

LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ACCIONES DE DAÑOS Y PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW: DAMAGES ACTIONS AND JUDICIAL PRONOUNCEMENTS

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil

Centro Universitario Villanueva

ORCID ID: 0000-0002-5011-0051

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 28.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4620>

Resumen: Tras más de medio siglo de aplicación eminentemente pública del Derecho de la Competencia, estamos asistiendo a un impulso de la aplicación privada, que permite a los perjudicados por conductas anticompetitivas reclamar daños y perjuicios ante los tribunales civiles. Tanto la Directiva 2014/104/CE como su transposición en España por el RD Ley 9/2017 significan grandes avances en este ámbito. El objeto del presente trabajo es el análisis y valoración crítica de los primeros pronunciamientos judiciales que han tenido lugar resolviendo estas reclamaciones, derivadas principalmente de cárteles (azúcar, seguro decenal, sobres de papel). Se prestará especial atención a los informes periciales de valoración del daño, así como la diferente eficacia de las acciones *follow-on* y las *stand-alone*.

Palabras clave: aplicación privada, acciones de daños, Directiva, estimación del daño, acciones stand-alone.

Abstract: After more than half a century of public enforcement of Competition law in the EU, we gaze at the fostering of private enforcement, which allows filing damages actions to those who have suffered the economic harm due to anticompetitive practices. Both Directive 2014/104/CE and its implementation in Spain through RD Ley 9/2017 are significant steps in this direction. The aim of this paper is the critical analysis of the first judicial pronouncements dictated when dealing with such claims, basically provoked by cartels (such as sugar, property insurance or envelopes). We examine closely the relevance in these proceedings of the economic proof, as well as the different effectiveness of *follow-on* and *stand-alone* actions.

Keywords: private enforcement, damages actions, Directive, harm estimation, stand-alone claims.

Sumario: I. Introducción: la privatización del Derecho de la Competencia. II. Las acciones de daños: de la Directiva 2014/104/CE al R.D. Ley 9/2017. 1. Los antecedentes. 2. la Directiva 2014/104/CE y su transposición. 3. El RD Ley 9/2017. 4. Algunas problemáticas procesales y sustantivas suscitadas en la práctica. A) El controvertido régimen de transitoriedad. B) La responsabilidad del solicitante de clemencia. C) Dies a quo y cómputo de los plazos. D) La cuestión de la jurisdicción competente. III. La valoración económica de los daños. 1. Consideraciones previas: el cártel del azúcar y la STS de 07.11.13. 2. El precedente en el caso MUSAAT. 3. Lo que está por venir: el cártel de los camiones. 4. El cártel de los sobres de papel. 5. Los informes periciales de cuantificación del daño. IV. El triunfo de las acciones “stand-alone”: *el cartel del seguro decenal*. 1. Consideraciones previas: la vinculación al juez civil. 2. El expediente sancionador ante la autoridad administrativa. 3. La acción de resarcimiento patrimonial ante el Juzgado Mercantil. 4. El recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. V. Conclusiones.

“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”
TJCE, Sentencia *Courage* (Apdo. 27).

I. Introducción: la privatización del Derecho de la Competencia

1. Pese a lo contradictorio de la situación, la defensa de la libre competencia en la UE estaba “monopolizada” por la Comisión Europea y por las Autoridades Nacionales de Competencia en los Estados miembros; un derecho con un alcance cada vez más amplio y extendido se había centralizado en cuanto a sus órganos de aplicación; y, finalmente, pese a tutelar también intereses privados de particulares y empresas, era predominantemente público, y constreñido a los cauces del derecho administrativo sancionador.

2. Esta situación ha ido cambiando en los últimos años, tanto en el ámbito de la UE como en nuestro propio ordenamiento interno. En el plano comunitario el primer paso fue la aprobación del *Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*¹, que supuso un giro copernicano -marcado por la modernización y la descentralización- en el *enforcement* del derecho de la competencia en la UE.

3. Uno de los ejes centrales del nuevo sistema fue la aplicabilidad directa del actual artículo art. 101.3 TFUE, de forma que las empresas habían de autoevaluar el acuerdo o práctica eventualmente anticompetitivo, para ver si entraba en el ámbito de prohibición del párrafo 1º del mismo artículo, o era incardinable en el ámbito de la exención. El segundo aspecto más importante es el reforzamiento y mayor protagonismo de las autoridades nacionales (tanto administrativas como judiciales) en la aplicación del Derecho de Competencia de la UE². En este sentido, se crearon mecanismos de cooperación entre la Comisión y dichas autoridades nacionales y se puso en marcha la *European Competition Network* (ECN)³ como una plataforma para articular dicha colaboración.

4. Casi simultáneamente, en España la aprobación⁴ de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial supuso la creación de los Juzgados de lo Mercantil, que conforme a lo previsto por el nuevo art. 86 ter 2.f) LOPJ, tienen competencia objetiva para conocer “*De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado*”. Las dudas sobre si tal previsión también alcanzaba a los artículos 1 y 2 LDC se han ido solventando con el tiempo y la jurisprudencia.

5. Desde luego, con la aprobación⁵ de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), se zanjó la cuestión, ya que establece en su D.A. 1ª: “*De acuerdo con lo dispuesto*

¹ Texto pertinente a efectos del EEE, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

² Como se señala en las Conclusiones del A.G. Mazak en el asunto C-375/09, *Tele2 Polska*, presentadas el 7 de diciembre de 2010: “La descentralización de la aplicación del Derecho de competencia de la UE va más allá de limitarse a exigir a las ANC y a los tribunales nacionales que apliquen los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. Para permitir la correcta puesta en práctica de la descentralización, el Reglamento n° 1/2003 proporciona al menos tres mecanismos distintos: i) la atribución de facultades a las ANC y a los tribunales nacionales, con la consiguiente disminución de los casos de aplicación directa por la Comisión; (ii) la exigencia de que las ANC y los tribunales nacionales apliquen los artículos 101 TFUE y 102 TFUE con arreglo a un sistema que regule las relaciones entre el Derecho nacional y el de la UE; y, finalmente, pero no menos importante, (iii) disposiciones para facilitar la cooperación y el control del trabajo de las ANC y de los tribunales nacionales con objeto de salvaguardar una aplicación uniforme y coherente de las normas de competencia de la UE” (n. 14).

³ *Comunicación de la Comisión sobre cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* (DO 2004, C 101, p 43).

⁴ «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2003, páginas 26901 a 26905.

⁵ «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872.

en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley”. Se conforma, pues, un modelo en el que no sólo las autoridades de competencia están llamadas a aplicar la normativa antitrust, sino también las autoridades jurisdiccionales del orden civil en los diferentes Estados miembros. Lo que no cabe ninguna duda, y así se puso de manifiesto⁶ desde la aprobación de la actual LDC, es que cabían en nuestro sistema *antitrust* las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos. Nos hallamos, por tanto, ante una “aplicación privada” de esta normativa, que -como veremos seguidamente- no viene a sustituir, sino complementar la aplicación que llevan a cabo las autoridades de competencia.

6. Como señala el prof. ALONSO SOTO, “entendemos por aplicación privada del Derecho de la competencia la realizada por los jueces y tribunales pertenecientes a la jurisdicción civil ordinaria en contraposición con la aplicación pública, que es la que realizan las autoridades administrativas de defensa de la competencia, tanto europeas como nacionales o autonómicas”⁷. En este ámbito su manifestación más clara -aunque no la única- son las acciones de daños y perjuicios derivadas de ilícitos anticompetitivos, que encuentran su razón de ser en la necesidad de compensar el perjuicio económico causado a las víctimas de estas prácticas.

7. En este trabajo abordaremos el análisis de jurisprudencia reciente relativa al ejercicio de estas acciones de daños, en el marco de la aplicación privada del Derecho de la Competencia, y yendo un paso más adelante el proceso, todavía más amplio, de privatización del Derecho *antitrust*. En efecto, este proceso de privatización y descentralización del *enforcement* antitrust ha experimentado en fechas recientes otra vuelta de tuerca con la aprobación de la Directiva⁸ 2014/104/UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. En España, esta profunda transformación se ha incorporado al derecho interno por Real Decreto-Ley⁹ 9/2017, de 26 de mayo.

Como ha destacado recientemente en una publicación doctrinal el Magistrado del Tribunal Supremo SANCHO GARGALLO:

*“Esta cuestión se enmarca en el proceso de privatización del derecho de competencia, por el que las autoridades comunitarias y nacionales de la competencia han dejado de tener el monopolio en el control de las conductas contrarias a la normativa antitrust, y se ha reconocido a los tribunales nacionales de la jurisdicción ordinaria la facultad de apreciar estas infracciones cuando sean presupuesto para el ejercicio de una pretensión de derecho privado”*¹⁰.

8. La posibilidad de reclamar ante la jurisdicción civil ordinaria los daños y perjuicios patrimoniales que resulten de la conducta anticompetitiva existía en términos teóricos y genéricos desde el Tratado de Roma de 1957, y en España desde la Ley 16/1989, de 4 de julio, de Defensa de la Competencia, pero su virtualidad real no se ha desplegado hasta este movimiento de “private enforcement”. En concreto, la Directiva 2014/104/UE 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.

⁶ Vid., por todos, J. PÁSSAS, y J. PÉREZ, “Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia”, en A. CREUS (ed.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de estudio de la AEDC*, Ed. Wolters Kluwer (2008), pp. 249-278.

⁷ R. ALONSO SOTO, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Notas de Competencia Gómez-Acebo & Pombó*, nº 21 (2018). Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/notas-de-competencia-n-o-21-2018/> (última consulta el 24 de diciembre de 2018).

⁸ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, D.O.U.E. L349/1, de 5 de diciembre de 2014.

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

¹⁰ I. SANCHO GARGALLO, “El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), pág. 107.

9. En efecto, ya desde la histórica sentencia en el asunto *Courage c. Crehan*¹¹, del año 2001, se había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) 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 Parlamento Europeo¹² y los primeros pronunciamientos¹³ que se habían dictado a este respecto, se consagra ahora como uno de los pilares de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE. Poco tiempo después de *Courage*, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfredi*¹⁴ desarrollaría aún más este principio, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust. Desde los primeros análisis que se hicieron de este proceso de privatización del derecho de competencia¹⁵ se puso de manifiesto que tanto en el ordenamiento jurídico español como en el de la UE existían cauces procesales para reclamar una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula¹⁶.

10. Lo que parece indudable es que ambos sistemas (la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia) están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro. Esto es así por diseño explícito de las autoridades legislativas, desde el entendimiento de que 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 objeciones y críticas¹⁷ que, naturalmente, también se han puesto de manifiesto por la doctrina más autorizada.

11. Así mismo, y aunque su tramitación legal ha entrado en punto muerto, no podemos dejar de citar aquí el Proyecto de Ley de Código Mercantil, remitido por el Gobierno a las Cortes en junio de 2014, que consagra –entre otras muchas reformas– esta “privatización” del Derecho de Defensa de la Competencia de la que venimos hablando, al ubicar sistemáticamente su regulación en el Libro III, «*Del Derecho de la Competencia y la propiedad industrial*». Y esto es así porque se incluye, como Título II el «*De la Competencia Desleal*», y como Título III el «*De la Defensa de la Competencia*», reuniéndose en un único Título, el IV, «*De las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia*», lo que a todas luces indica una voluntad de nuestro legislador de categorizar la normativa antitrust como una subespecie de la normativa que regula la actividad concurrencial en el mercado, y deja de ser por tanto una

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, Rec. 2001 p. I-6297.

¹² 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 n° 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*”.

¹³ 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.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

¹⁵ C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n° 3, Año 2008.

¹⁶ Nos estamos refiriendo, entre otros aspectos, 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 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, hace ya veinte años, como “el largo camino hacia el resarcimiento patrimonial”; A. CREUS, “La privatización del Derecho de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, n° 200 (1999), pág. 55.

¹⁷ T. EGER, y P. WEISE, “Some limits to the Private Enforcement of Antitrust Law: A Grumbler’s view on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases”, *Global Competition Law Review*, Issue 4 (2010), pp. 151-159. En nuestra doctrina, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia” en *Indret*, <http://www.indret.com> (Barcelona, julio de 2009).

norma de carácter administrativo para convertirse en una norma de Derecho privado. Esta regulación de la normativa de Defensa de la Competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil no ha pasado inadvertida a la doctrina más atenta, que la ha calificado -en sentido muy crítico con la opción legislativa del proyectado texto- como “singular forma de codificar la regulación de la defensa de la competencia”¹⁸.

12. Para el desarrollo de este trabajo se seguirá el siguiente esquema. Tras este primer epígrafe de introducción se examinará, en el apartado II, en términos generales, el proceso de elaboración y aprobación de la Directiva 2014/104/CE, y su transposición a nuestro derecho interno a través del RD Ley 9/2017. No se pretende aquí un análisis exhaustivo, lo que excedería con creces el ámbito de este trabajo, sino destacar los aspectos que hemos considerado más relevantes. Por ello, de las múltiples problemáticas procesales que se han suscitado en la práctica centraremos nuestra atención únicamente en cuatro: el controvertido régimen de transitoriedad, la responsabilidad del solicitante de clemencia, la cuestión de la jurisdicción competente y el cómputo de los plazos a efectos de prescripción. A continuación, en el apartado III se examinará la cuestión de la valoración económica de los daños, y la importancia de los informes periciales, tomando como base las sentencias dictadas sobre las reclamaciones de daños ejercidas como consecuencia del *cártel de los sobres de papel*. Seguidamente, en el apartado IV, se aborda el tema de las acciones “stand-alone”, y la vinculación al orden jurisdiccional de las decisiones administrativas, tomando como ejemplo el caso MUSAAT derivado del *cártel del seguro decenal*. Por último, en el apartado V de este trabajo se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas.

II. Las acciones de daños *antitrust*: de la Directiva 2014/104/CE al RD Ley 9/2017

1. Los antecedentes

13. Pese a que la LDC 1989 modernizó notablemente el Derecho de Competencia en España para armonizarlo con el derecho comunitario, derogando la *Ley 110/1963, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, e hizo que el entonces TDC perdiera su carácter de órgano jurisdiccional para convertirse en un órgano administrativo, subsistían dificultades para que los jueces y tribunales del orden civil pudieran aplicar a título principal la normativa de defensa de la competencia. La jurisprudencia del Tribunal Supremo era bastante taxativa a este respecto, como puede verse en los asuntos *Aiscondel* (Sentencia de 18 de mayo de 1985) o *Nissan* (Sentencia de 30 de noviembre de 1999). Sin embargo, la evolución de la doctrina y la jurisprudencia comunitaria provocó un cambio de orientación, y se empezó a admitir que los jueces y tribunales aplicaran a título incidental el derecho comunitario de la competencia. Esto es, podían declarar la nulidad de los acuerdos anticompetitivos, y conceder a las víctimas una compensación por los daños sufridos.

14. Por tanto, y pese a las dificultades que desde un primer momento fueron puestas de manifiesto por la doctrina más autorizada¹⁹, las reclamaciones de cantidad y el ejercicio de acciones de daños y perjuicios ante los tribunales españoles basadas en la infracción de la normativa comunitaria de competencia eran técnicamente posibles desde el año 2000, en que se dictó la ya mítica sentencia *DISA*²⁰, que establecía esta suerte de “aplicación compartida”²¹ del Derecho de la Competencia, y ello pese a las incertidumbres sembradas en este terreno por la no menos histórica doctrina *CAMPSA*²².

¹⁸ J. COSTAS COMESAÑA, *La especialidad del Derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil: Estudios sobre el futuro Código Mercantil, libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág. 1058.

¹⁹ I. DÍEZ-PICAZO, “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España”, en *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia 1989-2007*, Libro Marrón-C. Empresarios Madrid (2008), págs. 53 a 74.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2000, núm. 540/2000.

²¹ J. COSTAS, “En torno al sistema español de aplicación compartida del derecho de defensa de la competencia (Comentario a la STS de 2 de junio de 2000)”, *Actas Derecho Industrial y derecho de autor (ADI)*, nº 21, Año 2000, págs. 231 a 250.

²² Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1993, núm. 211/91.

15. Se ha destacado acertadamente²³ que esta jurisprudencia del alto Tribunal resultó de especial trascendencia por dos motivos. Por un lado, se declaraba sin ambages potestad de los órganos jurisdiccionales nacionales no sólo para aplicar de forma directa la prohibición contenida en el entonces art. 81.1 del Tratado CE, sino para declarar la nulidad de los contratos y acuerdos que resulten contrarios a la citada prohibición al amparo del párrafo segundo del citado precepto. Por otro, el citado pronunciamiento del Tribunal Supremo viene a inaugurar una línea jurisprudencial que se aparta de la referida sentencia CAMPSA, en la cual se estableció el principio de que nuestros órganos jurisdiccionales ordinarios carecen de potestad para aplicar a título principal las normas comunitarias sobre libre competencia. En un momento posterior, la doctrina del caso *Disa* pasó a ser jurisprudencia, al ser asumida por las sentencias posteriores (como la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2001, en el asunto *Mercedes Benz*, y la del 15 de marzo de 2001, en el caso *Petronor*).

16. En cualquier caso, la entrada en vigor el 1 de mayo de 2004 del Reglamento CE 1/2003 zanja por completo la discusión, al reconocer expresamente la potestad de los jueces y tribunales civiles de los Estados miembros para aplicar directamente los artículos 101 y 102 del TFUE, y –a los efectos que aquí nos interesan– 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 (“*stand-alone*”)²⁴.

17. Esta posibilidad, y la jurisprudencia española existente al respecto fueron ya analizadas en su momento por la doctrina²⁵, y constituyen el antecedente de la situación en la que ahora nos encontramos. A este respecto, y como han señalado los propios magistrados de la Sala 1ª en alguna intervención²⁶, la experiencia de los tribunales españoles en esta materia constituye un cuerpo de jurisprudencia rico y consistente, dentro de las limitaciones de la legislación entonces vigente. Podemos concluir por tanto que la vigente Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) consagra definitivamente el sistema de la aplicación privada en España, y no necesite pronunciarse expresamente sobre la aplicación del derecho comunitario por los jueces y tribunales civiles, ya que entiende que está resuelto por el Reglamento 1/2003 y el art. 86 ter 2.f) LOPJ. Sin embargo, este proceso de modernización y descentralización no produjo avance alguno en el ámbito de las reclamaciones patrimoniales, que seguían siendo en España –y en el resto de los estados miembros de la UE– prácticamente inexistentes. Existía, como ha quedado dicho, la posibilidad teórica, pero no era un sistema eficaz, debido a los múltiples obstáculos existentes que impedían la realidad de un “marco normativo realmente eficaz para obtener la reparación de los daños causados por infracciones al Derecho de la competencia”²⁷. Precisamente para impulsar el ejercicio de este tipo de acciones es para lo que se planteó la Directiva 2014/104/CE.

2. El debate sobre la Directiva 2014/104/CE y su transposición

18. No se pretende, en estas páginas, un análisis exhaustivo del intenso debate que precedió la aprobación de la Directiva de Daños, ni el subsiguiente proceso interno derivado de la necesidad de

²³ *Vid.*, por todos, A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, “La STS 2 junio 2000 y sus implicaciones para los contratos de suministro exclusivo de carburantes entre compañías petroleras y estaciones de servicio”, *Diario La Ley*, Año XXII, núm. 5274, 23 de marzo de 2001.

²⁴ *Vid.*, como un ejemplo entre otros muchos que podrían citarse a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, que resuelve el Recurso de Casación núm. 315/2004, relativo a un litigio que enfrentaba a las entidades mercantiles «RENTA VENCAN, SL» y «CANOVEN, SL» contra la petrolera “SHELL” por un contrato de suministro de productos petrolíferos. El juez civil declara con rotundidad el carácter anticompetitivo de algunas cláusulas de dicho acuerdo por infringir el art. 101 TFUE, sin necesidad de ningún pronunciamiento previo por parte de las autoridades administrativas.

²⁵ H. BROKELMANN, “Enforcement of articles 81 and 82 EC under Regulation 1/2003: The case of Spain and Portugal”, *World Competition*, nº 29, Vol. 4 (2006), pp. 535-554.

²⁶ P. J. VELA TORRES, “Experiencia de la Sala primera del Tribunal Supremo en aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en I. Ruiz Peris (dir), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 53 a 76, Valencia 2016.

²⁷ C. FERNÁNDEZ-VICIÉN, “La eficiencia real del Derecho de la Competencia: la indemnización de los daños causados”, en S. MARTÍNEZ-LAGE y A. PETITBÓ JUAN (Dirs), *La modernización del Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons – Fundación Rafael del Pino, Madrid 2005, pág. 171.

aprobar una norma para su transposición a nuestro propio ordenamiento jurídico. Simplemente intentaremos recoger lo más destacado de la abundante bibliografía al respecto, así como señalar aquellos puntos que más incidencia van a tener en el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos.

19. Ante la imperiosa necesidad de impulsar la aplicación privada del Derecho de la Competencia, y tras los pronunciamientos *Manfredi* y *Courage*, la Comisión Europea hacía sus propios esfuerzos legislativos, que se plasmaron en: (i) la publicación de un *Libro Verde*²⁸ en 2005; (ii) tras recibir toda suerte de observaciones y comentarios, encargar a una serie de operadores económicos y jurídicos la elaboración de reflexivos informes²⁹ sobre la cuestión; (iii) la discusión sobre documentos de trabajo³⁰ y posterior publicación un *Libro Blanco*³¹ en 2009. El objetivo era la elaboración de 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 procedimental.

20. El 11 de junio de 2013 se publicó la Propuesta de Directiva de Daños, junto con otros documentos: el primero de ellos, y al que haremos abundantes referencias en este trabajo, la *Guía Práctica sobre cuantificación de daños en acciones por daños y perjuicios en base a las infracciones de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*³² (en adelante, la Guía Práctica). El segundo, una recomendación sobre acciones colectivas³³. Este último aspecto, el del *collective redress*, es sin duda una de las grandes asignaturas pendientes de la aplicación privada del Derecho de la Competencia, tanto en la UE como en España. La absoluta ausencia de reclamaciones colectivas llevadas a cabo por consumidores y asociaciones de consumidores es algo que ya ha sido puesto de manifiesto por la doctrina³⁴, y como se ha señalado acertadamente “las acciones colectivas de daños *antitrust* siguen siendo terreno inexplorado”³⁵, pero nadie todavía acierta a explicar fundadamente sus motivos. Hasta la fecha, el único intento de entablar una acción de este tipo fue a raíz de la multa³⁶ impuesta a *Telefónica* por abuso de posición dominante -bajo la controvertida figura del *margin squeeze*, o estrechamiento de márgenes- en el mercado mayorista de banda ancha de internet. La asociación de consumidores AUSBANC, y en representación de los titulares de líneas ADSL que estaban pagando un sobreprecio por culpa de esta conducta anticompetitiva, entabló una acción de daños y perjuicios contra la empresa española por importe de 458 millones de euros. Sin embargo, la reclamación fue desestimada³⁷, sin conocer en cuanto

²⁸ *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.

²⁹ *Vid. STUDY ON THE CONDITIONS OF CLAIMS FOR DAMAGES IN CASE OF INFRINGEMENT OF EC COMPETITION RULES. ANALYSIS OF ECONOMIC MODELS FOR THE CALCULATION OF DAMAGES*, by EMILY CLARK, MAT HUGHES and DAVID WIRTH, at 31 august 2004, disponible en: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf

³⁰ *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>

³¹ *Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2008) 0165, final.

³² Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf

³³ Se trata de un texto legal no vinculante (*soft law*): *Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*, DOUE L 201 de 26 de Julio de 2013, p. 0060 – 0065.

³⁴ J. MARTÍN PASTOR, “Las acciones colectivas en España: especial referencia a la aplicación privada de la competencia”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 187 a 229, Valencia 2016.

³⁵ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “La aplicación privada del Derecho de la competencia por los tribunales españoles”, *Información Comercial Española – ICE: revista de economía*, nº 876 (2014), pág. 102.

³⁶ Decisión de la Comisión Europea, de 4 de julio de 2007, COMP 38.784 *Wanadoo c. Telefónica*; confirmada posteriormente por Sentencia del Tribunal General (Sala 8ª), de 29 de marzo de 2012, *Telefónica c. Comisión Europea* T- 336/ 07 (ECLI:EU:T:2012:172) y posteriormente por Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de la UE de 10 de julio de 2014, Asunto C- 295/12 P (ECLI:EU:C:2014:2062).

³⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), núm. 139/2013, de 30 de septiembre (ECLI:ES:APM:2013:2461A).

al fondo, sino simplemente por la falta de legitimación activa de AUSBANC, oportunamente alegada por Telefónica como excepción procesal, ya que en ese momento estaba sancionada³⁸ y había perdido la categoría de Asociación de Consumidores.

21. Una vez superados los obstáculos y debates propios en la UE para la aprobación de una normativa de semejante calado, la Directiva 2014/104/CE (en adelante *la Directiva*) vio por fin la luz en el *DOUE* del 5 de diciembre de 2014³⁹, abriéndose entonces el preceptivo plazo de dos años para que los Estados miembros promulgaran sus respectivas normas de transposición.

22. En fechas recientes se ha publicado un riguroso y completo estudio⁴⁰ sobre la Directiva, que aborda con precisión y sentido crítico todo el proceso de elaboración y su ulterior transposición a los Estados miembros; a él nos remitimos para un análisis en profundidad. Se destaca en el capítulo de introducción, en línea con lo que hemos señalado al principio de estas páginas, que la Directiva es un paso más en ese esfuerzo de la UE de “progresiva descentralización del *enforcement*” (pág. 55) del Derecho de la Competencia. En una de las primeras aportaciones doctrinales que la analiza, expertos conocedores -y ejercientes- del Derecho *antitrust* no dudaron en señalar que “la aplicación, hoy en día, del Derecho de la Competencia en la UE sigue teniendo un carácter eminentemente público (...). En lo que se refiere a la aplicación privada del Derecho de la Competencia, salvo contadas excepciones, el panorama no puede calificarse como tan exitoso en comparación con la aplicación pública”⁴¹.

23. La valoración que hacen estos autores es, en términos generales, favorable al resultado final del proceso, y el texto de la Directiva, pero manifiestan sus dudas sobre la efectividad de la transposición en los diferentes Estados miembros, ya que éstos mantienen un considerable grado de autonomía a la hora de adaptar a sus respectivos ordenamientos las previsiones contenidas en la Directiva. A la vez, hay extremos contemplados en la Directiva que van más allá del mero reconocimiento a ser indemnizados (la presunción del daño, el plazo de prescripción de la acción, la regla de la solidaridad conjunta, la cuantificación del daño y el efecto vinculante de las decisiones de las ANC) que tienen necesariamente que incorporarse, para cumplir con la obligación de transposición, y es ahí donde vendrán algunas de las problemáticas prácticas que serán examinadas en el epígrafe siguiente.

3. El RD Ley 9/2017, de 26 de mayo

24. Con respecto a la transposición de la Directiva de Daños a nuestro derecho interno, encontramos también abundantes estudios desde el momento mismo en que se publicó la propuesta de Ley⁴², y que analizan las problemáticas planteadas⁴³ y las soluciones propuestas, tanto en sus aspectos sustantivos⁴⁴ como procesales⁴⁵. Pese a que todavía la normativa de transposición no ha desplegado todo

³⁸ Sentencia núm. 4765/2010, de la Audiencia Nacional (Sala 4ª), de 6 de octubre de 2010 (ECLI:ES:AN:2010:4765).

³⁹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Texto pertinente a efectos del EEE (*OJL 349, 5.12.2014, p. 1-19*).

⁴⁰ B. RODGER; M. SOUSA and F. MARCOS, *The EU Antitrust Damages Directive transposition in the member states*, Oxford University Press (2018).

⁴¹ F. CANTOS; E. CARRERA y P. GONZALO, “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 y la Competencia*, Ed. La Ley, nº 36, Nov-Dic. 2013, pág. 36.

⁴² H. BROKELMANN, “La Directiva de Daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 37, 2015, págs. 10 y ss.

⁴³ Permítase la referencia a F. DÍEZ ESTELLA y M. DE PRADA RODRÍGUEZ, “Acciones de reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust: principales problemáticas sustantivas y procesales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, Enero de 2019 (*en edición*).

⁴⁴ Especialmente completo, riguroso y acertado es el análisis de C. HERRERO SUÁREZ, “La transposición de la Directiva de Daños Antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, Nº 1, pp. 150-183.

⁴⁵ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre Defensa de la Competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de Ley de transposición”, *Cuadernos*

su efecto (no es aplicable a los asuntos resueltos con carácter previo a su entrada en vigor), ya se han elevado voces críticas con la transposición, y se ha calificado el momento histórico como de “ocasión perdida”⁴⁶. Como es sabido, y ya ocurrió a raíz del Reglamento 1/2003, y el proceso de “descentralización” al que hemos hecho referencia en la introducción, tanto esta norma -que es de aplicación directa- como la Directiva, que requiere norma interna de transposición, respetan la autonomía procedimental de los Estados miembros, y esto ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar la fórmula elegida por nuestro legislador. En cualquier caso, otros autores destacan⁴⁷, en sentido más favorable a la Directiva, que esta pérdida del monopolio en la aplicación del Derecho de la Competencia que antes tenían las autoridades públicas es, como venimos señalando, un cambio radical en el *enforcement* antitrust tal como hasta ahora lo habíamos conocido.

25. Desde el punto de vista de la acogida por parte de la doctrina, pero con destacadas aportaciones de un amplio número de magistrados -que son lo que luego van a interpretar y aplicar sus disposiciones en la práctica-, el Consejo General de la Abogacía ha publicado recientemente un interesante volumen que bien puede considerarse como un primer análisis del RD 9/2017, bajo el título “*Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*”⁴⁸. En él se abordan los siguientes temas, que aquí nos limitaremos a enunciar, reservando la referencia específica a algunos de ellos a lo largo de las cuestiones que se analizan en este trabajo:

- El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (Rafael Sarazá Jimena)
- Los daños del cártel: un caso de solidaridad impropia (Celestino Pardo Núñez)
- Acciones follow-on y la doctrina de la solidaridad impropia (José M^a Ribelles Arellano)
- La relación de causalidad en las acciones de reclamación de daños (Ángel Galgo Peco)
- Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral (Purificación Martorell Zulueta)
- El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia (Ignacio Sancho Gargallo)
- Cuestiones de derecho internacional privado y acción de daños derivados de ilícitos antitrust (Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Julia Suderow)

26. Naturalmente, no todo son alabanzas al modelo seguido en España para la transposición de la Directiva de Daños. Quizá donde más acervadas son las críticas es en las reformas procesales que el RD Ley 9/2017 introduce, modificando la LEC, y es verdad que en el plano sustantivo no ha supuesto un cambio muy radical (la LDC ya estaba preparada para el ejercicio de las acciones de daños derivados de ilícitos antitrust). En ese sentido, se ha calificado⁴⁹ el RD Ley 9/2017 de “normativa técnicamente deficiente e imprecisa”; que introduce “conceptos extraños, ajenos a nuestra cultura procesal, que dificulta aún más, si cabe, la actividad del operador jurídico”; y, sobre la tan celebrada novedad del acceso a las fuentes de prueba (*discovery*), “no se revela ni sencillo, ni operativo, ni barato”. Está claro que habrá que esperar a la puesta en práctica de este aspecto concreto de la reforma, pero no cabe duda -sin quitarle importancia a las restantes cuestiones de carácter sustantivo- que el éxito o fracaso de la reclamación

de Derecho Transnacional (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pp. 125-152; y LL. CABALLO I ANGELATS, “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, en A. FONT I RIBAS y B. VILÀ COSTA (Dir.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Marcial Pons, Madrid 2012, pp. 13 y ss.

⁴⁶ V. SOPEÑA BLANCO y G. MARTÍN MARTÍN, “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución* (Editorial LA LEY), n.º 17/2015, 1 de julio de 2015, págs. 1 a 40.

⁴⁷ *Vid.*, especialmente acertada, la valoración que hace J.I. RUIZ PERIS, “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del Derecho de la Competencia a la responsabilidad compartida”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 15 a 76, Valencia 2016.

⁴⁸ Coordinado y coeditado por el CGAE y la Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

⁴⁹ P. MARTORELL ZULUETA, “Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), págs. 78, 79 y 87 respectivamente.

patrimonial ante la jurisdicción ordinaria dependerá, en gran medida, de lo "demostrado" y acreditado que esté el daño económico sufrido como consecuencia de la conducta anticompetitiva; y esto sólo se podrá conseguir y argumentar adecuadamente si se acceden a los medios de prueba pertinentes⁵⁰. La cuestión del acceso a los medios de prueba no es objeto de análisis en estas páginas, nos remitimos para su estudio a algunas de las publicaciones ya existentes sobre la cuestión⁵¹.

4. Algunas problemáticas procesales y sustantivas suscitadas en la práctica

27. Son muchas las problemáticas procesales y sustantivas que la Directiva, y su transposición a nuestro derecho interno, han planteado. Y son más numerosas aún las cuestiones que se han suscitado -y se suscitarán- al hilo de su aplicación por los tribunales civiles cuando resuelvan sobre reclamaciones de daños antitrust. En este apartado vamos únicamente a fijarnos en cuatro, que nos han parecido especialmente relevantes: a) el régimen de transitoriedad; b) la responsabilidad del solicitante de clemencia; c) el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción; y, d) la cuestión de la jurisdicción competente para conocer de este tipo de acciones.

A) El controvertido régimen de transitoriedad

28. Un primer asunto que ha generado no poca discusión, y que se ha visto reflejado también en las primeras sentencias que resuelven acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos es el régimen de transitoriedad previsto en la Directiva, y hasta qué punto puede plantearse la aplicación de sus previsiones -y las del RD Ley 9/2017- a los cárteles ya descubiertos y sancionados antes de su entrada en vigor.

29. Como veremos seguidamente, esto tiene una importancia relevante en la solución de los conflictos planteados, ya que tanto en el plano sustantivo como en el procesal el sistema y las presunciones varían sustancialmente con el nuevo régimen legal. Así, en la saga de Sentencias derivadas del *cártel de los sobres de papel*, que se analizarán en detalle seguidamente, unos tribunales interpretan la ley vigente (la previa a la transposición de la Directiva, naturalmente) a la acción de daños conforme al "espíritu y finalidad de la Directiva", y en consecuencia reconocen al solicitante de clemencia un régimen de responsabilidad subsidiaria del resto de integrantes del cártel, mientras que otros tribunales aplican estrictamente la doctrina de la solidaridad impropia, y niegan esa condición de privilegio al solicitante de clemencia. O, en el mismo sentido, se acoge la presunción del daño, invirtiendo la carga de la prueba, o no se admite esta presunción, y si el reclamante no lo acredita adecuadamente, no se le conceden los daños solicitados. El régimen transitorio recogido en la D.T. 1ª del RD Ley 9/2017 es, dentro de lo complicado que puede a veces distinguir entre normas de carácter procesal y normas de carácter sustantivo, inequívoco:

1. *Las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo.*
2. *Las previsiones recogidas en el artículo cuarto de este Real Decreto-ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor.*

30. Así, las modificaciones introducidas en la LEC (recogidas en el artículo 4 del RD) sólo son aplicables a los procesos que se incoen con posterioridad a su entrada en vigor. Pero las modificaciones

⁵⁰ F. GASCÓN INCHAUSTI, "El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia", *LEY mercantil*, Nº 38, Sección Propiedad Intelectual e Industrial, Julio-Agosto 2017.

⁵¹ Un exhaustivo e interesante análisis crítico de la Propuesta de reforma puede encontrarse en M. J. ACHÓN BRUÑÉN, "Futura modificación de la LEC para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE: medidas de acceso a fuentes de prueba, diferencias procesales con las actuales diligencias preliminares", *Práctica de Tribunales*, Nº 125, Marzo-Abril, 2017; *Vid.*, así mismo, P. FERRÁNDIZ, "Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo artículo 283 bis LEC)", *Diario La Ley*, Nº 9052, Sección Tribuna, 2 de Octubre de 2017. Finalmente, destaca la obra de F. CORDÓN MORENO, "La reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia. Innovaciones en materia probatoria y, en especial, la regulación del acceso a las fuentes de prueba", *Análisis Gómez Acebo & Pombo*, Madrid, septiembre 2017.

de la LDC (recogidas en el artículo 3 del RD) no se aplicarán con efecto retroactivo. Esto plantea una dualidad -respecto al régimen sustantivo y procesal de la reforma- que genera alguna que otra duda interpretativa. Resume bien la situación (aplicándola al caso concreto del acceso a las fuentes de prueba) el Magistrado SARAZÁ JIMENA, cuando afirma que “los procesos judiciales por indemnización de daños causados por la infracción del Derecho de la competencia iniciados tras la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, aunque podrán aplicar las normas procesales sobre obtención de pruebas introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la reforma, deberán aplicar el Derecho sustantivo anterior a dicha reforma cuando se apliquen a infracciones del Derecho de la competencia que hayan tenido lugar antes de la entrada en vigor de la citada reforma”⁵².

31. Hay otros aspectos de la eventual aplicación del “espíritu y finalidad” de la Directiva a asuntos que se han incoado con anterioridad a su entrada en vigor en nuestro país a través de la norma de transposición que plantean también dificultades de interpretación. Por su importancia, dedicaremos el siguiente epígrafe a uno de ellos, el régimen de responsabilidad del solicitante de clemencia, que, como es bien sabido, difiere sustancialmente antes y después de la Directiva de Daños. Y, no menos relevante, el tema de la prescripción, se aborda igualmente en el epígrafe posterior.

B) El régimen de responsabilidad del solicitante de clemencia

32. Como es sabido, ya desde que empezó a cobrar fuerza la aplicación privada del Derecho de la Competencia, y empezaron a florecer las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, se planteó un conflicto frontal con una herramienta propia del *public enforcement*: el programa de clemencia. La disyuntiva aparecía clara: el solicitante de clemencia podía “librarse” de la sanción administrativa, y en ese sentido el aliciente era poderoso, y de hecho este programa ha sido sin duda el arma más eficaz para la detección y persecución de cárteles en la UE y en España⁵³; sin embargo, no sólo no le eximía de la eventual reclamación de daños y perjuicios, sino que en cierta forma le convertía en el más vulnerable frente al ejercicio de acciones resarcitorias, ya que había confesado su participación en el cártel, y aportado pruebas que lo acreditaban.

33. Ya hemos abordado este conflicto en otras ocasiones⁵⁴, y existe abundante doctrina que lo analiza⁵⁵, a la cual nos remitimos para su estudio en profundidad. Aquí baste decir que la forma que tiene la Directiva de Daños de afrontarlo es previendo un régimen especial de responsabilidad para el solicitante de clemencia, que se distingue del régimen general solidario y conjunto aplicable al resto de infractores (art. 73.1 LDC), respondiendo de forma solidaria únicamente frente a sus compradores o proveedores directos o indirectos y subsidiaria del resto de perjudicados (art. 73.4 LDC). El otro meca-

⁵² R. SARAZÁ JIMENA, “El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), pág. 16.

⁵³ Recientes estudios señalan que en el 2017 más de 2/3 de los cárteles detectados en España lo han sido gracias a una solicitud de clemencia; *Vid.* J.M. ORDÓÑEZ DE HARO; J-R. BORRELL Y J.L. JIMÉNEZ, “Detección y sanción de cárteles en España”, en *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2018, pág. 22.

⁵⁴ F. DíEZ ESTELLA, “Capítulo 9. Programas de clemencia y acciones de daños: una conflictiva relación”, en I. RUIZ PERIS (dir), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 261 a 284, Valencia 2016; F. DíEZ ESTELLA Y P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “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?”, *Revista Aranzadi de la Unión Europea*, nº 7 (Año XL), Julio 2014.

⁵⁵ Especialmente acertado y riguroso es el análisis llevado a cabo en: P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos *antitrust*”, en A. FONT I RIBAS Y S. GÓMEZ TRINIDAD (Coords.), *Competencia y acciones de indemnización*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, págs. 205 a 224. *Vid.*, igualmente, E. OLMEDO PERALTA, “La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el Derecho Europeo de la Competencia”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 391 a 426, Valencia 2016.

nismo de salvaguarda del programa de clemencia es el régimen especial y la protección de que goza, en el marco de la exhibición de pruebas⁵⁶.

34. Si al principio de estas páginas señalábamos la importancia de la complementariedad entre aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia, en este punto concreto, se hace más acuciante arbitrar mecanismos de coordinación. Como ha destacado en una publicación académica un miembro de la propia CNMC “la aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma”⁵⁷.

35. Es también alentador que no se vean las acciones de daños como un obstáculo al programa de clemencia, sino todo lo contrario, argumentando -en contra de lo que intuitivamente podría uno pensar- que el solicitante de clemencia no sólo queda perjudicado ante a una eventual reclamación de daños sino que se encuentra en una “posición aventajada frente al resto de infractores”⁵⁸. En conjunto, además, las reformas que se han introducido en nuestra normativa a raíz de la transposición de la Directiva para proteger el programa de clemencia han recibido una valoración positiva por parte de la doctrina⁵⁹.

36. La cuestión es, ¿puede beneficiarse de este régimen un solicitante de clemencia que ha participado en un cártel sancionado antes de la entrada en vigor del RD Ley 9/2017, pero cuyas acciones de daños y perjuicios se ejercen con posterioridad? En la sentencia⁶⁰ que resuelve una de estas acciones, derivadas del conocido *cártel de los sobres de papel*, el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona sintetiza (Fto. Jco. 2º) cuál es el régimen aplicable a estas acciones, y por tanto a la solicitud del demandado:

Pueden señalarse hasta tres reglas que nos ayudan a identificar, más plenamente, este régimen de responsabilidad como aplicable:

- (i) *El principio general de irretroactividad de las normas procesales civiles, que reconoce el art. 2 LEC.*
- (ii) *La regla de transitoriedad dada por la DT 1ª del citado RD-Ley, que excluye la aplicación retroactiva de las previsiones de su art. 3, que es el que ha reformado la LDC en materia de compensación por daños, según he referido. Esa regla guarda coherencia con la DF 5ª sobre entrada en vigor de la norma.*
- (iii) *El tratamiento comunitario que la Directiva de daños hace de ese régimen transitorio en sus arts. 21 a 23, que son el germen de la legislación nacional que he señalado de forma inmediatamente anterior. Ahí el legislador comunitario ha dado tres reglas (transposición, aplicación en el tiempo y entrada en vigor) que concluyen por identificar, en el sentido visto, la acción que se ejercita y su régimen aplicable.*

37. Y así, tras una reflexión sobre el “efecto directo” y “primacía” del Derecho de la UE, así como del principio de “interpretación conforme del derecho comunitario”, y recordar -acertadamente- que aunque la Directiva no fuera de aplicación en el momento de autos las normas nacionales deben interpretarse a la luz de su contenido y finalidad, concluye (Fto. Jco. 2º) que: “*es irrelevante para esta resolución la condición de clemente de ADVEO, porque esa condición es extraña a los presupuestos de responsabilidad del régimen de responsabilidad que invoca la actora y que resulta aquí aplicable*”.

⁵⁶ *Vid.*, a este respecto, el sugerente análisis y propuesta que realizan H. GONZÁLEZ DURÁNTEZ y M. CONTRERAS, “La exhibición de las declaraciones de clemencia y transacción en la propuesta de transposición de la Directiva de Daños: una solución conciliadora”, en M.A. RECUERDA GIRELA (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2017, págs. 317 y ss.

⁵⁷ D. CASTRO-VILLACAÑAS, “La transposición de la Directiva de Daños de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en *Anuario de la Competencia 2015*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2016, pág. 445.

⁵⁸ M. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, “Las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de cártel como elemento dinamizador del programa de clemencia”, en *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2018, págs. 189 a 214.

⁵⁹ *Vid.*, por todos, F. MARCOS (2018), Chapter 16. Spain, *The EU Antitrust Damages Directive... cit.*, pág. 357.

⁶⁰ Sentencia nº 2726/2018 del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, de 5 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2726).

38. Llama la atención que, sobre el mismo asunto, en cambio, el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, en una Sentencia⁶¹ dictada apenas tres meses antes, había llegado a la conclusión opuesta. El solicitante de clemencia, en su contestación a la reclamación de daños alega que al no ser el demandante comprador directo suyo no responde conforme al principio de la solidaridad impropia⁶², sino que su responsabilidad es subsidiaria de la del resto de empresas integrantes del cártel del que se han derivado los daños, conforme a lo previsto en el artículo 11.5 de la Directiva de Daños. En la Sentencia se invoca la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Kolpinguis Nijmegen BV* (As. 80/86) y *Konstantinos Adeneler y otros* (As. C-212/14) sobre el régimen aplicable cuando una Directiva no ha sido transpuesta en plazo. Y concluye que: “*De conformidad con estas sentencias se considera que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener en cuenta la directiva comunitaria desde su entrada en vigor, e interpretar, en la medida de lo posible, su Derecho nacional, y muy especialmente las disposiciones de adaptación, de conformidad con la Directiva*” (Fto. Jco. 3º, n. 6.3).

39. De ahí se sigue el régimen de responsabilidad solidaria de los causantes del daño debe ser interpretado conforme a la finalidad y al contenido de la Directiva que, “*en lo que al solicitante del programa de clemencia se refiere, establece una clara excepción a la responsabilidad solidaria de tal manera que el beneficiario de clemencia ha de ser responsable conjunta y solidariamente solamente ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, salvo que las otras partes perjudicadas prueben que no pueden obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia*”. (Fto. Jco. 3º, n. 6.7). Y por ello declara la naturaleza de la responsabilidad del solicitante de clemencia (en este caso, la empresa ADVEO) como subsidiaria. Ambas Sentencias han sido recurridas, y habrá que estar entonces al resultado en apelación -o, si es el caso, ante el TS en casación- para que se establezca cuál de estas dos interpretaciones es la correcta.

C) El *dies a quo* y el cómputo de los plazos

40. Teniendo en cuenta la brevedad -un año- del plazo de prescripción de las acciones de daños derivados de responsabilidad extracontractual (*ex art. 1.968 CC*) es de especial trascendencia saber si efectivamente nos situamos en el ámbito de la responsabilidad contractual, cuándo empieza a contar ese plazo, y qué actuaciones lo interrumpen. Lejos de tratarse de un debate “académico”, la supuesta prescripción de las acciones que interponen los perjudicados por un cártel es sistemáticamente invocada por los demandados. Hoy en día la cuestión no parece ofrecer ninguna duda, y así es resuelto por los Jueces de lo Mercantil que están dictando las primeras sentencias sobre estas reclamaciones.

41. La acción que da lugar a la demanda parte de la aplicación al régimen de defensa de la competencia de la regla general de responsabilidad extracontractual que prevé el art. 1902 CC. Esto es así ya que hasta la aprobación de la Directiva 2014/104/CE y su incorporación a nuestro ordenamiento por el RD Ley 9/2017, la LDC carecía de una disciplina típicamente procesal para regular la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia. De ahí que, como se dice en otro de

⁶¹ SJMerc. nº 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (ECLI: ES:JMB:2018:2166).

⁶² Este principio ha sido sentado en la jurisprudencia reciente del TS por la Sentencia 709/2016, de 25 de noviembre, que es invocada en los pronunciamientos que analizaremos más adelante en relación con las reclamaciones derivadas del *cártel de los sobres de papel*. Es alegada esta solidaridad impropia para determinar si la prescripción de la acción de daños para uno de los reclamantes afecta al conjunto de los demandados, y también para dilucidar hasta qué punto responden del daño los que no han tenido relaciones comerciales directas con el que reclama los daños. La respuesta a estas cuestiones, según la SJMerc nº 3 de Madrid, de 7 de mayo de 2018 (ECLI: ES:JMM:2018:162), en su Fundamento Jurídico 4º es: “*no estamos ante una obligación solidaria sino ante una responsabilidad solidaria, que surge de una infracción conjunta. El daño, en un supuesto de cartel que infringe el derecho de la Competencia, no lo causa la relación comercial de una partícipe del cártel con el tercero perjudicado, sino que lo causa el acuerdo colusorio mismo. La acción y omisión como primero de los tres elementos del art. 1.902 C.c. (acción u omisión; daño y relación de causalidad), como se ha dicho, se encuentra ya acreditada por la resolución sancionatoria, de manera que no es objeto de prueba ni declaración en este pleito. Aquella resolución lo que acredita es la existencia del acuerdo anticompetitivo, y no que la perjudicada hubiera tenido relaciones con algunas empresas del cártel. Este último extremo sí que es objeto de este pleito a través del elemento de la relación de causalidad, ya que pertenece a éste y no a la acción u omisión*”.

los pronunciamientos⁶³ relativos a las acciones de daños derivados del cártel de los sobres de papel, “*el art. 1902 CC establece un régimen de responsabilidad autosuficiente, no necesitado de esfuerzos de integración analógica, todo de la forma en que ya ha sido entre nosotros larga y pacíficamente interpretado*”.

42. Como ha quedado dicho, el régimen de prescripción inherente a esa acción es del plazo de un año del art. 1968 CC (recordemos que el RD Ley 9/2017 lo amplía a cinco años: art. 74 LDC). Sentada esta premisa, hay que plantearse cuándo empieza a correr ese plazo. Con carácter previo a la publicación de la Directiva de Daños este fue un tema muy debatido, no estando claro si el *dies a quo* era el de la sanción del cártel, la publicación de la correspondiente Resolución de la CNMC, la fecha de su firmeza administrativa, etc. En el caso de las acciones *follow-on* (que serán la gran mayoría) los Jueces Mercantiles no tienen duda alguna sobre esta cuestión⁶⁴:

“La fecha de publicación de la resolución de la CNC interviene como dies a quo o de inicio del cómputo del plazo anual de prescripción, pues fue en ese momento, solo en ese momento y en ningún otro anterior, cuando la actora pudo tener conocimiento razonable de la existencia de infracción, de sus autores, objeto, circunstancias y de su presumible extensión, con asunción estimativa del daño sufrido a resultas de la conducta que allí se apreció como ilícita”.

43. Este razonamiento está en plena consonancia con anteriores pronunciamientos y la doctrina que había ido sentando en sus primeras Sentencias sobre estas cuestiones el Tribunal Supremo. Fue sobre todo en el caso *Céntrica*⁶⁵ (uno de los escasísimos casos de acción de daños derivados de una conducta de abuso de posición dominante) en el que se discutió sobre el plazo de prescripción, argumentando sobre la jurisprudencia existente en materia daños causador por accidentes de vehículos de motor, los principios de seguridad jurídica y de no abandono del derecho, y con referencia incluida a las previsiones del *Libro Blanco*, embrión de la futura Directiva de Daños. Este pronunciamiento, en cierta manera pionero en la materia (se acababa de publicar el Proyecto de Directiva, y se decanta sin ambages por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad, entre otros extremos), ha recibido una valoración muy favorable por parte de la doctrina⁶⁶.

44. En cualquier caso, el nuevo art. 74.2 LDC despeja cualquier duda que pudiera surgir al respecto:

El cómputo del plazo comenzará en el momento en el que hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de las siguientes circunstancias:

- a) La conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia;*
- b) el perjuicio ocasionado por la citada infracción; y*
- c) la identidad del infractor.*

D) La cuestión de la jurisdicción competente

45. En el supuesto en que se ejercite una acción *follow-on* derivada de un cártel sancionado por la Comisión Europea, como por ejemplo el que más adelante reseñaremos del *cártel de los camiones*⁶⁷, lo

⁶³ Sentencia nº 2727/2018 del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, de 10 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2727), Fto. Jco. 2º, Apdo. I.

⁶⁴ Sentencia nº 2726/2018 del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, de 5 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2726), Fto. Jco. 2º, Apdo. II.

⁶⁵ Sentencia núm. 528/2013, del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 4 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4739).

⁶⁶ J.M. BAÑO FOS, “El dies a quo del cómputo de la prescripción en las demandas de daños resultantes de infracciones del Derecho de la Competencia”, en el blog *Derecho Mercantil*, 20 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2013/11/el-dies-quo-en-las-demandas-de-danos.html> (última consulta el 14 de diciembre de 2018).

⁶⁷ Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39824 — *Camiones*), notificada con el número C(2016) 4673 (DOUE C 108, 6.4.2017, p. 6–8).

habitual será que la conducta anticompetitiva que ha generado el daño se haya llevado a cabo por empresas de varios países, y a la vez haya provocado sus efectos perjudiciales a empresas o consumidores diseminados a lo largo y ancho del territorio de la UE⁶⁸. Las normas de competencia judicial aplicables serán entonces las previstas por el *Reglamento Bruselas I bis*⁶⁹, que establece los criterios para determinar cuál es la jurisdicción competente en cada caso para conocer de las pertinentes acciones de daños. Contempla, junto al general, una serie de *fueros especiales*, que se establecen como alternativos al fuero general con el objetivo de favorecer la posición del demandante o que el proceso se desarrolle en el lugar donde más fácilmente se pueden obtener y practicar las pruebas (ver arts. 7 a 23 RBI bis)⁷⁰. Naturalmente, ya empieza a haber algún que otro pronunciamiento⁷¹ del TJUE sobre competencia internacional en ejercicio de acciones para la reparación de los daños y perjuicios derivados de una infracción anticompetitiva, que no ha pasado desapercibido para la doctrina⁷², en referencia precisamente al *cártel de los camiones*.

46. Esta cuestión, que entra de lleno en el ámbito del Derecho Internacional Privado, reviste un cierto grado de complejidad, y su análisis excede con creces el objeto de este trabajo, por lo que nos limitaremos aquí a dejarla apuntada, y nos remitimos para su estudio a recientes publicaciones⁷³ que la abordan con exhaustividad y rigor. Nos centraremos en este apartado en el ámbito del derecho interno, en el que la problemática de cuál sea la jurisdicción competente por razón de la materia para conocer de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust generó inicialmente un cierto debate, con soluciones jurisprudenciales diversas. Ya hemos señalado que a partir de la jurisprudencia *Courage* y *Manfredi* el principio fundamental es que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación de los perjuicios y daños que le haya irrogado un contrato o una conducta que pueda restringir o falsear el juego de la competencia⁷⁴. La determinación del órgano ante el que ha de interponerse la demanda surge de la aplicación de las normas y criterios de jurisdicción y competencia. La elección del tribunal competente al que debemos dirigirnos es una decisión trascendental y que, puede condicionar el desarrollo del procedimiento.

47. Al tratarse de acciones de resarcimiento patrimonial derivadas de una responsabilidad extracontractual (ex artículo 1902 CC), en principio la competencia objetiva correspondería a los Juzgados

⁶⁸ Así, como han destacado ya algunos autores, el proceso tendrá carácter internacional cuando “no coincida el domicilio o residencia de las partes; la divergencia entre el Estado en el que se produce la conducta restrictiva que origina la acción de indemnización y el Estado en el que se perciben o producen sus efectos; o incluso la internacionalización de un supuesto por acción de la autonomía de las partes, derivada de una elección del tribunal competente o de normativa aplicable”; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Litigación internacional y acciones de indemnización por infracción del derecho de la competencia de la UE: aspectos de competencia judicial”, en A. FONT I RIBAS y B. VILÁ COSTA (Dir.) *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pág.100.

⁶⁹ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, 20.12.2012, p. 1–32).

⁷⁰ Es cierto que ante la existencia de una multitud de reglas de atribución de competencia, las partes pueden buscar en países del *Common Law* un foro más favorable a la obtención de información para acreditar y cuantificar los daños producidos, lo que se conoce como *forum shopping*. En este sentido, afirma el prof. F. GASCÓN INCHAUSTI, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, N.º 1, pág.6: “Se abre la puerta con ello a un *forum shopping* que no es fácil evitar y que puede, de hecho, dar lugar a situaciones delicadas, como la que le fue suscitada recientemente al TJUE en el asunto CDC Hydrogen Peroxide en que la demanda se interpuso ante tribunales alemanes por estar domiciliada en ese Estado uno de las varias empresas cartelizadas demandadas, aunque con posterioridad, una vez producida la *perpetuatio iurisdictionis*, la actora renunció a su acción frente a esa entidad (pero dejando sujetas a las demás a la jurisdicción de los tribunales alemanes)”.

⁷¹ STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17, *Lithuanian Airlines*.

⁷² E. PASTOR MARTÍNEZ, “Nada ha cambiado para el cártel de camiones. La competencia internacional en las acciones de daños”, *La Ley Mercantil*, n.º 51, Octubre 2018, págs. 3 y ss.

⁷³ A.-L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, “Cuestiones de derecho internacional privado y acción de daños derivados de ilícitos antitrust”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), págs. 127 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, N.º 2, pp. 7-178.

⁷⁴ *Vid.* también la STJUE de 30 de enero de 1974, BRT 1, 127/73, Rec. 1974, p. 00035, apartado 16; STJUE de 18 de marzo de 1997, *Guérin Automobiles/Comisión*, C-282/95 P, Rec. 1997, p. I-01503, apartado 39.

de 1ª instancia del domicilio del demandado. Así se ha seguido en las pioneras reclamaciones entabladas –antes de la aprobación de la Directiva 2014/104/CE y por supuesto del RD Ley 9/2017- en el conocido caso del *cártel del azúcar*. El origen de este asunto se remonta a la Resolución *AZUCARERAS*⁷⁵, 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, consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996. El entonces TDC impuso diversas sanciones a las empresas condenadas, y en particular a la mercantil *Acor* una multa de 151 millones de pesetas.

48. El recurso de apelación presentado por la empresa en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional fue desestimado⁷⁶ por sentencia de 4 de julio de 2002, e igualmente⁷⁷ el de casación ante el Tribunal Supremo, por sentencia de 26 de abril de 2005. Una vez que la Resolución del TDC ganó firmeza administrativa (recordemos que bajo la LDC 1989 era requisito necesario para entablar una acción de daños), se presentó la correspondiente acción resarcitoria ante el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid contra dicha empresa, que tenía allí su domicilio social. El fallo⁷⁸ fue favorable a las demandantes, y la empresa fue condenada a pagar a las empresas perjudicadas unas cantidades por un importe total de más de un millón de euros. Esta Sentencia se recurrió en apelación, y la Audiencia Provincial de Valladolid desestimó⁷⁹ el recurso de ACOR.

49. Paralelamente, el Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Madrid dictó una sentencia⁸⁰ 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 mismo cartel. El pronunciamiento de 1ª instancia es favorable a los demandantes, y condena a la azucarera al pago de unas cuantiosas indemnizaciones por los daños causados. Curiosamente, el recurso de apelación es admitido, y en sentido contrario a lo expuesto en el pronunciamiento de la AP de Valladolid; la AP de Madrid sí considera⁸¹ 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.*).

50. Los correspondientes recursos de casación planteados ante el TS se resolvieron el 8 de junio de 2012 para la empresa ACOR⁸² y el 7 de noviembre de 2013 para EBRO FOODS⁸³, zanjando así la discusión sobre la repercusión de los sobre costes. El TS afirma en ambos pronunciamientos que no debe sostenerse una concepción limitativa del *passing-on*, que se ciña a la simple repercusión del sobreprecio, sino que considera que para que la excepción de *passing-on*⁸⁴ triunfe debería no existir ningún otro perjuicio al comprador directo (además del sobreprecio) susceptible de indemnización. Así mismo, para que haya lugar al resarcimiento patrimonial es preciso demostrar que las empresas afectadas por el cartel no repercutieron el sobreprecio a su propia clientela⁸⁵.

51. A lo largo de la tramitación del texto legal que iba a trasponer la Directiva de Daños a nuestro derecho interno flotaba la duda sobre cuál sería la jurisdicción competente para conocer de este tipo

⁷⁵ Resolución del TDC, de 15 de abril de 1999, Expte. 426/98, *Azucareras*.

⁷⁶ Sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª), de 4 de julio de 2002.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 26 de abril de 2005.

⁷⁸ Sentencia del JPI nº 11 de Valladolid, de 20 de febrero de 2009, Proc. Ord. 571/2007.

⁷⁹ Sentencia de la AP Valladolid (Sección 3ª), de 9 de octubre de 2009, rec. núm. 214/2009.

⁸⁰ Sentencia del JPI nº 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, Proc. Ord. 735/2007.

⁸¹ Sentencia de la AP de Madrid (Sección 8ª), de 3 de octubre de 2011, rec. núm. 370/2010.

⁸² Sentencia del TS de 8 de junio de 2012, Rec. 2163/12 (RJ 5462/2012).

⁸³ Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2013, Rec. 5819/13 (RJ 5819/2013).

⁸⁴ C. TUDOR, “La admisión de la defensa *passing-on* en el *cártel del azúcar*: ensayo crítico sobre la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 8, Asunto 737/07”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial LA LEY, nº 11, Madrid 2012, págs. 277 a 291.

⁸⁵ Este aspecto está ampliamente desarrollado también en F. MARCOS, “Compensación de daños provocados por el *cártel del azúcar*”, en *Anuario de la Competencia 2014*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, págs. 186 y ss.

de reclamaciones, ya que parecía aconsejable atribuírsela a los Juzgados de lo Mercantil, a quienes el artículo 86 ter.2.f) de la L.O. del Poder Judicial atribuye competencia objetiva para conocer de acciones declarativas de infracción de los artículos 1, 2 y 3 LDC. Algunos autores⁸⁶ han recordado lo que apuntábamos en la introducción a este epígrafe, de que en principio la competencia objetiva para conocer de este tipo de acciones corresponde a los Juzgados de Primera Instancia. Sin embargo, también se ha señalado⁸⁷, por ejemplo respecto de las acciones de *follow-on*, que es evidente la conveniencia de acumular las acciones ante el Juzgado Mercantil.

52. Tras un amplio debate doctrinal, la Audiencia Provincial de Madrid parece haber zanjado esta discusión: acogiendo el razonamiento⁸⁸ del órgano de primera instancia, establece en su Auto⁸⁹ de 22 de junio de 2017 que, con carácter general, serán estos Juzgados de lo Mercantil los que asuman la competencia objetiva por razón de la materia en aquellos pleitos civiles que versen sobre la aplicación del Derecho de la competencia tanto de la UE (Tratado de Funcionamiento) como español (LDC). En el Auto recurrido, el razonamiento⁹⁰ del órgano de primera instancia, señalaba que:

“(...) el artículo 48.1 LEC, declara que la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta por el tribunal que esté conociendo del asunto. A su vez, el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, enumera exhaustivamente las cuestiones atribuidas al conocimiento de los Juzgados Mercantiles. Las pretensiones ejercitadas en la presente demanda son, indudablemente, de naturaleza civil, pero no son subsumibles en ninguno de los supuestos que el precepto citado atribuye a los Juzgados de 1ª Instancia, por lo que su conocimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil que territorialmente resulte competente, como órgano jurisdiccional civil de carácter general, según el artículo 45 de la propia LEC. Por lo expuesto, procede declarar la falta de competencia objetiva de este Juzgado, señalando, como dice el apartado 4 del artículo 48 citado, los Juzgados competentes (...), todo ello en los términos concretos que refleja el antecedente de hecho primero de esta resolución, que se corresponde con la parte dispositiva del mismo”.

53. La Audiencia Provincial acoge esta tesis (Fundamento Jurídico 2º), y concluye que serán los Juzgados de lo Mercantil los competentes para conocer de las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos:

“Como se ha reseñado, considera la apelante que se está planteando una acción de responsabilidad civil extracontractual por daños, con fundamento en el artículo 1.902 del CC; sin embargo, (...) daños y perjuicios que en todo caso serán siempre consecuencia de la infracción del citado artículo 3 de la ley especializada [Defensa de la Competencia], lo que corresponde enjuiciar al Juzgado especializado mercantil, por los fundamentos expuestos”.

54. Así se venía haciendo ya en la práctica previa a la Directiva 104/2014/CE en algunos de nuestros tribunales, como por ejemplo ocurrió en el ya citado caso⁹¹ *Céntrica/Iberdrola*, y así ha sido igualmente en el caso que veremos seguidamente de la acción de daños ejercida por MUSAAT frente al cártel del seguro decenal. Otros pronunciamientos, como el Auto⁹² de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de diciembre de 2017, confirman esta postura. El auto que es objeto de recurso estima parcial-

⁸⁶ M. V. TORRE SUSAETA, “Sobre las reclamaciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia tras la Directiva 104/2014: Vicisitudes procesales en torno a la acumulación de acciones por el actor y por el demandado”, *La Ley Mercantil*, nº 21, enero 2016.

⁸⁷ P. VIDAL; A. CAPILLA y C. GUAL, “El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, nº 47(2017), págs. 39-53.

⁸⁸ Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Madrid, de 24 de mayo de 2016 (RJ 239/16).

⁸⁹ Auto de la AP de Madrid (Sección 8ª), de 22 de junio de 2017, RJ AAP M 2421/2017 (ECLI: ES:APM:2017/2421A)

⁹⁰ Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Madrid, de 24 de mayo de 2016 (RJ 239/16).

⁹¹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, de 16 de julio de 2010, RJ 138/2010 (ECLI:ES:JMBI:2010:138), que – mucho tiempo antes de que existiera si quiera la propuesta de Directiva de Daños- marca la pauta en lo relativo a la prescripción de las acciones de reclamación y el cómputo del plazo a los efectos del *dies a quo*.

⁹² Auto núm. 305/2017, de 21 de diciembre (ECLI:ES:APM:2017:5569A).

mente una declinatoria formulada por un Juzgado de 1ª Instancia, por falta de competencia objetiva para conocer de una reclamación de daños y perjuicios derivados de una conducta anticompetitiva, al corresponder el conocimiento de dicha reclamación a los Juzgados de lo Mercantil. El problema está claro, tal lo expresa⁹³ en su Fundamento Jurídico 3º, y se ha planteado aquí.

55. Haciendo gala de una notable precisión jurídica y conocimiento del *estatus questionis* en esta materia, el Auto recoge toda la jurisprudencia que se ha venido citando en este trabajo (de hecho transcribe los mismos párrafos que hemos recogido aquí, de la STC 109/2009; dos páginas enteras de la STS de 7 de noviembre de 2013 –el caso del *cártel del azúcar*–; el caso *MUSAAT*, etc), dejando claro que en la fecha de autos no estaba todavía traspuesta en nuestro ordenamiento la Directiva 2014/104/UE, ya que todavía no se había aprobado el RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo. Y concluye⁹⁴ (en el mismo Fundamento Jurídico 3º, *in fine*) sin ningún género de dudas:

“(...) entendemos que la acción declarativa que se ejercita en el apartado primero del suplico de la demanda, se incardina dentro del artículo 86 ter 2.f) LOPJ, por lo que la competencia corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, sin que pueda determinar la competencia [de los Juzgados de Primera Instancia] la acción acumulada de indemnización de daños y perjuicios por culpa extracontractual”.

III. La valoración económica de los daños

56. Desde la perspectiva del *public enforcement* las cuestiones relativas a la prueba de la conducta anticompetitiva, la evidencia necesaria para acreditar la práctica anticompetitiva en un expediente sancionador, y por supuesto el alcance de la revisión judicial, son aspectos de la máxima trascendencia en la aplicación de un Derecho de la Competencia que pretenda ser efectivo, y han sido objeto de estudio en fechas recientes por destacados expertos en la materia⁹⁵. Pero es que desde la perspectiva del *private enforcement* la cuestión relativa a la valoración del daño sufrido por el perjudicado por una conducta anticompetitiva, y el alcance que a estos efectos tienen los informes económicos elaborados por los peritos, y que necesariamente han de acompañar la acción de resarcimiento patrimonial, es indudablemente la gran protagonista de la construcción jurisprudencial de este peculiar sistema de daños derivados de ilícitos antitrust. Ya hemos tenido oportunidad de abordar este análisis en anteriores publicaciones⁹⁶; nuestro objetivo ahora es extraer conclusiones al hilo de la “saga” de pronunciamientos dictados por los Jueces de lo Mercantil en estos últimos meses.

57. Como en cualquier ilícito civil, sólo cuando puede establecerse la existencia de un vínculo causal entre el daño reclamado y la actuación que lo ha provocado puede otorgarse la correspondiente indemnización. En el ámbito de las acciones de daños derivados de ilícitos antitrust, esta relación de causalidad ha sido objeto ya de análisis en recientes publicaciones⁹⁷. Lo que se concluye, fruto del examen del actual momento en que se encuentra la jurisprudencia, es que la posición que siguen nuestros tribunales respecto a la atribución de responsabilidad es la “doctrina de la imputación objetiva” (pág. 59), a la vez que se reconoce la dificultad de analizar este elemento causal en el ámbito de estos peculiares ilícitos (pág. 61).

⁹³ “De conformidad a los antecedentes enunciados en el anterior fundamento, la cuestión estriba en determinar si la competencia objetiva corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, a los efectos del artículo 86 ter 2. f) LOPJ, o a los Juzgados de Primera Instancia a los efectos del artículo 85 de la misma Ley”.

⁹⁴ En igual sentido que el Auto de la AP de Madrid, núm. 236/17, de 22 de junio (ECLI:ES:APM:2017:2421A).

⁹⁵ F. CASTILLO DE LA TORRE y E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, proof and judicial review in EU Competition Law*, Ed. Elgar Competition Law & Practice, Londres (2017).

⁹⁶ F. DÍEZ ESTELLA, “Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios”, *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Marcial Pons – Fundación ICO, Madrid 2018, págs. 215 a 248.

⁹⁷ A. GALGO PECO, “La relación de causalidad en las acciones de daños de reclamación de daños por infracción de normas de competencia”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), págs. 59 y ss.

58. En efecto, ya desde hace tiempo se han señalado⁹⁸ una serie de circunstancias que dificultan la acreditación del nexo causal, propias de las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos: factores concurrentes a la práctica anticompetitiva; dificultad de cuantificar el concreto perjuicio económico sufrido por la víctima; el ejercicio de la defensa “passing-on”; la distribución del daño a lo largo de la cadena de distribución, etc.

59. Por todos estos motivos, y dado que el objetivo perseguido es facilitar el ejercicio de daños, no sorprende que “la Directiva contiene diversas normas que contribuyen a atenuar la carga relativa a la acreditación del nexo causal que pesa sobre quien demanda por daños”⁹⁹. Basta considerar, por ejemplo, la presunción del daño (art. 17.2), el régimen del “passing-on” cuando la reclamación la realiza un consumidor indirecto (art. 14.2), o la facultad conferida al juez de estimación del daño si ésta es muy complicada para el demandante (art. 17.1). Veamos a continuación cómo se ha llevado esta labor en las primeras Sentencias que se han dictado en nuestro país, al hilo de las reclamaciones de daños derivadas del *cártel de los sobres de papel*.

1. Consideraciones previas: el *cártel del azúcar* y la STS de 7 de noviembre de 2013

60. Es evidente que en materia de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust, como en cualquier otra acción de resarcimiento patrimonial, la demanda ha de cuantificar y justificar inequívocamente la cuantía del quebranto económico sufrido por el perjudicado. A este respecto, es importante distinguir¹⁰⁰ entre la carga de la prueba de la existencia del daño de la relativa a la cuantificación del mismo.

61. No puede desconocerse ni obviarse la trascendencia de este análisis, y no sorprende por ello que, junto con todo el “paquete” de textos legales sobre acciones de daños derivados de ilícitos antitrust, la Comisión Europea haya publicado una serie de estudios para que jueces y letrados dispongan de una guía completa sobre los métodos y herramientas empleados en el análisis económico para estimar los daños y podrán comprender mejor las pruebas e informes periciales aportados por las partes. Se trata de la ya citada *Guía para la cuantificación de daños derivados de infracciones de los artículos 101 y 102*, publicada en 2013, y la “actualización” publicada en 2016, *Guía sobre el passing-on de los sobrecostes*¹⁰¹.

62. Como ejemplo preclaro de la dificultad de realizar esta labor, es llamativo el resultado al que se llega en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Madrid¹⁰² en la que se resuelve una demanda de varias empresas contra la empresa EBRO PULEVA, consistente en el ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual por los daños causados a dichas empresas por daños derivados del conocido caso del *cártel del azúcar*, sancionado en 1999 por el entonces TDC.

63. Tras relatar a lo largo del Fundamento Jurídico las discrepancias¹⁰³ de valoración y estimación de cantidades entre los peritos de la demandada y las demandantes, y en cierta forma reconocer que

⁹⁸ I. ORTIZ BAQUERO, “La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia”, Ed. *La Ley*, 2011, págs. 177 y ss.

⁹⁹ A. GALGO PECO, *Op.cit.*, pág. 70.

¹⁰⁰ Un detallado análisis de esta cuestión se puede encontrar en E. SANJUAN Y MUÑOZ, “The Proof on the Quantification of the Damage in Assumptions of Defense of Competition (Spanish Law)”, (June 24, 2018). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3201779>

¹⁰¹ Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf> (última consulta el 2 de diciembre de 2018).

¹⁰² Sentencia del JPI nº 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, Proc. Ord. 735/2007.

¹⁰³ En este sentido, es de lo más elocuente el siguiente párrafo del Fundamento Jurídico 3º: “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 las peritos Dª Nadine Watson y Dª 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 L.E.C.”

las diferencias en los criterios periciales escapa a su comprensión, el juez opta por una solución salomónica en toda regla: estimar la demanda, pero parcialmente, reduciendo en un 50% la valoración del daño realizada por la parte demandante, y condenando a pagar a la empresa EBRO PULEVA exactamente la mitad de las cantidades que las demandantes le reclamaban en concepto de indemnización por daños y perjuicios, derivada de su participación en el *cartel del azúcar*.

64. Se entiende fácilmente que esto no es el modo correcto de resolver la cuestión, y por ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 -una vez se dictó Sentencia por parte de la Audiencia Provincial, que fue recurrida en casación-, le dedica duros reproches, a la vez que aborda de lleno el problema. Precisamente por haberse dictado este pronunciamiento con anterioridad a la Directiva 2014/104/UE y la transposición a nuestro derecho que hizo el RD Ley 9/2017, las pautas que marca para los informes periciales en este tipo de procedimientos son la jurisprudencia aplicable a las reclamaciones de daños que en estos momentos se están ventilando ante los Juzgados Mercantiles, y por ello no puede obviarse su trascendencia.

65. El Tribunal Supremo indica (Fto. Jco. 7.2) que el informe pericial debe partir:

“de bases correctas (la existencia del cártel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia) y utilizar un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados a los demandantes, como es estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia (...)”.

66. Así mismo, nuestro alto tribunal reconoce que en un informe económico de ese tipo es imposible *“realizar una reproducción perfecta de cuál habría sido la situación si no se hubiera producido conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar”* (Fto. Jco. 7.3). Por ello recuerda que la valoración de *“esta situación hipotética contrafáctica”* (lo que se conoce en inglés como escenario *but-for*) es lo que la entonces propuesta de Directiva propugnaba, y naturalmente el texto final y su transposición a derecho español han recogido.

67. Para el Tribunal Supremo, esta dificultad *“no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio”* (Fto. Jco. 7.3). En definitiva –y este dictum va a constituir la referencia clave en cualquier sentencia que ventile reclamaciones de daños y tenga que valorar la cuantificación y valoración del daño que las partes le presenten- lo que el Tribunal Supremo exige al informe pericial que aporte la parte demandante perjudicada por el cártel es que *“formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos”* (Fto. Jco. 7.3).

2. El precedente en el caso *MUSAAT*

68. En un caso que se analizará en detalla en el epígrafe siguiente, el del *cártel del seguro decenal*, se ejerció una acción de resarcimiento patrimonial por una empresa que no era cliente de las empresas que integraban el acuerdo colusorio, sino competidora, y sin embargo se vio perjudicada al ser excluida del mercado por actos de retorsión y boicot.

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

70. La sentencia de 1ª instancia razona que no constan acreditados los extremos en los que MUSAAT basa su reclamación por **lucro cesante** y desestima tal petición. Así, expone:

“lo cierto es que no se ha acreditado que un número significativo de clientes contratara otros productos debido precisamente a las conductas que se reprochan a las demandadas. De hecho, ni siquiera se acredita que un número significativo solicitase información o acreditación sobre la solvencia o situación económica de MUSAAT, como indicio de la afirmación que realiza la actora sobre la pérdida de parte de esta oportunidad de negocio” (Fto. Jco. 13º).

71. En relación al **daño emergente**, la sentencia de 2014 concluye que:

“inicialmente HANNOVER estaba dispuesta a ofertar un reaseguro XL. Sin embargo, MUSAAT finalmente hubo de contratar reaseguro XL y reaseguro proporcional cuota parte del 15% que cubre la prioridad –los primeros 500.000 pero donde MUSAAT paga el 15% de todas las primas, con la reaseguradora, lo que obviamente no le ha resultado “gratis” a MUSAAT, con lo que los cálculos que cuantifican el daño emergente en “0” euros o por un importe anecdótico, son directamente descartables por contrarios a la lógica empresarial y económica” (Fto. Jco. 13º).

72. La juez acepta, con algunas correcciones, los cálculos obrantes en el informe pericial elaborado por MARKETINGROUP y aportado por MUSAAT. Como es sabido, el artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de presentar informes periciales en un procedimiento cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos.

73. Finalmente, la Sentencia reprocha (en el mismo Fto. Jco. 13º) que los informes aportados en este procedimiento se extralimitan:

“basta recordar que no es objeto de la pericia el acreditar y valorar la concurrencia de la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño. Sin embargo, ésta ha de abarcar la realidad o no de los daños reclamados y su valoración, acudiendo cuando ello sea posible a elementos objetivos (...) para valorar las esperanzas, expectativas, previsiones y perspectivas económicas y de mercado futuras”.

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

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

76. Sí parece oportuno señalar que esta tónica de conceder el daño emergente y no conceder el lucro cesante es ya tradicional en nuestra jurisprudencia, y podemos encontrar precedentes en un momento muy anterior a la Directiva 2014/104, cuando las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos eran todavía una "asignatura pendiente"¹⁰⁴ en el panorama de nuestro enforcement

¹⁰⁴ Vid. algunas referencias a las escasísimas acciones de daños ejercidas en la década de los 90 y 2000 en F. DÍEZ ESTELLA,

antitrust. En efecto, en el ya clásico asunto *Telefónica / Conduit*, en primera instancia se admitió¹⁰⁵ el *daño emergente* (y se confirmó en apelación), mientras que se rechazó¹⁰⁶ la solicitud de indemnización del *lucro cesante* derivado de una infracción de la normativa de competencia por no estar debidamente acreditada. Finalmente, y no deja de tener su ironía, esta diferenciación entre el daño emergente y el lucro cesante, que hace el nuevo artículo 78.1 LDC, ha sido calificada por destacados juristas -llamados a aplicarla en última instancia judicial- como “un tanto artificial”¹⁰⁷.

3. Lo que está por venir: el *cártel de los camiones*

77. Tras una extensa investigación, las oportunas inspecciones domiciliarias, y la incoación de un expediente sancionador, la Comisión Europea concluyó que los fabricantes MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco y DAF habían llegado a acuerdos secretos para repercutir sobre sus compradores los costes de cumplimiento con la normativa de emisiones. Así mismo, y según consta en la Decisión, el *cártel* se extendía a las fechas en las que introducían ciertas tecnologías, y la coordinación de precios mayoristas, en la venta de camiones medios (entre 6 y 16 toneladas) y grandes (más de 16 toneladas).

78. Así, el 19 de julio de 2016 (Asunto AT.398249 – *Camiones*) la Comisión impuso¹⁰⁸ a dichas empresas una astronómica sanción, de 2.926 millones de euros, por participar en un *cártel* que afectó, durante 14 años (desde 1997 hasta 2011), a prácticamente toda la zona euro. El 27 de septiembre de 2017 “completó” la sanción al *cártel* de los camiones con una multa de 880 millones de euros a SCANIA, que no se había acogido al régimen transaccional como el resto de las empresas en el expediente sancionador, y por tanto siguió un procedimiento distinto.

79. Las tres conductas infractoras fueron, pues: 1) acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinearse; 2) acuerdos o prácticas concertadas sobre el calendario para la introducción de las tecnologías de emisiones de CO₂ exigida por las normas EURO3 a EURO6; 3) acuerdos o prácticas concertadas para la repercusión a los compradores del coste de introducción de dichas tecnologías. Como en otros casos que hemos examinado en estas páginas, no vamos a poner el foco del análisis en la conducta infractora, sino en las acciones de daños y perjuicios que se derivan de ella, y en este ejemplo concreto, en lo problemático que resulta la cuantificación de los daños.

80. Precisamente en una de las primeras Sentencias que se han dictado en Europa sobre estas reclamaciones, la del Tribunal Regional de Hannover de 18 de diciembre de 2017, se aclara el alcance del principio de presunción de la existencia de daños causados por un *cártel*, que como es sabido se introduce en la Directiva 2014/104/UE y en nuestro país se ha incorporado en la normativa de trasposición.

81. En efecto, como ya ha puesto de manifiesto¹⁰⁹ el prof. MARCOS, la información existente sobre este *cártel* (la que se contiene en la Decisión de la CE desde luego es muy escueta) no va a permitir, de modo sencillo, una cuantificación del daño sufrido por los adquirentes finales de los camiones. A esta dificultad se añade que el acuerdo entre los fabricantes no se materializó en concretas subidas de precios (como suele ocurrir con los *cárteles* duros), sino en otros aspectos de su comportamiento, que si bien es innegable que falsean la libre competencia (intercambio de información, alineamiento

“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), págs. 215-228.

¹⁰⁵ SJMerc. nº 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:JMM:2005:70).

¹⁰⁶ SAP de Madrid (Secc. 28), de 25 de mayo de 2006 (ECLI:ES:APM:2006:6773).

¹⁰⁷ R. SARAZÁ JIMENA, “El passing-on antes...” *op.cit.*, pág. 20.

¹⁰⁸ Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf

¹⁰⁹ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “El cálculo de los daños causados por el *cártel* de los fabricantes de camiones”, 11 de julio de 2018, en el blog *Almacén de Derecho*, disponible en: <http://almacendederecho.org/calculo-los-danos-causados-cartel-los-fabricantes-camiones/> (última consulta el 11 de agosto de 2018).

de conductas, coordinación de actuaciones, entendimiento sobre precios brutos, etc.), es complicado calcular con exactitud en qué medida se produjo el daño para los adquirentes de los camiones, fueran concesionarios o clientes finales. En fechas recientes hemos conocido la primera Sentencia¹¹⁰ en que un Juez de lo Mercantil en España resuelve una reclamación de daños derivados de este cártel, en concreto contra la empresa VOLVO Group España, S.A., en sentido estimatorio, y por importe de €128.756,78.

4. El cártel de los sobres de papel

82. Las conductas anticompetitivas que dieron lugar a las reclamaciones de daños que vamos a analizar en este apartado se encuentran recogidas en la Resolución¹¹¹ de la CNC de 25 de marzo de 2013, en la que nuestra autoridad de competencia impuso sanciones por valor de más de 44 millones de euros a una serie de empresas¹¹² por formar y mantener un cártel en el sector de sobres de papel durante más de 30 años. El Consejo de la CNC considera acreditado que las empresas incoadas participaron en un cártel para repartirse el mercado español de sobres de papel entre los años 1977 y 2010. Los acuerdos se refirieron en particular a:

- (i) la fijación de precios y reparto del mercado de sobres para los procesos electorales convocados entre 1977 y 2010;
- (ii) el reparto del mercado de sobres pre-impresos;
- (iii) la fijación de los precios y reparto de los clientes de sobre blanco entre 1994 a 2010; y
- (iv) la limitación del desarrollo técnico en el mercado del sobre de papel a través de la constitución de una sociedad en la que se compartirían las innovaciones tecnológicas generadas entre las empresas participantes.

83. Como hemos señalado en un apartado anterior, al hablar de la problemática coordinación entre las acciones de daños y el programa de clemencia, la Resolución exime del pago de la multa al grupo Adveo Group International, S.A. y a su filial Unipapel Transformación y Distribución, S.A., al haber presentado una solicitud de exención del pago de la multa que permitió ordenar a la CNC las inspecciones realizadas el 19 de octubre de 2010. Además, por haber aportado posteriormente información con valor añadido significativo, se aplica a Antalis Envelopes Manufacturing S.L. una reducción del 40% sobre el importe de su multa y a las filiales del GRUPO TOMPLA una reducción del 30%.

84. Así mismo es de destacar que un mes antes de que recayera esta resolución, la empresa Unipapel Transformación y Distribución, S.A. había sido sancionada por haber participado en un cártel en el sector del manipulado de papel y, de manera análoga, había quedado eximida de la sanción por haber participado igualmente en el programa de clemencia.

5. Los informes periciales de cuantificación del daño

85. Pese a no ser ésta una cuestión estrictamente jurídica, es sin embargo la que posiblemente más importancia tenga de cara al éxito de la acción de daños y perjuicios, habida cuenta –sobre todo en las reclamaciones *follow-on*- que el ilícito anticompetitivo no hace falta demostrarlo. Hemos señalado ya cómo en la reclamación de daños contra el *cártel del seguro decenal* la Juez Mercantil acepta –con algunas matizaciones- el informe pericial aportado por los demandantes. En el caso del *cártel de los sobres de papel* las reclamaciones han corrido suerte dispar, en su mayoría han sido estimadas, pero en algún caso el juez no ha considerado acreditado el daño, y ello ha provocado la desestimación de la demanda.

¹¹⁰ SJMerc nº 1 de Murcia, núm. 288/2018, de 15 de octubre de 2018.

¹¹¹ Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, Exp. S/0316/10 *Sobres de papel*.

¹¹² Andaluza de Papel, S.A., Antalis Envelopes Manufacturing, S.L., Argansobre, S.A., Emilio Domenech Mirabet, S.A., Envel Europa, S.A., Grupo Tompla Sobre Exprés, S.L., Hispapel, S.A., Maespa Manipulados, S.L., Pacsa, Papelera del Carrion, S.L., Maespa Manipulados, S.L., Sociedad Anónima de Talleres de Manipulación de Papel (SAM), Manipulados Plana, S.A., Sobre Industrial, S.L., Sobres Izalbe, S.A., y Unipapel Transformación y Distribución, S.A.

86. Ofrecemos a continuación un cuadro resumen de las siete Sentencias que se han dictado a día de hoy:

Demandante	Juzgado Mercantil	Fallo	Fecha y nº de la sentencia	Cita (ECLI)	Importe daños: solicitado /concedido % éxito
Cortefiel	Nº 3 de Barcelona	Estimatorio	06/06/2018 (153/2018)	ECLI:ES:JMB:2018:228	€657.897/€477.435 72,56%
Misiones Salesianas	Nº 3 de Barcelona	Estimatorio	04/09/2018 (220/2018)	ECLI:ES:JMB:2018:2725	€2.670.590/€2.043.560 76,52%
CIFDSA	Nº 3 de Barcelona	Estimatorio	05/09/2018 (222/2018)	ECLI:ES:JMB:2018:2726	€2.670.590/€1.273.533 47,68%
Mutua Madrileña	Nº 3 de Barcelona	Estimatorio	10/09/2018 (225/2018)	ECLI:ES:JMB:2018:2727	€223.198/€168.078 75,30%
Bankoa	Nº 7 de Barcelona	Estimatorio	06/06/2018 (119/2018)	ECLI:ES:JMB:2018:2166	€154.270/€154.270 100%
Cámara de Madrid	Nº 3 de Madrid	Desestimatorio	10/05/2018 (92/2018)	ECLI:ES:JMM:2018:162	€140.309/ €0
Obras Misionales Pontificias	Nº 11 de Madrid	Desestimatorio	08/06/2018 (n/d)	ECLI:ES:JMM:2018:1232	€561.893/ €0

87. Como ya se ha señalado¹¹³ oportunamente, no deja de ser llamativo el resultado tan dispar (habida cuenta de que en todos los casos resueltos el cártel es el mismo, las empresas demandadas son las mismas, y el informe económico lo elaboró el mismo experto) según cuál sea el foro ante el que se presenta la reclamación: con los pronunciamientos disponibles a día de hoy Madrid es claramente *pro-defendant*, mientras que Barcelona lo es *pro-claimant*. En una primera aproximación, que vamos a desarrollar seguidamente, los Juzgados Mercantiles de Madrid parecen estar desmarcándose de la jurisprudencia del TS en la Sentencia del cártel del azúcar, mientras que en los de Barcelona se sigue al pie de la letra: no es suficiente argumentar -como hicieron los demandados- que el informe del demandante es incorrecto, hay que demostrar con bases sólidas y demostradas que la conducta anticompetitiva no provocó el daño reclamado.

88. Nos encontramos en primer lugar con la Sentencia¹¹⁴ del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, de 10 de mayo de 2018, que se pronuncia sobre la demanda de responsabilidad civil derivada de una infracción del Derecho de la competencia ejercida por la **Cámara de Comercio de Madrid** contra tres de las empresas integrantes del cártel (Adveo, Tompla y Envel). Además de otras relevantes consideraciones –pero que no procede ahora contemplar– sobre aspectos varios de las acciones de daños antitrust, señala la Sentencia en su Fundamento Jurídico nº 5:

“La demanda identifica el daño emergente sufrido con la diferencia entre el precio del sobre de papel que la actora abonó a varias empresas cartelistas demandadas y el precio que hubiera debida abonar si el importe se hubiera fijado por el mercado, y no como consecuencia de la conducta anticompetitiva”.

89. Para fijar el precio que hubiera abonado sin la concurrencia de cártel, el informe pericial lo que hace es estimar el precio que hubiera habido en el mercado afectado en ausencia de infracción, a partir de otros precios comparables del mismo mercado no afectados por la infracción, como son los

¹¹³ N. OTEGUI, “Spain – Recent developments in competition damages claims: What once was just a possibility, is now a reality”, *European Competition Law Review*, nº 40, Issue 1 (2019), pp. 41 – 43.

¹¹⁴ SJMerc nº 3 de Madrid, de 7 de mayo de 2018 (ECLI: ES:JMM:2018:162).

precios posteriores a 2010 y los precios de otras empresas no cartelistas. Sin embargo, ante la dificultad de hallar una referencia comparable a la demandante adecuada, el informe opta por utilizar a tal efecto los datos que recoge la resolución de la CNC relativos a procesos electorales y a grandes clientes.

90. Pero, continúa el Fundamento Jurídico nº 5 de la Sentencia (párrafo 2º):

“Dentro de los sobres afectados por el cartel, conforme a la resolución se podía distinguir tres tipos de sobres, y por tanto tres mercados distintos: sobres electorales, sobres pre-impresos corporativos y sobres blancos. La actora adquirió únicamente sobres pre-impresos de las empresas del cártel. Pero, a diferencia de la venta de sobres pre-impresos que utiliza el informe para fijar el sobreprecio, en que se hizo por subasta, en las compras de éstos sobres por la demandante no se siguió tal procedimiento.

Pues bien, el hecho de que las compras cuyos datos se han utilizado para fijar la referencia se realizasen a través de subasta impide que se puedan tener por equivalentes a las realizadas por la actora. El sobreprecio en aquel caso no tiene porqué ser similar al que hubiese podido sufrir la actora. Ésta adquirió directamente de las empresas partícipes en el cartel, de acuerdo con una relación contractual con las mismas, sin seguir ningún proceso público en el que participasen en concurrencia varias empresas suministradoras”.

91. Por ello, concluye que dicho método utilizado no es el más adecuado, y no es desde luego el óptimo para determinar el sobreprecio sufrido por la demandante. La consecuencia es sencillamente que al no haber probado el daño sufrido por la demandante procede desestimar la demanda, en aplicación del artículo 1.902 CC, regulador en derecho español de la responsabilidad patrimonial extracontractual.

92. Derivada de este mismo asunto, sin embargo, la Sentencia¹¹⁵ del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018, dictada apenas un mes después, sí concede daños al demandante, la conocida empresa textil **Cortefiel**, por importe de €477.435, al entender que en este caso la estimación de la cuantía indemnizatoria sí estaba hecha sobre una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastados y no erróneos, tal como señala el ya consolidado *dictum* de la STS de 7 de noviembre de 2013, en el *cártel del azúcar*.

93. Somos de la opinión de que esta Sentencia (en concreto su Fundamento Jurídico tercero: *Valoración de dictámenes periciales*) constituye un más que destacado ejercicio de rigor y precisión, y aplicación de la norma jurídica en clave económica (no en vano el ponente invoca la doctrina de POSNER, tanto directamente como a través de la cita del blog del prof. ALFARO). Este Fundamento de Derecho, redactado además en un impecable estilo pedagógico, señala en su apartado 1º las pautas para la valoración de daños derivados de ilícitos concurrenciales, para a continuación explicar los motivos por los que se rechazan los dictámenes periciales aportados por los codemandados, y elaborados por sus respectivas consultoras económicas: Tompla, elaborado por *Forest Partners* (apdo. 2º); Envel, elaborado por *American* (apdo. 3º); Adveo, elaborado por *Compass Lexecon* (apdo. 4º).

94. Es, finalmente, en el apartado 6º (dentro de este Fto.Jco. 3º) en el que justifica la admisión del dictamen pericial de la actora, elaborado por la consultora *Alfa Completeness*. Así, señala en el párrafo (iii):

“En definitiva, de acuerdo con las particularidades de la prueba practicada en el caso, resuelvo aquí que el dictamen pericial ALFA determina “una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos” que permite determinar, con solvencia bastante, el alcance de los daños y perjuicios sufridos por la actora a resultas de la conducta cartelista de las codemandadas. Porque, en esos términos de valoración, el dictamen ALFA supone una auténtica y fiable reconstrucción del funcionamiento del cártel integrado por las demandadas y de sus consecuencias lesivas para todos sus clientes”.

¹¹⁵ SJMerc. nº 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:228).

95. En la misma fecha, en esta ocasión por el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, se dicta una Sentencia¹¹⁶ estimatoria de la demanda presentada (frente a los mismos demandados) por **Bankoa**, y se le conceden daños por un importe de €154.270. Es destacable la claridad con la que el ponente expresa, invocando expresamente la doctrina contenida en *Courage* y *Manfredi*, el alcance del principio de total indemnidad (*full compensation*) que rige este tipo de acciones:

“a la hora de determinar la indemnización que debe satisfacer el responsable de un hecho dañoso debe esta fijarse en umbrales que compensen suficientemente al lesionado, para reestablecerle en la situación patrimonial preexistente antes de que acaeciera el hecho dañoso o de manera que se conmute el daño que haya podido sufrir” (Fto. Jco. 5º, n. 9).

96. Y, curiosamente, pese a que expresamente señala (Fto. Jco. 5º, n. 11) que *“no existe en nuestro ordenamiento jurídico interno un documento con significado legal, similar a la GUIA PRACTICA de cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios de los arts. 101 y 102 del TFUE que acompaña la comunicación de la Comisión de marzo de 2013”*, sin embargo, a la hora de aceptar el informe económico de la empresa que reclama los daños, argumenta (Fto. Jco. 8º, n. 38.4) que *“el método utilizado por el perito de la parte demandante no se puede reputar como erróneo, incorrecto o alejado de los métodos que recoge la Guía Práctica”*.

97. Las sucesivas sentencias que se han ido dictando -¡y las que vendrán!- al hilo de este *cártel de los sobres*, o cualesquiera otros de los que se deriven acciones resarcitorias, siguen esta línea de razonamiento, como puede apreciarse en otro pronunciamiento¹¹⁷, dictado dos días después de los anteriores, el 8 de junio de 2018, por el Juzgado Mercantil nº 11 de Madrid. En este asunto el demandante son las **Obras Misionales Pontificias de la Propagación de la Fe**, que reclaman a las mismas empresas (Printeos, Adveo y Envel) daños por importe de €561.893. Y, pese a que la consultora es la misma que en el caso que acabamos de reseñar, Alfa Completness, en opinión del Juez Mercantil el informe pericial aportado *“adolesce de una serie de deficiencias en cuanto a su metodología y conclusiones que impiden que pueda ser tenido en cuenta a tal efecto”* (Fundamento Jurídico 4º, apdo. 4.2.3), lo que lleva a desestimar en su integridad la acción de daños y perjuicios.

98. En este otro caso resuelto por el Juzgado Mercantil de Madrid, el reproche al informe pericial básicamente consiste en rechazar el análisis contra-fáctico ya que argumenta su valoración del daño sobre una de las tres conductas del *cártel*, la de fijación de precios, cuando la que los demandantes habían sufrido era otra, la del reparto de mercados, y -según el tribunal- en ese tipo de comportamiento anticompetitivo no hay fijación de precios más elevados que se apliquen luego a los clientes finales. En la medida en que el informe pericial de los demandantes no ofrece argumentos suficientes para acreditar este perjuicio económico sufrido, no se conceden daños.

99. Finalmente, encontramos en el pasado mes de septiembre, y en menos de una semana, tres Sentencias más, dictadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (a cargo del ponente Eduardo Pastor Martínez), que resuelven las reclamaciones de daños entabladas contra las tres mismas empresas integrantes del *cártel* de los sobres (Printeos, Adveo y Envel) por las **Misiones Salesianas**¹¹⁸ (4 de septiembre de 2018), **CIFDSA**¹¹⁹ (5 de septiembre de 2018) y la **Mutua Madrileña**¹²⁰ (10 de septiembre de 2018).

100. Las tres sentencias son prácticamente iguales, y en ellas, tras las oportunas consideraciones sobre elementos varios de las acciones de daños (naturaleza extracontractual, legitimación, prescripción,

¹¹⁶ SJMerc. nº 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (ECLI: ES:JMB:2018:2166).

¹¹⁷ SJMerc. nº 11 de Madrid, de 8 de junio de 2018 (ECLI:ES:JMM:2018:1232).

¹¹⁸ SJMerc. nº 3 de Barcelona, de 4 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2725).

¹¹⁹ SJMerc. nº 7 de Barcelona, de 5 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2726).

¹²⁰ SJMerc. nº 7 de Barcelona, de 10 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2727).

solidaridad impropia, etc.), se llega al Fundamento Jurídico 3º, en el que bajo la rúbrica “Valoración de dictámenes periciales”, señala el magistrado que:

“En este fundamento jurídico, que es el que determinará de forma más intensa el resultado de la instancia, voy a conceder mayor poder de convicción al dictamen pericial aportado a las actuaciones por la parte actora”.

101. Y, en efecto, tras una muy acertada aproximación dogmática y jurisprudencial a la valoración de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, apoyo en los principios contenidos en la Guía Práctica, y fundamentándose en la STS de 7 de noviembre de 2013, va rechazando uno por uno los dictámenes periciales aportados por las demandadas, y acepta en los tres casos el aportado por la parte actora.

102. Esta dialéctica entre informes periciales no es, ni mucho menos, nueva en nuestra jurisprudencia, aunque es evidente que las acciones de daños antitrust le han dado nuevo realce. Por ejemplo, a comienzos de esta década se declaró¹²¹ la conducta de *Sogecable y Audiovisual Sport (AVS)* de no adaptar, en la Temporada 2003/2004 y sucesivas, los mínimos garantizados de los contratos de emisión de partidos de fútbol suscritos en su día por los cable operadores como constitutiva de un abuso de posición dominante. El juez concluye que la cuantificación que hace el Informe pericial de la parte demandante es más convincente –por adecuado y por los parámetros utilizados– que el de la parte demandada¹²², con lo que es el que asume en la sentencia, y el que utilizar para conceder los daños solicitados.

103. De igual modo, en el conflicto *Antena 3 / LNFP*, en sede de apelación se anuló la Sentencia de primera instancia que concedía al reclamante de daños (la cadena de televisión) una indemnización de 25,5 millones de euros, que son considerados por la Audiencia Provincial como “sueños de ganancias”, y no responde –su valoración económica y cuantificación– a los parámetros que el TS ha precisado para estos supuestos. Señala el Fundamento Jurídico 8º de la Sentencia¹²³ que: “*en el supuesto sometido a nuestra consideración, convenimos que las conclusiones del dictamen de Ernst & Young en que la demandante fundamenta su perjuicio económico, están basadas en un escenario teórico y subjetivo que no se ajusta a la realidad*”.

104. No es tampoco difícil encontrar en resoluciones judiciales de todo tipo de instancias acendrados reproches a la falta de claridad de los informes periciales. Así, se han llegado a calificar por un Juzgado de lo Mercantil como “ininteligibles”¹²⁴; y en multitud de Sentencias se critica por el juzgador su falta de claridad y rotundidad¹²⁵. Es muy interesante, a este respecto, la lectura de algunos trabajos de los propios jueces mercantiles¹²⁶, o magistrados de otras instancias judiciales¹²⁷, analizando la situación y la dificultad a la que se enfrentan en la aplicación privada del Derecho de la Competencia.

¹²¹ SJMerc. nº 7 de Madrid, de 4 de marzo de 2010, núm. 64/2010.

¹²² Es muy ilustrativo, a este respecto, todo el Fundamento Jurídico 3º de esta sentencia, 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.

¹²³ SAP de Madrid (Sec. 25bis), de 18 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2006:18).

¹²⁴ SJMerc nº 5 de Madrid de 11 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:JMM:2005:70).

¹²⁵ SAP de Madrid (Sec. 28), de 22 de octubre de 2012 (ECLI:ES:APM:2012:20908); SAP de Barcelona (Sec. 19), de 18 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:APB:2013:14854); STSJ de Extremadura (Secc. 1 de lo Contencioso), de 15 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TSJEXT:2016:687).

¹²⁶ *Vid.*, por todos, el que lleva a cabo quien ha sido sin duda uno de los Jueces de lo Mercantil en España pionero en esta materia, sintetizando acertadamente la vinculación producida por las resoluciones administrativas: A. ARRIBAS HERNÁNDEZ, “¿Es eficaz la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España? El papel de los jueces de lo mercantil”, en G.A. BENACCHIO y M. CARPAGNANO (dirs), *Il Private Enforcement del Diritto Comunitario della Concorrenza. Ruolo e Competenze dei Giudici Nazionali*, Ed. Cedam, Milán (2012), pp. 181 – 191.

¹²⁷ J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Los juzgados de lo mercantil ante el Derecho Comunitario de la Competencia”, *Anuario de la Competencia 2003*, Ed. Marcial Pons – Fundación ICO (2004), págs. 157 a 184.

105. Es pues, labor de los peritos, no sólo realizar un trabajo correcto en la cuantificación del daño, además presentarlo de forma comprensible para el juez. Y a esto se enfrentan los jueces que resuelven sobre acciones de daños derivados de ilícitos antitrust. Así lo resumía en fechas muy recientes -y con estas lapidarias palabras terminamos este apartado- precisamente el que ha sido ponente de las tres últimas Sentencias sobre el *cartel de los sobres* que acabamos de reseñar aquí:

“La creación de una doctrina judicial uniforme en el enjuiciamiento de estas acciones requerirá de mucha reflexión y discusión y, también, del acompañamiento de los estudios académicos. Los jueces mercantiles españoles debemos convertirnos en “jueces de competencia” y eso es algo que no puede improvisarse. Eso no hace que nuestra obligación de evolución profesional sea menos urgente: los dioses han cambiado y no debemos enfrentarnos a su nueva naturaleza”¹²⁸.

IV. El triunfo de las acciones “stand-alone”: el *cartel del seguro decenal*

106. En una de las Sentencias que se han reseñado en el apartado anterior, la que resuelve la reclamación de daños de la Mutua Madrileña¹²⁹ contra tres empresas integrantes del *cartel de los sobres de papel*, se da una particularidad que no concurre en el resto de los pronunciamientos de la saga: la Resolución de la CNC de la que trae causa todo el subsiguiente proceso de acciones resarcitorias no menciona en ningún momento a la empresa que reclama los daños¹³⁰. En el Fundamento Jurídico 2º, apdo. IV se resuelve esta alegación, formulada por una de las demandadas en su escrito de contestación a la demanda, señalándose que esa circunstancia no es relevante para desestimar la pretensión:

“Por la naturaleza y sentido de los expedientes sancionadores instruidos por la CNMC, que son los de constatar la existencia de infracciones anticompetitivas y sancionarlas administrativamente, pero no la de establecer una relación exhaustiva y excluyente de eventuales perjudicados privados (razón por la que coexisten, tras el pronunciamiento de resolución administrativa y sin perjuicio de su carácter vinculante, acciones stand alone y follow on)”.

107. Pues bien, precisamente de estas acciones *stand-alone* vamos a hablar en este último apartado. Pese a que no hay un consenso absoluto, la acepción más extendida¹³¹ en castellano para distinguir las es el de acciones “de seguimiento” o derivadas (*follow on*) y acciones “autónomas” o independientes (*stand alone*). Se precisa, con carácter previo, realizar una serie de consideraciones sobre el grado de vinculación que la decisión administrativa tiene sobre el juez civil, así como describir con un cierto grado de detalle los avatares que experimentó -bajo la aplicación pública del Derecho de la Competencia- el *cartel del seguro decenal*, la desastrosa revisión judicial de que fue objeto ante la Audiencia Nacional, salvada en parte por la ulterior revisión casacional por el Tribunal Supremo, para llegar finalmente al éxito de la aplicación privada del Derecho de la Competencia, en la forma de acción de daños entablada por la empresa MUSAAT, estimada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil y confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid.

¹²⁸ E. PASTOR MARTÍNEZ, “Jueces de competencia”, en el Blog *Almacén de Derecho*, 23 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://almacendederecho.org/jueces-de-competencia/> (última consulta el 30 de noviembre de 2018).

¹²⁹ SJMerc. nº 7 de Barcelona, de 10 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2727).

¹³⁰ En la Sentencia que resuelve (JMerc nº 3 de Madrid, de 10 de mayo de 2018) sobre la reclamación planteada por la Cámara de Comercio, hablando precisamente sobre esta pretendida falta de individualización de las respectivas responsabilidades de las empresas integrantes del cartel, señala con acierto (Fto. Jco. 4º) que “El daño, en un supuesto de cartel que infringe el derecho de la Competencia, no lo causa la relación comercial de una partícipe del cartel con el tercero perjudicado, sino que lo causa el acuerdo colusorio mismo”.

¹³¹ *Vid.*, por todos, H. BROKELMANN, “La responsabilidad civil por infracción de las normas de defensa de la competencia”, en A. FONT I RIBAS y S. GÓMEZ TRINIDAD (Coords.), *Competencia y acciones de indemnización*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pág. 108.

1. Consideraciones previas: la vinculación al juez civil

108. La problemática de la vinculación de la jurisdicción civil a las decisiones sancionadoras de las ANC en el marco de las acciones de daños derivadas del incumplimiento de la normativa antitrust ha sido estudiada en profundidad por la doctrina¹³², y a esos estudios nos remitimos para un análisis exhaustivo, ya que excede con creces el ámbito de este comentario. Aquí nos limitaremos a destacar sus rasgos esenciales, ilustrándolo con el ejemplo del *cártel del seguro decenal*, y la acción de daños ejercida por la aseguradora MUSAAT.

109. En el plano comunitario esta cuestión no ofrece ninguna dificultad, ya que desde las conocidas Sentencias *Delimitis*¹³³ y *Masterfoods*¹³⁴, está clara –ex artículo 16 del Reglamento nº 1/2003– la obligación del juez nacional de respetar las decisiones de la Comisión Europea, incluso si aún no estuviesen adoptadas (pero sí “previstas”).

110. Sin embargo, en el plano de derecho interno, el valor que se atribuya a las decisiones de la autoridad de competencia que se hayan dictado¹³⁵ en el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas (las llamadas acciones “*follow-on*”), es un tema de la mayor trascendencia y complejidad, ya que es precisamente la existencia de esa decisión lo que motiva el ejercicio de la acción resarcitoria. Incluso las sentencias firmes emanadas de la revisión jurisdiccional que confirman las sanciones impuestas por las autoridades de competencia tampoco vincularían al tribunal civil en virtud del artículo 12 de la LOPJ¹³⁶, siendo la jurisprudencia del TS muy taxativa a este respecto¹³⁷.

111. Como puso de manifiesto en una publicación doctrinal¹³⁸ hace casi una década el magistrado ponente del pronunciamiento de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que acabamos de citar, es evidente que la relación entre litigios pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales no es una cuestión pacífica, y sin embargo tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia reconocen la vinculación del juez civil a la resolución judicial de la Audiencia Nacional que confirme la resolución administrativa en virtud del efecto de cosa juzgada en sentido positivo o material. Por ello, tras referirse a la decisión de la CNC como un “instrumento de convicción de gran autoridad” para la jurisdicción civil, se señalaba a continuación en la Sentencia anteriormente citada que: “*Esta previa resolución contencioso-administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil*”.

¹³² Vid., por todos, A.-L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de Competencia en la aplicación privada del derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 114-157.

¹³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis c. HenningerBräu AG*, Asunto C-234/89. Rec. 1991 I-00935 (ECLI:EU:C:1991:91).

¹³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, Asunto C-344/98. Rec. 2000 I-11369 (ECLI:EU:C:2000:689).

¹³⁵ Así lo señaló hace unos años, con acierto, F. JIMÉNEZ-LA TORRE, “Las reclamaciones de daños por infracciones de Competencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Editorial LA LEY, Nº 25, La tercera de GJ, enero-Febrero 2012.

¹³⁶ “*En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial*”. Véase la sentencia de Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, de 19 de junio de 2013 (RJ 625/2008), dictada escasos días después de la publicación de la Propuesta de Directiva, y en la que se expresan reticencias sobre esta cuestión.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2015, rec. núm. 220/2013, RJ 191/2015 (ECLI: ES:TS:2015:191): “*Bajo la normativa actualmente en vigor, no existe ninguna norma legal que, de forma equivalente al art. 16.1 RCE 1/2003 respecto del carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea, disponga que las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales, en nuestro caso la Comisión Nacional de la Competencia (en la actualidad, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), vinculen necesariamente al tribunal del orden jurisdiccional civil en el enjuiciamiento de las acciones civiles basadas en las mismas conductas*” (Fundamento de Derecho 15).

¹³⁸ I. SANCHO GARGALLO, “Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia”, Revista electrónica *Indret*, núm.1, 2009, pp. 14 y ss. Disponible en: <http://www.indret.com/es/>

112. A este respecto, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE prevé que una resolución firme de una autoridad administrativa “*se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional*” (párrafo 1º), estableciendo el mandato para los órganos jurisdiccionales de que la tengan en cuenta “*al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes*” (párrafo 2º).

113. Tras un amplio debate, y barajar diferentes fórmulas legislativas para su transposición a nuestro derecho interno, esta norma ha quedado consagrada en el nuevo artículo 75 LDC, que bajo la rúbrica “*Efecto de las resoluciones de las autoridades de la competencia o de los tribunales competentes*” establece (párrafo 1º):

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

114. La doctrina ha hecho una valoración positiva de esta fórmula adoptada por el legislador, destacando que “la vinculación de las decisiones administrativas requiere un elemento adicional: **la firmeza**. Firmeza que viene a manifestar la exigencia de intervención –o al menos, posibilidad de intervención- de una autoridad judicial que controle lo actuado por la administración. Sin firmeza y ante un mero pronunciamiento administrativo carente de respaldo judicial, una resolución de la CNMC (o de otra autoridad de competencia) no puede desplegar ningún efecto vinculante –*de iure*- (ni con relación a los hechos constatados ni a su calificación jurídica) ante la jurisdicción civil”¹³⁹.

115. Se ha criticado –acertadamente- el diferente tratamiento de esta eficacia vinculante en función de que provenga de la autoridad de competencia propia del mismo Estado miembro o de otro¹⁴⁰. Del mismo modo, ya que la firmeza puede emanar de una decisión administrativa y no de un pronunciamiento judicial, algunos autores van más lejos, proponiendo¹⁴¹ incluso una modificación del art. 222.1 LEC, que sustituya la expresión «sentencias firmes», por «resoluciones firmes».

116. Además, y como se ha señalado igualmente, “este artículo 75 LDC no atenta contra la independencia judicial consagrada en el artículo 117 CE, ya que la vinculación sólo se refiere a la existencia de la infracción en su ámbito subjetivo, los hechos y naturaleza de la infracción, pero no en los restantes elementos de la resolución”¹⁴². Incluso, como veremos seguidamente, el juez puede perfectamente separarse de determinados hechos que consten probados en la resolución sancionadora, y en la calificación jurídica otorgada por ésta, si tiene motivos razonados para hacerlo conforme a su propia valoración del asunto.

2. El expediente sancionador ante la autoridad administrativa

117. La Resolución¹⁴³ de la entonces Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 12 de noviembre de 2009 impuso a seis compañías aseguradoras y reaseguradoras¹⁴⁴ multas que ascendían a un importe de casi 121 millones de euros por la comisión de prácticas anticompetitivas en el mercado del

¹³⁹ C. HERRERO SUÁREZ (2016), *Op.cit.*, pág. 169 (énfasis en el original).

¹⁴⁰ A. ZURIMENDI ISLA, “La indemnización de daños y perjuicios”, en A. ROBLES MARTÍN-LABORDA (Coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Ed. Comares, Granada 2017, pág. 297.

¹⁴¹ P. FERRÁNDIZ, “Exhibición de pruebas en procedimientos de daños antitrust (I)”, en el blog *Almacén de Derecho*, 17 de julio de 2017, disponible en: <https://almacendederecho.org/exhibicion-pruebas-procedimientos-danos-antitrust-i/> (última consulta el 14 de agosto de 2018).

¹⁴² P. VIDAL MARTÍNEZ y T. ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, “Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la Competencia”, *La Ley Mercantil*, nº 38 (2017), pág. 20.

¹⁴³ RCNC de 12 de noviembre de 2009, Expediente S/0037/08 *Compañías de Seguro Decenal*.

¹⁴⁴ ASEFA, CASER, MAPFRE, MÜNCHENER, SCOR y SWISS RE.

seguro decenal entre 2002 y 2007 (en infracción de los arts. 1.1 de la Ley 15/2007 y 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

118. El funcionamiento del sector de los seguros en España en relación con este pronunciamiento de la autoridad administrativa ya ha sido estudiado en profundidad por la doctrina más atenta, y por ello nos remitimos a los estudios ya publicados al respecto¹⁴⁵. En este comentario nos interesa únicamente en cuanto “antecedente necesario” para las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil y de la Audiencia Provincial que van a ser objeto de análisis. Como acertadamente ha señalado el prof. MARCOS: “La infracción sancionada por la CNC comprendía tanto el cártel (que implicaba tanto a aseguradoras, como a reaseguradoras) como las medidas de vigilancia y cumplimiento, y entre ellas, el boicot que algunas de las cartelistas habrían empleado para evitar que MUSAAT lanzara al mercado una póliza que no respetara los precios y condiciones establecidas por el cartel”¹⁴⁶.

119. En lo que hace referencia al cártel, la CNC estableció como acreditada la evidencia tanto del acuerdo inicial de precios mínimos, de fecha 5 de diciembre de 2001 (y que en el expediente se denomina “medidas correctoras SDD2002”) como de la intención de las empresas de aplicarlo y extenderlo a todo el mercado del ramo del seguro decenal. El otro factor que la CNC tuvo en cuenta –y esto es especialmente relevante para la acción de daños que a la postre ejercerá MUSAAT-, fue el de los mecanismos destinados a asegurar el cumplimiento y control del acuerdo anticompetitivo, con algunos ejemplos de las medidas adoptadas (incluyendo el boicot y los actos de retorsión) para impedir la bajada en los precios¹⁴⁷.

120. Naturalmente, todas las empresas sancionadas por la CNC acudieron a la vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional, quien a los tres años dictó las correspondientes Sentencias (en los recursos interpuestos por ASEFA¹⁴⁸, SCOR¹⁴⁹, CASER¹⁵⁰, MAPFRE¹⁵¹, MÜNCHENER¹⁵² y SWISS RE¹⁵³) que anulaban por completo la Resolución de la CNC. Increíblemente –ya que todas fueron dictadas por la misma Sección 6ª, revisora de las decisiones administrativas en este ámbito- lo hicieron con fundamentos y razonamientos jurídicos distintos. El único motivo que compartían era la discrepancia con la CNC en cuanto a que el comportamiento de las aseguradoras y reaseguradoras –plasmado en el documento “medidas correctoras SDD2001”- no era un acuerdo de voluntades propiamente dicho, y por tanto no constituía una infracción del art. 1 LDC ni del art. 101 TFUE.

121. Así, de esta manera tan sorprendente, y desde luego que refleja tan poca coherencia y consistencia en la revisión judicial, la Audiencia Nacional, entendió que no se trataba de una conducta anticompetitiva, sino una actuación que respondía a las circunstancias del momento, caracterizado por la novedad de la introducción del seguro decenal obligatorio, la peculiar regulación del sector, y en cierta manera la conveniencia y oportunidad de intercambios de información entre las empresas del ramo, para ajustar mejor sus primas de riesgo.

¹⁴⁵ *id.* por todos, F. MARCOS FERNÁNDEZ, “The Spanish Property Insurance Cartel”, *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 18/2, primavera 2012: 79-101.

¹⁴⁶ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Sí, hay indemnizaciones de daños y perjuicios por el cártel del seguro decenal”, publicado el 31 de julio de 2014 en el blog del *Observatorio de Aplicación del Derecho de la Competencia*, disponible en: <http://www.observatorioantitrust.eu/es/si-hay-indemnizaciones-de-danos-y-perjuicios-por-el-cartel-del-seguro-decenal/> (última consulta el 10 de enero de 2018).

¹⁴⁷ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “El cartel del seguro decenal sale del Tribunal Supremo”, en el Blog del *Observatorio de Aplicación del Derecho de la Competencia*, publicado el 22 de julio de 2015, disponible en: <http://www.observatorioantitrust.eu/es/el-cartel-del-seguro-decenal-sale-del-tribunal-supremo/> (última consulta el 13 de enero de 2018).

¹⁴⁸ SAN de 4 de enero de 2013, RJ 1/2013 (ECLI:ES:AN:2013:1).

¹⁴⁹ SAN de 18 de diciembre de 2012, RJ 5232/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5232).

¹⁵⁰ SAN de 14 de diciembre de 2012, RJ 5233/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5233).

¹⁵¹ SAN de 20 de marzo de 2013, RJ 1176/2013 (ECLI:ES:AN:2013:1176).

¹⁵² SAN de 18 de diciembre de 2012, RJ 5306/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5306).

¹⁵³ SAN de 10 de abril de 2013, RJ 1663/2012 (ECLI:ES:AN:2012:1663).

122. No sorprende, ante semejante “desconcierto” judicial, que la Comisión Europea se personara en calidad de *amicus curiae* en los recursos de casación contra las Sentencias de la Audiencia Nacional ante el Tribunal Supremo, haciendo uso de una herramienta que sólo emplea en casos muy excepcionales¹⁵⁴. Como ha señalado el prof. MARCOS, quien ha estudiado y analizado a fondo este asunto, “es muy negativo que la revisión judicial del caso se ha construido sobre un análisis deslavazado del caso por la Audiencia Nacional, que dictó seis sentencias poco coherentes entre sí sobre el mismo supuesto de hecho, y con una calidad técnica deficiente”¹⁵⁵.

123. Finalmente, este largo y complejo periplo del *public enforcement* en torno al cártel del seguro decenal se cerró en 2015 con las seis Sentencias de nuestro Alto Tribunal, que en cuatro casos (ASEFA¹⁵⁶, CASER¹⁵⁷, SCOR¹⁵⁸ y SWISS RE¹⁵⁹) anula los respectivos pronunciamientos de la AN, y por tanto ratifica en cuanto al fondo la Resolución original de la CNC de 2009, mientras que en los otros dos (MAPFRE¹⁶⁰ y MÜNCHENER¹⁶¹) los confirma, declarando no contraria al artículo 1 LDC la conducta de dichas empresas.

124. Piénsese en lo conflicto de la eventual reclamación de daños contra estas dos empresas, “exculpadas” por nuestro Alto Tribunal de infracción administrativa, pero ¿quedan necesariamente libres también de una condena a resarcir el perjuicio económico derivado del cártel? Siguiendo la línea de razonamiento en la que ahora abundaremos, la acción civil puede discurrir con independencia del expediente administrativo; naturalmente, los estándares de prueba son diferentes en uno y otro procedimiento¹⁶², y los posibles demandantes tienen además que en cierta forma rebatir las conclusiones a las que llega el TS.

125. Para un análisis detallado del desolador panorama que ha supuesto la revisión judicial de la Resolución de la CNC, nos remitimos a las publicaciones del prof. MARCOS que hemos recogido en estas páginas. Ahí se encuentra también un cuadro-resumen de las referidas sentencias¹⁶³:

TABLA 1. CUADRO-RESUMEN SENTENCIAS

	RCNC 12/XI/09 S/0037/08	AN	Fallo Audiencia		TS	Fallo TSupremo	2015
		Fecha			Fecha		
ASEFA	€27,759M	4/II/13	Anula RCNC	Sin prueba+REC	26/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC
CASER	€14,241M	14/XII/12	Anula RCNC	Falta culpa	26/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC
MAPFRE	€21,632M	20/III/13	Anula RCNC	Sin prueba	27/V	Confirma SAN	Sin prueba
MÜNCHENER	€18,856M	18/XII/12	Anula RCNC	Sin prueba	9/VI	Confirma SAN	Sin prueba
SCOR	€18,599M	18/XII/12	Anula RCNC	Sin prueba+REC	22/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC
SWISS	€22,641M	10/IV/13	Anula RCNC	Sin prueba+REC	22/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC

¹⁵⁴ Como señala el artículo 15.3 del Reglamento 1/2003, única y exclusivamente cuando la aplicación coherente del derecho de la competencia en la UE lo requiere, y se circunscribe esta facultad excepcional a aquellos expedientes de procesos judiciales en los Estados miembros en los que existe un riesgo de aplicación de las normas antitrust europeas, en el sentido en que dicha aplicación es interpretada por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la UE, garante último de la misma.

¹⁵⁵ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Lecciones de la revisión judicial del cártel del seguro decenal”, en *Actas de Derecho Industrial*, nº 36 (2015-16), pág. 194.

¹⁵⁶ STS de 26 de mayo de 2015, RJ 2543/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2543).

¹⁵⁷ STS de 26 de mayo de 2015, RJ 2536/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2536).

¹⁵⁸ STS de 22 de mayo de 2015, RJ 2297/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2297).

¹⁵⁹ STS de 22 de mayo de 2015, RJ 2397/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2397).

¹⁶⁰ STS de 27 de mayo de 2015, RJ 2656/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2656).

¹⁶¹ STS de 9 de junio de 2015, RJ 2516/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2516).

¹⁶² Sobre esta cuestión *Vid.* el acertado análisis de A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia”, en M^a J. MORILLAS; P. PERALES y L. PORFIRIO (eds.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al prof. R. Illescas*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (2015), pág. 1123.

¹⁶³ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Matrioskas judiciales en la revisión del cártel de seguro decenal”, en el blog *Almacén de Derecho*, publicado el 3 de agosto de 2015, disponible en: <http://almacenderecho.org/matrioskas-judiciales-en-la-revision-del-cartel-de-seguro-decenal/> (última consulta el 30 de octubre de 2018).

126. En estas páginas nos centraremos, en cambio, en uno de los efectos colaterales de este asunto: la acción de daños planteada por la empresa MUSAAT –ante la jurisdicción civil- contra tres de las empresas integrantes del cártel del seguro decenal.

3. La acción de resarcimiento patrimonial ante el Juez Mercantil

127. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de 9 de mayo de 2014¹⁶⁴ estima la demanda de resarcimiento patrimonial entablada por MUSAAT, aseguradora que no participó en el cártel y que ofreció el seguro decenal a precios inferiores a los mínimos pactados. Esta sentencia condena¹⁶⁵ a las aseguradoras ASEFA y CASER y a la reaseguradora SCOR a pagar a MUSAAT una indemnización de 3.550.615,7 euros por los daños y perjuicios derivados de los actos de boicot y retorsión contra ella, vulnerando el artículo 1 de la LDC, así como el artículo 101 del TFUE.

128. MUSAAT, que no es una víctima del cártel del seguro decenal sino un competidor de las aseguradoras presuntamente en él implicadas, alega en su demanda que entre finales de 2006 y principios de 2008 las demandadas llevaron a cabo contra ella actos de boicot y retorsión, como consecuencia de que comercializara un seguro decenal de daños a la edificación, a precios inferiores a los precios mínimos pactados por el cártel, y que dichos actos de boicot y retorsión afectaron al desarrollo y consecución del reaseguro¹⁶⁶. Así, expone que, tras sondear a varias reaseguradoras que operaban en el mercado español, sin éxito, acudió al bróker del reaseguro AON RE, para que le facilitase reaseguro. Al parecer, la reaseguradora HANNOVER RE accedió a dar reaseguro en la modalidad XL a MUSAAT por intermediación del citado bróker.

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

130. La juez, que reconoce la continuidad de la conducta¹⁶⁷, estima acreditado (Fundamento de Derecho 7º) que *“las tres codemandadas primero presionaron a fin de que HANNOVER RE no reasegurase a*

¹⁶⁴ Sentencia núm. 88/2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014, RJ 24/2014 (ECLI:ES:JMM:2014:118).

¹⁶⁵ *Vid.*, para un análisis detallado de este pronunciamiento, F. DÍEZ ESTELLA y C. ESTRADA MERAYO, “Las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 15 (2014).

¹⁶⁶ La Resolución de la CNC sostiene que *“ante la conducta de algunas aseguradoras cedente, y de forma particular MUSAAT, de aplicar precios inferiores a los pactados, ASEFA, CASER, SCOR, SUIZA y MRSEP reaccionaron de forma coordinada con el objetivo de mantener el nivel de precios mínimos acordado, presionando a las reaseguradoras (como HANNOVER RE) que se mostraban dispuestas a contratar con MUSAAT su negocio en SDD para 2007 a precios inferiores a los acordados”*. El reproche antitrust de la CNC a estas conductas *“surge por su origen coordinado o concertado y por su finalidad anticompetitiva: vigilar que el acuerdo de precios era respetado por las partes y por todo el mercado, y en caso de detectarse incumplimientos, ponerlos en conocimiento de los miembros del cártel de precios mínimos para, en su caso, adoptar medidas de presión, retorsión y boicot”*.

¹⁶⁷ La CNC la calificó de *“infracción compleja, muy grave, única y continuada en el tiempo”*. Esta calificación ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de nuestra autoridad de competencia, y no ha estado exenta de cierta polémica doctrinal. *Vid.*, entre otras, las RRCNC de 30 de julio de 2013, Exp. S/0380/11, *Coches de Alquiler*; de 26 de noviembre de 2013, Exp. S/0314/10, *Puerto de Valencia*; y de 28 de febrero de 2013, Exp. S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*.

MUSAAT” y, segundo, “*intentaron evitar que la entidad MUSAAT obtuviera Reaseguro en la modalidad XL de otra/s entidades, llegando a condicionar la celebración de contratos a compromisos de no contratación de tales productos con MUSAAT*”. En este sentido, considera (Fundamento de Derecho 8º) que este comportamiento sí cabe ser calificado como actos de boicot y las 'advertencias' realizadas a la otra empresa pueden ser conceptuadas como actos de retorsión. Por otro lado, MUSAAT arguye que el comportamiento de las codemandadas se encaminaba a mantener el nivel de precios mínimos acordado. A este respecto, recoge la sentencia que de la prueba documental aportada se deduce la preocupación de las codemandadas respecto de que una aseguradora realice ofertas por debajo del “*casual*” precio “*prácticamente común*” de las demás.

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

132. Más adelante, en el Fundamento de Derecho 6º, recoge la Sentencia del Juez Mercantil una amplia argumentación del Tribunal Constitucional¹⁶⁸ (Sentencia núm. 192/2009, de 28 de septiembre), que establece la conocida doctrina sobre cuándo un juez puede "apartarse" de lo establecido por otra jurisdicción. Finalizada la extensa referencia a la doctrina constitucional que hemos transcrito a pie de página, el Juez Mercantil sigue el precedente¹⁶⁹ marcado por el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 7 de noviembre de 2013 recordaba (Fto. Jco. 4º, apdo. 3) cómo:

“esta vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales (...) tiene mayor sentido aun en un sistema como el del art. 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que es calificado como de "follow on claims" (...) por lo que ninguna indefensión le produce la vinculación de la jurisdicción civil, en los términos que se ha expresado, a los hechos constitutivos de la conducta anticoncurrencial”.

133. Pero no estamos ante la Ley 16/1989, sino ante la Ley 15/2007, que deroga el antedicho artículo 13.2 LDC, y suprimiendo ese requisito de procedibilidad, permite las acciones “*stand alone*”. Y, concluye el Fundamento de Derecho 6º, en cuanto a la vinculación a los hechos probados, y la valoración de la prueba documental obrante en el expediente administrativo y presentada junto con la demanda, en ejercicio de su labor judicial, dado que se ha incorporado al procedimiento ha de valorarse conforme al art. 217 LEC, lo que le permite al Juez Mercantil llegar a un fallo distinto del resultado obtenido en el proceso administrativo.

¹⁶⁸ “Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde **perspectivas jurídicas diversas** (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre [RTC 2008, 109], F. 3) (...)

» Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni **fundamentos que justifiquen tal apartamiento** (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, F. 4)” (énfasis añadido).

¹⁶⁹ Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2013, Rec. 5819/13 (RJ 5819/2013).

134. Y así, a diferencia de lo expresado por la Audiencia Nacional, que niega la existencia de un cártel y tampoco consideró que hubiera actos de boicot y retorsión, concluye la Sentencia que hubo actos de presión a MUSAAT (“*Por lo tanto, de la documental y demás prueba examinada se deduce la intervención, como poco, de las tres codemandadas en la concreta conducta consistente en realización de actos de presión a la reaseguradora HANNOVER RE, y a otras entidades reaseguradoras, a fin de que no proporcionaran el concreto reaseguro a MUSAAT*”, Fundamento de Derecho 7º *in fine*) y que dicha conducta es anticompetitiva (“*Y, en cuanto comportamiento contrario a la competencia eficiente, que obstaculizó la libre competencia, si cabe ser calificado como actos de boicot. Análogamente, las advertencias realizadas, al menos, a la reaseguradora HANNOVER RE, pueden ser conceptuadas como actos de retorsión*”, Fundamento de Derecho 8º *in fine*).

135. En el contexto del debate¹⁷⁰ sobre la firmeza de las decisiones administrativas –a los efectos de su carácter vinculante para la jurisdicción civil– obsérvese que este caso da lugar al supuesto inverso: inexistencia de licitud desde una perspectiva administrativa y, en cambio, acreditación de la conducta anticompetitiva y consecuente reconocimiento de responsabilidad civil. Esta situación, tan poco frecuente, naturalmente da pie a extender el debate sobre la vinculación o no del juez civil a resoluciones negativas, es decir, que no declaran o, en su caso, anulan una infracción. Para salir del atolladero, necesariamente se ha de predicar la separación entre el procedimiento administrativo y la acción de daños. Por ello, como ha señalado –pensamos que acertadamente– la doctrina que más a fondo ha estudiado este asunto, “la sentencia del juzgado de lo mercantil nº 12 de Madrid se apoya tan sólo parcial y mínimamente en la resolución de la CNC. Desgaja de la infracción compleja sancionada por la CNC el boicot”¹⁷¹.

136. En la calificación como conductas contrarias al art. 1 LDC la Sentencia del Juzgado Mercantil de 9 de mayo de 2014 “se adelanta”¹⁷² a algunos de los fallos en vía contencioso-administrativo, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 (que resuelve el recurso planteado por SWISS RE), cuando apuntaba esto mismo¹⁷³ en su Fundamento de Derecho 6º. La sentencia declara que los actos y conductas llevadas a cabo por las demandadas constituyen actos de boicot¹⁷⁴ y retorsión a MUSAAT, contrarios a los artículos 1 LDC, y 101 del TFUE. Como consecuencia de ello, y sobre la base del artículo 1902 del Código Civil, condena a las demandadas a indemnizar conjunta y solidariamente a MUSAAT por los daños y perjuicios ocasionados, en concepto de daño emergente en la cantidad de 3.550.615,7 euros, no habiendo lugar a imponer las costas a ninguna de las partes.

137. Antes de analizar la Sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve el recurso contra este pronunciamiento, procede hacer referencia a una interesante cuestión. La Sentencia del Juez Mercantil no se pronuncia directamente sobre el cártel, sino que lo hace sobre el boicot y los actos de

¹⁷⁰ *Vid.*, por ejemplo, P. CALLOL, “Procedimiento de reclamación de daños generados por ilícitos antitrust: aspectos clave de la recepción en España de la Directiva comunitaria y responsabilidad potencial del Estado por transposición tardía”, en M. A. RECUERDA GIRELA (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona 2017, págs. 232 y ss.

¹⁷¹ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz del cártel del seguro de daños decenal: Notas a propósito de la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014”, *La Ley Mercantil*, 29 de Julio de 2014, pág. 14.

¹⁷² *Vid.* un agudo análisis de esta Sentencia, y los reproches que sobre este punto concreto el Tribunal Supremo se dirigen a la Audiencia Nacional, en J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Otra (mejor) sentencia del Supremo sobre el cártel del seguro decenal”, en el blog *Almacén de Derecho*, publicado el 10 de junio de 2015. Disponible en la web: <http://www.almacenderecho.org/otra-mejor-sentencia-del-supremo-sobre-el-cartel-del-seguro-decenal/> (última consulta el 14 de diciembre de 2017).

¹⁷³ “*En todo caso, aun con independencia de cuál fuese el alcance real de lo acordado en el año 2002, las referidas prácticas de seguimiento y control y, desde luego, las actividades de represalia frente a los incumplidores, son conductas anticompetitivas constitutivas por sí mismas de infracción (...) debe concluirse que las reuniones y las prácticas encaminadas al seguimiento y control del cumplimiento del acuerdo y, claro es, la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores comportan por sí mismas una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (tanto en la Ley 16/1989, de 17 de julio como en la Ley 15/2007, de 3 de julio) y del artículo 81 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), ahora artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)*”.

¹⁷⁴ Un completo y exhaustivo análisis del boicot puede encontrarse en A. EMPARANZA SOBEJANO, *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Ed. Civitas, Madrid 2000.

retorsión que llevaron a cabo las demandadas como medida de vigilancia de que el acuerdo de precios era cumplido, y, además, se dicta antes de que la Resolución de la CNC devenga firme¹⁷⁵. No obstante, aquí no opera la prejudicialidad, por lo que el hecho de no haber recaído sentencia firme no obsta para que proceda el resarcimiento patrimonial.

138. La acción indemnizatoria ejercida por MUSAAT ha sido calificada por algunos autores no como acción aislada (*stand-alone*), sino como de seguimiento (*follow-on*), pero “parcial, atípica y anticipada”¹⁷⁶. En nuestra humilde opinión, ya manifestada en anteriores publicaciones¹⁷⁷, la consideramos como una *stand-alone claim*, bien es verdad que colateral, y que toma como precedente la decisión administrativa, pero no se fundamenta en ella, sino que tiene entidad propia y autónoma. Otros autores que han analizado este pronunciamiento se decantan también por calificarla como “una reclamación relacionada pero *independiente* de las conductas sancionadas por la CNC”¹⁷⁸.

4. El recurso de apelación ante la Audiencia Provincial

139. No puede desconocerse que la gran mayoría¹⁷⁹ de las acciones de reclamación de daños y perjuicios que van a ejercitarse lo serán del tipo *follow-on*, apoyándose en la previa decisión administrativa declarando –y sancionando– la conducta antitrust. Sin embargo, y de ahí la singularidad e interés del caso MUSAAT, el resarcimiento patrimonial no se apoya en el daño provocado por el cártel (en términos de sobre costes) a sus compradores, directos o indirectos, sino en el sufrido por un competidor de las compañías aseguradoras y reaseguradoras que fue objeto de actos de boicot y retorsión, precisamente por negarse a participar en la conducta anticompetitiva.

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

141. Ya se ha apuntado en la introducción a este apartado que esta suerte de “prejudicialidad administrativa” es uno de los aspectos que más dificultades ha planteado la transposición de la Directiva 2014/104/CE a los ordenamientos internos de los Estados miembros –no sólo el nuestro– de la UE. Se entiende el recelo de los órganos jurisdiccionales nacionales a esta pérdida de independencia en el ejercicio de sus funciones que supone el estar *vinculado* por un pronunciamiento de un órgano administrativo¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Como se ha expuesto, la Resolución de la CNC fue recurrida ante la Audiencia Nacional, quien anuló las multas impuestas por la Autoridad de Competencia.

¹⁷⁶ F. MARCOS (2014), “Indemnización de daños y perjuicios (...)”, *cit.*, pág. 11.

¹⁷⁷ F. DÍEZ ESTELLA, “Capítulo 6: El triunfo de las acciones *stand-alone* en las reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust (Análisis de la Sentencia de la AP de Madrid de 3 de julio de 2017)”, en M. A. RECUERDA GIRELA (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2018, págs.107 a 134.

¹⁷⁸ R. BAENA ZAPATERO y P. VELASCO SANZO, “Boicot en asociaciones y derecho de la competencia”, en M. A. RECUERDA GIRELA (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2018, pág.295, en nota a pie de página nº 45 (la cursiva es nuestra).

¹⁷⁹ De hecho se ha afirmado que la Directiva 2014/104/CE se decanta decididamente por este tipo de acciones, frente a las *stand-alone*: *Vid.*, A. CASADO NAVARRO, “La Directiva 2014/104/CE sobre acciones por daños en materia de competencia: una apuesta por las *follow-on actions*”, en J.I. RUIZ PERIS (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 427 a 450, Valencia 2016.

¹⁸⁰ Sentencia del SJMerc. nº 2 de Barcelona, núm. 45/2010, de 20 de enero de 2011, FD3º, “a diferencia de lo dispuesto en el artículo 16. 1º del Reglamento 1/2003 en relación con las decisiones de la Comisión Europea, que son vinculantes incluso si son objeto de recurso, dado que disfrutan, en principio, de una presunción de legalidad mientras no hayan sido anuladas o revocadas la Ley de 2007 no contempla tal vinculación”.

142. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), en su Sentencia¹⁸¹ de 3 de julio de 2017 resuelve el recurso de apelación planteado por SCOR, ASEFA y CASER contra la decisión del Juez Mercantil. Y lo hace recogiendo el mismo precedente del Tribunal Constitucional que ha invocado la Sentencia de instancia, concluyendo con el principio que ya se ha consagrado en la jurisprudencia de la “vinculación relativa”:

“(…) ni los hechos enjuiciados ni la perspectiva jurídica desde la que deben ser examinados (prácticas colusorias) experimentan variación alguna en el presente proceso civil, habiendo sido también comunes en ambos procesos los argumentos esgrimidos por las compañías ahora apelantes tendentes, bien a negar la existencia de acuerdos y prácticas colusorias, bien a justificar su amparo en la normativa de exención. Sin embargo, no nos parece necesario llevar a cabo una exposición detallada de tales concomitancias desde el momento en que son las propias entidades apelantes quienes proclaman su existencia y quienes, precisamente con base en esa circunstancia, postulan la aplicación en el presente caso del principio de vinculación relativa de las resoluciones emanadas de la jurisdicción contencioso-administrativa” (Fundamento de Derecho 3º)

143. A continuación, y como apoyo de su razonamiento, la AP no tiene empacho alguno en llevar a cabo la transcripción de cuatro folios completos de la Sentencia del TS de 26 de mayo de 2015, que resuelve el recurso planteado por ASEFA, y que la AP toma como paradigma y modelo válido para las otras dos recurrentes (SCOR y CASER), para concluir en el último párrafo de este mismo Fundamento de Derecho 3º que:

“Despejada, pues, en el sentido confirmatorio ya anunciado, la problemática referida a la realidad o irrealidad de las conductas imputadas a las demandadas en la demanda rectora del presente proceso así como la concerniente a la calificación jurídica de tales conductas, queda abierta, obviamente, la cuestión relacionada con la determinación de si tales conductas ocasionaron o no a MUSAAT algún quebranto patrimonial y, en caso afirmativo, a la cuantificación de ese quebranto, cuestiones ambas sobre las que, por obvias razones, no existe pronunciamiento alguno proveniente del orden contencioso administrativo”.

144. Este pronunciamiento podemos decir que consagra en nuestro derecho la virtualidad práctica de las *stand-alone claims*, que siempre serán minoritarias respecto a las *follow-on*, naturalmente, pero que tienen su propia entidad y trascendencia. A la jurisdicción mercantil le sirve como punto de partida la resolución administrativa –en este caso de la extinta CNC- y naturalmente los pronunciamientos que al respecto tienen lugar en sede contencioso-administrativa –a cargo de la AN y el TS-. Pero en Primera Instancia se ha considerado acreditada la existencia de una conducta anticompetitiva (actos de boicot y retorsión), de la que se han derivado unos perjuicios patrimoniales, que corresponde resarcir, y en sede de Apelación la Audiencia Provincial lo confirma, y por tanto procede a valorar la cuantificación del quebranto económico, cuestión sobre la cual, recuerda con acierto y precisión, “no existe pronunciamiento alguno proveniente del orden contencioso-administrativo”.

145. Claro que no puede haber pronunciamiento previo sobre el tema de los daños, eso está fuera del ámbito del expediente administrativo, y por tanto de su revisión contencioso-administrativa. Pero, a la vista del desbarajuste en cuanto a la calificación de la conducta de las compañías aseguradoras y reaseguradoras como anticompetitivos, lo mismo puede decirse del pronunciamiento administrativo sobre la licitud de tales actuaciones. La jurisdicción civil se pronuncia ella sola sobre la cuestión. No le hace falta la decisión previa, aunque evidentemente la tenga en cuenta como punto de partida. Volviendo a la frase anterior, “no existe pronunciamiento alguno proveniente del orden contencioso-administrativo”, añadiríamos nosotros, si se nos permite la licencia histórica, que “ni está, ni se le espera”. No hace falta una decisión administrativa previa, no toda acción de resarcimiento tiene que ser una *follow-on*, este caso del cártel del seguro decenal y el procedimiento civil seguido a instancias de la empresa MUSAAT es un claro triunfo –con los matices y reservas ya expresados en estas páginas- de las acciones *stand-alone*.

¹⁸¹ Sentencia núm. 339/2017, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), de 3 de julio de 2017, ROJ 9034/2017 (ECLI:ES:APM:2017:9034).

V. Conclusiones

146. En el marco, más amplio, del proceso de privatización del Derecho de la Competencia, y tras haber examinado en las páginas precedentes algunas de las problemáticas prácticas suscitadas en el ejercicio de acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, sobre todo a la luz de pronunciamientos judiciales recientes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1º. Desde la firma del Tratado de Roma en 1957, y a partir de ahí la promulgación de diversas normas *antitrust* en la UE de derecho derivado, así como en las respectivas normativas de los países europeos, la aplicación del Derecho de la Competencia ha sido eminentemente pública, encargada a órganos administrativos, y centralizada en las autoridades de defensa de la competencia, nacionales o comunitarias. Tuvo su razón de ser entonces, pero pasado ya más de medio siglo de *public enforcement* este sistema ha experimentado una profunda revisión.
- 2º. Tras la publicación del Reglamento 1/2003, que descentraliza la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, y en cierta forma moderniza el sistema en su conjunto, el siguiente paso ha sido el impulso al *private enforcement*. La aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia, buscando fines distintos (disuasión y resarcimiento patrimonial, respectivamente) están llamadas a **complementarse**, no a ser sustitutiva una de otra. Esta es la intención declarada por el legislador comunitario desde que se puso en marcha este proceso, y como tal ha quedado consagrado en el espíritu y el texto tanto de la Directiva 2014/104/CE como el RD Ley 9/2017 que la incorpora al Derecho español.
- 3º. En la doctrina, y en cierta forma también en los pronunciamientos judiciales que ya se han dictado resolviendo este tipo de reclamaciones, existe un amplio consenso en cuanto a las “ventajas” de **la aplicación privada**, y lo incompleto que estaba el *enforcement* antitrust sin esta efectiva posibilidad de ejercer acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos. De ahí que la valoración global de la normativa haya sido hasta la fecha muy favorable. Sin embargo, existen una serie de dificultades que se han ido poniendo de manifiesto al hilo de casos reales, cuya solución dista mucho de ser satisfactoria.
- 4º. Respecto de la **vinculación al juez civil de lo resuelto en sede administrativa** (una vez ganada firmeza en vía contencioso-administrativa), tanto la Directiva como su transposición al derecho español parecen lograr un cierto equilibrio entre la seguridad jurídica (unos mismos hechos no pueden tener diferente alcance jurídico según qué instancias del Estado los enjuicie) y la independencia judicial (como hemos visto, la vinculación no es absoluta). Este equilibrio, junto con las tensiones existentes cuando los pronunciamientos de ambos órdenes –el administrativo y el civil- no son coincidentes, se ha puesto de manifiesto en el *cártel del seguro decenal*. Este asunto es, en nuestra opinión, un buen ejemplo igualmente de la eficacia y virtualidad de las acciones *stand-alone*, sin dejar de reconocer que lo habitual en estos casos serán las acciones *follow-on*.
- 5º. Respecto de cuál **sea la jurisdicción competente** para conocer de este tipo de acciones de resarcimiento patrimonial, pese a las vacilaciones iniciales de la jurisprudencia, pensamos que la cuestión ha quedado ya zanjada, y sin dejar de tratarse de una responsabilidad extracontractual (ex artículo 1.902 CC), que en principio debería conocer el Juzgado de Primera Instancia, los pronunciamientos que hemos reseñado, especialmente la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso del *cártel del azúcar*, y los Autos más recientes de la Audiencia Provincial de Madrid, no ofrecen duda: corresponde a los Juzgados de lo Mercantil (al ser acciones incardinables en el artículo 86 ter 2.f) LOPJ).
- 6º. Otra consecuencia de la complementariedad a la que hemos hecho referencia entre public y private enforcement es la necesidad de arbitrar mecanismos para que el ejercicio de acciones de daños no perjudique el **programa de clemencia**, que tan útil y eficaz se ha revelado para la detección y persecución de los cárteles. En la medida en que todavía no se ha podido aplicar la nueva normativa promulgada a tal efecto, no está demostrado que las

- previsiones de la Directiva de Daños o las reformas introducidas para su transposición en la LEC y la LDC sean verdaderamente eficaces para conseguir este equilibrio.
- 7°. Una cuestión que trasciende el análisis jurídico y cae de lleno en la esfera económica, y sin embargo se ha demostrado como elemento decisivo de la estimación o desestimación de las acciones resarcitorias, es la **valoración y cuantificación del daño llevada a cabo por los demandantes, a través de los correspondientes informes periciales**. La importancia de este análisis no debe ignorarse, y el papel que los economistas están llamados a jugar en la aplicación privada del Derecho de la Competencia es de gran alcance. Como se ha apuntado para el *cártel de los camiones*, y hemos visto ya en diferentes Sentencias relativas al *cártel de los sobres de papel*, una incorrecta valoración del daño (por el empleo de un método inadecuado, o unos cálculos erróneos) lleva a la desestimación de la pretensión resarcitoria.
 - 8°. En el plano sustantivo, **la reforma de la LDC** para la transposición de la Directiva 104/2014/CE no ha supuesto grandes cambios en nuestro sistema, que podemos decir ya estaba preparado para las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, tanto *follow-on* como *stand-alone*. Es cierto que el reconocimiento de la defensa *passing-on* y otras novedades van a suponer un impulso a estas reclamaciones, pero en este momento la reforma es demasiado reciente para poder valorar adecuadamente su funcionamiento práctico.
 - 9°. En el plano procesal, **la reforma de la LEC** para la transposición de la Directiva 104/2014/CE sí ha supuesto una novedad de cierto calado, que ha sido acogida de modo dispar; desde un amplio sector doctrinal se celebra la introducción de figuras como el *discovery* para facilitar el acceso a las fuentes de prueba, y con ello impulsar el ejercicio exitoso de acciones de daños por parte de los perjudicados, pero no faltan -especialmente entre la magistratura- quienes recelan del acierto de estas medidas. Una vez más, cuando la normativa vigente empiece a ser aplicada a casos reales, podremos valorar su eficacia y utilidad.
 - 10°. Finalmente, señalar que la normativa aprobada y su aplicación por parte de los jueces, así como los estudios académicos que se están llevando a cabo sobre las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, con los matices y reservas que se han puesto de manifiesto en estas páginas, con carácter general sí puede decirse que están contribuyendo a una mejora del sistema en su conjunto y a una más eficaz y equilibrada aplicación privada del Derecho de Defensa de la Competencia, en beneficio de empresas, consumidores, y el mercado en su conjunto.