



Documento de trabajo
SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES

**¿APLICACIÓN PÚBLICA O APLICACIÓN PRIVADA DEL
DERECHO DE LA COMPETENCIA?**

Patricia Pérez-Fernández

SPCS Documento de trabajo 2011/11

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autores:

Patricia Pérez Fernández

Patricia.Perez@uclm.es

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca

Seminario Permanente de Ciencias Sociales

Codirectora: Silvia Valmaña Ochaíta

Codirectora: María Cordente Rodríguez

Secretaria: Pilar Domínguez Martínez

Avda. de los Alfares, 44

16.071–CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. Cd-Rom) 1988-1118 (ed. en línea)

D.L.: CU-532-2005

Impreso en España – Printed in Spain.

¿APLICACIÓN PÚBLICA O APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA?

Patricia Pérez-Fernández¹

Facultad de Derecho y CC. Sociales (Ciudad Real), Universidad de Castilla-la Mancha

RESUMEN

Uno de los temas más controvertidos durante los últimos años en España ha sido el relativo a la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria en conflictos privados entre particulares, es decir, lo que tradicionalmente ha venido siendo denominado como aplicación judicial del Derecho de la competencia, y más recientemente, como aplicación privada. Este forma de aplicación surge a raíz de la Disposición Adicional Primera de la actual Ley de Defensa de la Competencia, la Ley 15/2007, de 3 de julio, en la que se prevé la competencia acerca de esta materia por parte de los Juzgados de lo Mercantil. Pero lo cierto es que en España y en la Europa continental siempre ha predominado la defensa del interés público en esta materia, y por tanto un sistema de aplicación por parte de las autoridades administrativas competentes. Estados Unidos, en cambio, es el paradigma de la judicialización y ha incentivado siempre las demandas privadas, hasta llegar al punto de representar el noventa por ciento de los casos en los que se aplica el derecho *antitrust* en el continente estadounidense. La introducción por tanto en nuestro sistema de un instrumento ajeno a nuestra tradición jurídica no deja de plantear problemas que merecen ser objeto de reflexión, teniendo siempre en cuenta las finalidades perseguidas por el Derecho de la competencia a ambos lados del Atlántico.

Palabras clave: derecho de la competencia, aplicación privada del derecho de la competencia, daño resarcible, presupuestos de la responsabilidad civil.

Indicadores JEL: K21, K13.

¹ Patricia.Perez@uclm.es

ABSTRACT

During the last years, one of the most controversial issues in Spain has consisted of private enforcement of antitrust law in (obviously) disputes between individuals, what has traditionally been being referred to as judicial enforcement of competition law. This phenomenon arises in Spain from the First Additional Provision of the current Law on Competition, Law 15/2007, of July 3, where the faculty to enforce this matter is assigned to the Commercial Courts. But the fact is that in Spain and continental Europe has always dominated the defense of public interest in antitrust law, and therefore a system of enforcement by the competent administrative authorities. United States, however, is the paradigm of prosecution and has always encouraged private lawsuits, to the point of representing ninety percent of cases in which antitrust law is applied in the North American continent. The introduction into our system of such an instrument outside our legal tradition could lead into problems which are worthy of reflection, taking into account the objectives traditionally pursued by the law of competition on both sides of the Atlantic.

Key words: antitrust law, private enforcement of antitrust law, compensable damage, liability budgets (tort law).

JEL-codes: K21, K13.

1. CONCEPTO Y VENTAJAS DE LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La competencia ha sido definida como “el esfuerzo de las empresas por obtener una ventaja en el mercado mediante la mejora de la oferta dirigida a la clientela” (García Cachafeiro, 2009). El Derecho de la competencia constituye un sector normativo cuya finalidad consiste en garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados. En efecto, si los operadores económicos pudiesen alterar libremente las reglas vigentes en el mercado, esto representaría un peligro para la subsistencia de la Economía de mercado, basada en la libre competencia y que constituye a su vez uno de los pilares esenciales de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, según lo indicado por el artículo 38 de nuestra Carta Magna (Paz-Ares y Alfaro, 2003). En este

sentido, en un mercado competitivo, los consumidores buscarán adquirir los productos que mejor se ajusten a sus necesidades, mientras que los proveedores tratarán de atender las demandas de los consumidores, ofreciéndoles los productos que desean. No obstante, con la generalización de las leyes defensoras de la libre competencia, los empresarios ya no tienen únicamente el derecho a competir que les otorga dicho principio constitucional de libertad de empresa, sino también la obligación de hacerlo (Robles Martín-Laborda, 2003). Sin embargo, no es válido cualquier método de lucha competitiva y los sistemas económicos basados en los principios de libre mercado consideran la defensa de la libre competencia como una pieza clave de sus sistemas jurídicos (Arruñada, 2001). En este contexto de competencia practicable² la característica más relevante es que tanto los vendedores como los compradores actúan de manera independiente en el mercado. Esta independencia a su vez es la que obliga a los vendedores a buscar por sí mismos la oferta del producto que mejor satisfaga a los consumidores, teniendo en cuenta la incertidumbre que supone saber que si la calidad es peor que la de alguno de sus rivales o el precio es más alto y compitiendo por tanto con los demás participantes en el libre mercado en condiciones de igualdad (Ortíz Blanco y otros, 2009). En estos supuestos que se acaban de mencionar el consumidor se decantará por la oferta que más beneficios le aporte, de ahí el interés en defender la libre competencia, para que de esta manera los consumidores dispongan de la oportunidad de elegir entre las distintas alternativas que le ofrecen los vendedores, persiguiendo siempre la maximización de sus expectativas.

En las actuales economías desarrolladas por tanto, los gobiernos proclaman su interés por el mercado como un mecanismo de asignación eficiente de los recursos y como un medio para maximizar el bienestar del conjunto de la economía (Berenguer Fuster y otros, 2010), teniendo en cuenta además que la eficiencia productiva que se

² También conocida como “*workable competition*”, por ser así descrita en los textos de los Tratados comunitarios y así ha sido defendida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras en su Sentencia *Continental Can*, de 21 de febrero de 1973. Actualmente se descarta la existencia de una competencia perfecta, defendida por Adam Smith en el siglo XVIII cuando hablaba de la “mano invisible” de los mercados, considerándose que el Estado ha de intervenir en la Economía, para así garantizar la libre competencia y que no se formen monopolios a través de concentraciones de poder. La competencia perfecta es un modelo económico que se daría si se cumpliesen, entre otras, determinadas características, como por ejemplo la existencia de un número elevado de compradores y vendedores, de manera que ninguna empresa pudiera condicionar el precio de un determinado producto; que los productos fuesen homogéneos para que los consumidores pudiesen encontrar alternativas a los mismos; que no existiesen barreras de entrada impidiendo a las empresas introducirse en un determinado sector económico o que el mercado fuese transparente, de tal modo que los consumidores y proveedores dispusiesen de la información necesaria para adoptar las decisiones correctas.

pretende conseguir se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad³.

En definitiva, Estados con sistemas económicos basados en los principios del libre mercado consideran la defensa de la libre competencia como una pieza clave de sus sistemas jurídicos, ya que son muchos los beneficios que conlleva para el correcto funcionamiento de la economía (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009), impulsando a su vez el desarrollo económico y la innovación.

2. DIFERENTES VÍAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La aplicación de la legislación protectora de la libre competencia puede adoptar dos vías muy distintas como son la acción pública y la acción privada. Ambos sistemas de aplicación se insertan en el marco más genérico de lucha contra los cárteles u acuerdos horizontales y otras infracciones del Derecho *antitrust*.

La acción pública conlleva el ejercicio de la misma por parte de organismos administrativos, que son los que imponen sanción pecuniaria a los que han vulnerado las normas del Derecho *antitrust*⁴. La acción o aplicación privada (conocida como *private enforcement* en los países de tradición jurídica proveniente del *common law*) en cambio, es aquella en la que un agente privado (competidor perjudicado por ejemplo) acude a un tribunal ordinario demandando al infractor y para que se declare nulo un contrato o con vistas a lograr un resarcimiento económico por los daños y perjuicios

³ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁴ En Estados Unidos se ha extendido mayoritariamente la aplicación privada, pero también existen órganos en el ámbito público que aplican esta normativa (la División Antitrust del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio o *Federal Trade Commission*). En este país la normativa *antitrust* prevé también sanciones penales (sobre todo la *Sherman Act* de 1890, cuya Sección Séptima ya posibilitaba la aplicación por los particulares de esta normativa, y la *Clayton Act* de 1914, donde se preveía en la *Sherman Act* que “cualquier persona que sea perjudicada en su negocio por cualquier otra persona natural o jurídica a raíz de algo prohibido o declarado ilegal por esta Ley podrá demandar y exigir la devolución del triple de los daños y perjuicios por él mantenido más los costes de la demanda, incluida una tarifa razonable”.

derivados de la conducta anticompetitiva⁵. Así, el predominio de una u otra vía procesal es una de las diferencias más relevantes a la hora de distinguir la aplicación del Derecho de la competencia en Estados Unidos y en Europa (Castro-Villacañas Pérez, 2004).

Hay que destacar el importante papel que desempeña la normativa europea de defensa de la libre competencia (se aplica esencialmente por la Comisión Europea), que destaca por su característica del “efecto directo”, es decir, que esta normativa (contenida principalmente en los artículos 101 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE) puede ser invocada por los particulares perjudicados ante las instancias administrativas especializadas o ante las judiciales directamente tras las últimas modificaciones legislativas en esta materia⁶, en defensa de sus propios intereses privados, dando así lugar a que se planteara la posibilidad de aplicar este derecho por parte de los jueces y tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea (Alonso Soto, 2010).

La incorporación de España a la Unión Europea en 1986 conllevó también la aplicación directa de la normativa comunitaria en esta materia en nuestro país⁷. Esta coexistencia de normativas puede plantear problemas relativos al ámbito de aplicación de los ordenamientos nacional y comunitario. Así, en lo referente a las conductas colusorias (artículo 1 Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de julio, en adelante LDC y artículo 101 TFUE) y abusivas (artículo 2 LDC y artículo 102 TFUE) y al control de ayudas públicas, el ámbito de aplicación de cada uno de los ordenamientos jurídicos se determinará en función del mercado que resulte afectado cuando se realice

⁵ La finalidad de la aplicación privada del Derecho de la competencia se divide por tanto en una doble vertiente: por una parte, la petición de que sea declarado nulo el contrato en el que conste la cláusula anticompetitiva y/o por otra parte el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

⁶ En el ámbito comunitario hay que destacar el Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:ES:PDF>, última consulta: 4 de abril de 2011). En cuanto a la legislación española mencionar la citada Disposición Adicional Primera de la actual Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de julio. Sobre ambas regulaciones se volverá más adelante.

⁷ La normativa, contenida en los citados artículos 101 a 109 del TFUE, puede dividirse en la normativa aplicable a las empresas, que se integra por normas que prohíben las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante y las normas sobre control de las operaciones de concentración económica. Por otra parte estaría la normativa aplicable a los Estados, que abarca la prohibición y el control de las ayudas públicas concedidas a las empresas. Estas normas del Tratado han de completarse con el Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE y con el Reglamento 139/2004, de control de concentraciones entre empresas y las disposiciones que los desarrollan.

alguna práctica restrictiva de la competencia⁸. En materia de control de concentraciones se le atribuye a la Comisión Europea el control de las que tengan una dimensión comunitaria debido al elevado volumen de negocios de los partícipes a escala mundial y a escala europea, y se reserva el resto a las autoridades nacionales de defensa de la competencia, pudiendo existir mecanismos de reenvío entre ambas autoridades administrativas.

En efecto, uno de los temas más controvertidos durante los últimos años en España ha sido el relativo a la aplicación de las normas de defensa de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios en conflictos privados entre particulares. Desde un primer momento, a diferencia de lo que sucedió en el sistema *antitrust* de los Estados Unidos (Alonso Soto, 2010), se optó en el Derecho español por atribuir la aplicación de las normas de competencia a un organismo especializado (la actual Comisión Nacional de la Competencia), y no a uno jurisdiccional. La cuestión relativa a la aplicación privada surge porque de los acuerdos colusorios y del abuso de posición dominante pueden derivarse perjuicios para los particulares. La relevancia de este aspecto estriba en que, en la aplicación de las normas de la competencia, junto al interés público defendido por las autoridades administrativas, existe también un interés privado, que se representa por los derechos subjetivos de los particulares, vulnerados por las conductas anticompetitivas, y cuya protección no se puede garantizar por la vía administrativa, sino solamente por la vía jurisdiccional (Alonso Soto, 2010). Este hecho lleva a preguntarse si es posible obtener una declaración de nulidad (en el caso del artículo 1 LDC o 101 TFUE) o una indemnización de daños y perjuicios (artículos 1 y 2 LDC y 101 y 102 TFUE) directamente por parte de la jurisdicción ordinaria sin que previamente hubiese recaído una resolución de la autoridad administrativa competente en materia de competencia. En este sentido, la sanción de nulidad de los acuerdos anticompetitivos sólo puede hacerse efectiva en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a través de una declaración judicial. Lo mismo

⁸ Si la práctica que vulnera la libre competencia alcanza únicamente al mercado nacional se aplicará la legislación del Estado que resulte afectado. Si los efectos de tal práctica se extendiesen más allá de este ámbito, afectando a los intercambios comerciales entre los Estados miembros de la Unión Europea, se aplicará el Derecho comunitario. En el supuesto de que la práctica afectara a los dos mercados conjuntamente se aplicarían simultáneamente ambos Derechos (esto hace referencia a la denominada “Teoría de la doble barrera”, que fue defendida principalmente por la doctrina alemana (por todos, KOCH) desde un primer momento (Calvo Caravaca, 2009) y ratificada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Walt Wilhelm*, de 13 de febrero de 1969.

sucede con el posible derecho a una indemnización que tiene la víctima de una conducta anticompetitiva por los daños o perjuicios sufridos, siendo los órganos de la jurisdicción ordinaria la única vía de conseguir estos resultados.

En España, como ya se ha mencionado, se prevé esta vía jurisdiccional expresamente en la Disposición Adicional Primera de la LDC 15/2007. Con anterioridad, es decir, estando aún en vigor la LDC 16/1989, de 17 de julio, no cabía esta posibilidad ya que el artículo 13.2 de la anterior LDC preveía que “la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional”.

3. LA APLICACIÓN PRIVADA EN EL MODELO DE LA EUROPA CONTINENTAL Y EN EL MODELO ESTADOUNIDENSE: FINALIDADES PERSEGUIDAS EN CADA UNO DE LOS MODELOS

Resulta de interés situar el fenómeno de la aplicación privada del Derecho de la Competencia dentro de los modelos europeo y estadounidense. En este sentido, en Europa, las normas de defensa de la competencia siempre han primado la defensa del interés público, atribuyendo a las autoridades administrativas la persecución y sanción de las infracciones a las mismas (González López, 2007). Este sistema de aplicación en el ámbito público ha sido efectivo dentro del objetivo prioritario que ha consistido en la defensa del interés público, atribuyendo a las autoridades administrativas la persecución y sanción de las infracciones, pero no lo ha sido en el ámbito de los derechos individuales, porque las autoridades administrativas no podían adoptar medidas para resarcir a los afectados de los daños que les hubiese causado una infracción a las normas de la competencia. Por eso, los jueces ordinarios, en el marco de la aplicación privada y en el ejercicio de impartir justicia en los conflictos entre partes, podrán aplicar, a partir de la vigente LDC 15/2007 esta normativa contra las infracciones a la libre competencia y así acordar las compensaciones a que legítimamente tienen derecho los afectados.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la propia Comisión han intentado que los órganos jurisdiccionales (los jueces nacionales de cada Estado miembro) se implicaran decididamente en la aplicación de las normas

comunitarias de competencia, sin limitarse por tanto a la mera revisión jurisdiccional (González López, 2007). Este impulso europeo se traslada a la aplicación de las normas nacionales de competencia, como ahora veremos. Se consigue así una mejora sustancial de los derechos individuales de los particulares perjudicados por acciones anticompetitivas unido a un resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos por los mismos. En esta judicialización o impulso de la aplicación privada influyeron también otros motivos, como el necesario reparto de la carga de trabajo de las autoridades públicas encargadas de esta normativa (destaca a nivel comunitario la Comisión Europea), delimitando así los ámbitos público y privado. Las autoridades administrativas (Comisión y autoridades de competencia de los Estados Miembros) se limitan a la defensa del interés público, favoreciendo así que los particulares acudan a los tribunales en defensa de sus propios derechos, coadyuvando de esta manera a que se restaure un régimen defensor de la libre competencia y por lo tanto a la defensa del interés general. Para lograr una protección jurídica eficaz tanto de los intereses públicos como de los privados es por lo tanto adecuado articular una doble vía de actuación, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, cubriendo así los posibles efectos de las infracciones de las normas de competencia y facilitando igualmente a los particulares su acceso a las mismas (Alonso Soto, 2010).

Frente a la primacía que ha tenido la aplicación pública del Derecho de la competencia en Europa, los Estados Unidos han sido calificados como “el paradigma de la aplicación privada y de la judicialización” (Salvador Roldán, 2003) y la normativa procesal estadounidense ha incentivado las demandas privadas hasta ser considerada la responsabilidad civil por ilícitos *antitrust* el punto central del desarrollo y del progreso del derecho *antitrust* estadounidense (Peña López, 2002) y representar estas demandas el noventa por ciento de los casos en los que se aplica el Derecho de la competencia en este país⁹.

En Europa se ha dado tradicionalmente más importancia al hecho de que cuando se vulnera la normativa defensora de la libre competencia se está afectando a un interés público, como es el adecuado funcionamiento del mercado y la actividad económica de

⁹ Este último autor señala que “este Derecho, *padre* de todos los ordenamientos continentales de defensa de la competencia, ha evolucionado fundamentalmente a través de las demandas de responsabilidad civil entabladas por los particulares afectados por una práctica restrictiva de la competencia” (p. 18 de la obra citada).

todos los operadores o agentes que participan en el mismo. El Derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros han previsto tradicionalmente el Derecho de la competencia como un Derecho público sancionador de carácter administrativo, ya que las normas defensoras de la libre competencia eran consideradas disposiciones normativas de orden e interés público, al intervenir el Estado en la economía, protegiendo a su vez el interés general que recae sobre el adecuado funcionamiento del mercado. Se trata por tanto de normas inderogables por acuerdos entre particulares, estando plenamente justificada su aplicación de oficio. No obstante, por parte de la Comisión Europea se lanzó la iniciativa (cuyo último eslabón constituye el “Libro Blanco de 2 de abril de 2008, relativo a la reparación por daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”) de promover la aplicación privada del Derecho de la Competencia comunitario. Se pretendía así transformar esta rama del ordenamiento jurídico de un Derecho público sancionador de carácter administrativo a un Derecho ampliamente aplicado en las relaciones entre los particulares perjudicados por parte de los jueces ordinarios, persiguiendo así garantizar la compensación de las víctimas de ilícitos *antitrust* (Alfaro Águila-Real, 2009).

El problema surgió (y de ahí el interés que en la práctica adquiere esta materia relacionada con la aplicación privada) porque las autoridades administrativas tenían la potestad de ordenar el cese de la conducta ilícita y de imponer sanciones a la empresa (persona natural o jurídica que había cometido la infracción anticompetitiva) y a sus administradores, pero no podían indemnizar a los perjudicados por los daños y perjuicios que la práctica anticompetitiva les había ocasionado (vid. el citado artículo 13.2 de la anterior LDC 16/1989). Pero es obvio que el particular perjudicado podría tener un determinado interés en denunciar al que hubiese cometido el ilícito *antitrust* ante los tribunales ordinarios, con el objetivo de ser declarado nulo el contrato en cuestión, al vulnerar las normas defensoras de la libre competencia y/o de ser indemnizado por los daños y perjuicios que la práctica le había ocasionado.

Se ha introducido por tanto en el modelo tradicional público de la Europa continental un sistema de acción privada, en beneficio e interés del particular perjudicado. Esto está en consonancia con el mencionado principio de efecto directo del

Derecho comunitario, reconocido por el TJUE¹⁰ (Font Galán, 1986) según el cual el Derecho comunitario genera derechos y obligaciones no sólo frente a los Estados miembros, sino también frente a los particulares. Nos hemos acercado por tanto en este sentido a la normativa *antitrust* norteamericana (de ahí que algunos denominen este fenómeno “*americanización* del Derecho de la competencia de la Europa continental”) (Salvador Roldán, 2003), pero no hemos de olvidar los distintos modelos normativos existentes a uno y otro lado del Atlántico, no sólo en relación con el proceso de producción de las normas, sino también con el resultado final de su puesta en práctica. Estas diferencias tienen su origen en la distinta estructura de los sistemas legales en Europa y Estados Unidos, pero también se deben a los distintos objetivos que caracterizan las normativas de defensa de la competencia estadounidense y europea (Wils, 2003). Además, Estados Unidos es una sola nación, que posee un mercado único plenamente operativo, mientras que en Europa hay que seguir construyendo un mercado único por encima de las barreras nacionales (Sánchez Felipe, 2006), y se tiene que prestar especial atención a las conductas restrictivas de la competencia que dificulten esa creación de un mercado único (las llamadas conductas “antiintegracionistas”) (Velasco San Pedro, 2005).

El éxito del Derecho de la competencia en Estados Unidos radica, en buena medida, en que su violación resulta generalmente muy costosa para las empresas que hubiesen cometido alguna infracción, teniendo en cuenta las cuantiosas indemnizaciones a las que tienen que hacer frente (Salvador Roldán, 2003). En Europa sin embargo no se ha logrado un efecto disuasorio similar al que existe en Estados Unidos.

En la *Sherman Act*, primera norma federal del Derecho *antitrust* estadounidense, se prohibieron las conductas colusorias entre empresas (acuerdos o prácticas concertadas que restrinjan el comercio) y la monopolización o el intento de monopolizar (en general el intento de concentración del poder económico). El temor a los preceptivos

¹⁰ Ya en 1974, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció en una Cuestión prejudicial (permitida por el entonces artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea) planteada por un Juez belga sobre la competencia de los jueces nacionales en aplicación de las normas de competencia comunitarias. Esta competencia se deriva, según el TJUE, del “efecto directo” en las relaciones entre individuos de las prohibiciones de los artículos 85. 1 y 86 del TCE (en la actualidad artículos 101.1 y 102 TFUE) que, según la Sentencia del TJUE, “pueden producir efectos directos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger”. Vid. Sentencia de 30 de enero de 1974, asunto *BRT/SABAM*.

daños triples en Estados Unidos es uno de los factores que más influyen para asegurar el cumplimiento del Derecho *antitrust* y que destaca el fin disuasorio perseguido. Los daños triples se compaginan además con otros tipos de sanciones que pueden resultar de la aplicación de la normativa defensora de la libre competencia y que vienen a ser multas, penas privativas de libertad y otras medidas estructurales como por ejemplo la confiscación de los bienes de la empresa. A pesar de que haya predominado el objetivo disuasorio y punitivo o de castigo a los infractores (de ahí los daños triples) en relación con la aplicación del Derecho *antitrust* estadounidense, también se pretende la compensación de las víctimas y el decomiso de las ganancias obtenidas por vías ilícitas (Cavanagh, 2010). La específica normativa relativa al mecanismo de las acciones colectivas en Estados Unidos¹¹ favorece igualmente la utilización de demandas particulares relativas a ilícitos anticompetitivos, y en la práctica coadyuva al efecto disuasorio ya que no parece igual ser demandado por un abogado que represente a un perjudicado que por uno representando a cientos o miles de perjudicados por el ilícito anticompetitivo. Todo lo contrario de lo que sucede en la Europa continental, donde siempre se ha buscado el fin indemnizatorio o de resarcimiento de los daños causados y es ahora cuando se cuestionan las finalidades perseguidas al introducir el mecanismo de la aplicación privada (Nebbia, 2008).

En todo caso, las autoridades públicas que apliquen el Derecho de la competencia han de perseguir en condiciones normales lograr el máximo bienestar de la sociedad y una economía lo más competitiva posible, que no sea corporativista y que no defienda los intereses de unos pocos (Berenguer Fuster y otros, 2010), mientras que los particulares siempre perseguirán, sobre todo, sus propios intereses, de ahí que algunos autores hayan señalado riesgos de abuso del sistema de aplicación privada (Möschel, 2007).

¹¹ Ésta se contiene principalmente en la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles de los Estados Unidos, previéndose un sistema “opt-out” por el que los perjudicados se incluyen automáticamente en el grupo de personas en cuyo nombre se interpone la demanda, salvo que se autoexcluyan expresamente del mismo.

4. EL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL Y LEGAL DE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En Estados Unidos, país donde nace el moderno Derecho de la competencia con su *Sherman Act* de 1890, ya se reconoce la posibilidad de la aplicación privada y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios de los efectos causados por ilícitos anticompetitivos en esta primera Ley como se acaba de mencionar, y se vuelve a contemplar en la *Clayton Act* de 1914 en términos muy similares (Roach y Trebilcock, 1997).

En el continente europeo no existió un ordenamiento jurídico defensor de la libre competencia hasta después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se inició la recepción del Derecho *antitrust* norteamericano con las Leyes de descartelización de la economía alemana, que fueron aprobadas por las potencias vencedoras. De este hecho proviene la famosa frase del Profesor Garrigues “el derecho de defensa de la competencia llega a Europa en las mochilas de los soldados norteamericanos” (Garrigues, 1964). A partir de ese momento empezaron a introducirse en las democracias europeas Leyes *antitrust*, que se fundamentaban en el derecho norteamericano, y una de las primeras y más importantes es la *Ley alemana contra las limitaciones de la competencia de 1957*. Durante muchos años del siglo XX, Alemania ha sido el modelo de legislación nacional de competencia en Europa (Fikentscher, 1984).

En relación con la aplicación privada, en Europa, en la década de los setenta ya se declaró en diversas Sentencias del TJUE (Casos *Brasserie de Haecht* de 6 de febrero de 1973 y *BRT/SABAM* de 30 de enero de 1974) y posteriormente también a principios de los noventa (Sentencia del Tribunal General, anterior Tribunal de Primera Instancia¹², Caso *Automec* de 18 de septiembre de 1992 y caso *Delimitis* de 28 de febrero de 1991) que los jueces civiles podían aplicar directamente las normas de la competencia sin necesidad de que existiese una declaración expresa de la Comisión. Se dice además que la Comisión, como autoridad administrativa, debe defender el interés público y el Juez nacional los derechos subjetivos de las personas privadas.

¹² El Tribunal de Primera Instancia pasó a denominarse “Tribunal General” con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009.

Pero a pesar de estas tempranas decisiones jurisprudenciales, realmente se considera como Sentencia decisiva en relación a los jueces de la jurisdicción ordinaria en el papel resarcitorio de los daños causados por hechos anticompetitivos la Sentencia del caso *Courage* del TJUE (STJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd. Vs. Bernard Crehan*) porque es en este caso donde se asegura que la aplicación privada permite la reclamación de perjuicios incluso por parte de quien se haya visto obligado a firmar un contrato contrario a las normas de la libre competencia (Fernández Vicién y Moreno-Tapia, 2002). Además se dice explícitamente en la Sentencia que “las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”.

Esta posibilidad de aplicación privada del Derecho de la competencia por parte de los jueces nacionales y sin limitación alguna se previó a nivel legal comunitario en el Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002 (fue considerado como la “modernización” del Derecho europeo de defensa de la competencia, derogando el anterior Reglamento 17 de 1962), que regula la aplicación de los actuales artículos 101 y 102 TFUE. En este Reglamento se prevé específicamente la aplicación de la normativa comunitaria en esta materia sin necesidad de una declaración administrativa previa (artículo 6). En 2003 el legislador comunitario se percató de la necesidad de avanzar en el resarcimiento de los perjudicados por ilícitos anticompetitivos, de una forma más rápida y eficiente, persiguiendo además que los jueces pudiesen conocer y aplicar las normas de competencia a conductas para las que están mejor preparados al tratarse de conflictos entre las partes y contratos (González López, 2007). Esto se tenía que complementar con la defensa del interés público, lo que recae en las conocidas autoridades administrativas de la competencia.

En España, bajo la vigencia de la anterior LDC 16/1989 se exigía una declaración firme en vía administrativa para poder presentar una acción de resarcimiento de daños y perjuicios por un ilícito *antitrust*. Tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 se generó una situación de contradicción hasta la promulgación de la vigente LDC 15/2007, de 3 de julio (Alonso Soto, 2010). No obstante, jurisprudencialmente sí se reconoció la aplicación privada o judicial de las normas comunitarias de defensa de la competencia a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000, caso *DISA*, lo que ocurrió tiempo después a nivel legal,

con la creación de los Juzgados de lo Mercantil a través de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (Sancho Gargallo, 2009). Se tenía que posibilitar por parte del legislador español la aplicación por parte de los jueces y tribunales españoles de la legislación comunitaria de la competencia, porque ya se había aprobado el Reglamento 1/2003 (de especial interés resulta en esta materia el artículo 6 del mismo). No existió sin embargo una previsión legal en el mismo sentido tratándose de las normas nacionales, hasta la Disposición Adicional Primera de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Hasta el momento en que se produjo este cambio legal se observaba en España la paradoja de que los jueces podían aplicar las normas comunitarias de la competencia pero al seguir vigente el artículo 13.2 LDC de 1989 no se podía aplicar el Derecho nacional de la competencia (Alonso Soto, 2010).

5. CUESTIONES SUSTANTIVAS QUE CONLLEVA EL RÉGIMEN DE APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Ni la LDC de 2007 ni el Reglamento 1/2003 contemplan un régimen sustantivo desarrollado sobre las acciones ejercitables en el supuesto de responsabilidad civil por actos contrarios a la libre competencia. Esto conlleva la necesidad y dificultad para el intérprete de acudir subsidiariamente, para resolver las cuestiones de régimen jurídico aplicable, y al no haber ningún régimen específico al respecto (Valmaña Ochaíta, en prensa), a las normas generales de responsabilidad civil contenidas en el Código Civil (CC). El desarrollo de este instrumento reparador del daño puede plantear problemas en la práctica, como por ejemplo un posible abuso del ejercicio de este derecho o un exceso de litigiosidad (Möschel, 2007). Para resolver las cuestiones indemnizatorias hay que tener en cuenta el régimen de responsabilidad extracontractual previsto en el artículo 1902 CC, que prevé literalmente que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. En este precepto se exigen por tanto unos presupuestos objetivos o fácticos y otros supuestos subjetivos. Los objetivos consisten en la comisión de un acto ilícito (sería la vulneración de una norma de Derecho de la competencia en este supuesto), la existencia de un daño y la relación de causalidad entre los anteriores. El elemento subjetivo necesario hace referencia a la culpa o criterio subjetivo de imputación, salvo que se trate de un caso de responsabilidad objetiva.

En el marco del debate que aquí se está tratando entre la aplicación privada y la aplicación pública cobra especial relevancia el aspecto relacionado con el daño y su tradicional papel compensatorio en los regímenes jurídicos de la Europa continental (Valmaña Ochaíta, en prensa), de ahí que interese centrarse aquí en este aspecto. Así, para poder obtener una indemnización del daño, tanto éste, como su cuantía han de ser probados. La cuestión relativa al daño indemnizable y su cuantía es una cuestión problemática, ya que la prueba no siempre es fácil¹³. Según el artículo 1106 CC se incluyen el daño emergente y el lucro cesante en la cuantía final que será indemnizable al perjudicado. Debido a la dificultad de ser probado, en la práctica se acude a informes periciales para poder determinar aproximadamente la cuantía del daño indemnizable.

Pero lo que realmente interesa en este ámbito del concepto del daño es su vinculación con la cuestión mencionada con anterioridad en el marco de las finalidades que persigue la aplicación privada de esta rama del ordenamiento jurídico, en relación a si la responsabilidad juega en este ámbito un papel principalmente compensatorio o de resarcimiento, función que ha tenido tradicionalmente la responsabilidad extracontractual, o si también e incluso primordialmente, debe servir como instrumento preventivo de futuras conductas ilícitas (la anteriormente denominada función disuasoria) (Kortmann y Swaak, 2009). Ésta es la razón por la que en ordenamientos jurídicos como el estadounidense, donde el instituto de la responsabilidad civil posee una función primordialmente preventiva, se permita una mayor resarcibilidad del daño a través de instrumentos como los mencionados daños punitivos (*punitive damages*), que son totalmente ajenos a nuestra tradición jurídica. Una forma de materializarse los daños punitivos es a través de los *treble damages*, mediante los que se obliga al infractor a indemnizar al perjudicado hasta el triple del daño causado, extrayéndose de tal instituto jurídico una función claramente preventiva y punitiva.

¹³ Vid. acerca de esta cuestión González García, S.: “Sobre la cuantificación de los daños en el contexto de la aplicación privada del derecho europeo de la competencia: el informe Oxera” en *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 7, 2010, pp. 427-444. Este artículo analiza el Informe “Quantifying antitrust damages. Toward non-binding guidance for courts” de diciembre de 2009. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf (última consulta: 4 de mayo de 2011).

Con la elaboración, por parte de la Comisión Europea, de un Libro Verde en 2005¹⁴ (Berenguer Fuster, 2005) y un Libro Blanco en 2008¹⁵ relacionados con las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia se mostró la preocupación por algunos sectores de incluir en los sistemas legales de la Europa continental instrumentos ajenos a la tradición jurídica del *civil law* (Mc Dougall, 2008), ya que son entendidas como ejemplos de compensaciones superiores al daño sufrido por la víctima y han sido aplicados en otros ordenamientos como el anglosajón. Existe por lo tanto ciertamente un riesgo de aplicar en nuestros ordenamientos jurídicos que siguen la tradición de la Europa continental estos instrumentos que llevan a una compensación en definitiva excesiva, y que en otros ordenamientos jurídicos donde son aplicados tienen unos límites propios (Valmaña Ochaíta, en prensa). Este problema conlleva en última instancia la exigencia de valorar los fines que se pretende con la responsabilidad civil extracontractual: si se trata de una función meramente compensatoria o si se pretende una función preventiva. Lo cierto es que resulta difícil implantar un sistema de responsabilidad por daños con bases comunes de los ordenamientos europeos pero que también adopte elementos exógenos como los que derivan en una sobrecompensación. Este hecho, unido a que la principal desventaja de un sistema de aplicación privada es que los demandantes particulares solamente defienden sus intereses privados, han sido destacados como las principales debilidades de este sistema (Möschel, 2007).

No obstante la defensa de la competencia, y la erradicación de las prácticas que la conculcan, ha sido y por ahora sigue siendo considerada en Europa una cuestión de interés público encomendada a las autoridades administrativas encargadas de la defensa del interés general y sometida al régimen sancionador administrativo (González López, 2007). Ese papel preponderante de la aplicación pública no implica que los afectados por las violaciones de las normas de competencia no puedan ejercer su legítimo derecho a ser compensados en un tiempo útil, sin que exista una dilación excesiva entre la

¹⁴ Libro Verde de 19 de febrero de 2005, de la Comisión, sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005_0672es01.pdf, última consulta: 18 de junio de 2011).

¹⁵ Libro Blanco de 2 de abril de 2008, de la Comisión, sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:es:PDF>, última consulta: 18 de junio de 2011).

producción del daño y el resarcimiento. La acción privada puede además mejorar la eficacia en la aplicación de las normas de competencia sin menoscabar la eficacia de la aplicación pública, ya que la mejora en las posibilidades de resarcimiento de daños de los afectados aproximará la defensa de la competencia a los ciudadanos (Wils, 2003)¹⁶.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2009). “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia” *InDret*, nº 1, pp. 1-35. Recuperado el 18 de junio de 2011 de <http://www.indret.com>.
- ALONSO SOTO, R. (2010). “Derecho de la Competencia (I)”. En A. Menéndez y A. Rojo (dirs.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, (pp. 277-307). Madrid: Civitas.
- ARRUÑADA, B. (2001). “Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia” *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 211, Enero, pp. 31-40.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2009). *Apuntes de Derecho Mercantil* Pamplona: Aranzadi.
- BERENGUER FUSTER, L. (2005). “A vueltas sobre el recurrente tema de la aplicación judicial del Derecho de la competencia (valoración de las experiencias)”, *Anuario de Derecho de la Competencia*, pp. 19-62.
- BERENGUER FUSTER, L.; GINER PARREÑO, C.A. y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (2010). *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la competencia*. Madrid: Marcial Pons.
- CALVO CARAVACA, A.L. (2009). *Derecho Antitrust Europeo*. Madrid: Colex.

¹⁶ Como ejemplo cabe citar la demanda interpuesta por Ausbanc Consumo contra Telefónica España (Demanda que ha sido admitida a trámite el 2 de mayo de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid), por medio de la cual se pretende resarcir a los consumidores y usuarios de los daños y perjuicios causados a los usuarios y al mercado español por el estrechamiento de márgenes en los precios de ADSL cobrados a otras empresas mayoristas competidoras y que ha implicado un sobreprecio del veinte por ciento por el acceso a Internet de banda ancha de los usuarios.

- CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, D. (2004). “La aplicación privada del Derecho de competencia y los nuevos juzgados de lo mercantil”, *Boletín Económico del ICE*, nº 2818, pp. 3-14.
- CAVANAGH, E.D. “The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience”. Recuperado el 18 de junio de 2011 de http://www.luc.edu/law/activities/publications/lljdocs/vol41_no3/pdfs/cavanagh_amerex.pdf.
- FERNÁNDEZ VICIÉN, C. y MORENO-TAPIA, I. (2002). “Un paso adelante en la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales: el asunto *Courage*”, *Indret*, nº 1, pp. 1-11. Recuperado el 18 de junio de 2011 de <http://www.indret.com>.
- FIKENTSCHER, W. (1984). “Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 172-173, pp. 459-486.
- FONT GALÁN, I. (1986). *La libre competencia en la comunidad europea*. Bolonia: Real Colegio de España.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F. (2009). “Fundamentos del derecho de la libre competencia”. En M.P. Bello Martín-Crespo y F. Hernández Rodríguez (coord.), *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español* (pp. 37-64). Pamplona: Aranzadi.
- GARRIGUES, J. (1964). *La Defensa de la Competencia Mercantil: Cuatro Conferencias sobre la Ley Española de 20 de julio de 1963 contra Prácticas Restrictivas de la Competencia*. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, M.J. (2007-2008). “La aplicación privada de las normas de competencia en España y su regulación en la Ley 15/2007”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Madrid, pp. 257-276.
- KOMNINOS, A.P. (2006). “Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?”, *The Competition Law Review*, vol. 3, pp. 5-26.
- KORTMANN, J.S. y SWAAK, C.R.A. (2009). “The EC White Paper on Antitrust Damage Actions: Why the Member States are (right to be) less than enthusiastic”, *eEuropean Competition Law Review*, nº 30 (7), pp. 340-351.

- MC DOUGALL, A. (2008). “Vitamins litigation: unavailability of exemplary damages, restitutionary damages and account of profits in private competition law claims” *European Competition Law Review*, nº 29 (3), pp. 181-184.
- MÖSCHEL, W. (2007). “Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 5, pp. 483-492.
- NEBBIA, P. (2008). “Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?”, *European Law Review*, nº 33, pp. 23-43.
- ORTÍZ BLANCO, L.; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.; IBÁÑEZ COLOMO, P. y LAMADRID DE PABLO, A. (2008). *Manual de Derecho de la competencia*, Madrid: Tecnos.
- PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2003). “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, AAVV.: *Estudios homenaje a Luis Díez-Picazo* (pp. 5971-6040). Madrid: Civitas.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2002). *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*. Granada: Civitas.
- ROACH, K. y TREBILCOCK, M. J. “Private Enforcement of Competition Laws”. Recuperado el 18 de junio de 2011 de http://ohlj.ca/archive/articles/34_3_roach_trebilcock.pdf .
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (2001). *Libre competencia y competencia desleal*. Madrid: La Ley.
- SALVADOR ROLDÁN, R. (2003). “La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 226, pp. 71-81.
- SÁNCHEZ FELIPE, J.M. (2006). Voz “Mercado interior europeo” en VELASCO SAN PEDRO, L.A.: *Diccionario de Derecho de la competencia*. (pp. 475-486). Madrid: Iustel.
- SANCHO GARGALLO, I. (2009). “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *Indret*, nº 1, pp. 1-35. Recuperado el 18 de junio de 2011 de <http://www.indret.com>.

VALMAÑA OCHAÍTA, M. (en prensa). “Algunas cuestiones relativas a la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las normas del Derecho de la competencia: fundamentos, legitimación activa y alcance del daño” (pendiente de publicación en 2011, en libro sobre el I Congreso Internacional de Derecho de la Competencia, celebrado los días 14 y 15 de octubre de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid).

VELASCO SAN PEDRO, L.A. (2005). “El Derecho Europeo de la Competencia”. En L.A. Velasco San Pedro, *Derecho Europeo de la Competencia*, pp. 39-50. Valladolid: Lex Nova.

WILS, W. (2003). “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, *World Competition*, nº 26 (3), pp. 473-488.