

**COMENTARIOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA**  
**DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**  
**AL LIBRO BLANCO DE DAÑOS**  
**DE LA COMISIÓN EUROPEA**

Madrid, julio de 2008

En primer lugar, la AEDC desea agradecer la posibilidad de proporcionar comentarios al libro blanco, puesto que entendemos que en el posible proceso en el que la Comisión resuelva embarcarse puede no haber comentarios de la sociedad en general, y por lo tanto es importante esta nueva oportunidad, así como la transparencia de que se ha dispuesto.

En segundo lugar, queremos destacar la calidad del libro blanco en relación con las primeras propuestas contenidas en el libro verde, si bien en algunas ocasiones la Comisión olvida respaldar sus observaciones de forma empírica o verificable.

El grupo que ha desarrollado los comentarios ha estado compuesto, por orden alfabético de apellidos, por Enrique Armijo, Luis Blánquez, Pedro Callol, Enrique Cañizares, Daniel Escoda, Gunnar Niels, Alejandro Requejo, y Antonio Creus que se ha encargado de la coordinación.

El objetivo que ha guiado los comentarios que se realizan no es otro que el de mejorar y facilitar a la Comisión información y opinión de la aplicación en España de las propuestas sobre daños para que adopte las decisiones que considere oportunas en cuanto a la actuación que considere conveniente.

### **Introducción**

El libro blanco como ya hemos indicado supone un gran avance sobre las primeras ideas del libro verde y supone por ello un trabajo importante, puesto que la Comisión ha procesado todos los comentarios que se le remitieron y ha adelantado su posición en buena parte de los puntos.

Parece importante y loable la actuación de la Comisión de interponer demandas contra miembros de un cártel en el que ella ha sufrido daños. Sin duda podrá percibir en primera persona los problemas o cuestiones que en buena parte de manera teórica se indican en el libro que se comenta.

A pesar de lo indicado consideramos que faltan comentarios sobre medidas cautelares, las cuestiones de nulidad, el arbitraje y que la Comisión se muestre algo más convencida sobre las acciones autónomas basadas en derecho de la competencia, denominadas en el libro blanco “stand alone”.

Es muy importante no perder de vista que este es el primer debate en profundidad que se genera en estos temas, y que será imposible prever todas las posibilidades que el contencioso privado ofrece en materia de derecho de la competencia, por lo tanto con una cierta dosis de humildad hay que asumir

los problemas que se puedan prever en este momento como importantes, sin obsesionarse por ser omnicomprendidos.

Para el coordinador de estos comentarios es muy grato el trabajo que está realizando, puesto que se halla en línea con el artículo que ya publicó en abril de 1999, esto es hace algo más de 9 años, titulado “Privatización del derecho de la competencia” en el número 200 de la Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia. Aquella preocupación que generó un interesante debate en aquella revista es hoy una preocupación general y que se halla compartida por todos.

## 1. Objetivo y alcance del Libro Blanco

¿Por qué un Libro Blanco sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia? Objetivos, principios rectores y alcance del Libro Blanco

### *Principio de la compensación completa*

Parece ser un principio no sólo razonable sino básico para sustentar el objetivo principal del Libro Blanco como es la reparación de daños a las víctimas de prácticas que infrinjan lo estipulado en los Artículos 81 y 82. Las otras posibilidades que ha descartado la Comisión - como los daños dobles o triples - conducirían a la prevención y disuasión de tales prácticas en adición a la compensación de las mismas, pero aun así el principio de la compensación completa sin duda tendrá un efecto de disuasión bastante fuerte también - la Comisión señala correctamente que *'Improving compensatory justice would therefore inherently also produce beneficial effects in terms of deterrence of future infringement and greater compliance with EC antitrust rules'* (p.3).

Sin embargo, cabe anotar que, desde el punto de vista económico, el mismo efecto de disuasión se puede lograr simplemente aumentando las multas impuestas con el monto correspondiente al daño causado - no se necesita un sistema costoso de contencioso privado para lograr ese objetivo. Pero claramente el contencioso privado tiene otras ventajas y en general consideramos muy razonable y sensata la propuesta del Libro Blanco.

El Libro Blanco menciona que *'any victim of antitrust infringements must be able to exercise his right to compensation effectively, the issues addressed in the White paper concern, in principle, all categories of victim, all types of breach of Article 81 and 82 and all sectors of the economy'*. Este noble objetivo tal vez no sea enteramente factible de lograr, ya que ni el Libro Blanco ni el Staff Working Paper identifican como víctimas a aquellos compradores que hubieran adquirido el producto en ausencia de la práctica anticompetitiva (por ejemplo, un cártel de precios). En términos económicos, estos consumidores constituyen el daño más importante al bienestar social (el llamado *'deadweight welfare loss'*), más que el sobreprecio que han sufrido aquellos consumidores que han seguido comprando. A pesar de esto, la cuantificación de daños generalmente se enfoca en el sobreprecio. Esto es principalmente por razones prácticas, ya que sería casi imposible identificar aquellos potenciales consumidores que dejaron de comprar el producto a raíz del sobreprecio. La identificación no constituirá un problema, sin embargo, en muchos mercados de bienes intermedios donde, como consecuencia de la práctica anticompetitiva, los clientes no dejan de comprar el producto, sino que reducen la cantidad adquirida.

## 2. Legitimación: compradores indirectos y recurso colectivo

Una de las nueve áreas sobre las que la Comisión formula propuestas es la legitimación activa de los demandantes, en especial la de los compradores indirectos.<sup>1</sup> Si bien la Comisión trata conjuntamente la legitimación activa de los compradores indirectos y las acciones colectivas de daños, en este apartado nos referiremos únicamente al punto de la legitimación activa de los compradores indirectos para promover acciones de daños y perjuicios. Haremos también referencia a las propuestas de la Comisión en relación a la defensa de los demandados basada en la repercusión del daño (o defensa *passing-on*), pues están directamente relacionadas con la problemática de la legitimación activa de los compradores indirectos.

Como comentario general, se echa en falta una discusión más profunda en torno a la problemática de la legitimación activa de los compradores indirectos, a la que se le dedica únicamente un párrafo en el Libro Blanco, si bien en principio y en derecho español no debería existir problema alguno.

### 2.1 La propuesta de la Comisión sobre la legitimación activa de los compradores indirectos

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se pronunció sobre la legitimación activa en su sentencia de 2001 en el asunto *Crehan*,<sup>2</sup> que establece que tanto los compradores directos como los indirectos (el TJCE habla de *`cualquier persona`*) pueden reclamar judicialmente el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la conducta ilegal:

*`La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.`* (Párrafo 26 de la sentencia).

Entre la publicación del Libro Verde y la publicación del Libro Blanco por la Comisión, el TJCE ha confirmado su visión en su Sentencia de 2006 en los asuntos acumulados *Manfredi*:<sup>3</sup>

*`... en lo que atañe a la posibilidad de solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que puede restringir o falsear el juego de la competencia, procede recordar que la plena eficacia del artículo 81 CE y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia.`*

---

<sup>1</sup> Ver punto 2.1 del Libro Blanco “Legitimación: compradores indirectos y recurso colectivo.

<sup>2</sup> Sentencia TJCE de 20 de septiembre de 2001, en el Asunto C-435/99, *Courage v. Crehan*.

<sup>3</sup> Sentencia TJCE de 13 de julio de 2006, en los Asuntos acumulados C-295-298/04.

*Se desprende de esto que cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 81 CE.'*

La Comisión se felicita en el Libro Blanco de esta confirmación por parte del TJCE. Cualquier individuo, ya sea usuario, proveedor o competidor, estaría legitimado para reclamar daños y perjuicios.

En particular, en casos en los que los precios anticompetitivos hayan sido repercutidos a lo largo de la cadena de suministro, tanto los compradores directos como los compradores indirectos deberían tener legitimación para reclamar daños y perjuicios.

Por ejemplo, en los casos en que los compradores directos de productos fabricados por los miembros de un cártel hayan repercutido los precios excesivos en los precios ofertados al siguiente nivel de la cadena de distribución, conforme a las propuestas de la Comisión, los compradores indirectos deberán estar igualmente legitimados para interponer demandas por daños y perjuicios. En relación directa con lo anterior, en opinión de la Comisión los demandados por daños y perjuicios deberán poder invocar la defensa *passing-on*, consistente en alegar que los compradores directos que hayan interpuesto una demanda de daños y perjuicios han repercutido una parte de los sobrecostos resultantes de la conducta anticompetitiva a los compradores indirectos por lo que, en consecuencia, han mitigado el daño sufrido. Es lógico que el demandado pueda interponer esta defensa, ya que no se limita la legitimación de los compradores indirectos (de hecho tanto el comprador indirecto como el demandado defenderían que se ha repercutido el precio anticompetitivo).

La carga de la prueba de la defensa *passing-on* recaería en el demandado, proponiendo la Comisión que el estándar de prueba no debería ser menor que el estándar impuesto en los demandantes para probar los daños que alega haber sufrido.

En cuanto a los compradores indirectos, la Comisión propone que sus reclamaciones puedan basarse en la presunción refutable de que se les repercutió en su totalidad el coste excesivo ilegal.

## **2.2 ¿Tienen encaje las propuestas de la Comisión en este punto en el actual sistema español?**

En relación a la legitimidad activa de los compradores indirectos en caso de daños por conductas anticompetitivas, no existen en el ordenamiento español reglas procesales específicas. Sin embargo, aplicando las reglas generales de la responsabilidad civil de nuestro ordenamiento, se permite la legitimación del comprador indirecto, siempre que exista un nexo causal entre la actividad del sujeto al que se imputa el daño (en este caso el infractor de las normas de competencia) y el hecho dañoso, que deberá ser probado por el demandante.

Por lo tanto, el comprador indirecto demandante deberá estar en situación de demostrar que la conducta anticompetitiva del demandado le ha ocasionado un daño, entendido como daño emergente (la pérdida real debida a un incremento de los precios contrario a la competencia) y lucro cesante (por una reducción de sus ventas).

En cuanto a la utilización de la defensa *passing-on*, ésta también tiene acomodo en el ordenamiento español actual, en el sentido de que los tribunales calculan la indemnización sobre la base del daño real sufrido por el demandante, sobre la base de las pruebas realizadas en el procedimiento.

Por lo tanto, si el demandado logra demostrar que el demandante no ha sufrido un daño (emergente en este caso) real, puesto que ha repercutido, en su totalidad o en parte, los precios anticompetitivos a sus compradores, los tribunales deberán tenerlo en cuenta a la hora de determinar el derecho a la indemnización y su importe.

Hasta la fecha, no tenemos constancia de que hayan interpuesto demandas de daños y perjuicios por compradores indirectos ante los órganos jurisdiccionales españoles, ni de procedimientos en los que los demandados hayan alegado la defensa *passing-on*.

### 2.3 ¿Qué problemas pueden plantear las propuestas de la Comisión?

El principio fundamental seguido por la Comisión a lo largo de sus propuestas en el Libro Blanco es la de promover la compensación equitativa de los daños originados por la conducta anticompetitiva. No obstante, al aferrarse a este principio la propuesta de la Comisión puede ir en detrimento del efecto disuasorio de las acciones de daños y perjuicios, al reconocer la legitimación de los compradores indirectos (como opina el Tribunal Supremo de los Estados Unidos).

### 2.4 La posición en Estados Unidos

Hasta el momento, el número de demandas de daños y perjuicios por conductas anticompetitivas interpuestas en los Estados Miembros es muy reducido (precisamente uno de los motivos por los que la Comisión ha publicado el Libro Blanco a instancias del Parlamento Europeo). Sin embargo, en los Estados Unidos la trayectoria de las demandas de daños y perjuicios es amplia, por lo que sería útil revisar cómo se ha solucionado el problema de la legitimación activa en esta jurisdicción.

La Sección 4 de la Ley Clayton reconoce en principio que cualquier persona puede reclamar (multiplicados por hasta tres veces, *treble damages*) los daños sufridos por una conducta anticompetitiva.<sup>4</sup> Sin embargo, el Tribunal Supremo estadounidense ha limitado la legitimación activa de los demandantes ante los tribunales federales, estableciendo que únicamente los compradores directos de productos afectados por una conducta anticompetitiva cuentan con legitimación activa para interponer demandas de daños y perjuicios (salvo contadas excepciones).

Los dos casos fundamentales en los que cristaliza esta postura del Tribunal Supremo de los Estados Unidos son el caso *Hanover Shoe*,<sup>5</sup> y el caso *Illinois Brick*.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> *Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee...* (Énfasis añadido).

En su Sentencia en el caso *Hanover Shoe*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos limitó la legitimación a los compradores directos, prohibiendo al mismo tiempo la defensa *passing-on*. La preocupación del Tribunal Supremo que lleva a limitar la legitimación activa y las vías de defensa de los demandados es que, de no establecerse limitación alguna, las dificultades relacionadas con la prueba de la repercusión del daño a lo largo de la cadena de distribución dificultarían y retrasarían los procedimientos, socavando su eficacia.

Posteriormente y en línea con lo anterior, el Tribunal Supremo confirmó en Sentencia en el caso *Illinois Brick* la doctrina establecida en su Sentencia en el caso *Hanover Shoe*, prohibiendo la utilización del argumento de la repercusión del daño por parte de los demandantes indirectos. Por lo tanto, desde entonces la prohibición del uso de la defensa *passing-on* pasó a ser simétrica (en el sentido de que no puede utilizarse tampoco desde el punto de vista ofensivo por parte del demandante).

Los siguientes párrafos de la Sentencia en ilustran bien la preocupación del Tribunal Supremo de los Estados Unidos

*‘Permitting the use of pass-on theories under § 4 [del la Ley Clayton] essentially would transform treble damages actions into massive efforts to apportion the recovery among all potential plaintiffs that could have absorbed part of the overcharge -- from direct purchasers to middlemen to ultimate consumers. However appealing this attempt to allocate the overcharge might seem in theory, it would add whole new dimensions of complexity to treble damages suits, and seriously undermine their effectiveness.*

*As we have indicated, potential plaintiffs at each level in the distribution chain are in a position to assert conflicting claims to a common fund -- the amount of the alleged overcharge -- by contending that the entire overcharge was absorbed at that particular level in the chain.’*

Como vemos, las propuestas de la Comisión van en sentido opuesto a la posición general<sup>7</sup> adoptada en Estados Unidos.

## **2.5 Problemas que pueden conllevar las propuestas de la Comisión**

### *a) Dificultades relacionadas con la prueba*

La prohibición de la defensa *passing-on* y la limitación de la legitimación activa a los compradores directos en los tribunales federales de Estados Unidos además de evitar el riesgo de una recuperación múltiple del daño, evitaría las complicaciones de prueba de la repercusión del daño. En efecto, y a diferencia de los compradores directos, los compradores indirectos se verían en grandes dificultades para probar la existencia de la conducta, reconstruir la cadena de

---

<sup>5</sup> Hanover Shoe v. United Shoe Mach., 392 u.s. 481 (1968).

<sup>6</sup> Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977).

<sup>7</sup> Varios Estados de la Unión permiten la legitimación activa de compradores indirectos bajo su legislación de competencia.

suministro, probar que el precio anticompetitivo les ha sido repercutido (y en qué cuantía les ha sido repercutido) probar la cuantía que les ha sido repercutida por parte de los compradores directos, probar el daño que han sufrido, etc.

La propia Comisión es consciente de las dificultades que la prueba de la repercusión del daño supondría para los compradores indirectos,<sup>8</sup> y para aligerar la carga de la prueba de los compradores indirectos, (como hemos mencionado anteriormente) propone que estos puedan basarse en la presunción refutable (*iuris tantum*) de que se les repercutió en su totalidad el coste excesivo ilegal.<sup>9</sup> La propuesta de esta presunción iría contra la regla general de que es el demandante quien ha de demostrar su pretensión, con lo que sería necesaria una modificación de las reglas procesales internas. En todo caso, dadas las dificultades de prueba existentes para los compradores indirectos a la hora de reconstruir la “cadena” del daño la propuesta de la Comisión parece adecuada para aligerar la carga de la prueba, si bien, como se verá en la sección 7, lo que no parece adecuado es que la presunción cubra la totalidad del daño. Sin la colaboración del comprador directo y sucesivos compradores indirectos hasta llegar al nivel del demandante en la cadena de suministro es prácticamente imposible demostrar que el precio se ha repercutido, puesto que son ellos los que cuentan con la información sobre sus costes de producción.

No obstante, los compradores directos (y sucesivos compradores indirectos hasta llegar al nivel del comprador indirecto demandante) han de contar con cauces procesales adecuados para intervenir en los procedimientos de daños y perjuicios iniciados a instancias de un comprador indirecto. En caso contrario, el comprador directo se vería indefenso si, habiendo sufrido el daño al no haber repercutido el precio ilegal (o no haberlo hecho por completo), el demandado no logra utilizar la *passing-on* y el comprador indirecto demandante obtiene una indemnización mayor de la que le correspondería, enriqueciéndose injustamente.

#### *b) Acciones de daños y perjuicios por parte de compradores situados en diferentes niveles de la cadena de suministro*

Por otro lado, las propuestas de la Comisión plantean problemas en caso de acciones de daños y perjuicios entabladas por compradores situados en diferentes niveles de la cadena de suministro en relación a una misma conducta anticompetitiva:

- Acciones conjuntas: según la Comisión, el supuesto que plantea menos problemas relacionados con la sobre-compensación o infra-compensación es la presentación de una demanda conjunta por parte de compradores situados al distintos niveles de la cadena de suministro. En la práctica, es poco probable que un comprador directo y un comprador indirecto entablen una acción conjunta, dado que cada uno de ellos tendría intereses en cierta medida contrapuestos y estaría defendiendo una postura contraria a la del otro: el comprador indirecto intentaría probar que el daño le ha sido repercutido, mientras que el comprador directo sostendría lo contrario (y debería refutar la presunción de repercusión

---

<sup>8</sup> Ver párrafos 219 y 220 del Comisión Staff Working Paper que acompaña al Libro Blanco.

<sup>9</sup> Para razonamiento de la Comisión párrafos 215 y siguientes del Comisión Staff Working Paper que acompaña al Libro Blanco.

total del precio anticompetitivo propuesta por la Comisión a favor de los compradores indirectos).

- Acciones paralelas: en caso de procedimientos civiles iniciados por demandas interpuestas por compradores situados en diversos niveles de la cadena de distribución. La única solución propuesta por la Comisión en este caso es la acumulación de las acciones en un solo tribunal. De nuevo, debido a la falta de identidad de partes, pretensiones de las mismas, etc. es difícil que se acumulen todas las acciones. Dada la complejidad de la prueba (sobre en todo en caso de compradores indirectos), el riesgo de que se den sentencias contradictorias podría ser considerable.
- Acciones consecutivas: dada la falta de identidad de las partes, las sentencias no serían en este caso vinculantes, estando dotadas de valor meramente probatorio. Una sentencia recaída en un procedimiento anterior puede ser invocada con sujeción a las limitaciones y condicionamientos derivados de (i) el Derecho interno, y (ii) las circunstancias de hecho concretas de cada caso. Como comentario, decir que las conclusiones de la Comisión en su Documento de Trabajo al respecto son, cuanto menos, bastante obvias y crean más confusión que claridad.

## 2.6 Conclusiones sobre la legitimación activa

Las propuestas de la Comisión en relación a la legitimación activa de compradores indirectos son consecuentes con el principio de compensación plena y equitativa que inspira el Libro Blanco. Sin embargo, es necesario articular un sistema de cálculo del daño y medios de prueba que limite los problemas que puede acarrear el reconocimiento de legitimación de compradores indirectos, así como el uso de la defensa *passing-on* (problemas que ya apuntó la Comisión en el Libro Verde<sup>10</sup>).

Es claro que la Comisión no apuesta por un modelo como el estadounidense que opta por la simplicidad aún a riesgo de una distribución no equitativa de las compensaciones obtenidas. Precisamente la simplicidad de este tipo de modelo favorecería el efecto disuasorio de las acciones por daños y perjuicios.

No hay que olvidar que uno de los motivos del TJCE para apoyar que cualquier persona pueda reclamar los daños y perjuicios ocasionados por una conducta anticompetitiva es el efecto disuasorio que esta medida pudiera tener:

*‘En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, 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.’* (Párrafo 27 de la Sentencia del TJCE en el asunto Crehan, citada. Énfasis añadido).

---

<sup>10</sup> Ver pregunta G del Libro Verde.



Los compradores directos son lógicamente los mejor posicionados para probar el nexo causal entre la conducta anticompetitiva y el daño sufrido en un litigio por daños y perjuicios, mientras que los compradores indirectos, y en especial los consumidores finales, se enfrentarían a enormes problemas de prueba para probar que se ha repercutido el coste ilegal (o que sus ventas han disminuido a costa del mismo) en reclamación de unos daños que en muchos casos serían mínimos.

### 3. Acceso a las pruebas

A priori podría parecer que las disposiciones contenidas en el apartado 2.2 del Libro Blanco no plantean problemas desde la perspectiva del orden procesal español. La Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante “LEC”) incluye instrumentos específicos a través de los cuales podrían canalizarse las propuestas comunitarias de actuación en esta materia. En concreto el artículo 256 se refiere a las diligencias preliminares y a su solicitud con carácter previo al inicio de la acción judicial; el artículo 297 alude a las medidas de aseguramiento de la prueba; el artículo 328 al deber de exhibición documental entre partes, y el artículo 329 se ocupa de los efectos de la negativa a la exhibición de documentos prevista en el precepto anterior (es decir, el artículo 328).

Conviene señalar que los artículos 256, 297 y 328 de la LEC fueron modificados por la Ley 19/06 de 5 de Junio para ampliar los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial en línea con las previsiones contenidas en la Directiva 2004/48/CEE de 29 de Abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. En particular se agregaron dos nuevos apartados (los apartados 7 y 8) al artículo 256, se dio nueva redacción al apartado 2 del artículo 297 y se incluyó un nuevo apartado 3º al artículo 328. Estos cambios incorporaron a la ley procesal española las medidas contempladas en los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva 2004/48/CEE. A su vez, estas últimas medidas guardan un claro paralelismo con las propuestas contempladas en el apartado 2.2 del Libro Blanco. La finalidad perseguida por unas y otras (facilitar los mecanismos de acceso a pruebas en poder de la otra parte litigante o de terceros) es coincidente.

Pues bien, al hacer una reflexión más pausada sobre la posible incidencia o efectos en el orden procesal español de las propuestas contempladas en el Libro Blanco en materia de acceso a las pruebas, se advierten ciertos riesgos o incertidumbres.

- Primero, no es claro que las posibilidades de actuación que los artículos 256, 297 y 328 establecen en materia de propiedad intelectual o industrial puedan extenderse por analogía a los contenciosos *antitrust*. A pesar de la vocación generalista de la LEC y de la constatación de que la reforma llevada a cabo en 2006 tenía por objeto, ante todo, la protección de los intereses del mercado, no puede perderse de vista que las leyes que limitan los derechos de las personas no pueden aplicarse a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. Además, el Código Civil (artículo 4.1) exige que se aprecie identidad de razón para la aplicación analógica de las normas y no parece que éste sea el caso. A lo anterior se une el formalismo y rigidez del procedimiento procesal español. Todo ello limita o limitará de forma muy considerable la capacidad de maniobra del juez español.

- Y segundo, es igualmente dudoso que las disposiciones generales (es decir, las disposiciones que no se refieren a los conflictos relacionados con la propiedad industrial e intelectual) a que se refieren los artículos 256, 297 y 328 de la LEC (en materia de diligencias preliminares, medidas de aseguramiento de la prueba y deber de exhibición documental), sean suficientes para encauzar las propuestas de actuación incluidas en el Libro Blanco. En este punto conviene poner de manifiesto:
- Que las dos únicas medidas de aseguramiento de pruebas que podrían solicitarse ex artículo 256 de la LEC serían las siguientes:

*“1. Todo juicio podrá prepararse:*

*1º Por petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación.*

*2º Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio. ...”*

- Que el apartado 1º del artículo 297 no se refiere a órdenes de *divulgación de pruebas* sino que alude a medidas de *aseguramiento* de pruebas.
- Y finalmente, que el artículo 328 de la LEC sólo se refiere al deber de exhibición de documentos entre partes.

Por tanto, la lectura de los preceptos antedichos pone de manifiesto que los mismos resultarán insuficientes para sustentar una solicitud de orden de *divulgación de aquellas categorías de prueba* referenciadas en el apartado 2.2 del Libro Blanco.

#### **4. Efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de Competencia**

La propuesta de que sólo sean vinculantes las decisiones (actos administrativos) firmes que confirmen violaciones de los artículos 81 y 82 TCE respeta el principio de seguridad jurídica.

En cualquier caso las decisiones de las ANC, solo deberán constituir prueba vinculante respecto de la ilegalidad o antijuridicidad de la conducta en cuestión, pero no de los hechos que hayan formado parte del expediente en sede administrativa ni de su valoración. Así entendemos el espíritu del párrafo segundo del apartado 2.3. Los procedimientos judiciales de indemnización de daños y perjuicios se deben basar en una aplicación estricta del principio de contradicción. Los procedimientos sancionadores en sede administrativa siguen fundamentalmente un principio de instrucción o inquisitorial, con identidad del órgano instructor y el que resuelve.

Por ese motivo, y para no impedir la posibilidad de introducir nuevos hechos que pudieran no haberse tomado en cuenta en la decisión de la ANC, pero relevantes a la hora de valorar aspectos tan importantes como los efectos de la conducta sobre el mercado y en particular sobre el perjudicado que acciona contra el infractor, solo cabe identificar una vinculación respecto de la antijuridicidad de la conducta y por consiguiente en la culpabilidad del infractor; requisito *sine quae non* para derivar una responsabilidad extracontractual de una actuación.

En cualquier caso, sí será necesario que los órganos judiciales reexaminen los hechos, pero, no para reconsiderar la valoración jurídica ya realizada en clave de Derecho de la Competencia, pero sí en la medida que puedan tener un impacto en los daños provocados o en el grado de culpabilidad de la conducta. Parece que la CE tiene intención de vedar toda posibilidad a los órganos jurisdiccionales de reexaminar o determinar los hechos que van a servir para fundamentar sus sentencias.

Así, el principio de aportación de prueba en los procedimientos judiciales debe igualmente respetarse. Redunda en la adecuada y justa valoración de los hechos y asegura la tutela judicial efectiva. Por lo tanto la *duplicación de un análisis factual*, siempre limitado y dirigido a tener un conocimiento cabal de las características de la conducta considerada como antijurídica o para determinar el alcance de los efectos perjudiciales de la conducta sobre el demandante, no creemos que genere un coste añadido considerable o una duración excesiva del procedimiento con la entidad suficiente como para afectar negativamente al principio fundamental de reparación plena al que tiene derecho el perjudicado.

La certeza absoluta que pretende buscar la CE respecto del resultado final de las acciones indemnizatorias (a ello se refiere cuando pretende rebajar el elemento de la *imponderabilidad de la reparación*) no se puede convertir en un mero procedimiento ejecutivo (judicial) de una previa decisión administrativa.

Sería necesario acometer una armonización respecto de las vías de recurso contra las decisiones de las ANC en los diferentes Estados Miembros al alcance de los presuntos infractores para así evitar un efecto de *forum shopping*. De no ser así existirían incentivos a concentrar las demandas de indemnización por daños y perjuicios en aquellos países en los que claramente las instancias judiciales para presentar recursos sean reducidas y en las que el horizonte temporal para obtener una decisión firme de la ANC sea menor. Supondría una distorsión en el mercado interior y unas diferencias muy relevantes en la plena y puntual satisfacción de los derechos de los perjudicados en función del país en el que se demandara.

## **5. Requisito de conducta culpable**

No hay comentarios específicos en relación con este punto.

## **6. Daños y perjuicios**

Las medidas propuestas por el Libro Blanco en el capítulo dedicado a la definición y cuantificación de los daños y perjuicios parecen razonables, y pueden contribuir de forma significativa a paliar la situación de inseguridad jurídica que en algunos Estados miembros

constituye uno de los principales obstáculos para la aplicación privada del derecho de la competencia.

En concreto, el Libro Blanco propone elaborar un instrumento legislativo en el que se recoja la doctrina comunitaria relativa al alcance de los daños y perjuicios que pueden recuperar las víctimas de infracciones de la normativa de competencia. El Libro Blanco reconoce además la dificultad que entraña la cuantificación del daño, y propone elaborar unas directrices no vinculantes con los métodos aproximativos o normas simplificadas que pueden utilizarse para el cálculo.

No obstante, hay determinados aspectos que pueden requerir revisión.

*a) El efecto disuasorio de la indemnización*

En primer lugar, el Libro Blanco identifica como objetivo y principio rector de la política comunitaria en esta materia la plena compensación del daño. El Libro Blanco señala no obstante que las acciones de reclamación de daños pueden además tener un efecto disuasorio de las prácticas anticompetitivas, si bien aclara que la aplicación privada no debe sustituir – sino en todo caso complementar – la actuación de las autoridades de competencia.<sup>11</sup> Bajo este modelo de aplicación concurrente público-privada, los infractores se enfrentarían, por un lado, a una sanción de la autoridad de competencia y, por otro, al pago de una indemnización fijada por los tribunales de justicia.

A este respecto, es preciso tener en cuenta que el régimen sancionador persigue ya de por sí disuadir de la realización de prácticas anticompetitivas. Una sanción óptima sería por tanto aquella que iguala el beneficio que la empresa esperaría obtener con la infracción a su coste esperado. Teniendo en cuenta que existe una cierta probabilidad de que la infracción sea detectada y sancionada, la sanción óptima vendría dada por la siguiente expresión:

$$\frac{\text{beneficio esperado}}{\text{prob (detección)} \times \text{prob (sanción)}}$$

Si a una sanción de estas características se le añade el importe de las posibles indemnizaciones por daños a que tenga que hacer frente la empresa, se podría llegar a un coste de la infracción desproporcionado. Una posible vía para paliar este problema que puede llegar a generar la aplicación concurrente del derecho de la competencia consistiría, como se expone en detalle en la sección 10 de este documento, en articular un sistema que permita reducir el importe de la multa en función de la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que finalmente tengan que pagar los infractores.

*b) Estimación de daños*

La Comisión propone desarrollar criterios simplificados para el cálculo de daños. En principio hay mérito en eso. Se quiere evitar complicaciones y debates innecesarios. En los estudios económicos

---

<sup>11</sup> Libro Blanco, pp. 3-4.

siempre hay cierto margen de incertidumbre en los cálculos, y muchas veces lo más poderoso de un análisis económico es que obtiene conocimiento de las magnitudes (más no de números exactos) - se puede averiguar, por ejemplo, si el daño fue de €40 millones o de €400 millones. No obstante, existen hoy en día muchas técnicas econométricas y financieras que permiten estimar los daños con mucho más precisión, sobre todo si hay buena disponibilidad de datos (véase abajo). Si se siguen procedimientos de 'best practice' entre los expertos económicos - por ejemplo, los dos expertos deben compartir todos sus datos y análisis de forma electrónica para permitir la verificación detallada - se puede llegar a estimaciones razonables, sin tener que limitarse a métodos demasiado simples.

Finalmente un comentario acerca de la información que se requiere para cuantificar los daños. Claramente se requiere de mucha información detallada que en la mayoría de los casos será propiedad de la empresa denunciada. En el capítulo 3.4.C de staff working paper se discute la especificación de las categorías de evidencia que se deben de entregar.

Valdría la pena mencionar aquí que desde el punto de vista económico hay ciertas categorías de información que son bastante estándar y que por lo tanto siempre se deberían de solicitar a las empresas denunciadas. Estas son:

- datos de ventas, volúmenes y precios durante un periodo largo y de forma regular (mensuales, trimestrales), dependiendo del caso, y cubriendo los periodos antes, durante y después de la infracción
- estados financieros internos ('management accounts') en el periodo relevante
- planes de negocio (business plans) y proyecciones financieras en el periodo relevante
- los estudios de mercado o de consumidores que se encuentren disponibles para el periodo relevante.

### *c) Normas simplificadas de cálculo*

El Libro Blanco señala que el cálculo del daño puede ser un ejercicio complejo, y que el coste asociado a obtener una estimación precisa puede resultar excesivo en comparación con la cuantía del daño a reclamar.<sup>12</sup> Por este motivo, propone la utilización de normas simplificadas de cálculo como, por ejemplo, en el caso de los daños ocasionados por un cártel, una medida de sobreprecio medio.<sup>13</sup>

La clave para el cálculo de los daños radica en reconstruir una situación hipotética e inobservable en la que la práctica anticompetitiva que ha ocasionado el perjuicio no hubiera tenido lugar (el denominado escenario "but-for"). No cabe duda de que se trata de un cálculo difícil, y de que el resultado obtenido en ningún caso podrá considerarse como "exacto" – dado que el escenario "but-for" es inobservable.

Esto no quiere decir que sea imposible obtener una estimación razonable, ni que todas las metodologías puedan considerarse igualmente válidas o rigurosas. Así, y volviendo al ejemplo del Libro Blanco, utilizando una norma simplificada el daño ocasionado por el cártel podría calcularse

---

<sup>12</sup> Libro Blanco, p. 8.

<sup>13</sup> Commission Staff Working Paper, p. 60.

como la diferencia entre el precio medio observado durante el periodo de la infracción y el precio medio vigente durante el periodo inmediatamente anterior. Esta metodología puede ser fácilmente utilizada y entendida, pero adolece de serias limitaciones y, por lo general, dará lugar a resultados sesgados. La principal limitación radica en que no tiene en cuenta la influencia sobre los precios de factores ajenos al cártel. Así, el aumento del precio medio durante el periodo de la infracción podría venir explicado en parte por un incremento en el coste de las materias primas utilizadas para elaborar el producto cartelizado. En este caso, la norma simplificada nos llevaría a sobreestimar el daño ocasionado por el cártel. En cambio, el uso de métodos más complejos y sofisticados (basados en técnicas econométricas) permitiría aislar la influencia de estos factores y obtener estimaciones más precisas.

Parece recomendable, por tanto, que el uso de normas simplificadas de cálculo no se generalice y se restrinja a casos particulares en los que la falta de datos no permita utilizar metodologías más rigurosas. La utilización de otros métodos más complejos y sofisticados requerirá la participación de economistas y econométricos expertos. Con el objeto de facilitar el entendimiento de los resultados y disponer de garantías sobre la metodología de cálculo, los tribunales deberían disponer de la posibilidad de designar expertos independientes y deberían establecerse reglas – similares a las que ya existen en Estados Unidos – sobre los requisitos mínimos de calidad que deben cumplir los dictámenes periciales.

## 7. Repercusión sobre costes excesivos

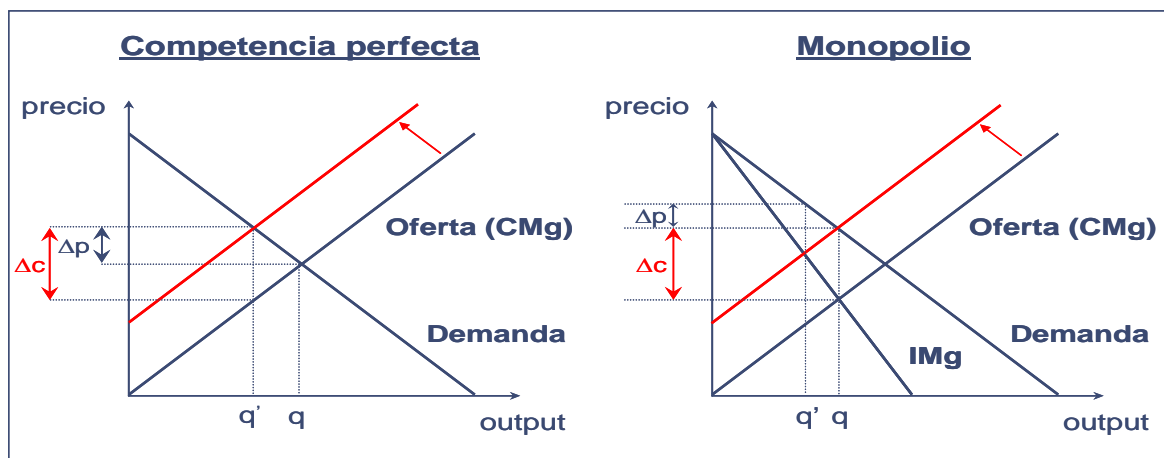
El Libro Blanco acierta al reconocer el derecho de los infractores a usar la defensa “passing-on”, esto es, alegar que una parte del sobreprecio cargado a sus clientes puede haber sido trasladada a compañías situadas “aguas abajo” en la cadena de valor (los compradores indirectos) y, al mismo tiempo, al legitimar al comprador indirecto afectado para reclamar daños y perjuicios.

No obstante, una vez reconocida esta posible existencia de un “passing-on” y el derecho de los compradores indirectos a reclamar daños, resulta dudoso que la repercusión de los costes excesivos requiera un tratamiento diferenciado dentro de los daños y perjuicios. En concreto, el Libro Blanco propone que, a la hora de reclamar daños, los compradores indirectos puedan basarse en una presunción refutable de que se les ha repercutido la totalidad del coste excesivo ilegal.

A este respecto, es preciso tener en cuenta que las metodologías utilizadas para el cálculo de los daños a clientes directos podrán, por lo general – siempre que lo permita la información disponible –, ser empleadas también para la estimación de los daños a clientes indirectos. Además, la estimación de los daños efectivamente causados por un cártel a sus clientes directos deberá necesariamente tener en cuenta si una parte del sobreprecio ha sido trasladada a los clientes indirectos.

En todo caso, la teoría económica básica evidencia que una presunción de que la totalidad del sobreprecio ha sido trasladada a los clientes indirectos será por lo general errónea. Esto se aprecia con claridad en el siguiente gráfico, que ilustra el efecto de un aumento en el coste de los factores productivos (representado por un desplazamiento de la curva de oferta) sobre el precio de un producto o servicio en dos escenarios extremos, competencia perfecta y monopolio. Se observa que en ambos casos sólo una parte del incremento en coste ( $\Delta c$ ) se traslada a precios ( $\Delta p$ ).

**Gráfico 1 – Efecto de un incremento en costes sobre el precio**



Por tanto, una vez reconocida la legitimación de los compradores indirectos para reclamar daños, no parece recomendable partir de una presunción (incluso si ésta es refutable) de que la totalidad del sobreprecio se ha trasladado a lo largo de la cadena de valor. El problema de inseguridad jurídica podría aliviarse, al igual que en el caso de los daños a compradores directos, especificando en las directrices sobre cálculo de daños propuestas en el Libro Blanco la necesidad de tener en cuenta los posibles efectos de “passing-on” y los métodos que pueden utilizarse para estimar su magnitud.

## 8. Plazos de prescripción

La primera propuesta de la Comisión (cómputo del plazo de la prescripción en las infracciones continuadas o repetidas a partir del cese de la infracción o a partir de la fecha en que se hubiera producido el conocimiento de la misma y del daño causado<sup>14</sup> por parte del agraviado), no plantea problemas desde el punto de vista del derecho sustantivo y procesal español.

Por el contrario, la propuesta de la Comisión de habilitar un plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de seguimiento de dos años a partir de la firmeza de la resolución de infracción es más conflictiva. En efecto, dicho planteamiento parece estar en clara contradicción con las previsiones del artículo 1.968 del Código Civil en virtud del cual se establece que prescriben por el transcurso de un año las acciones para exigir la responsabilidad civil derivadas de la culpa o negligencia (acciones contempladas en el artículo 1.902 del Código Civil).

De otro lado, la propuesta de la Comisión suscita también problemas desde el punto de vista de la exigencia de armonización interna. En este sentido, no parecería lógico dar un tratamiento distinto a la prescripción de las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas *comunitarias* de defensa de la competencia frente a la prescripción de las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas *nacionales* en esta misma materia. La regulación de esta materia debería ser uniforme para unas y otras.

<sup>14</sup> Entendemos que el concepto de daño causado deberá interpretarse como sinónimo a daño *soportado*.

## 9. Costes de las demandas de reparación de daños y perjuicios

De acuerdo con el Libro Blanco de la Comisión Europea los costes que llevan aparejados las demandas de indemnización por daños y perjuicios, y también las normas de asignación de costes, pueden tener un efecto disuasorio a la hora de interponer una demanda de indemnización por daños y perjuicios, e invita a las Estado Miembros a analizar las prácticas existentes, a los efectos de permitir demandas sustanciales en los casos en los que, de otro modo, los costes impedirían su interposición.

A este respecto, la Comisión Europea considera igualmente la necesidad de establecer mecanismos que fomenten la pronta resolución de asuntos, por ejemplo mediante acuerdos, con el fin de reducir sensiblemente, o incluso en determinados casos eliminar los costes judiciales. Finalmente, la Comisión Europea hace una reflexión sobre las normas de asignación de costes con el fin de reducir la incertidumbre para los demandantes potenciales sobre los costes de los que pueden ser responsables.

En general la AEDC considera que no es necesario introducir en la jurisdicción española normas especiales para reducir el riesgo de coste para el demandante. El principio de quien pierde paga, que prevalece en los Estados miembros de la UE, desempeña una función importante en la eliminación de casos no sustanciales. Además, la reducción o incluso supresión de estos costes podría tener como consecuencia adicional, como ya adelantó la AEDC en sus comentarios al Libro Verde, el uso frívolo o fraudulento de los mecanismos judiciales previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales.

En el caso particular del ordenamiento jurídico español, la AEDC considera que el régimen existente de la condena de costas en España cuenta con la suficiente seguridad jurídica como para no desincentivar la imposición de eventuales demandas sustanciales de indemnización por daños y perjuicios como resultado de prácticas contrarias a la competencia, y al mismo tiempo es lo suficientemente garantista y riguroso como para evitar un uso frívolo o fraudulento de los mecanismos judiciales previstos.

En efecto, el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece el principio general de que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En este caso, el litigante vencido solo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales (no sujetos a tarifa o arancel), una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hayan obtenido tal pronunciamiento.

Si se produjese por el contrario una estimación (o desestimación) parcial, cada parte abonará, de acuerdo con el apartado segundo del mismo artículo, las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el tribunal estime que alguna de ellas ha actuado con temeridad. No obstante, esta regla no se aplicará en el supuesto de que por parte del juzgador se aprecie que alguna de las partes ha actuado con temeridad.



Estos principios se llevan también al sistema de recursos contra las resoluciones de 1ª Instancia y de los Tribunales de Apelación. En este sentido, la parte que vea totalmente desestimadas sus pretensiones, será condenada en costas, mientras que por el contrario, si obtiene una estimación parcial, ambas partes serán absueltas de la condena en costas.

Por tanto, en lo que corresponde al sistema Español, los beneficios derivados de la modificación de estos principios no compensarían los perjuicios de la propia adopción de un principio especial para este tipo de acciones, diferente del imperante de modo general en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. La misma situación de la justicia española, por otra parte sometida a un alargamiento inevitable de cualquier proceso, propicia que pueda llegar a alcanzarse un acuerdo procesal o extra procesal entre las partes intervinientes en el proceso de que se trate, incluyendo el tratamiento de las costas producidas hasta ese momento, antes de que se llegue a una explícita condena. Ello dota de una flexibilidad adicional al sistema.

#### **10. Interacción entre los programas de clemencia y las demandas de indemnización por daños y perjuicios**

Este aspecto es de fundamental relevancia a los efectos de no poner en riesgo las políticas (administrativas) de clemencia. En el caso español, el procedimiento judicial civil actual carece de la institución de la confidencialidad parcial de los autos. La posibilidad de que existiera una pieza confidencial sería el elemento que aseguraría la no divulgación de las declaraciones y pruebas necesarias que aseguran la eficacia de los programas de clemencia; y aseguraría el derecho a declarar contra uno mismo en un procedimiento judicial

Por lo tanto, sería una importante reforma del procedimiento civil español, que habría que acometer; o en su caso, asignar al orden contencioso administrativo las competencias para resolver este tipo de casos de responsabilidad civil dado que sí se prevé la existencia de partes confidenciales del expediente, ajeno al principio de contradicción.

La posibilidad mencionada respecto de la posibilidad *de limitar la responsabilidad civil del beneficiario de inmunidad a las demandas realizadas por sus socios contractuales directos e indirectos* genera muchas dudas por el impacto negativo que tiene el principio de la plena compensación de daños.

No existen motivos derivados de la denuncia de una infracción o de poner fin a la misma que tengan efectos en la valoración de los daños generados a terceros. No existe la figura de los *punitive damages* en el ordenamiento jurídico español, que podrían ser utilizados para limitar esa responsabilidad del infractor.

Desde nuestro punto de vista, la exención del pago de multa o la reducción de su importe a nivel administrativo y el aseguramiento de que existe una protección suficiente frente a la no divulgación de las declaraciones corporativas, deberían bastar.

Es cierto que el elevado número de infracciones detectadas desde la introducción de los programas de clemencia, allá por el año 1996, puede verse reducido considerablemente ante el temor de las empresas infractoras a que les “lluevan” las demandas de indemnización de daños y perjuicios a lo

largo y ancho de la Unión Europea, ya que ello podría suponer no sólo la obligación al pago de la multa que pudiera corresponderles sino también el abono de cuantas indemnizaciones de daños y perjuicios acuerden los jueces nacionales. Incluso el potencial beneficiario de inmunidad en la investigación del cartel, podría ver aminorado tal beneficio ante este hecho, dejando de resultar atractivo el programa de clemencia.

Sobre la base de lo anterior, se hace necesario acudir a una solución que permita compatibilizar el principio de plena compensación con los programas de clemencia. En este sentido, desde la AEDC proponemos la siguiente solución: un sistema de reducción de las multas a aquellas empresas que demuestren que están compensando daños.

La solución propuesta encuentra su lógica, entre otras, en las “*Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003*” (2006/C 210/02), concretamente en sus párrafos 6, 30 y 31 que disponen lo siguiente:

*“6. En efecto, la combinación del valor de las ventas en relación con la infracción y de la duración se considera un valor sustitutivo adecuado para reflejar la importancia económica de la infracción. (...)”*

*C. Incremento específico para garantizar un efecto disuasorio*

*30. La Comisión prestará especial atención a la necesidad de garantizar que las multas presenten un efecto suficientemente disuasorio; con este fin, podrá aumentar la multa impuesta a aquellas empresas que tengan un volumen de negocios particularmente importante mas allá de las ventas de bienes y servicios a que se refiere la infracción.*

*31. Asimismo, la Comisión tendrá en cuenta la necesidad de incrementar la sanción para superar el importe de las ganancias ilícitas obtenidas gracias a la infracción, cuando sea posible proceder a este cálculo.” [el subrayado es nuestro]*

Decíamos que resulta lógica la solución propuesta por la interpretación *a sensu contrario* de lo dispuesto en las mencionadas directrices. Dicho de otro modo, dado que la multa, como reflejo de la gravedad de la infracción, puede ser aumentada, deberá asimismo poder ser disminuida cuando la empresa infractora pruebe que ha realizado actuaciones tendentes a paliar la gravedad de dicha infracción.

Lo anterior no opera como un levantamiento de la aplicación del multiplicador por efecto disuasorio, pues el sistema de indemnizaciones por daños y perjuicios que la Comisión estudia implantar, resulta mucho más disuasorio que la sanción económica que pudiera imponérsele. Ello, por la operatividad del principio de plena compensación, que en el mejor de los casos puede llegar a implicar para la empresa infractora la pérdida del total de las ganancias obtenidas del cártel, lo que produciría el efecto disuasorio que la Comisión está buscando.

Por eso, consideramos que la reducción de la multa en beneficio de la compensación del perjudicado es el sistema más adecuado para compatibilizar los programas de clemencia con las indemnizaciones de daños.

## 11. Conclusión

Desde un punto de vista de derecho español, no parece necesario efectuar modificaciones sustanciales a la normativa procesal para regular diversos aspectos de los que se abordan en el libro blanco.

Una legislación que regulase de una manera expresa la aplicación del derecho de la competencia comunitario, sin que se armonizase, siquiera de forma voluntaria la aplicación de dicho derecho a nivel nacional, esto es cuando no haya afectación del comercio intra-comunitario llevaría a cabo una división de procedimientos dependiendo de la existencia de la afectación del comercio intra-comunitario o no. Esto pudiera considerarse como un paso hacia atrás en relación con lo conseguido en el Reglamento (CE) nº 1/2003.

Si quizás la Comisión quiere avanzar por el camino de armonizar, cosas que se debería justificar en primer lugar, la necesidad de hacerlo, el camino sería quizás más es de la armonización voluntaria que la simple transposición de normativa comunitaria dictada por dichas instituciones.

La Comisión también debe ser consciente de que el “forum shopping” no se erradicará, por mucho empeño que ponga en ello. De hecho la sentencia Manfredi, contempla tamaña posibilidad puesto que el hecho que en una jurisdicción existan daños punitivos puede ser más atractiva que en otra que no, y no vemos como se pueden prever a nivel comunitario la existencia de daños punitivos.

Junto con estas reflexiones está la propuesta en relación con la posible reducción de las sanciones que se impongan a nivel comunitario en función de la disposición de dicha empresa en los procedimientos privados de daños, o las condenas que se hayan efectuado frente a la misma. Es un sistema que se deberá elaborar pero coincide con el espíritu de la reparación plena o íntegra por un lado, y por el otro con el de incentivar la aplicación privada del derecho de la competencia, así como hacerlo compatible con los procedimientos de clemencia y de transacción que existen ya en derecho comunitario.

Por último, como hemos mencionado en la introducción, la AEDC considera que en el libro blanco faltan comentarios sobre medidas cautelares, cuestiones de nulidad y arbitraje. Además, creemos necesario que la Comisión se muestre algo más convencida sobre las acciones autónomas basadas en derecho de la competencia, denominadas en el libro blanco “stand alone”.

\*\*\*