

# LA INTERPRETACIÓN NECESARIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESDE UN ENFOQUE *IUS INTERNACIONAL PRIVATISTA*\*

## THE NEED TO CONSIDER ANTITRUST LAW FROM A PRIVATE INTERNATIONAL LAW APPROACH

CAYETANA SANTAOLALLA MONTOYA

*Profesora Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad Internacional de La Rioja*

ORCID ID: 1-0002-2814-7894

Recibido: 17.01.2019 / Aceptado: 04.02.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4631>

**Resumen:** Tradicionalmente, el Derecho de la competencia se ha interpretado desde el Derecho administrativo y el Derecho mercantil, pero cada vez resulta más necesaria la interpretación desde el Derecho Internacional privado, para determinar el juez competente y la ley aplicable, cuando concurren elementos transfronterizos. Desde un punto de vista calificadorio, las infracciones a las normas de defensa de la competencia, se consideran materia extracontractual (a pesar de que hay casos contractuales), lo que remite al artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis y al Reglamento Roma II. Por su parte, los artículos 101 y 102 TFUE son leyes de policía. La jurisprudencia del TJUE resulta esclarecedora y crucial, mientras no se apruebe un Reglamento europeo que confirme la naturaleza de las infracciones a las normas de competencia.

**Palabras clave:** derecho de la competencia, derecho internacional privado, extracontractual, ley de policía, cartel damage claims.

**Abstract:** Traditionally, Antitrust Law has been interpreted from administrative law and commercial law, but it is increasingly necessary interpretation from private international law, to determine the competent judge and the applicable law, when cross-border elements concur. From a qualifying point of view, breaches of the rules of defense of competition are considered matters relating to tort, delict or quasidelict (although there are cases relating to contracts), which refers to article 7.2 of the Brussels I recast and the Rome II Regulation. Besides, articles 101 and 102 TFEU are overriding mandatory rules. The jurisprudence of the CJEU is enlightening, pending the adoption of a European Regulation confirming the nature of the infringements of the competition rules.

**Keywords:** antitrust law, private international law, relating to tort, delict or quasi-delict, overriding mandatory rule, cartel damage claims.

**Sumario:** I. Introducción. II. Infracciones a las normas de defensa de la competencia: ¿materia contractual o extracontractual? 1. El Reglamento Bruselas I bis. 2. El Reglamento Roma II. III. Las leyes de policía. IV Consideraciones finales.

---

\* Este artículo es consecuencia de los resultados de la tesis doctoral “La Política de competencia en su proyección sobre el agro español”, defendida por la autora en la Universidad del País Vasco UPV/EHU, el 8 de mayo de 2017, y dirigida por el profesor D. Juan José Álvarez Rubio. Desde aquí, quiero expresar mi agradecimiento a mi director y Maestro.

## I. Introducción

1. La UE no posee un sistema de Derecho privado material completo al que los tribunales puedan acudir como sistema de referencia. Por esta razón, y por la importancia de mantener una aplicación uniforme de los textos, la labor interpretativa del TJUE es fundamental, porque ayuda a que los Estados miembros establezcan un significado y alcance común de los conceptos y categorías jurídicas utilizadas en los distintos instrumentos de Derecho Internacional Privado.

2. Como cualquier acción civil, las infracciones a las normas de defensa de la competencia, deben ser caracterizadas para determinar su naturaleza, e identificar los factores de conexión más apropiados. A su vez, el factor de conexión establecido en la norma de conflicto, servirá para fijar la competencia judicial internacional y la ley aplicable. El DIPr se refiere a normas estatales que regulan materias civiles y/o mercantiles con un alcance internacional o transfronterizo.

3. Para resolver las controversias que puedan surgir, juega un papel clave el Reglamento 1215/2012<sup>1</sup>, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como el Reglamento Bruselas I bis (RB I-bis). El RB I-bis unifica las normas de competencia judicial internacional e introduce un régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias. También existen Convenios multilaterales y bilaterales que vinculan a España en la materia, y en el plano estrictamente interno, está la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)<sup>2</sup>.

4. El Reglamento 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como el Reglamento Roma I (RR-I), es el que aplicarán los órganos jurisdiccionales para determinar la ley aplicable a un contrato internacional. El ámbito material se concreta en el artículo 1, que se refiere a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. Un contrato internacional, por definición, presenta vínculos con varios países. Esto choca con lo que establece el RR-I, que somete el régimen jurídico del contrato a una ley estatal, como prevén los artículos 3 y 4 RR-I<sup>3</sup>.

5. Por su parte, el Reglamento 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, conocido como el Reglamento Roma II (RR-II), unifica las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de obligaciones extracontractuales, con la finalidad de evitar el *fórum shopping*, favorecer la seguridad jurídica, y facilitar la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo.

6. Las cuestiones transnacionales que surjan en la aplicación privada del Derecho de la competencia, se regularán por el DIPr. A diferencia del Derecho Internacional Público, que marca los límites de actuación de las autoridades de competencia dentro de la soberanía de su territorio, el DIPr regula los conflictos transnacionales que afecten a las personas físicas y jurídicas en el ámbito del Derecho Privado<sup>4</sup>. La dimensión internacional de la aplicación pública permite entender las particularidades del Derecho de la competencia. La doctrina de los efectos, tanto en su dimensión pública como privada, sienta las bases sobre la que se deben determinar los vínculos para la jurisdicción y, en especial, para determinar el derecho aplicable<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Publicado en el DOUE el 20.12.2012 y en vigor a partir de enero de 2015.

<sup>2</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), B. CAMPUZANO DÍAZ, M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ y A. YBARRA BORES, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, pp. 239 y 240.

<sup>3</sup> A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, p. 55 y 71-72.

<sup>4</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 42-44.

<sup>5</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I, Parte General, La Competencia, Madrid, Colex, 2009, p. 310.

7. La interrelación puede resultar especialmente estrecha, en especial, cuando la acción privada se basa en una vulneración del Derecho de la competencia, sancionada por una autoridad administrativa. Este tipo de acciones, también conocidas como *follow on actions*<sup>6</sup>, se basarán en la decisión sancionadora administrativa previa al procedimiento civil. La dificultad aumenta en aquellos casos en los que se añade un componente internacional, y el DIPr tiene el cometido de velar por la seguridad jurídica, facilitar el acceso a la justicia y evitar situaciones injustas.

8. Antes de descender a los instrumentos de DIPr para conocer el alcance de las infracciones en Derecho de la competencia, y determinar así la competencia judicial internacional y la ley aplicable, es preciso aclarar primero una cuestión calificatoria de importancia vital, relativa a valorar si las infracciones al Derecho de la competencia son consideradas materia contractual o extracontractual.

## II. Infracciones a las normas de competencia: ¿materia contractual o extracontractual?

9. La distinción entre las obligaciones contractuales y extracontractuales se introdujo con el Convenio de Bruselas de 1968. Ya en la sentencia *Kalfelis/Schröder y otros*<sup>7</sup>, en 1988, el TJCE señaló que la caracterización de la materia como delictual o cuasidelictual debía ser considerada como un concepto autónomo. Y matizó que “si un tribunal es competente para conocer un aspecto de una demanda que tenga fundamento delictivo, no es competente para conocer otros aspectos de la misma basados en fundamentos no delictivos”.

10. Lo que resulta evidente, es que la caracterización de las acciones por infracciones al Derecho de la competencia, con fundamento en el Derecho Internacional Privado europeo, es una cuestión compleja<sup>8</sup>.

En la Edad Media, la palabra dada hacía de juramento y un juramento no necesitaba de otro juramento para ser validado, ya que obligaba por sí mismo al sujeto que lo realizaba. La voluntad unilateral y libre de una persona dirigida a otra persona es lo que creaba la materia contractual.

11. Tradicionalmente, se ha afirmado que “la calificación como contractual de la materia de litigio, no prejuzga la solución que finalmente se otorgue al caso cuando se deba decidir el Derecho aplicable al mismo, pero también podría acarrear una solución diferente”<sup>9</sup>.

De este modo, se ha estimado que un litigio puede considerarse relativo a una materia contractual, y por tanto, ser incluido en el artículo 7.1 RB I-bis, pero el tribunal puede estimar, que una vez aplicado el artículo 7.1 RB I-bis, el litigio deba recibir una calificación de materia no contractual, a efectos de determinar la ley aplicable al mismo. En cualquier caso, el Derecho de la UE trata de evitar ese desfase de conceptos.

12. En efecto, se afirma que la calificación de una acción como contractual o extracontractual debería ser la misma cuando se aplica el RB I-bis, que cuando se aplican los RR-I y RR-II, o cualquier otro instrumento elaborado por la UE<sup>10</sup>. Para Garcimartín Alférez, “la parte que alegue que un concepto utilizado en un Reglamento europeo debe tener un significado diferente al asignado en otro Reglamento europeo, debe argumentar dicha separación conceptual”<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, p. 13 y 29.

<sup>7</sup> STJCE, de 27 de septiembre de 1988, 189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459.

<sup>8</sup> J. SUDEROW, *El Derecho Internacional privado en la aplicación privada del Derecho de la competencia: competencia judicial internacional y derecho aplicable a las acciones civiles derivadas de ilícitos antitrust*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 180-181.

<sup>9</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, p. 843.

<sup>10</sup> Considerandos 7 y 17 del RR-I sobre el principio de coherencia conceptual entre los Reglamentos de la UE; STJUE, de 21 enero 2016, C-359/14 y C-475/14, *Ergo Insurance*, ECLI:EU:C:2016:40, § 43.

<sup>11</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 391-395.

Puede suceder que una parte inicie acciones legales contra otra parte, y que ambas estén ligadas por un contrato. Debe entenderse, que si la acción se ejercita como consecuencia de un comportamiento que constituye un incumplimiento de las obligaciones contractuales, solo, en tal caso, será una acción en materia contractual. Para precisar si ha habido incumplimiento del contrato, debe examinarse el objeto del contrato<sup>12</sup>. Si se puede considerar que la reclamación del actor está motivada por la inobservancia de los derechos y las obligaciones del contrato que vincula a las partes, se tratará de una acción en materia contractual. Si la acción ejercitada no está motivada por el incumplimiento de tales derechos y obligaciones, entonces será tratada como una acción en materia delictual o cuasidelictual, según lo previsto en el artículo 7.2 RB I- bis<sup>13</sup>.

**13.** Calvo Caravaca y Carrascosa González señalan que “el demandante no puede calificar jurídicamente su propia pretensión de modo vinculante para el juez, porque será el tribunal el que califique la pretensión, y establezca si se encuadra en la materia contractual o extracontractual”<sup>14</sup>. Por otro lado, la calificación, a efectos de determinar la competencia judicial internacional, no prejuzga necesariamente la posterior calificación destinada a resolver el fondo del asunto.

**14.** La materia contractual es una noción autónoma y propia del RB I-bis y tiene un alcance europeo, porque proviene de un instrumento, como es el Reglamento. No debe acudir a los derechos nacionales de los Estados miembros para entender su significado<sup>15</sup>.

El TJUE ha interpretado de manera uniforme los conceptos contractual y extracontractual, a pesar de que no se han definido los términos de manera explícita. Y como señala la doctrina<sup>16</sup>, acorde con la jurisprudencia, los Reglamentos Bruselas I bis, Roma I y Roma II deben complementarse, porque los Estados miembros necesitan un sistema coherente de normas de DIPr.

El Tribunal de Justicia afirmó, en la sentencia *Handte*, que la materia contractual comprendía los litigios derivados de un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra. Y en las sentencias *Engler* y *Ceská sporitelna* estableció, que la materia contractual presupone la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra, y sobre la que se basaba la acción del demandante. Lo relevante es que la obligación jurídica sea libremente asumida por una parte respecto de otra<sup>17</sup>. Y así lo reafirmó el propio tribunal en la sentencia *Ergo Insurance*<sup>18</sup>.

**15.** Para el Derecho de la UE, la diferencia entre materia contractual y materia delictual o cuasi delictual, estriba en que la materia es contractual cuando la obligación surge de la voluntad de una persona que ha consentido libremente en obligarse a dar, hacer o no hacer algo respecto a la otra parte; mientras que la materia es delictual o cuasidelictual, cuando la obligación nace de la Ley, que impone a un sujeto el deber legal de dar, hacer o no hacer alguna cosa, con independencia, e incluso en contra de la voluntad del sujeto obligado<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 843-844.

<sup>13</sup> STJUE, de 13 de marzo de 2014, C-548/12, *Brogstetter*, ECLI:EU:C:2014:148, § 23-27; M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, p. 327; A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, pp. 77-80.

<sup>14</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 863-866.

<sup>15</sup> STJCE de 17 junio 1992, C-26/91, *Handte*, ECLI:EU:C:1992:268, § 10; STJUE de 14 marzo 2013, C-419/11, *Ceská sporitelna*, ECLI:EU:C:2013:165, § 45.

<sup>16</sup> A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, “Nuevas perspectivas en la calificación como contractual o extracontractual de las acciones de responsabilidad en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. II, 2016, p. 440.

<sup>17</sup> STJCE, de 20 enero 2005, C-27/02, *Engler*, ECLI:EU:C:2005:33, § 51; STJUE, de 14 marzo 2013, C-419/11, *Ceská sporitelna*, ECLI:EU:C:2013:165, § 47.

<sup>18</sup> C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 585; A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), B. CAMPUZANO DÍAZ, M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ y A. YBARRA BORES, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 241.

<sup>19</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, “Délimitation entre matière contractuelle et matière delictuelle dans l’Espace judiciaire européen (l’affaire Brogstetter)”, *Annuaire du Droit de L’Union Européenne, Éditions Panthéon-Assas*, 2014, pp. 472-478.

La jurisprudencia del TJUE prioriza la calificación contractual, por lo que, sólo cuando no resulte posible la calificación contractual, se planteará la posibilidad de considerarla extracontractual<sup>20</sup>. Ambos términos se excluyen mutuamente.

**16.** Como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González<sup>21</sup>, “las obligaciones extracontractuales presentan tres características: una, su carácter internacional debido a que las actividades de las empresas, los Estados, las personas físicas, los consumidores y los profesionales traspasan las fronteras de los países; dos, la dificultad técnica de los casos internacionales de responsabilidad civil extracontractual; y tres, su carácter plurilocalizado”.

Se constata cómo la responsabilidad civil extracontractual es uno de los campos del DIPr en los que se manifiesta una mayor y más compleja litigiosidad internacional, y se ha convertido en una de las materias que ha sufrido un mayor desarrollo normativo. Estos avances han influido en la jurisprudencia y en la codificación del DIPr, lo que evidencia la atracción que tiene el estudio del Derecho de daños desde la perspectiva del DIPr.

**17.** Para Esplugues, Iglesias y Palao<sup>22</sup>, la noción de materia delictual o cuasidelictual, comprende toda demanda que tenga por objeto exigir la responsabilidad de un demandado por el daño causado<sup>23</sup>, no esté relacionada con la materia contractual, y que dicho carácter extracontractual no se pueda determinar al amparo de la normativa sustantiva del tribunal que conoce del litigio.

**18.** Hasta la entrada en vigor del RR-II, la misma acción podía considerarse contractual, para concretar la competencia judicial internacional, y extracontractual, para determinar la ley aplicable. Esta situación generaba mucha inseguridad jurídica. En cualquier caso, se debe subrayar que la mayoría de los casos, conocidos hasta la fecha, respecto a las infracciones en Derecho de la competencia, suelen tener un carácter extracontractual, aunque también se han dado demandas basadas en contratos.

**19.** A falta de una definición del término extracontractual proporcionada por los Reglamentos europeos, el TJUE ha consolidado un concepto, cuya nota principal es su carácter subsidiario, residual<sup>24</sup> o negativo respecto del de la materia contractual, que tampoco queda claro<sup>25</sup>. La ausencia de un compromiso asumido por las partes implica la calificación de delictual. El Tribunal señala el carácter residual, o la delimitación negativa de la materia delictual, que comprende el importe de la reclamación de responsabilidad civil, porque eso no se refleja en la materia contractual. Por lo tanto, las obligaciones extracontractuales serán aquellas que no se deriven, o no se hayan producido, en el marco de una relación libremente asumida por las partes; las obligaciones nacen de la ley, que impone un deber a la persona, con independencia de su voluntad.

Esta idea ayuda a entender la solución adoptada por el TJUE en la sentencia *Brogstetter*<sup>26</sup>, relativa a la fabricación en exclusiva de maquinaria de relojes. Si la norma invocada por el actor le permite exigir responsabilidad por la conducta del demandado, sin necesidad de invocar el contrato, se puede llegar a interpretar que se trata de una materia extracontractual<sup>27</sup>.

<sup>20</sup> R. ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, p. 399.

<sup>21</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 1285-1286.

<sup>22</sup> C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 645-646.

<sup>23</sup> STJUE de 21 abril de 2016, C-572/14, *Austro-Mechana*, ECLI:EU:C:2016:286.

<sup>24</sup> STJUE 18 julio 2013, C-147/12, *Ofab*, ECLI:EU:C:2013:490, § 32.

<sup>25</sup> A.P. ABARCA JUNCO, M. GÓMEZ JENE, M. GUZMÁN ZAPATER, M. HERRANZ BALLESTEROS, P.P. MIRALLES SANGRO, E. PÉREZ VERA y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Derecho Internacional Privado*, UNED 2ª ed., Madrid, 2016, p. 658.

<sup>26</sup> STJUE 13 marzo 2014, C-548/12, *Brogstetter*, ECLI:EU:C:2014:148.

<sup>27</sup> A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, “Nuevas perspectivas en la calificación como contractual o extracontractual de las acciones de responsabilidad en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. II, 2016, p. 467.

Esto mismo se desprende de las ocasiones en las que el RR-II hace referencia a las obligaciones extracontractuales que aparecen conectadas con un contrato, o con una relación previa que no figuran entre las normas de conflicto de RR-II. El artículo 14.1 b del RR-II permite a las partes, que llevan a cabo una actividad comercial, que elijan la ley aplicable a una obligación no contractual, mediante un acuerdo negociado antes de que tenga lugar el daño. No todas las pretensiones conectadas con un contrato tienen que calificarse necesariamente de contractuales, porque pueden perseguir intereses particulares o intereses públicos más amplios, desvinculados del propio contrato.

**20.** La solución pasa por encontrar un equilibrio que aproxime lo sustantivo y lo procesal, en razón de las particularidades de cada caso. La labor del TJUE va a seguir siendo necesaria para interpretar los términos contractual y extracontractual, y se seguirán elevando cuestiones prejudiciales al mismo, hasta que se concrete esta cuestión con la aprobación de un Reglamento europeo, que determine si las infracciones a las normas de competencia son materia contractual o extracontractual<sup>28</sup>.

**21.** Los casos más complejos son aquellos en los que se interponen pretensiones fundadas en normas sobre responsabilidad extracontractual entre personas vinculadas por un contrato. En estos casos, el TJUE se reafirma en la calificación autónoma, sin tomar en consideración la calificación de las legislaciones nacionales. “La calificación requerirá un cuidadoso análisis de los hechos y de las normas para determinar si la acción se basa o no en un incumplimiento contractual”<sup>29</sup>.

**22.** Será necesario comprender el término *mercado* para comprender cómo se regulan las infracciones al Derecho de la competencia, cuál será la competencia judicial internacional en los casos de conflicto en supuestos transfronterizos y qué legislación será aplicable. “Las normas y reglas propias de un mercado, son tanto las normas de Derecho Privado como las de Derecho Público. En realidad, el único escenario geográfico que puede denominarse como mercado, en sentido propio, es el mercado nacional, excepto en el caso español, donde las distintas CCAA han elaborado sus reglas propias de comportamiento en el espacio territorial de cada una de ellas”<sup>30</sup>. Según el artículo 6 RR-II, dicha norma de conflicto se remite siempre a la ley de un Estado, es la ley que regula ese mercado nacional. Por lo tanto, el caso español puede resultar algo más complejo debido a esa organización administrativa en CCAA, pero en cualquier caso, parece despejada la duda porque habrá que acudir a la ley estatal y no a la autonómica.

**23.** El TJUE, en la sentencia *Lithuanian Airlines*<sup>31</sup>, señala que “las relaciones jurídicas de responsabilidad derivada de daños a terceros, ya sea una responsabilidad objetiva o por culpa, por acción u omisión, constituyen casos de responsabilidad en materia delictual o cuasi delictual, y no de materia contractual, a efectos del RB I-bis”. Se observa, por lo tanto, que el artículo 7.2 RB I-bis cubre un amplio espectro e incluye los daños derivados de infracciones a las normas de defensa de la competencia y competencia desleal<sup>32</sup>.

**24.** El RR-II establece la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que provienen de las infracciones al Derecho de la competencia, y alude a las sanciones civiles derivadas de dichos actos,

---

<sup>28</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, Intervención que realizó en el XI Seminario de Derecho Internacional Privado “Regulación de la actividad económica en el ámbito internacional y libertad de establecimiento”, celebrado en Barcelona, el 26 octubre de 2017; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Délimitation entre matière contractuelle et matière delictuelle dans l’Espace judiciaire européen (l’affaire Brogsitter)”, *Annuaire du Droit de L’Union Européenne, Éditions Panthéon-Assas*, 2014, pp. 472-478.

<sup>29</sup> STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, § 43.

<sup>30</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 1353-1356.

<sup>31</sup> STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 28.

<sup>32</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, “Délimitation entre matière contractuelle et matière delictuelle dans l’Espace judiciaire européen (l’affaire Brogsitter)”, *Annuaire du Droit de L’Union Européenne, Éditions Panthéon-Assas*, 2014, p. 473; A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, pp. 13-16 y 42.

como son las reclamaciones de daños y perjuicios dentro de la aplicación privada del Derecho de la competencia.

El RR-II no determina la ley aplicable a las multas y sanciones que imponen las autoridades de defensa de la competencia en la aplicación pública del Derecho de la competencia, porque esas sanciones están sujetas al Derecho Público aplicable, europeo o nacional, según los casos.

**25.** Por su parte, el considerando 23 del RR-II, que describe el concepto de competencia, parece una *norma en blanco*<sup>33</sup>. La norma exige, para su propia aplicación, que el acto en cuestión resulte prohibido por el Derecho de la competencia europeo, o por un Derecho nacional concreto. Por lo tanto, para la aplicación del artículo 6 RR-II, no es suficiente con que un acuerdo entre empresas o una práctica concertada afecte al mercado de un país; además, dicha conducta debe estar prohibida por el Derecho nacional o europeo.

**26.** Si se valora la legislación aplicable a las consecuencias privadas derivadas de las infracciones al Derecho de la competencia, el artículo 6.3 a RR-II remite obligatoriamente a un Derecho nacional. También puede ocurrir que sean varios los mercados afectados, lo que supondría poder aplicar distintos Derechos estatales a una misma infracción del Derecho de la competencia, según lo previsto en el artículo 6.3 a RR-II. En ese caso, se deberían de aplicar las consecuencias de la ley del Estado “cuyo mercado resulte más afectado”<sup>34</sup>. El artículo 6.3 a RR-II debe aplicarse, incluso si la conducta contraria al Derecho de la competencia produce efectos indirectos, superficiales o poco relevantes.

Cuando la conducta afecte, o pueda afectar, al mercado de varios países, la solución la da el artículo 6.3 b RR-II, que trata de evitar la multiplicación de distintas leyes y facilita la aplicación de una ley única. Establece, en primer lugar, que se aplicará la ley del domicilio del demandado, y en segundo lugar, la *lex fori*.

Asimismo, el artículo 6.3 b RR-II recoge los supuestos de concentración legal en el caso de acciones colectivas transfronterizas, y establece que la legitimación activa se rige por la ley determinada por el artículo 6.3 RR-II. Y en el punto de conexión del artículo 4.1 RR-II, se concreta la ley aplicable en relación a los efectos del acto ilícito en relación con la víctima, desde un punto de vista privado, mientras que el artículo 6 RR-II lo hace en relación al mercado, desde un punto de vista público. Por lo tanto, parece que la ley que regula la estructura de funcionamiento de un mercado, que tiene una naturaleza pública, será la que regule las consecuencias privadas en forma de indemnizaciones derivadas de la infracción de tales reglas de organización del mercado.

**27.** La aplicación de la ley del mercado justifica por qué el precepto impide que las partes elijan la ley aplicable a las consecuencias privadas de la vulneración del Derecho de la competencia, según lo dispuesto en el artículo 14.1 a RR-II<sup>35</sup>. Las acciones privadas derivadas de esta vulneración, son una consecuencia de las reglas públicas de funcionamiento del mercado, y siguen su mismo destino conflictual. La regulación del mercado se compone tanto de reglas públicas como privadas, y no parece lógico que un comportamiento anticoncurrencial quede sujeto a una ley estatal en lo que respecta a las normas públicas, y a otra ley estatal diferente, en lo que respecta a las normas privadas<sup>36</sup>.

**28.** En los casos en que existan varios demandados, el perjudicado puede presentar su demanda ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de cualquiera de los demandados<sup>37</sup>, según establecen

<sup>33</sup> Señala que el concepto de restricción de la competencia debe cubrir las prohibiciones de acuerdos entre empresas, las decisiones adoptadas por asociaciones de empresas, y las prácticas concertadas que tengan por objeto evitar, restringir o distorsionar la competencia dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior; así como las prohibiciones relativas al abuso de posición dominante dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior, cuando dichos acuerdos, decisiones, prácticas concertadas o abusos estén prohibidos por los artículos 81 y 82 del Tratado CE, o por la legislación de un Estado miembro.

<sup>34</sup> A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, p. 166

<sup>35</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 406.

<sup>36</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, p. 1355.

<sup>37</sup> STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459.

los artículos 4 y 8.1 RB I-bis, aunque existe el peligro del *forum shopping*. Se trata, de manera simultánea, de un foro de competencia judicial internacional y de un foro de competencia territorial interna.

## II. 1. El Reglamento Bruselas I bis

29. El RB I-bis constituye la piedra maestra del espacio judicial europeo, y proporciona el marco jurídico básico de la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil de alcance patrimonial<sup>38</sup>. En Europa, un demandante que quiera iniciar una acción contra una empresa en un asunto transnacional, derivada de una infracción de las normas de competencia, deberá basarse en el DIPr europeo para determinar el juez competente y se regirá por lo que establece el RB I-bis. El funcionamiento adecuado de la justicia exige reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y que se dicten resoluciones irreconciliables.

30. Efectivamente, en defecto de foros de competencia judicial exclusiva o sumisión por las partes, el foro del domicilio del demandado constituye el criterio general de atribución de competencia, como establece el artículo 4 del RB I-bis. La jurisprudencia del TJUE sigue un principio general, según el cual, todas las demandas tendentes a que se declare la responsabilidad de un demandado, darán lugar a la aplicación de alguno de los criterios de competencia especial previstos en el artículo 7 del RB I-bis.

31. El artículo 7.1 a del RB I-bis establece que “una persona domiciliada en un Estado miembro, podrá ser demandada en otro Estado miembro en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda”. Huelga destacar que el Reglamento se aplicará cuando el demandado sea europeo y no de un tercer Estado. En este último supuesto, habrá que acudir a la LOPJ si no hubiera ningún Tratado Internacional en vigor entre las partes.

32. Cuando se trate de una compraventa de mercaderías, la demanda se presentará “ante los tribunales del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías”, según lo establece el artículo 7.1 b RB I-bis. Se designa de forma autónoma el lugar de cumplimiento de un contrato, valorando la obligación que caracteriza el contrato principal. De esta manera, se centralizan todas las disputas que pudieran surgir en torno al mismo contrato, para que conozca de ellas un único tribunal.

33. Ahora bien, el artículo 7.1 del RB I-bis no define el contrato de compraventa de bienes, ni el de prestación de servicios, por lo que podría haber dificultades de interpretación en relación a demandas del Derecho de la competencia. El artículo 7.1 RB I-bis otorga la competencia judicial internacional a los tribunales en los que se hubiere, o debiere haber cumplido la obligación en cuestión. Así, el TJUE determina que la obligación a tener en cuenta es aquella que corresponda con el derecho contractual en el que se base la demanda.

34. La materia delictual o cuasidelictual se prevé explícitamente en el artículo 7.2 RB I-bis, y comprende toda demanda que se dirija a exigir responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual, en el sentido de lo previsto en el artículo 7.1 del RB I-bis. Las pautas dadas para la materia delictual o cuasidelictual son las que el TJUE ofrece para la obligación extracontractual, en el marco del RR-II, como se establece en las sentencias *Handte*, *Ceská sporitelna* y *Ergo Insurance*, entre otras.

35. Se regula un foro especial en materia de obligaciones extracontractuales previsto en el artículo 7.2 RB I-bis que será “el lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”.

<sup>38</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 67.



Como señala la doctrina<sup>39</sup>, el artículo 7.2 establece “un foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial”, que otorga competencia a los tribunales de un concreto lugar determinado, y no solo a los tribunales de un Estado miembro.

La existencia de este foro se justifica porque son tribunales próximos al litigio<sup>40</sup>, y se reducen los costes de litigación para las partes. Además, este foro no persigue favorecer a ninguna de las partes en el litigio, ni a la presunta víctima, ni al presunto causante y/o responsable del presunto daño. Al fin y al cabo, el lugar donde se ha producido el hecho dañoso es el lugar donde, seguramente, se deberán recabar pruebas, datos y hechos que serán necesarios para que los tribunales puedan resolver el litigio.

**36.** La competencia judicial, prevista en el artículo 7.2 del RB I-bis, se refiere simultáneamente al lugar donde se ha producido el daño y al lugar donde se originó el nexo causal del daño. Como señala la sentencia *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide* (CDC)<sup>41</sup>, la regla competencial se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha, entre la controversia y los tribunales del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencias a éstos, por razones de buena administración de justicia y de correcto funcionamiento del proceso.

**37.** Cuando se producen las infracciones más graves a las normas de defensa de la competencia, es decir, los cárteles, el lugar del hecho causal puede ser, el de la constitución del cártel (aunque puede ocurrir que no sea tan fácil identificar un único lugar, porque el cártel se haya constituido, tras diferentes reuniones mantenidas, en diversos Estados miembros de la UE), o podría ser el lugar donde el perjuicio se haya manifestado, o donde la empresa haya sufrido el daño. Ello nos conduce al problema de que un mismo hecho causal puede producir daños en varios países<sup>42</sup>, lo que nos conduce a la *tesis del mosaico*, que sigue el TJUE<sup>43</sup>.

**38.** Respecto a lo previsto en el artículo 7.2 del RB I-bis, y según lo razonado por el TJUE en la sentencia *CDC*, cuando se reclama judicialmente una indemnización a demandados domiciliados en diferentes Estados miembros, a causa de una infracción única y continuada del artículo 101 TFUE, y del artículo 53 del Acuerdo EEE, en la que han participado esos demandados en varios Estados miembros en diferentes momentos y lugares, “el hecho dañoso se ha producido respecto de cada supuesta víctima considerada individualmente y cada una de esas víctimas puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del lugar en el que fue constituido el cártel, o el tribunal del lugar en el que fue concluido un arreglo pacífico, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social”<sup>44</sup>. El propio Tribunal considera que el domicilio social de la víctima es el mejor posicionado para conocer de la demanda<sup>45</sup>.

**39.** Asimismo, el TJUE, en la sentencia *CDC*, resuelve, respecto al artículo 8.1 del RB I-bis, y señala que “la concentración de competencias, en caso de pluralidad de demandados, podría aplicarse

<sup>39</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 1288 y 1289.

<sup>40</sup> STJUE, 25 octubre 2012, C-133/11, *Folien Fisher*, ECLI:EU:C:2012:664, § 33.

<sup>41</sup> STJUE, 21 mayo 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide* (CDC), ECLI:EU:C:2015:335; A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, pp. 82 y 95-96.

<sup>42</sup> J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Aplicación del foro del Artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 en casos de víctimas indirectas. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 21 diciembre 2016, *Concurrence*, C-618/15”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2018), Vol. 10, Nº 1, pp. 620-629.

<sup>43</sup> La “tesis del mosaico” significa que solo será competente el tribunal del país donde se hayan producido los daños, lo que significa que el demandante, para obtener la reparación total, deberá acudir de tribunal en tribunal; A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, p. 96.

<sup>44</sup> STJUE, 21 mayo 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide* (CDC), ECLI:EU:C:2015:335, § 56.

<sup>45</sup> A este respecto, como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, hay opiniones contrarias a la solución dada por el TJUE, porque consideran que se debe anteponer el foro competencial del mercado dañado, pensando en proteger a los consumidores, frente al foro del domicilio social de la víctima; A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, p. 98.

en el caso de una acción por la condena solidaria al pago de una indemnización contra empresas que han participado de forma diferente, por la dimensión geográfica y temporal de una infracción única y continuada de constitución de un cártel; incluso si el demandante ha desistido de su acción frente al único codemandado domiciliado en el Estado miembro del tribunal que conoce del asunto”.

Efectivamente, el artículo 8.1 RB I-bis establece que si hubiera una pluralidad de demandados, porque se tratara de la constitución de un cártel, y los participantes del mismo pertenecieran a diferentes Estados miembros, “la demanda se podrá interponer ante el tribunal de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieran vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas, y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables, si los asuntos fueran juzgados separadamente”.

Si hubiera un cártel, la demanda se podría interponer ante cualquiera de los Tribunales de las empresas que hubieran participado en el mismo. Así ha quedado avalado por las sentencias *Painer*<sup>46</sup> y *Sapir*<sup>47</sup>. Esta regla debe interpretarse de manera restrictiva, porque es una excepción al domicilio del demandado, como regla general. Y también debe interpretarse de manera autónoma. Se busca promover la economía procesal, el ejercicio de una buena administración de justicia, reducir al máximo la posibilidad de procedimientos concurrentes y evitar resoluciones contradictorias. Por contraposición, para el demandado, a veces se puede encontrar en la tesitura de tener que litigar fuera del Estado de su domicilio o de su sede<sup>48</sup>.

40. En última instancia, será el juez nacional quien decida si las cuestiones que se planteen ante su tribunal responden a las normas del Derecho de la competencia de la UE o no, con independencia de que afecten al mercado del foro o no. Esta solución parece la más adecuada, teniendo en cuenta que el Derecho de la competencia se aplica más allá de las fronteras de cada Estado miembro, y el mercado geográfico afectado puede ser más amplio que el territorio de los Estados miembro de la UE.

41. Por último, el RB I-bis no establece de forma clara la competencia judicial internacional respecto a las demandas que pudieran surgir de los acuerdos horizontales entre los competidores. En este tipo de reclamaciones, se deberá analizar la competencia judicial internacional, caso a caso, dependiendo de cada situación.

## 2. El Reglamento Roma II

42. Cuando se habla de infracciones al Derecho de la competencia, es cierto que puede haber alguna vinculación contractual en algún caso específico, pero lo habitual es que se regule dentro de la materia extracontractual<sup>49</sup>, y por lo tanto, según lo dispuesto en el RR-II. Antes de analizar este Reglamento con detalle, se van a destacar los aspectos más importantes del RR-I, para no desmerecerlo y por tenerlo en consideración dentro del análisis.

43. La regla general para establecer la ley aplicable a las obligaciones contractuales es la libre voluntad de las partes, según establece el artículo 3.1 RR-I. Respecto a las implicaciones que esta norma tiene para la legislación de competencia, Garcimartín Alférez declara que, como el Derecho de la competencia protege el mercado y no puede quedar a expensas de la voluntad de las partes, se excluye la autonomía de la voluntad de las partes en estos supuestos.

---

<sup>46</sup> STJUE, de 1 diciembre 2011, C-145/10, *Painer*; ECLI:EU:C:2013:138; P. DE MIGUEL ASENSIO, *Pluralidad de demandados y tutela de la propiedad intelectual tras la sentencia Painer*, fecha publicación 5.12.2011, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>

<sup>47</sup> STJUE, de 11 abril de 2013, C-645/11, *Sapir*; ECLI:EU:C:2013:228; P. DE MIGUEL ASENSIO, *Un apunte sobre el fuero de la pluralidad de demandados*, fecha publicación 15.04.2013, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>

<sup>48</sup> A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, p. 104.

<sup>49</sup> J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho europeo de la competencia”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 7, Nº 1, 2015, p. 201; A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, p. 9.

Por lo tanto, el RR-I se extiende a todas las obligaciones contractuales de naturaleza civil o mercantil, entre las que se encuentran las acciones derivadas por ilícitos anticompetitivos, que se basan en contratos de compraventa de productos, distribución y/o servicios. Por lo tanto, podrían surgir demandas sobre la validez de un contrato y su nulidad e ilegalidad, por ser contrario al Derecho de la competencia.

Los contratos, que infrinjan las normas del Derecho de la competencia, pueden llegar a tener un alcance internacional si cuentan con elementos extranjeros y/o surten efectos internacionales. Las acciones basadas en suministros transnacionales o en relaciones comerciales entre empresas situadas en distintos Estados o terceros países, podrán llegar a tener ese carácter internacional.

44. Si la demanda se basa en un cártel que opera a nivel nacional, habrá que analizar si existen elementos objetivos internacionales, tales como la entrega de la mercancía en otro Estado<sup>50</sup>. Pero lo que parece claro es que las infracciones a la competencia, y en concreto, la constitución de cárteles, queda expresamente excluido del RR-I, según su artículo 1. 2 h, y desvía estas materias, por su carácter residual y negativo, a la regulación prevista en el RR-II.

Entre otras características, el RR-II “tiene una perspectiva conflictual, pretende acabar con el *forum shopping*, potencia la seguridad jurídica, la certeza legal y el principio de previsibilidad legal y fomenta la libre circulación de personas, empresas y factores productivos en la UE. Todo ello, unido a su carácter *erga omnes*, su interpretación europea y la obligada remisión material a las normas del país”<sup>51</sup>.

45. En los casos de infracciones a las normas de defensa de la competencia, en muchos casos, el mercado afectado coincidirá con el domicilio del consumidor afectado, por lo que el Derecho aplicable estará relacionado con el fondo del asunto; y el juez estará muy bien posicionado para conocer del asunto, debido a la cercanía de las pruebas y de los hechos. El demandante deberá tener en cuenta que el pleito se regirá por la ley del Estado en el que se encuentre el establecimiento que haya provocado los daños, y que probablemente coincida con el del mercado afectado.

46. El hecho de que el Derecho de la competencia sea un pilar de la política económica de los Estados miembros y forme parte del interés público, puede provocar que a los tribunales les resulte especialmente difícil decidirse por una legislación u otra, en este tipo de situaciones. Y esto lleva a la doctrina a preguntarse si un tribunal nacional puede, en una disputa civil, analizar el conflicto de leyes sobre las normas de competencia y su alcance territorial, y en particular, su aplicación extraterritorial<sup>52</sup>.

A veces, en circunstancias excepcionales, ciertas consideraciones de interés público justifican que los tribunales de los Estados miembros aleguen razones de orden público o leyes de policía. Efectivamente, el artículo 9 del RR-I regula las leyes de policía y los artículos 101 y 102 del TFUE, que regulan el Derecho de la competencia, tienen esa categoría. Las normas materiales imperativas no pueden ser excluidas por mutuo acuerdo de las partes y deben primar sobre las demás, porque son de aplicación obligatoria. El Derecho de la competencia tiene sus propias normas para determinar el ámbito de aplicación de una norma, valorando los criterios del mercado; se determinará de forma unilateral, e incluso extraterritorial, y será considerada ley de policía de obligado cumplimiento.

En ocasiones, un contrato contrario al artículo 101 TFUE puede generar consecuencias que perjudiquen a un contratante. En dichos supuestos, la ley reguladora del contrato, que estará determinada por el RR-I, regirá las consecuencias de la contrariedad de dichos contratos en el Derecho de la competencia, y los daños que una parte del contrato pueda reclamar a los responsables. En estos casos, resulta operativo el foro sobre materia contractual recogido en el artículo 7.1 RB I-bis y no el previsto en el artículo 7.2 RB I-bis, que es el aplicable en los casos, más frecuentes, de ilícitos *antitrust* extracontractuales<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 360-362.

<sup>51</sup> A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, pp. 147-149.

<sup>52</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 1353-1356.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 1356.

47. El Reglamento Roma II, por su parte, representa todas las obligaciones que no se refieren a un acuerdo voluntario entre las partes y aparece como un complemento necesario del RR-I. Los artículos 1.1 y 1.3 del RR-II establecen el ámbito material, y disponen que se aplicará a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, cuando exista un conflicto de leyes. Sin embargo, señala, que no se aplicará a las materias administrativas, lo que excluye las resoluciones que dicten las autoridades de competencia.

48. El artículo 4.1 RR-II establece la norma general que dice que “la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la del país donde se produce el daño, con independencia del país donde se hubiere producido el hecho generador del daño, cualquiera que sea el país o países donde se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”. Asimismo, el artículo 4.2 RR-II matiza que “cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país, en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país”.

49. El RR-II tiene una particularidad importante respecto a la normativa de defensa de la competencia. En su artículo 6.3 contiene una norma de conflicto específica para aquellas acciones basadas en infracciones del Derecho de la competencia, y además, se le asigna un alcance internacional que no tienen el resto de normas previstas en los Reglamentos de DIPr.

El artículo 6.3 RR-II establece que “la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado”. El artículo 6.3 RR-II parece una aclaración del artículo 4 RR-II, donde el mercado afectado coincide con el lugar del daño, aunque en ocasiones, el mercado afectado y el lugar del daño no coincidirán, por lo que el artículo 6.3 RR-II se convertirá en *lex specialis*. Por su parte, el considerando 21 del RR-II establece que la norma especial del artículo 6 no constituye una excepción a la norma general del artículo 4.1, sino una aclaración a ésta.

El artículo 6.3 se contextualiza dentro de la aplicación privada del Derecho de la competencia, que apuesta por la aplicación privada, como vía paralela a la aplicación pública, encomendada a las autoridades de competencia. Una buena parte de las acciones civiles que se deriven de una infracción a las normas de defensa de la competencia y en especial, aquellas que se deriven de un cártel, tendrán carácter delictual, por lo que el Derecho aplicable a las mismas se regirá por lo previsto en el artículo 6.3 del RR-II. A este respecto, la sentencia *Verein y Amazon*, del TJUE, razona de la misma manera.

Entre las dificultades que plantea el artículo 6.3 RR-II, destaca que se pueden emplear normas de conflicto distintas para la aplicación de las normas de mercado que tienen un carácter público y las normas delictuales que se encuadran en el Derecho privado. Además, las normas de mercado europeas y nacionales y su ámbito de aplicación no son idénticos<sup>54</sup>, por lo que resulta obligado preguntarse qué es realmente una obligación extracontractual por una infracción del Derecho de la competencia.

50. El artículo 6.3 b RR-II se considera la *norma de concentración*, según la cual, el demandante puede optar por la ley del foro, siempre y cuando cumpla con una serie de requisitos. Las obligaciones extracontractuales, que se derivan de las restricciones a la competencia en el artículo 6.3 RR-II, deberán cubrir las infracciones tanto del Derecho nacional como del Derecho europeo en materia de competencia. La legislación aplicable a esas obligaciones extracontractuales debe ser la del país cuyo mercado se vea o pueda verse afectado, con tal que el efecto sea directo y sustancial. Cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, el demandante puede optar por basar su demanda en la legislación del órgano jurisdiccional ante el que presenta la demanda<sup>55</sup>.

51. El Derecho europeo sólo regula la prohibición de las conductas y no sus consecuencias civiles. Es decir, las posibles acciones por daños y perjuicios se regularán, si lo están, en el Derecho civil de

<sup>54</sup> Considerando 22 del Reglamento Roma II.

<sup>55</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 653-654; considerandos 22 y 23 del RR-II.

cada Estado. Por ello, tal y como ha establecido el TJUE, habrá que complementar la normativa europea con la nacional.

La aplicación del Derecho de la competencia por parte de las autoridades de competencia nacionales y de la Comisión Europea quedará excluida del Reglamento, porque son asuntos administrativos, y no civiles o mercantiles, como prevé el RR-II. Si que quedará afectada por el RR-II la aplicación privada del Derecho de la competencia y siempre que haya una sentencia o resolución firme que produzca efectos vinculantes en el plano civil<sup>56</sup>.

El ámbito de aplicación del RR-II es universal, como prevé su artículo 3 RR-II, puesto que cubre situaciones con independencia de su conexión a la UE; además de determinar la ley aplicable, con independencia de que ésta sea la de un Estado miembro o no. No obstante, el ámbito de aplicación del artículo 6.3 RR-II parece limitarse a distorsiones de la competencia que hayan afectado al mercado europeo. Según el principio de afectación comunitaria, el artículo 6.3 b RR-II sólo se aplicará a demandas planteadas ante los tribunales de un Estado miembro

**52.** De todo lo expuesto, se desprende que la regla general es la prevista en el artículo 6.3 a RR-II para las demandas por actos que restringen la libre competencia, es de ámbito universal y de aplicación uniforme. Por su parte, el artículo 6.3 b se considerará una ley especial que se aplicará cuando el alcance de la infracción afecte a varios Estados miembros, es opcional, de ámbito europeo y diseñado exclusivamente para acciones contra cárteles.

**53.** Al analizar la sentencia *Cartel Damage Claims*, en el artículo 8.1 RB I-bis, se establece un criterio que promueve la concentración de las demandas ante un único tribunal. Si se interpreta este artículo 8.1 RB I-bis, junto con el artículo 6.3 RR-II, los Reglamentos de DIPr cobran un significado especial. El artículo 6.3 b del RR-II establece, que cuando se presenta una demanda frente a más de un demandado ante el tribunal del domicilio de uno de ellos, el demandante puede optar por basar su demanda en la legislación del foro, lo que le permite eludir las dificultades inherentes a la aplicación de distintas legislaciones de varios países en un mismo proceso. Este es un ejemplo claro de cómo se complementan los Reglamentos de DIPr para lograr una interpretación coherente de los mismos; y en el caso concreto de las acciones de indemnización contra los distintos miembros de un cártel, alcanza todo su significado<sup>57</sup>.

**54.** Por su parte, el artículo 6.1 del RR-II consagra la regla particular, relativa a las obligaciones extracontractuales, que se deriven de actos de competencia desleal, y establece la aplicación de la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia, o los intereses colectivos de los consumidores, resulten o puedan resultar afectados. Para la sentencia *Verein y Amazon*, el país en que los intereses colectivos de los consumidores resultan afectados, según el artículo 6.1 del RR-II, es el país en el que residen los consumidores a los que la empresa dirige sus actividades, y cuyos intereses son defendidos por la asociación de protección de los consumidores.

Por lo tanto, se debe distinguir, por un lado, la apreciación de las cláusulas afectadas, y por otro, la acción de cesación del uso de dichas cláusulas. Esta distinción se impone para asegurar una aplicación uniforme de los RR-I y RR-II. En efecto, en el procedimiento individual iniciado por un consumidor, la ley aplicable, como ley del contrato, puede ser diferente de la designada como aplicable, como ley delictual, a la acción de cesación.

**55.** El TJUE va más allá al declarar en la sentencia *Verein y Amazon* que “la ley aplicable a una acción de cesación, en el sentido de la Directiva 2009/22 que protege los intereses de los consumidores, debe determinarse con arreglo al artículo 6.1 del RR-II, cuando se invoca la violación de una legislación destinada a proteger los intereses de los consumidores frente al uso de cláusulas abusivas en las condiciones generales de venta; mientras que la ley aplicable a la apreciación de una cláusula contractual

<sup>56</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 1353-1356.

<sup>57</sup> P. DE MIGUEL ASENSIO, *Acciones de indemnización frente a cárteles: precisiones en materia de competencia judicial internacional*, 25 de agosto de 2015, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>.

dada debe determinarse siempre con arreglo al RR-I, en el marco de una acción individual o en el de una acción colectiva”<sup>58</sup>.

56. Por su parte, la Directiva 2014/104/UE<sup>59</sup> se refiere tan sólo a ciertos aspectos sobre las acciones de daños y perjuicios por infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE. Y la transposición de la Directiva en España, a través del RD-Ley 9/2017, tampoco ha aportado mucha luz a estas cuestiones porque se ha limitado a transponer el contenido material de la Directiva de daños.

### III. Las leyes de policía

57. Las leyes de policía se regulan en el artículo 9 del RR-I, y son aquellas leyes de un Estado, con las que el contrato presenta determinados vínculos y que resultan aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Se trata de normas de imperatividad reforzada y de orden público internacional.

El artículo 9 RR-I las protege<sup>60</sup> y las define como “una disposición cuyo respeto en un país se considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato”.

58. Al hablar de las leyes de policía, es obligatorio citar a Guardans Cambó que fue el *precursor* de éstas con una publicación que vio la luz unos meses después de que se aprobara el Convenio de Roma de 1980, donde se regularon por primera vez las leyes de policía, en su artículo 7.

Guardans Cambó las clasificaba de diferentes maneras. Según la eficacia de las normas, podían ser interna o internacionalmente imperativas. Interesan las normas internacionales, aquellas que son aplicables en el Estado en que han sido dictadas con independencia del Derecho rector de la obligación. Las reglas imperativas podían contener en sí mismas una declaración expresa del legislador que les atribuía ese carácter, o bien podía desprenderse de su contenido o finalidad, pero el carácter imperativo de una norma debía buscarse exclusivamente en la voluntad de su autor<sup>61</sup>. A este respecto, la doctrina discrepa porque si se hace eso, se corre el riesgo de atribuir al legislador una voluntad que igual no tiene.

59. En la jurisprudencia, no existía un antecedente que determinara la aplicabilidad de las normas internacionalmente imperativas extranjeras, porque se reducía a la propia discrecionalidad del órgano jurisdiccional que conociera de las mismas, y normalmente, tendía a aplicar las normas de su propio ordenamiento.

60. Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo<sup>62</sup> consideran, que al hablar de la aplicación de las leyes de policía, se tiene que tratar de Estados estrechamente vinculados con el contrato y de disposiciones materiales de imperatividad reforzada, que se puedan aplicar cualquiera que sea la ley que rija el contrato, porque las leyes de policía no son necesariamente normas de Derecho nacional o autónomo. También se les llama normas *ordopolíticas* y de protección, cuya consideración como normas de policía es obligatoria<sup>63</sup>.

61. Antes de tomar la decisión de aplicar las leyes de policía de terceros Estados, es muy importante identificar el valor de protección o interés público que subyace en la norma imperativa, pues solo cabe su aplicación cuando ese valor o finalidad sea reconocido como legítimo en el propio sistema jurídico del juez: protección del consumidor, de la libre competencia, del medioambiente, etcétera.

<sup>58</sup> STJUE, C-191/15, *Verein*, ECLI:EU:C:2016:612, § 58.

<sup>59</sup> A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, pp. 16- 17 y 22.

<sup>60</sup> A.P. ABARCA JUNCO, M. GÓMEZ JENE, M. GUZMÁN ZAPATER, M. HERRANZ BALLESTEROS, P.P. MIRALLES SANGRO, E. PÉREZ VERA y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Derecho Internacional Privado*, UNED 2.ª ed., Madrid, 2016, pp. 647 y 648.

<sup>61</sup> I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp. 565-568.

<sup>62</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 548-549.

<sup>63</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 380-383.

Mucho más difícil es valorar las consecuencias de la aplicación que el juez debe ponderar, porque las consecuencias sobre las partes contratantes no pueden tener una importancia absoluta, dado que la aplicación de dichas normas se fundamenta en un interés público que justifica el límite a la autonomía de la voluntad. Lo que se pretende es evaluar un equilibrio entre los intereses de las partes en la ejecución del contrato, y el juego de los intereses públicos en presencia que oriente al juez, “hacia una solución graduada y ponderada a las circunstancias del caso concreto, sin perder de vista una aplicación restrictiva de las mismas”<sup>64</sup>.

**62.** Las normas internacionalmente imperativas pueden pertenecer al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, la *lex fori* según el artículo 9.2 RR-I, o al Derecho del país de ejecución del contrato, según el artículo 9.3 RR-I. Como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, para que una ley sea de policía, debe reunir: “un elemento normativo estructural, porque son disposiciones imperativas; un elemento funcional, porque su función es regular situaciones jurídicas internacionales, cualquiera que sea la ley reguladora de la misma; y por último, un elemento material que implique la protección del interés público y/o general dentro de la organización política, social y económica de un Estado”.

En la identificación de las normas de policía, destacan las normas de defensa de la competencia o normas que protegen el acceso al mercado de los operadores económicos, y las normas de control de sectores económicos estratégicos, o especialmente protegidos. Será cada Estado el que determine, de manera autónoma, el ámbito de aplicación de su ley de policía.

**63.** Un Estado no puede dotar a su normativa interna de una aplicación internacional, de modo que sea aplicable a los contratos internacionales solo porque dicha normativa así lo indique, o solo porque el legislador estatal califique su propia normativa como ley de policía. Para que eso ocurra, debe tratarse de una norma imperativa que exija su aplicación al caso y al contrato en cuestión, no debe ser de libre disposición por las partes, y los intereses públicos que protege deben quedar salvaguardados<sup>65</sup>. La ley de policía debe indicar que su aplicación procede en casos internacionales y con independencia de cuál sea la ley que rige el contrato, según las normas de conflicto del RR-I. Y debe tratarse de una “disposición esencial para la salvaguarda de los intereses públicos de un Estado como su organización política, social o económica”. No basta con que el legislador diga que es esencial, debe ser esencial.

Los legisladores nacionales suelen regular imperativamente situaciones nacionales, y se olvidan de concretar si tales normas son aplicables o no al tráfico internacional. El artículo 9 RR-I es claro al requerir que la ley de policía debe exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato. Para que estas normas internacionalmente imperativas del Derecho del foro resulten aplicables al contrato internacional, deben indicar expresamente su proyección a casos internacionales. Porque si no lo hacen, sólo se aplicarán a casos internos.

**64.** Por vía interpretativa, no pueden crearse leyes de policía que el legislador no previó. Es necesaria una acción legislativa porque si no, se puede atribuir al legislador una intencionalidad que quizás no tiene. En última instancia, todo dependerá del juez competente que precisará si, a su juicio, una norma interpretativa es internacionalmente imperativa y se aplica a casos internacionales. Esta idea coincide con la jurisprudencia del TJUE, en la sentencia *Unamar*, que otorga discrecionalidad al juez nacional para determinar si se está ante una ley de policía, o no.

**65.** El TJUE se pronuncia en la sentencia *Nikiforidis*<sup>66</sup> y establece, en relación con los contratos internacionales, que el artículo 9.3 del RR-I no se aplica, pero que si se puede (y debe) tener en cuenta una ley de policía extranjera como circunstancia de hecho.

<sup>64</sup> C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 606.

<sup>65</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 1023-1027.

<sup>66</sup> STJUE, 18 octubre 2016, C-135/15, *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774.



La sentencia *Nikiforidis* resulta crucial para fijar el alcance del artículo 9.3 RR-I, porque lo hace de un modo que limita el significado práctico de las modificaciones introducidas por el artículo 9.3 del RR-I. El litigio principal, en el marco del cual se plantea la cuestión, es muy peculiar; en concreto, la posibilidad de que un tribunal alemán dé efecto a medidas griegas para la reducción del déficit en relación con la rebaja del salario de los empleados del sector público, respecto de un profesor de una escuela de primaria situada en Alemania y gestionada por Grecia, cuando la ley aplicable al contrato de trabajo es la ley alemana.

El RR-I sólo contempla la posibilidad de dar efecto a las leyes de policía del país en donde las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse, o han sido ejecutadas, y no de cualquier país con el que la situación tenga una conexión; y además, tal posibilidad sólo se admite en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal.

La aportación básica de la sentencia *Nikiforidis*, con respecto a la interpretación del artículo 9.3 del RR-I, consiste en aclarar que esa norma “no se opone a la toma en consideración, como circunstancia de hecho, de las leyes de policía de un Estado que no sea el Estado del foro o el Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, en la medida en que una norma material del Derecho aplicable al contrato... lo prevea”.

**66.** En síntesis, el Tribunal de Justicia establece que la mera toma en consideración de la ley extranjera, a diferencia de su aplicación en sentido propio, atañe a la aplicación de las normas materiales de la ley que rige el contrato, que, a su vez, tendrán en cuenta la norma extranjera como circunstancia de hecho, de modo que no es propiamente una cuestión conflictual que venga determinada por el RR-I<sup>67</sup>. La inseguridad jurídica y la falta de previsión que se asocia con la posibilidad de dar efecto a normas imperativas de ordenamientos diversos, sólo se plantea en caso de aplicación en sentido propio de esas normas, no cuando se trata de “su toma en consideración”<sup>68</sup>.

**67.** De Miguel Asensio<sup>69</sup> señala, como ejemplo, en la línea de la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de marzo de 2016<sup>70</sup>. La Audiencia Provincial toma en consideración, sin hacer referencia al RR-I, normas internacionalmente imperativas rusas, que responden a objetivos no compartidos por nuestro ordenamiento, como elemento de hecho relevante a la hora de decidir sobre una demanda de resolución de contrato e indemnización; y en concreto, al valorar, en relación con un acuerdo entre partes españolas y regido por el Derecho español que debía ser ejecutado en Rusia, si la entrada en vigor de ciertas normas internacionalmente imperativas rusas había dado lugar a una situación de imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, parece que *la mera toma en consideración* de las leyes de policía de otros países no representa una complicación mayor.

**68.** Respecto a la imperatividad de las normas, se considera que el Derecho europeo de defensa de la competencia previsto en los artículos 101 y 102 del TFUE, son leyes de policía que deberán primar sobre las demás, aunque sean las de un país extranjero. Este tipo de normas regulan los cárteles, las infracciones a la competencia, las prácticas restrictivas del mercado y el abuso de posición de dominio<sup>71</sup>.

**69.** La sentencia *Courage* y *Crehan* reconoce que el artículo 101 TFUE constituye una norma fundamental, que “es esencial para el cumplimiento de los objetivos confiados a la UE y para el funcionamiento del mercado interior, además de formar parte de la política pública y vincular a las empresas”<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> STJUE 18 octubre 2016, C-135/15, *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774, § 54.

<sup>68</sup> P. DE MIGUEL ASENSIO, *Reglamento Roma I: ámbito de aplicación temporal y normas imperativas de terceros Estados*, fecha publicación 18.10.2016, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>

<sup>69</sup> P. DE MIGUEL ASENSIO, *La sentencia Nikiforidis y la toma en consideración de normas imperativas extranjeras en los contratos internacionales: un ejemplo de la práctica española*, fecha publicación 19.10.2016, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>.

<sup>70</sup> SAP Madrid, de 30 de marzo de 2016, ECLI:ES:APM:2016:4159.

<sup>71</sup> J.C FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 653-656.

<sup>72</sup> STJUE de 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465.



El ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE incluye también acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que no tienen domicilio en la UE, pero cuyo acuerdo se implementa en la UE. Las normas europeas de competencia se caracterizan por tener efectos extraterritoriales, al igual que la Ley Sherman<sup>73</sup>, que se ha aplicado extraterritorialmente, en algunas ocasiones.

**70.** No obstante, la situación que se genere podría originar problemas, cuando la relación jurídica se extendiera a varios países. En ese caso, se le podrían aplicar distintas normas de competencia en función de los mercados que se vean afectados por la conducta. Conforme a lo previsto en los artículos 9.1 y 9.2 del RR-I, el juez nacional tendrá que aplicar los artículos 101 y 102 TFUE, si el acuerdo ha sido implementado en la UE y tiene efectos sobre la competencia o el mercado interno europeo, aunque las partes hayan optado por el Derecho de un tercer país.

El lugar de implementación del acuerdo es el factor principal, que permitirá al juez aplicar las leyes de policía de un tercer país. No obstante, si la legislación del tercer país permitiese una conducta prohibida por la legislación de competencia europea, el artículo 9.3 RR-I señala que la normativa de competencia del tercer país no tendrá efecto en cuanto que el mercado europeo quede afectado por la conducta. Estos problemas se evitarían si el artículo 9.3 RR-I garantizase que la normativa de defensa de la competencia europea solo se va a aplicar en aquellos casos en los que el litigio tenga vinculación con la UE<sup>74</sup>.

#### IV. Consideraciones finales

*Primera.* Los Reglamentos de DIPr resultan cruciales para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable, cuando se está ante infracciones al Derecho de la competencia con elementos transfronterizos. Y facilitan su comprensión ante la infracción más grave al Derecho de la competencia, los cárteles, cuando producen consecuencias en varios Estados miembros, o cuando se han constituido por empresas que pertenecen a distintos Estados miembros.

*Segunda.* Desde un punto de vista calificadorio, las infracciones al Derecho de la competencia se considerarán materia extracontractual<sup>75</sup>, y se regularán por el artículo 7.2 del RB I-bis, y por el RR-II, en la línea de lo que previsto por la sentencia *Lithuanian Airlines*<sup>76</sup>, que señaló que las relaciones jurídicas de responsabilidad derivada de daños a terceros constituyen casos de responsabilidad en materia delictual o cuasi delictual, y no de materia contractual, a efectos del RB I-bis; de lo que se desprende que el artículo 7.2 RB I-bis cubre un amplio espectro que incluye los daños derivados de infracciones a las normas de defensa de la competencia y competencia desleal dentro de tu aplicación privada.

*Tercera.* Las sentencias *Cartel Damage Claims*, *Painer* y *Sapir* facilitan la comprensión del artículo 8.1 del RB I-bis, que plantea la competencia judicial internacional en los supuestos de infracciones a las normas de competencia, y en concreto, cuando se constituye un cártel y hay que dirigirse a una pluralidad de demandados ante la posibilidad de ejercitar una acción colectiva contra los cartelistas o empresas que han constituido el cártel.

*Cuarta.* El RR-II tiene una particularidad importante respecto a la legislación aplicable a la normativa de defensa de la competencia. Su artículo 6.3 prevé una norma de conflicto específica para aquellas acciones basadas en infracciones del Derecho de la competencia, y además, se le asigna un alcance internacional que no tienen el resto de las normas previstas en los Reglamentos de DIPr.

<sup>73</sup> Primera ley de competencia que se aprobó en Estados Unidos, en 1890.

<sup>74</sup> A.L. CALVO CARAVACA/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, Nº 2, p. 25.

<sup>75</sup> Pocas veces podrá considerarse que hay infracciones a la legislación de competencia dentro del ámbito contractual, no es lo habitual, pero sí es posible por lo que será necesaria una interpretación justificada y razonada en cada caso.

<sup>76</sup> STJUE, de 23 octubre 2014, C-302/13, *Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 28.

El artículo 6.3 a RR-II se muestra como la regla general de ámbito universal y de aplicación uniforme, mientras que el artículo 6.3 b resulta una ley especial que se aplica cuando el alcance de la infracción afecta a varios Estados miembros, con carácter opcional, de ámbito europeo y diseñada exclusivamente para acciones contra cárteles.

El artículo 6.3 b RR-II recoge los supuestos de concentración legal en el caso de acciones colectivas transfronterizas. Cuando la conducta afecte, o pueda afectar, al mercado de varios países, el artículo 6.3 b RR-II trata de evitar la multiplicación y facilita la aplicación de una ley única. En primer lugar, se aplicará la ley del domicilio del demandado, y en segundo lugar, la *lex fori*. Por lo tanto, parece que la ley que regula la estructura de funcionamiento de un mercado que tiene una naturaleza pública, será la que regule las consecuencias privadas, en forma de indemnizaciones derivadas de la infracción de tales reglas de organización del mercado.

*Quinta.* El artículo 9 RR-I regula las leyes de policía, y el Derecho europeo de defensa de la competencia previsto en los artículos 101 y 102 del TFUE es considerado ley de policía. Por lo tanto, no puede ser excluido por mutuo acuerdo y debe primar sobre la ley elegida por las partes, porque es de aplicación obligatoria; incluso deberá primar sobre las normas de un país extranjero. Este tipo de normas materiales imperativas regulan los cárteles, las infracciones a la competencia, las prácticas restrictivas del mercado y el abuso de posición de dominio, y así lo avala la jurisprudencia del TJUE en la sentencia *Courage y Crehan*.

No obstante, para seguir aclarando las dudas y la interpretación que deba darse a los Reglamentos de Derecho internacional privado, en relación con las infracciones a las normas de defensa de la competencia, seguirá siendo necesaria y crucial la jurisprudencia del TJUE para orientar a los operadores jurídicos y, muy especialmente, a los legisladores nacionales.