa, artículos 101 y 102 del TFUE–, zanja por completo la discusión sobre el órgano competente, al reconocer expresamente la potestad de los jueces y tribunales civiles de los Estados miembros para aplicarlos directamente, y su capacidad objetiva para conocer de acciones de daños y perjuicios basadas en la infracción de dichos preceptos del Tratado, sin el requisito de procedibilidad de la existencia de una decisión administrativa previa, sino procediendo por sí mismos (lo que se conoce como acciones «*stand-alone*»)²⁴.

Un ejemplo de este «avance imparable» del ejercicio de acciones indemnizatorias derivadas de ilícitos anticompetitivos lo encontramos en un sector que acumula un sinnúmero de pronunciamientos en esta materia: el de los contratos de abanderamiento, o de suministro de productos petrolíferos para su venta en estaciones de servicio. Esta «saga» de resoluciones ha sido analizada en profundidad por otros autores²⁵, y la confusión reinante se ha visto clarificada por una serie de Sentencias del Tribunal Supremo²⁶ de los días 10 y 17 de no-

22. MARCOS FERNÁNDEZ, F.: «Competition Law Private litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», *Documento de Trabajo* AJ8-22, del Instituto de Empresa, de 26 de junio de 2013, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2351770> (última consulta: 26 de noviembre de 2013).

23. En el ámbito puramente procesal, se supera la anterior situación de confusión respecto a la capacidad de los tribunales del orden jurisdiccional civil para conocer este tipo de acciones, que desde la reforma por La Ley Orgánica 8/2003, de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial es atribuida [ex artículo 86 ter 2.f)] a los Juzgados de lo Mercantil, y como tal fue recogido por la vigente LDC 15/2007 en su Disposición adicional primera.

24. *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, Rec. núm. 315/2004.

25. *Vid.* en este sentido ORDÓÑEZ, D.: «La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho europeo de la competencia» en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 19, Ed. La Ley, 2011, pp. 11-28; YANES, P.: «Aplicación privada *antitrust*, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de ciclo?» en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 9, Ed. La Ley, 2011, pp. 133-150.

26. Sentencias de la Sala de lo Contencioso (Sección 3ª) del Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 2010 (Rec. 5309/2007); de 10 de noviembre de 2010 (Rec. 1980/2008), y de 17 de noviembre de 2010 (Rec. 6188/2007).

viembre de 2010, dictadas al hilo de los sucesivos recursos de casación contra la Resolución *Repsol*²⁷, del entonces TDC.

2.3. HACIA DÓNDE NOS DIRIGIMOS: LA COMPLEMENTARIEDAD *PUBLIC/PRIVATE ENFORCEMENT*

El futuro deseado por las autoridades de competencia comunitarias, compartido posiblemente por las autoridades de competencia nacionales, y desde luego el que más favorecería la adecuada protección del mercado –en su conjunto– a la vez que el justo resarcimiento de los perjudicados –en concreto– por un ilícito antitrust, es sin duda ninguna un equilibrio integrador entre la aplicación pública y privada del Derecho de Defensa de la Competencia. Así lo prevé la Directiva que venimos comentando en estas páginas, y así lo manifestó el Comisario Almunia en la intervención a que antes hemos hecho referencia: «*la propuesta [de Directiva] está diseñada para optimizar la interacción entre la aplicación pública que llevan a cabo las autoridades de competencia en Europa, y la aplicación privada que tiene lugar en los tribunales civiles*»²⁸.

En este planteamiento, ambos modelos 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 «equilibrio» es el que permitirá superar las objeciones²⁹ y las críticas³⁰, que, naturalmente, se han puesto de manifiesto también por la doctrina más autorizada.

3. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Como se ha señalado en la introducción, son muchos los aspectos que la Directiva plantea, que además de su intrínseco contenido «revolucionario», implican necesariamente reformas de nuestro ordenamiento en diversas áreas, especialmente la civil –de responsabilidad por daños– y procesal.

De manera sintética y efectos meramente enumerativos, apuntamos a continuación cuáles son los aspectos problemáticos para mejorar la aplicación privada del Derecho de la Competencia, que en gran medida se corresponden

27. Resolución del TDC, de 11 de julio de 2001, Expte. 490/00, *Repsol*.

28. SPEECH/13/887, Colegio de Europa (Bruselas), 7 de noviembre de 2013, *cit.*

29. *Vid.* 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» en *Global Competition Law Review*, núm. 4, 2010, pp. 151-159.

30. *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia» en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2009, pp. 1-35.

con las medidas que la Directiva plantea, y los correspondientes problemas de «encaje» jurídico en nuestro derecho.

3.1. NATURALEZA EXTRA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

Aunque pueda parecer sorprendente, una primera cuestión litigiosa ha sido la naturaleza, contractual o extracontractual, de la responsabilidad de los miembros del cartel, o los responsables de la conducta abusiva, por los daños causados por su conducta anticompetitiva.

La cuestión no es baladí, ya que –como veremos en el siguiente apartado, en relación con la prescripción– situarnos en uno u otro ámbito tiene importantes consecuencias procesales. En su reciente Sentencia³¹ de 8 de junio de 2012, en el asunto ACOR, el Tribunal Supremo ha zanjado la discusión, decantándose por la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, señalando sin ambages –y con referencias explícitas a la terminología y principios del derecho anglosajón– que la responsabilidad por infracciones antitrust caen bajo «*the law of torts*» y no bajo «*the law of contracts*».

3.2. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN

Derivado de lo anterior, el plazo para la reclamación de daños, previsto por el artículo 1968.2 CC, es de un año, siendo el ‘dies a quo’ –la fecha en la que empieza a computarse este plazo– el día «en que pudieron ejercitarse» (artículo 1969 CC), que es, en este caso concreto, desde que el afectado «tiene conocimiento del daño». Al igual que en el tema de la naturaleza de la responsabilidad, también en éste ha habido un amplio debate doctrinal, y sobre todo práctico³² (el plazo del artículo 1968 empieza ¿con la incoación del expediente sancionador por parte de las autoridades de competencia? ¿con la adopción de una resolución sancionadora?). Además, ¿cómo operaban en este ámbito las sucesivas interrupciones y reanudaciones del plazo de prescripción que contempla el artículo 1973 CC? La cuestión ha merecido el estudio por parte de la doctrina³³ más atenta, y parece haber quedado zanjada a partir de la reciente sentencia³⁴ del Tribunal Supremo, de 4 de septiembre de 2013, en el asunto *Céntrica*.

31. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a), de 8 de junio de 2012, rec. núm. 2163/09.

32. Vid. en este sentido JIMÉNEZ LAIGLESIA, J. y MASÍA, J.: «Examen de cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España» en *Gaceta Jurídica de Unión Europea y de la competencia*, núm. 30, 2012, Ed. La Ley, pp. 26-39.

33. Vid. PÉREZ FERNÁNDEZ, P. y SCHREIBER, T.: «Case comment: Judgment of the Spanish Supreme Court in Acor, (344/2012), 8 de junio de 2012» en *Global Competition Litigation Review*, núm. 1, 2013, pp. 37 a 41.

34. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a), de 4 de septiembre de 2013, rec. núm. 2120/11. Este pronunciamiento tiene su origen en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 16 de julio de 2010 que estimó la excepción de prescripción alegada por la parte demandada sobre el argumento de que el *dies a quo* de ejercicio

En su pronunciamiento, el magistrado ponente no duda en invocar los principios de la –entonces– propuesta de Directiva³⁵; ésta prevé un plazo de 5 años para ejercitar la acción desde que ha tenido conocimiento del daño sufrido por la infracción antitrust; su incorporación a nuestro derecho exigirá, naturalmente, la oportuna reforma del Código Civil.

3.3. CAUSALIDAD Y ACREDITACIÓN DEL DAÑO; LA DEFENSA «PASSING-ON»

La aplicación del artículo 1902 CC obliga a acreditar la existencia de un daño en el que ejercita la acción resarcitoria. En el asunto que hemos ya reseñado, conocido como el *cártel del azúcar*, uno de los integrantes del acuerdo anticompetitivo alegaba en su recurso ante el TS –reiterando, en este punto, la argumentación que hizo ante la AP de Valladolid–, que las empresas demandantes no habían sufrido el daño, porque el sobre precio derivado del *cártel del azúcar*³⁶ había sido repercutido a los consumidores finales (lo que se conoce como defensa «passing-on»³⁷).

El recurso de apelación presentado por la empresa ante la Audiencia Nacional fue desestimado³⁸ por sentencia de 4 de julio de 2002, y el de casación

de la acción tuvo lugar desde que se produjo el acto dañoso, con independencia de que el acto siguiera produciendo daños con posterioridad. Se adujo que no se estaba teniendo en cuenta que de forma paralela se estaba tramitando un expediente administrativo-sancionador de las conductas por parte de las autoridades de competencia. La sentencia fue posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial de Bilbao.

35. Que en su artículo 10.2 establece que «*el plazo de prescripción no empiece a transcurrir antes de que una parte perjudicada tenga conocimiento, o se pueda esperar razonablemente que haya tenido conocimiento, de lo siguiente: i) la conducta constitutiva de la infracción; ii) la calificación de tal conducta como infracción del Derecho de la competencia nacional o de la Unión; iii) el hecho de que la infracción le ocasionó un perjuicio, y iv) la identidad del infractor que haya causado ese perjuicio*».
36. El origen de este asunto se remonta a la Resolución AZUCARERAS (Resolución del TDC, de 15 de abril de 1999, expte. 426/98), del entonces TDC (Tribunal de Defensa de la Competencia), que declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1.a) LDC y el artículo 85.1.a) TUE, por parte de una serie de empresas azucareras (Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, S.A., Sociedad General Azucarera de España, S.A., Sociedad Cooperativa General Agropecuaria (ACOR) y Azucareras Reunidas de Jaén, S.A.), 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.
37. Cuestión que ha suscitado el máximo interés por parte de la doctrina; *Vid.*, entre otros, VELASCO, A. y HERRERO, C., «La passing-on defence, ¿un falso dilema?» en *La Aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 593-604; BERENGUER, L., «¿La piedra de Sísifo o el tejido de Penélope? Idas y venidas de la norma de la UE para la reclamación de daños en materia de competencia», *Anuario de la Competencia 2011-12*, Ed. Marcial Pons, Madrid (2013), pp. 42 y ss.
38. Sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª), de 4 de julio de 2002.

ante el Tribunal Supremo, fue igualmente desestimado³⁹ por sentencia de 26 de abril de 2005. Una vez que la Resolución del TDC ganó firmeza administrativa, se presentó la correspondiente acción resarcitoria ante la Audiencia Provincial de Valladolid, que condenó⁴⁰ a la empresa ACOR a pagar a las empresas demandantes unas cantidades por un importe total de más de un millón de euros. En la sentencia que resuelve el recurso planteado contra este pronunciamiento, el Tribunal Supremo acoge enteramente el razonamiento de la sala de instancia, y desestima, al no considerar probado, como alegaba la empresa ACOR, que las empresas afectadas por el cártel repercutieran el sobreprecio –la defensa «passing-on»– a su propia clientela.

En una fecha posterior, el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid dictó una sentencia⁴¹ 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 dichas empresas por el cartel sancionado en 1999 por el TDC. 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 considera⁴² 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.)⁴³. El recurso de casación planteado ante el TS ha sido resuelto en fechas también muy recientes, y la Sentencia de 7 de noviembre de 2013⁴⁴ en cierta forma pone fin a la discusión. En efecto, señala este pronunciamiento (Fto. Jco. 3º-6) que es posible que el demandado en una reclamación de daños y perjuicios alegue que el reclamante no sufrió realmente el daño que reclama, sino que lo trasladó a sus clientes (*passing-on*), de manera que si se le compensara se le estaría enriqueciendo injustificadamente. En tal caso, corresponde al demandado probar que se ha producido el traslado o repercusión del daño a terceros (Fto. Jco. 5º-1).

La Directiva «resuelve» (Capítulo IV, Artículos 12 a 15) la cuestión estableciendo una presunción *iuris tantum* a favor del comprador indirecto para que

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

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

41. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, Proc. Ord. 735/2007.

42. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª), de 3 de octubre de 2011, rec. núm. 370/2010.

43. Vid. 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 núm. 8, Asunto 737/07» en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, núm. 11, 2012, pp. 277-291. Vid. asimismo, en relación con esta Sentencia, PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: «The Provincial Court of Madrid Accepts the Passing-on Defence in the Sugar Cartel» en *e-Competitions*, núm. 51098, octubre 2011.

44. Sentencia del TS (Sala de lo Civil), de 7 de noviembre de 2013, Rec. 5819/2013.

pueda alegar que ha sufrido parte del sobreprecio que le repercutió el comprador del producto cartelizado, y por tanto prospere su reclamación de daños.

3.4. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

Como puede fácilmente apreciarse, una vez resueltas las cuestiones que hemos ido mencionando anteriormente, y acreditado el daño sufrido por la víctima de la conducta anticompetitiva, y la responsabilidad por parte del infractor, llega la espinosa cuestión de establecer el *quantum* de la acción de resarcimiento patrimonial. En este aspecto los jueces civiles –y mercantiles– no pueden dejar de acudir a los informes de expertos económicos, pese a que en no pocas ocasiones se les ha reprochado su ininteligibilidad⁴⁵, o las incomprensibles discrepancias de criterio pericial en aspectos puramente técnico-contables⁴⁶, o los magistrados han hecho una labor de valoración más económica que jurídica de cuál de los dos informes –el del demandante o del demandado– les parecía más solvente⁴⁷. La inadecuada cuantificación del daño ha llevado en ocasiones a denegar la indemnización⁴⁸.

45. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005, proc. ord. núm. 36/05, *Telefónica c. Conduit* (confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial, de 25 de mayo de 2006, núm. 73/2006, RJ 2006, 1881): «A esta conclusión poco colabora el ininteligible informe pericial acompañado a la demanda como documento núm. 50, elaborado por don John Knox, tanto por su forma como por su contenido».

46. En este sentido, es de lo más elocuente el siguiente párrafo del Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del JPI núm. 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, Proc. Ord. 735/2007: «Si bien, y aún partiendo de la aplicación a las actoras de los precios derivados de la concertación referida, a tenor de las Resoluciones judiciales dictadas al respecto, lo cierto es que en la valoración del daño ocasionado no puede concluirse en que la efectuada por el perito D. Fernando Jiménez Latorre, a instancia de la actora, sea la adecuada, ya que ha sido controvertida por los peritos D^a Nadine Watson y D^a Soledad Pereiras Rodríguez, intervinientes a instancias de la demandada y se requerirían conocimientos técnicos, a la vista del discrepante criterio pericial para determinar si existiendo la relación de causalidad, la valoración efectuada es o no correcta, conforme a los elementos a los que atiende para llegar a sus conclusiones, carga de la prueba que incumbe a la actora conforme al artículo 217 de la LEC».

47. Sentencia del JMerc. núm. 7 de Madrid, de 4 de marzo de 2010, núm. 64/2010. En el caso que enfrentaba a Sogecable contra CableEuropa, por los derechos de retransmisión de partidos de fútbol, es muy ilustrativo, el Fundamento Jurídico 3º, en el que bajo la rúbrica «El precio mínimo garantizado y el abuso de la posición de dominio», su señoría va contraponiendo las virtudes y defectos respectivos de dichas pruebas periciales, denominadas en el texto del pronunciamiento como «Informe NERA» (que es el presentado por la parte demandante) y el «Informe LECG» (presentado por los demandados) en atención a su autoría, que corresponde a dos de las consultoras económicas más importantes de las que operan en nuestro país.

48. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Rec. núm. 356/2002, de 26 de julio de 2002, que resuelve el recurso sobre la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos, de 14 de marzo de 2002, en relación con la Resolución ASEMABYL, de 23 de octubre de 1991, Expte. 267/90. Como señala el Fto. Jco. 9º de la SAP: «(...) la pretensión indemnizatoria choca, en el presente supuesto, con defectos en el contenido

Precisamente para facilitar esta labor, la Comisión publicó en junio de 2011 un documento orientativo para facilitar la cuantificación del daño en las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE⁴⁹, al cual se remite la propuesta de Directiva, para a continuación establecer (artículo 16) una presunción de que los cárteles causan un daño, y facilitar así el ejercicio de la acción resarcitoria.

3.5. «PREJUDICIALIDAD» DE LAS DECISIONES DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA

El valor que, en el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas, se atribuya a las decisiones de la autoridad de competencia que se hayan dictado sobre ese asunto –en la gran mayoría de ocasiones⁵⁰, las llamadas acciones «*follow-on*», es precisamente la existencia de esa decisión lo que motiva el ejercicio de la acción resarcitoria– es un tema de la mayor trascendencia y complejidad.

Un ejemplo de pronunciamiento en sentido negativo lo encontramos en una reciente Sentencia⁵¹ del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona relativa al asunto *Céntrica*. Sin embargo, el texto de la Directiva señala que las decisiones de los órganos administrativos, al igual que las Decisiones de la Comisión, sean «prueba fehaciente» (artículo 9) de la infracción antitrust ante el órgano judicial. ¿Qué ocurre entonces con la independencia judicial? ¿Cabe en nuestro derecho admitir esta suerte de «prejudicialidad administrativa»?

Somos de la opinión de que dicho artículo no tendrá fácil encaje en nuestro ordenamiento ya que las resoluciones administrativas nacionales siempre son revisables en vía contenciosa y no vinculan en ningún modo a los tribunales civiles. 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 LOPJ⁵².

de la demanda, y una absoluta falta de prueba por parte del actor, acerca de los datos sobre los que pudieran fijarse las indemnizaciones, que determinan, conforme se verá, la desestimación de la demanda en este particular».

49. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_es.pdf (consultada por última vez el 20 de abril de 2014).

50. Vid. en este mismo sentido JIMÉNEZ-LA TORRE, F: «Las reclamaciones de daños por infracciones de Competencia» en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, núm. 25, 2012, pp. 5-8.

51. Vid. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, núm. 45/2010, de 20 de enero de 2011, Fto. Jco. 3º: «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».

52. «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 reciente-

4. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

4.1. LA FUNCIONALIDAD DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA

En numerosas ocasiones se ha destacado el éxito que en la práctica suponen los programas de clemencia para descubrir los cárteles⁵³, al tratarse por definición de acuerdos secretos entre dos o más competidores, que persiguen el establecimiento – en sentido amplio – de una estrategia comercial común⁵⁴.

te sentencia de Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 19 de junio de 2013 (núm. 625/2008), dictada escasos días después de la publicación de la Propuesta de Directiva, y en la que se expresan reticencias sobre esta cuestión.

53. Vid., en este sentido, el informe presentado por la OCDE titulado *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, de 2002, disponible en <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf> (última consulta: 24 de noviembre de 2013). Este informe destaca que «la experiencia demuestra que un programa de clemencia bien estructurado puede aumentar drásticamente el éxito de la lucha contra los cárteles». En este mismo sentido, uno de los responsables de la División *Antitrust* del Departamento de Justicia estadounidense afirmó que el programa de clemencia es el instrumento más eficaz para iniciar investigaciones sobre cárteles internacionales. Vid. HAMMOND, S. D.: «An Overview of Recent Developments In The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program», discurso pronunciado el 10 de enero de 2005 en Hawaii, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/207226.pdf> (última consulta: 24 de noviembre de 2013). En Europa, los distintos Comisarios responsables en materia de competencia también han destacado la importancia y funcionalidad de los programas de clemencia. Como ejemplo cabe citar a NeelieKroes, quien incidió tanto en la relevancia *ex post*, para detectar, multar dichos acuerdos colusorios ilícitos y para desestabilizar aquellos que se hubiesen formado, así como *ex ante*, para evitar la creación de nuevos cárteles, ya que los programas de clemencia introducen ciertamente un elemento de inestabilidad y de inseguridad. Vid. el discurso titulado «Taking Competition Seriously— Antitrust Reform in Europe», pronunciado el 10 de marzo de 2005 en Bruselas, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-157_en.htm?locale=en (última consulta: 24 de noviembre de 2013). Más recientemente, el actual Comisario responsable en materia de competencia, Joaquín Almunia, volvió a destacar en un discurso pronunciado el 7 de noviembre de 2013 en Bruselas que los programas de clemencia son esenciales para descubrir y sancionar los cárteles, teniendo en cuenta el carácter secreto de estos acuerdos. El discurso titulado «Antitrust Damages in EU Law and Policy» está disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-887_en.htm (última consulta: 24 de noviembre de 2013). También en España se ha destacado que desde la entrada en vigor de los programas de clemencia en España, el 28 de febrero de 2008, los resultados que este instrumento ha ofrecido para la detección han sido hasta ahora «altamente positivos». Vid. en este sentido GUZMÁN ZAPATER, C.: «El «programa de clemencia» en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica (The Leniency Program in the Spanish Competition Act: A Practical Vision)» en *Working Paper IE Law School*, AJ 8-188, de 31 de julio de 2012, disponible en http://globalcampus.ie.edu/webes/servicios/descarga_sgd_intranet/envia_doc.asp?id=10817&nombre=AccesoDatosDocumentIE.Documento.pdf&clave=AJ8-188 (última consulta: 24 de noviembre de 2013).
54. El apartado segundo de la Disposición Adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de julio, prevé que se entienda por cártel «todo acuerdo

Este éxito relativo a la implementación de programas de clemencia se ha producido de forma generalizada en los últimos años en numerosos ordenamientos jurídicos⁵⁵. En la mayoría de ordenamientos jurídicos de defensa de la competencia está presente tanto la posibilidad de que este sector normativo se aplique por una autoridad administrativa o pública, derivándose una multa en el supuesto de que dicha autoridad hubiese logrado probar la existencia de un ilícito anticompetitivo, como directamente por aquellos sujetos perjudicados, la mencionada «aplicación privada», incluyendo en esta segunda vertiente las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de las conductas ilícitas. La Propuesta de Directiva de la Comisión mencionada persigue decididamente fomentar la aplicación privada en Europa⁵⁶. Precisamente un fortalecimiento de los derechos de los particulares perjudicados como consecuencia de un ilícito anticompetitivo plantea la cuestión ineludible de cómo la aplicación pública –predominante en España y en Europa en la actualidad– y la aplicación privada pueden complementarse para derivar en un resultado beneficioso para todos los interesados⁵⁷. En este sentido, un sistema integrado de aplicación pública-privada debe de buscar una vía para combinar de forma óptima los costes y beneficios de estos dos mecanismos de aplicación. En concreto, en España y en Europa, donde la aplicación privada está diseñada de tal manera que ha de complementar la aplicación pública, una evaluación de los costes y beneficios que ésta presenta se convierte en un elemento esencial de cara al diseño óptimo del sistema de aplicación de la normativa de defensa de la competencia.

secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones».

55. En el año 2010 eran más de 50 jurisdicciones las que habían adoptado un programa de clemencia en su ordenamiento jurídico interno, incluyendo la Unión Europea, que también dispone de un programa de clemencia a nivel comunitario. *Vid.* en este sentido HAMMOND, S. D.: «The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades», discurso pronunciado el 25 de febrero de 2010 en Miami, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.htm> (última consulta: 24 de noviembre de 2013). Además, el único país comunitario que actualmente no tiene incorporado un programa nacional de clemencia en su normativa de defensa de la competencia, Malta, publicó el 14 de junio de 2013 a través de su Oficina de Competencia («the Office») un proyecto de ley relativo a esta materia para consulta pública. La consulta pública finalizó el 9 de agosto de 2013. *Vid.* EUROPEAN COMPETITION NETWORK: «The Maltese Office for Competition Publishes Draft Leniency Regulations for Public Consultation» en *e-Competitions*, núm. 53346, junio, 2013.
56. En Estados Unidos, la aplicación privada supone, desde aproximadamente mediados del siglo XX, alrededor del noventa por ciento de los supuestos. *Vid.* en este sentido CUNEO, J. W.: «Differing Traditions» en FOER, A. A. y CUNEO, J. W. (eds.): *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Cheltenham/Nothampton, 2010, pp. 27-36.
57. *Vid.*, en un sentido parecido, HÜSCHEL RATH, K. y PEYER, S.: «Public and Private Enforcement of Competition Law – A Differentiated Approach» en *Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Discussion Paper*, núm. 13-029, abril 2013, pp. 1-32, p. 4.

Uno de los aspectos más problemáticos que se pueden plantear en la práctica en relación a la interacción entre la aplicación pública y la aplicación privada en esta materia es que un eventual incremento de las demandas de resarcimiento⁵⁸ afecte negativamente al uso de los programas de clemencia por parte de los infractores, permaneciendo en consecuencia los acuerdos inter-empresariales ocultos y sin poder ser sancionados por las autoridades de competencia⁵⁹. En este sentido, el inconveniente que se podría plantear en la práctica es que los programas de clemencia, en caso de resultar exitosos y derivar en una exención total o en una reducción del importe de la multa, precisamente tendrían sólo efectos en la esfera de la multa impuesta por la autoridad de competencia, es decir, en relación al expediente sancionador administrativo. Estos efectos favorables para la empresa que ha solicitado clemencia y que cumple los requisitos previstos para obtenerla⁶⁰ no afectarán a la eventual responsabilidad civil a la que la empresa infractora tendría que hacer frente como consecuencia de haber participado en un acuerdo anticompetitivo. De este modo, las declaraciones autoinculporatorias en el marco de un programa de clemencia podrían facilitar la interposición de demandas de resarcimiento de daños por parte de los perjudicados, teniendo este aspecto efectos disuasorios de cara al uso de dichos programas de clemencia⁶¹. Esta problemática se intensificaría en la práctica en los supuestos de demandas *follow-on*, es decir, aquellas demandas de resarcimien-

58. Vid. el estudio empírico de la aplicación privada en España realizado por MARCOS FERNÁNDEZ, F.: «Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)» en *Global Competition Litigation Review*, núm. 4, 2013, pp. 167-211, incluyendo también los supuestos de demandas derivadas de abusos de posición de dominio y demandas cuyo objeto no era únicamente el resarcimiento de los daños derivados de la conducta ilícita. En España destaca la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 8 de junio de 2012, en la que por vez primera el TS prevé una indemnización para los perjudicados del cártel del azúcar. Un comentario de la Sentencia está disponible en PÉREZ FERNÁNDEZ, P. y SCHREIBER, T.: «Judgment of the Spanish Supreme Court in Acor (344/2012) June 8, 2012» en *Global Competition Litigation Review*, núm. 1, 2013, pp. 37-41. En relación a la aplicación privada en Alemania (país comunitario donde se ha observado el mayor número de demandas interpuestas por los perjudicados) vid. PEYER, S.: «Private Antitrust Litigation in Germany from 2005 to 2007: Empirical Evidence» en *Journal of Competition Law and Economics*, núm. 8, 2012, pp. 331-359.
59. Vid. de forma desarrollada en PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: «La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos *antitrust*» en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2013, pp. 1-23, disponible en <http://www.indret.com/pdf/951.pdf> (última consulta: 25 de noviembre de 2013).
60. En España, vid. Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia (BOE 16 de agosto de 2013). La Comunicación está disponible en <http://www.cncompetencia.es/Portals/0/PDFs/Docs/ComunicacionClemenciaAnexo2013.pdf> (última consulta: 25 de noviembre de 2013).
61. Vid., por ejemplo en este sentido, HODGES, C.: «Competition Enforcement, Regulation and Civil Justice: What is the Case?» en *Common Market Law Review*, vol. 43, núm. 5, 2006, pp. 1381-1407, p. 1390, así como INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK: «Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases», Report to the ICN Annual Conference, Moscú, mayo 2007, pp. 1-64.

to de daños que para probar el hecho ilícito se fundamentan en una decisión previa de la autoridad administrativa competente en materia de competencia, y no tanto en el supuesto de las demandas *stand-alone*, que se interpondrían con independencia de un pronunciamiento por parte de dicha autoridad⁶².

Con el fin de coordinar la aplicación privada con los fines disuasorios y preventivos de la aplicación pública, para lo que parece resultar imprescindible que los programas de clemencia sigan siendo un instrumento utilizado en la práctica, se podría regular la exhibición de las pruebas de las que disponga la autoridad de competencia como consecuencia del programa de clemencia.

4.2. LA EXHIBICIÓN DE LOS DOCUMENTOS RELACIONADOS CON LA PETICIÓN DE CLEMENCIA DE CARA A LOS PERJUDICADOS POR EL ILÍCITO ANTICOMPETITIVO

Si la empresa solicitante de clemencia, una vez que la autoridad de competencia hubiese emitido el pliego de cargos, revelase medios de prueba o información aportada al hilo de su solicitud de exención o reducción de la multa administrativa estaría facilitando la interposición de acciones de resarcimiento por parte de los perjudicados por el comportamiento anticompetitivo. Por tanto, es bastante improbable que esto suceda en la práctica.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se pronunció en relación a la confidencialidad de los documentos aportados por una empresa solicitante de clemencia en su Sentencia de 14 de junio de 2011, caso C-360/09, asunto *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*. El TJUE, basándose en el principio de efectividad del ordenamiento jurídico comunitario⁶³, señaló en esta sentencia que las condiciones de autorización o denegación del acceso a este tipo de documentación tendrán que ser determinadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, de acuerdo con su normativa interna y ponderando los intereses protegidos por el Derecho comunitario⁶⁴. Según el TJUE por tanto, y dada la actual ausencia de una normativa comunitaria imperativa en esta materia, son los jueces de cada Estado miembro los que tienen que determinar en cada

62. Vid. en este sentido HÜSCHEL RATH, K. y PEYER, S.: «Public and Private Enforcement of Competition Law - A Differentiated Approach»... *op. cit.*, p. 25. Vid. también en relación a este aspecto GARCÍA CACHAFEIRO, F.: «Los retos de la política de clemencia europea ante el incremento de las reclamaciones de daños y perjuicios por la infracción del Derecho de la Competencia» en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 26, 2005-2006, pp. 171-186, p. 175.

63. Este principio determina que las medidas adoptadas a nivel nacional no pueden convertir en prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos atribuidos por el Derecho comunitario (precisamente por la actual ausencia de una regulación comunitaria en esta materia). A continuación se hará también referencia a lo que señala la Propuesta de Directiva a este respecto. El principio de efectividad ha sido mencionado en numerosas ocasiones por el TJUE. Vid., por ejemplo, la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, caso *Manfredi y otros*, apartado 62.

64. Vid. Sentencia TJUE de 14 de junio de 2011, asunto *Pfleiderer*, apartado 32.

caso el equilibrio necesario para que los programas de clemencia no pierdan su atractivo de cara a las empresas infractoras (en caso contrario la autoridad de competencia podría en ocasiones no llegar a tener conocimiento nunca de la existencia de un cártel) y el derecho de los perjudicados a obtener un resarcimiento por los daños que han sufrido⁶⁵. El TJUE reconoció en esta sentencia que la exhibición de la información y los mecanismos de prueba presentados al hilo de una solicitud de clemencia podrían disuadir a los infractores, atenuando la utilidad que actualmente tienen estos programas para el descubrimiento y sanción de los cárteles ilícitos⁶⁶. A continuación el TJUE recuerda también la importancia de obtener un resarcimiento por parte de los perjudicados y menciona el principio de equivalencia, como consecuencia del cual será necesario velar porque la regulación nacional aplicable en estos casos no sea menos favorable que la referente a recursos parecidos de naturaleza interna ni tampoco las normas nacionales podrán hacer imposible en la práctica que el perjudicado obtenga una reparación de los daños. En conclusión, serán los tribunales nacionales competentes los que caso por caso tengan que valorar los intereses que puedan justificar el acceso o la protección de la documentación presentada con la solicitud de clemencia⁶⁷.

Al dejar abierta el TJUE esta cuestión para una ponderación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, en la práctica se han observado pronunciamientos en ambos sentidos. La *London High Court of Justice* autorizó en su Sentencia de 4 de abril de 2012, caso *NationalGrid*, el acceso a algunos documentos que se habían presentado al hilo de una solicitud de clemencia⁶⁸.

65. Vid. Sentencia TJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453-99, caso *Courage*, apartado 26.
66. Vid. en este sentido BARBIER DE LA SERRE, É. y LAGATHU, E.: «The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher» en *Journal of Competition Law & Practice*, 2013, vol. 4, núm. 4, pp. 1-20, quienes señalan en la página 10 que todas las Decisiones emitidas por la Comisión en 2012 en supuestos de cártel se iniciaron como consecuencia de una solicitud de clemencia.
67. En sus Conclusiones presentadas el 16 de diciembre de 2010, el Abogado General Ján Mazák había propuesto diferenciar entre los documentos creados específicamente para presentar una solicitud de clemencia y los documentos preexistentes. No obstante, esta distinción no fue seguida por el TJUE.
68. Vid. *National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd* [2012] EWHC 869 (Ch), apartado 58. La Sentencia está disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/869.html> (última consulta: 25 de noviembre de 2013). En el Reino Unido, en un sentido similar a lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica del Derecho común o *common law*, se observa una obligación por parte de la parte demandada de aportar la documentación de la que disponga y que pueda resultar relevante para el desarrollo del proceso civil (en virtud de Regla 31.6 de las *Civil Procedure Rules* de 1998). En el ámbito de las solicitudes de clemencia esto significará que cuando un órgano jurisdiccional admita a trámite una demanda de resarcimiento de los daños causados por un ilícito anticompetitivo, la empresa infractora podría verse obligada a poner a disposición de la parte perjudicada demandante documentación o mecanismos de prueba que estuvieran relacionados con la solicitud de clemencia. En relación con la regulación

Por su parte, tanto el Juzgado local de Bonn (*Amtsgericht*) en su Sentencia de 18 de enero de 2012⁶⁹, como el Tribunal Superior de Düsseldorf (*Oberlandesgericht*) en su Sentencia de 22 de agosto de 2012⁷⁰ denegaron el acceso a todos los documentos relacionados con una solicitud de clemencia por parte de la empresa infractora. Ambos órganos jurisdiccionales alegaron que, en el supuesto contrario, las empresas infractoras no estarían dispuestas a cooperar con la autoridad de competencia, teniendo en cuenta que la documentación que hubiesen aportado al hilo de dicha solicitud de clemencia podría quedar a disposición de terceros y, en consecuencia, estarían sometidas a un mayor riesgo de ser demandados civilmente por resarcimiento de daños⁷¹. De esta manera, ambos órganos jurisdiccionales alemanes se pronunciaron a favor de la firme protección de los programas de clemencia⁷², reconociendo, sin embargo, que la denegación del acceso a este tipo específico de documentos no debería de

del *disclosure* de documentos en el Reino Unido y en comparación con el resto de países europeos *vid.* WOODS, D.: «Private Enforcement of Antitrust Rules— Modernization of the EU Rules and the Road Ahead» en *Loyola Consumer Law Review*, núm. 16, 2004, pp. 431-461, así como, desde una perspectiva general relativa al descubrimiento de pruebas (no sólo vinculado a los programas de clemencia) y su relación con la aplicación privada, SÁNCHEZ GRAELLS, A.: «Discovery, Confidentiality and Disclosure of Evidence under the Private Enforcement of EU Antitrust Rules» en *IE Working Paper Derecho*, WPD 06-05, de 8 de septiembre de 2006, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952504 (última consulta: 25 de noviembre de 2013).

69. Amtsgericht Bonn, Beschluss 18.1.2012 (Az. 51 Gs 53/09), disponible en <http://openjur.de/u/453131.html> (última consulta: 25 de noviembre de 2013). *Vid.* un comentario a dicha Sentencia en BUSCH, J. y SELLIN, K.: «Kronzeugenerklärungen von Kartellanten in Deutschland sicher!» en *Deutscher Anwalt Spiegel*, núm. 1, 2013, pp. 8 y 9.
70. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss 22.8.2012 (V-4 Kart 5 + 6/11 (Owi)), disponible en <http://openjur.de/u/456536.html> (última consulta: 25 de noviembre de 2013).
71. El Amtsgericht de Bonn añadió que en el caso de admitir dicho acceso, en la práctica disminuiría de forma importante las posibilidades de detectar futuros acuerdos colusorios, y subrayó que los programas de clemencia se habían acreditado como el instrumento más eficaz a la hora de descubrir los cárteles. El Oberlandesgericht de Düsseldorf argumentó además, apoyándose en el parágrafo 406 e, apartado segundo, segundo inciso de la Ley de Enjuiciamiento criminal alemana (*Strafprozessordnung*), que en el supuesto de permitir el acceso a la documentación o mecanismos de prueba presentados con la solicitud de clemencia, podría peligrar el «propósito de la investigación» (*Untersuchungszweck*). No obstante, en la práctica, a pesar de que estos dos órganos jurisdiccionales alemanes hayan denegado el acceso a este tipo de información por considerar que predominan los intereses públicos latentes en el adecuado uso y funcionamiento de los programas de clemencia, no se puede excluir radicalmente la posibilidad de que en algún supuesto sí se permita el acceso, teniendo en cuenta la ponderación de intereses que ha subrayado el TJUE en *Pfleiderer*.
72. En un sentido similar, y en contra del acceso a cualquier tipo de información o mecanismos de prueba relacionados con las solicitudes de clemencia con el fin de protegerlas en la lucha contra los cárteles, *vid.* DE STEFANO, G.: «Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: a Fast Evolving Scenario» en *Global Competition Litigation Review*, núm. 3, 2012, pp. 95-110.

perjudicar la interposición de demandas civiles de resarcimiento, al haber tenido la parte perjudicada demandante acceso al resto del expediente⁷³.

Como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE en el caso *Pfleiderer*, el Tribunal Superior de Viena (*Oberlandesgericht*) planteó – en el marco del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – una cuestión prejudicial ante el TJUE, preguntándole si su normativa interna en esta materia es compatible con las previsiones comunitarias. La normativa austríaca de defensa de la competencia prevé que los perjudicados por el ilícito sólo tendrán acceso a la documentación en poder de la autoridad competente cuando la empresa infractora y, por tanto, afectada por la investigación lo acepte (§ 39.2 del *Kartellgesetz*). Sin embargo, y en un sentido contrario, la regulación contenida en la normativa procesal civil austríaca (§ 219.2 de la *Zivilprozessordnung*) prevé también la posibilidad de acceder a documentos que estén en poder de una autoridad pública cuando la parte interesada (en este caso el perjudicado que ha interpuesto la demanda de resarcimiento de los daños y perjuicios que se le han causado como consecuencia del cártel) que solicita dicho acceso tiene un interés legítimo en los documentos. La ley especial excluye en principio, por tanto, este acceso, mientras que la regulación prevista en la normativa general civil es más favorable en este aspecto. Esta cuestión prejudicial planteada por el tribunal austríaco propicia un segundo pronunciamiento por el TJUE en relación a este conflicto que puede plantearse entre las demandas de resarcimiento (aplicación privada) y los programas de clemencia. Pues bien, en su Sentencia de 6 de junio de 2013, asunto C-536/11, caso *DonauChemie*, el TJUE se pronuncia favoreciendo ligeramente el acceso a la información y/o los mecanismos de prueba presentados por la empresa infractora en el marco de una solicitud de clemencia, situando dicho acceso, como ya había hecho en el caso *Pfleiderer*, en la necesaria ponderación de intereses presentes en cada caso⁷⁴. En este supuesto, el TJUE afirma que de acuerdo con la *lexspecialisaustriaca*, el artículo 39.2 de

73. Además, la normativa alemana de competencia prevé expresamente en el párrafo 33.4 (§ 33.4 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) los efectos vinculantes de la decisión de la autoridad de competencia (incluyendo al *Bundeskartellamt*, que es la autoridad interna) con respecto a los órganos jurisdiccionales, facilitando así la interposición de demandas de resarcimiento que se basen, para probar la existencia del hecho ilícito, en el pronunciamiento de la autoridad de competencia (las mencionadas demandas *follow-on*). El párrafo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*Zivilprozessordnung*) alemana permite además que el órgano jurisdiccional pueda estimar los daños que un cártel en cuestión ha causado, lo que en la práctica puede facilitar asimismo las demandas de resarcimiento de daños y perjuicios.

74. En relación a la importancia de esta Sentencia del TJUE *vid.* HARSDORF ENDERNDORF, N. y MAIERHOFER, N.: «The Road After *Pfleiderer*: Austrian Preliminary Reference Raises New Questions on Access to File by Third Parties in Cartel Proceedings» en *European Competition Law Review*, vol. 34, núm. 2, 2013, pp. 78-84. Un comentario-detallado de la sentencia se encuentra en MARCIANO, A.: «The EU Court of Justice Grants Access to a National Competition File to Applicants Seeking Compensation for Damages Deriving from the Violation of EU Competition Rules (*DonauChemie*)» en *e-Competitions*, núm. 60159, noviembre 2013.

la Ley de defensa de la competencia (*Kartellgesetz*), el acceso al expediente que posee la autoridad de competencia se concede únicamente cuando ninguna de las partes se oponga a dicho acceso. Así, «los órganos jurisdiccionales nacionales que deben pronunciarse en relación con una solicitud de acceso a dicho expediente no tienen ninguna posibilidad de ponderar los intereses protegidos por el Derecho de la Unión»⁷⁵, siendo este hecho contrario al principio comunitario de equivalencia, ya mencionado anteriormente en este trabajo, en virtud del cual una norma nacional no puede hacer excesivamente difícil el ejercicio del derecho a una indemnización reconocida por el Derecho comunitario. De ahí que en esta Sentencia del caso *Donau Chemie* el TJUE vuelve a subrayar lo que ya había manifestado en *Pfleiderer*; es decir, que es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales evaluar el interés que pueda tener un solicitante en acceder a la información aportada por la empresa infractora en el marco de una solicitud de clemencia con el fin de preparar su demanda de resarcimiento de daños y perjuicios y, por otra parte, las consecuencias perjudiciales «a las que pueda dar lugar tal acceso con respecto a intereses públicos o intereses legítimos de otras personas»⁷⁶. En todo caso advierte el TJUE que invocar simplemente que el acceso a esta información y/o mecanismos de prueba puede afectar a la eficacia de los programas de clemencia no será suficiente para justificar una denegación del acceso a los mismos por parte de los perjudicados que pretendan interponer una demanda de resarcimiento (apartado 46 y siguientes). El TJUE excluye la posibilidad de una negativa de acceso basada en abstracto en el potencial perjuicio de los intereses públicos relacionados con la eficacia de un programa de clemencia y parece querer facilitar de esta un incremento de demandas de resarcimiento derivadas de ilícitos anticompetitivos.

En un sentido diferente, la Comisión europea había querido proteger en 2004 claramente los intereses públicos de la Comunidad y de cualquier interferencia con su funcionamiento e independencia, entre los que podría incluirse el interés público en que los programas de clemencia no pierdan su eficacia adquirida a la hora de descubrir los cárteles⁷⁷.

75. Vid. apartado 37 de la Sentencia del TJUE de 6 de junio de 2013, caso *Donau Chemie*. El TJUE advierte además en el apartado 38 que «(...) las partes en el procedimiento tramitado ante el *Kartellgericht* (autoridad de competencia austríaca, competente en este caso) pueden oponerse al acceso al expediente sin tener que dar justificación alguna. Esta posibilidad permite que subsista en la práctica el riesgo de que se **denieguen sistemáticamente** todas las solicitudes de acceso, en particular, cuando se refieran a documentos cuya difusión sea contraria a los intereses de las partes en el procedimiento, incluidas las referidas a documentos que pudieran contener elementos de prueba en los que pudiera fundamentarse una pretensión indemnizatoria y a los que el solicitante no podría acceder por otras vías».

76. Vid. apartados 44 y 45 de la Sentencia del TJUE de 6 de junio de 2013, en el caso *Donau Chemie*.

77. En el apartado 26 de la *Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 81 CE* se señala claramente que «(...) En particular, la Comisión puede denegar la transmisión de información a los órganos jurisdiccionales».

En el *Libro Blanco de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* de 2 de abril de 2008⁷⁸ había señalado la Comisión europea únicamente la necesidad de establecer mecanismos de coordinación entre la aplicación pública por parte de la autoridad de competencia y la aplicación privada, con el fin de que los programas de clemencia no pierdan su atractivo de cara a las empresas infractoras⁷⁹.

Asimismo, en un sentido distinto a lo que había señalado el TJUE cinco días antes, la *Propuesta de Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, de 11 de junio de 2013⁸⁰ prevé en artículo 6 claramente que los Estados miembros tendrán que velar por que, a los efectos de posibles demandas privadas de resarcimiento de daños y perjuicios como consecuencia de ilícitos anticompetitivos, los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de las declaraciones corporativas efectuadas en el marco de un programa de clemencia⁸¹. La Propuesta de Directiva de la Comisión euro-

les nacionales por razones superiores relacionadas con la necesidad de salvaguardar los intereses de la Comunidad o de evitar cualquier interferencia con su funcionamiento e independencia, (...) Por consiguiente, **la Comisión no transmitirá a los órganos jurisdiccionales nacionales información proporcionada voluntariamente por un solicitante de clemencia sin su consentimiento**». Esta Comunicación de la Comisión está disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0054:0064:ES:PDF> (última consulta: 25 de noviembre de 2013).

78. El Libro Blanco está disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:ES:PDF> (última consulta: 25 de noviembre de 2013).
79. Vid. los comentarios presentados en relación al Libro Blanco de 2008 por DREXL, J.; CONDE GALLEGO, B.; ENCHELMAIER, S.; MACKENRODT, M.-O. y PODSZUN, R.: «Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the White Paper by the Directorate-General for Competition of April 2008 on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules» el 15 de julio de 2008, disponibles en <http://www.ip.mpg.de/files/pdf1/Comments-WhitePaperDamageActionsForBreach2.pdf> (última consulta: 25 de noviembre de 2013).
80. La Propuesta de Directiva de 11 de junio de 2013 (COM (2013) 404 final) está disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:ES:PDF> (última consulta: 25 de noviembre de 2013). Vid. un comentario de la Propuesta de Directiva en MIRCEA, V.: «The European Commission Proposes a Legislative Framework for the Private Enforcement of the Competition Rules in the EU» en *e-Competitions*, núm. 60146, noviembre 2013 y HOWARD, A.: «Too Little, too late? The European Commission's Proposals on Anti-Trust Damages Actions» en *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 4, 2013, pp. 455-464.
81. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva señala que «la resolución de mayo de 2012 de los directores de las autoridades europeas de competencia también subrayó la importancia de la protección de la documentación de clemencia en el contexto de las demandas civiles por daños y perjuicios (Resolución de la reunión de los directores de las autoridades europeas de competencia de 23 de mayo de 2012, Protección de la documentación de clemencia en el contexto de los daños y perjuicios, que puede consultarse en: http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf). El Parlamento Europeo ha recalado repetidamente que la

pea se inclina, por tanto, por el adecuado funcionamiento de los programas de clemencia, sin perder de vista la necesidad de que este instrumento no pierda atractivo para las empresas infractoras.

En España, el artículo 51 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, establece el acceso por parte de los interesados a los datos o documentos que sean necesarios para contestar al pliego de concreción de los hechos, pero niega la posibilidad de obtener «copias de cualquier declaración del solicitante de exención o de reducción del importe de la multa que haya sido realizada por éste de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud». Además, señala este artículo también que se considerará confidencial «el hecho mismo de la presentación de una solicitud de exención o de reducción del importe de la multa».

En este mismo sentido, la Disposición Adicional Segunda de la Ley de defensa de la competencia 15/2007, de 3 de julio, introdujo el artículo 15 bis en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, señalando que la divulgación de la información suministrada por el solicitante de clemencia no se incluye en el deber de cooperación entre autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales. Según el tenor literal de este precepto, la autoridad de competencia española⁸² se podría negar a facilitar al órgano judicial los documentos aportados por la empresa a la hora de hacer uso de un programa de clemencia, lo que constituiría una garantía importante para las empresas que decidiesen hacer uso de dichos programas. En España aún no ha habido pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con esta problemática. El artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a todos los documentos que la empresa aporta en el marco de su solicitud, incidiendo por tanto en la

aplicación pública en el ámbito de la competencia es esencial, e instó a la Comisión a velar por que la aplicación privada no ponga en peligro la eficacia de los programas de clemencia, ni de los procedimientos de transacción (Véanse las resoluciones del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2012, «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo» (2011/2089 (INI)): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2012-21> y en relación con el informe anual sobre la política de competencia de la UE [2011/2094(INI)]: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2012-21>). Por lo tanto, el primer objetivo de la presente propuesta es optimizar la interacción entre la aplicación pública y la privada de las normas de competencia de la UE, **asegurar que la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia puedan mantener una política sólida de aplicación pública**, y que las víctimas de una infracción del Derecho de la competencia puedan ser indemnizadas por el perjuicio sufrido» (énfasis añadido). *Vid.* también, en este mismo sentido de proteger la información aportada por las empresas infractoras en el marco de un programa de clemencia, el Informe del Parlamento europeo relativo a la Propuesta de Directiva, publicado el 3 de octubre de 2013, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/fichprocedure.do?lang=en&reference=2013/0185\(COD\)](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/fichprocedure.do?lang=en&reference=2013/0185(COD)) (última consulta: 25 de noviembre de 2013).

82. Desde el 7 de octubre de 2013 denominada Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

importancia de los programas de clemencia en la política española relativa al descubrimiento de los cárteles⁸³.

5. CONCLUSIONES

Como se ha señalado en la Introducción, el objetivo de la Directiva de la Comisión Europea sobre las acciones de daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia es consagrar un fenómeno que ciertamente tiene un componente jurídicamente «revolucionario», como es la aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia.

En efecto, de la preeminencia del *public enforcement*, pasando por el avance imparable del *private enforcement*, parece que nos dirigimos claramente a un modelo de complementariedad entre ambos sistemas.

Son muchos los aspectos que la Directiva de la Comisión plantea, y muchas las áreas de nuestro ordenamiento interno –civil, mercantil, procesal, administrativo– cuyo encaje con esta nueva regulación, cuando haya de trasponerse, va a plantear problemas. Aquí simplemente los hemos dejado apuntados, y hemos centrado nuestro análisis en el que pensamos que es uno de los puntos más complicados: la adecuada interacción entre las acciones de daños y los programas de clemencia, con el fin de que siga persistiendo la eficacia que ha conseguido este último instrumento para el descubrimiento de los acuerdos secretos entre competidores. Parece, no obstante, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Comisión no están completamente de acuerdo acerca del descubrimiento de la información y los mecanismos de prueba aportados en el marco de un programa de clemencia.

En este sentido, en la jurisprudencia más reciente del TJUE (*Donau Chemie*), el TJUE afirmó claramente que no era suficiente alegar en abstracto que peligraba un interés público, materializado en el adecuado funcionamiento de los programas de clemencia, para denegar el acceso a dicha información por parte de los perjudicados que quieren interponer una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios, mientras que la Comisión ha incluido en el artículo 6 de la propuesta de Directiva una previsión para que los Estados miembros, en su normativa interna, velen por la no exhibición de las declaraciones corporativas en el marco de un programa de clemencia a efectos de la potencial interposición de demandas de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de un cártel. El Parlamento europeo también ha subrayado en su informe del 3 de octubre de 2013 la importancia de proteger cualquier documento relacionado aportado en una solicitud de clemencia.

Una vez adoptada de forma definitiva, cuando sea ratificada por el Consejo, los Estados miembros dispondrán de dos años para implementar las medidas previstas por la Directiva.

83. En el sentido de la clara prevalencia de los intereses protegidos por los programas de clemencia *vid.* BYRNE, C. y VALENTE, M.: «Leniency and Disclosure» en *Competition Law Insight*, 2011, pp. 3 y 4.

Por otro lado, y como también ha quedado constancia en estas páginas, el avance de la aplicación privada en España es igualmente imparable, y las recientes sentencias del Tribunal Supremo en el «cártel del azúcar» dan buena cuenta de que los órganos jurisdiccionales de nuestro país están perfilando ya los contornos de esta novedosa figura, y empezando a llevar a cabo los delicados ajustes que su encaje en nuestro ordenamiento jurídico requiere.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el “private enforcement” del Derecho de la Competencia» en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, julio de 2009, pp. 1-35.
- BARBIER DE LA SERRE, É. y LAGATHU, E.: «The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher» en *Journal of Competition Law & Practice*, 2013, vol. 4, núm. 4, pp. 1-20.
- BERENGUER, L.: «¿La piedra de Sísifo o el tejido de Penélope? Idas y venidas de la norma de la UE para la reclamación de daños en materia de competencia», en *Anuario de la Competencia 2011-12*, Madrid, 2013, pp. 42 y ss.
- BUSCH, J. y ELLIN, K.: «Kronzeugenerklärungen von Kartellanten in Deutschland sicher!» en *Deutscher Anwalt Spiegel*, núm. 1, 2013, pp. 8 y 9.
- CANTOS, F.; CARRERA, E. y GONZALO, P.: «La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita», en *Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia*, núm. 36, noviembre de 2013, pp. 11-36, Ed. La Ley.
- CREUS, A.: «La privatización del Derecho de la Competencia», en *Gaceta Jurídica de la Competencia*, núm. 200, 1999, pp. 55-66.
- CUNEO, J. W.: «Differing Traditions» en FOER, A. A. y CUNEO, J. W. (eds.): *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Cheltenham/Nothampton, 2010, pp. 27-36.
- DE STEFANO, G.: «Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: a Fast Evolving Scenario» en *Global Competition Litigation Review*, núm. 3, 2012, pp. 95-110.
- DÍEZ ESTELLA, F., «Capítulo 14, El resarcimiento de los daños en la aplicación del Derecho antitrust, ¿la gran asignatura pendiente? Análisis de jurisprudencia reciente», en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.
- 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», en *Global Competition Law Review*, núm. 4, 2010, pp. 151-159.
- EUROPEAN COMPETITION NETWORK: «The Maltese Office for Competition Publishes Draft Leniency Regulations for Public Consultation» en *e-Competitions*, núm. 53346, junio, 2013.

- FERNÁNDEZ, C.: «Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España» en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 29, septiembre/octubre 2012, pp. 11-22.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F.: «Los retos de la política de clemencia europea ante el incremento de las reclamaciones de daños y perjuicios por la infracción del Derecho de la Competencia» en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 26, 2005-2006, pp. 171-186.
- GUZMÁN ZAPATER, C.: «El “programa de clemencia” en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica (The Leniency Program in the Spanish Competition Act: A Practical Vision)» en *WorkingPaper IE LawSchool*, AJ 8-188, de 31 de julio de 2012.
- HARSDORF ENDERNDORF, N. y MAIERHOFER, N.: «The Road After Pflleiderer: Austrian Preliminary Reference Raises New Questions on Access to File by Third Parties in Cartel Proceedings» en *European Competition Law Review*, vol. 34, núm. 2, 2013, pp. 78-84.
- 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», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, año 2008, pp. 103-118.
- HODGES, C.: «Competition Enforcement, Regulation and Civil Justice: What is the Case?» en *Common Market Law Review*, vol. 43, núm. 5, 2006, pp. 1381-1407.
- HOWARD, A.: «Too Little, too late? The European Commission’s Proposals on Anti-Trust Damages Actions» en *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 4, 2013, pp. 455-464.
- HÜSCHEL RATH, K. y PEYER, S.: «Public and Private Enforcement of Competition Law– A Differentiated Approach» en *Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Discussion Paper*, núm. 13-029, abril 2013, pp. 1-32.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK: «Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases», Report to the ICN Annual Conference, Moscú, Mayo 2007, pp. 1-64.
- JIMÉNEZ LAIGLESIA, J.; MASÍA, J.: «Examen de cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España», en *Gaceta Jurídica de Unión Europea y de la competencia*, núm. 30, nov.-dic. 2012, Ed. La Ley, pp. 26-39.
- JIMÉNEZ-LA TORRE, F.: «Las reclamaciones de daños por infracciones de Competencia», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 25, La tercera de GJ, enero-febrero 2012, Ed. La Ley, pp. 5-8.
- MARCIANO, A.: «The EU Court of Justice Grants Access to a National Competition File to Applicants Seeking Compensation for Damages Deriving from the Violation of EU Competition Rules (DonauChemie)» en *e-Competitions*, núm. 60159, noviembre 2013.

- MARCOS FERNÁNDEZ, F.: «¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una mirada a la experiencia española», en *Derecho de los Negocios*, núm. 267, enero-febrero 2013, pp. 59-66.
- «Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)» en *Global Competition Litigation Review*, núm. 4, 2013, pp. 167-211
 - «Competition Law Private litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», *Documento de Trabajo AJ8-22*, del Instituto de Empresa, de 26 de junio de 2013, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2351770>.
- MIRCEA, V.: «The European Commission Proposes a Legislative Framework for the Private Enforcement of the Competition Rules in the EU» en *e-Competitions*, núm. 60146, noviembre 2013.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho europeo de la competencia», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 19, enero-febrero 2011, Ed. La Ley, pp. 11-28.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: «La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust» en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2013, pp. 1-23.
- «The Provincial Court of Madrid Accepts the Passing-on Defence in the Sugar Cartel» en *e-Competitions*, núm. 51098, octubre 2011.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P.; SCHREIBER, T.: «Case comment: Judgment of the Spanish Supreme Court in Acor, (344/2012), 8 de junio de 2012», en *Global Competition Litigation Review*, núm. 1, 2013, pp. 37-41.
- RETORTILLO ATIENZA, O.: «Primeros pasos de los tribunales españoles en la aplicación privada del derecho de la competencia. Especial referencia a la reclamación de daños en los casos de cárteles» en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 8, 2011, pp. 221-232.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A.: «Discovery, Confidentiality and Disclosure of Evidence under the Private Enforcement of EU Antitrust Rules» en *IE Working Paper Derecho*, WPD 06-05, de 8 de septiembre de 2006.
- SANCHO GARGALLO, I.: «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia» en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1/2009, febrero de 2009, pp. 1-35.
- SANTOS LORENZO, S. y TURNER-KERR, J.: «¿En estado de total subdesarrollo? la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 245, septiembre/octubre de 2006, pp. 42-56.
- 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 núm. 8, Asunto 737/07», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, Madrid 2012, pp. 277-291.

VELASCO SAN PEDRO, L. A. y HERRERO, C.: «La “passing-ondefence”, ¿un falso dilema?» en VELASCO SAN PEDRO, L. A.; ALONSO LEDESMA, C. y otros (dirs.): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, 2011, pp. 593-604.

WOODS, D.: «Private Enforcement of Antitrust Rules– Modernization of the EU Rules and the Road Ahead» en *Loyola Consumer Law Review*, núm. 16, 2004, pp. 431-461.

YANES, P.: «Aplicación privada antitrust, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de ciclo?» en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 9, 2011, pp. 133-150.