

# 1. Introducción

Desde la aprobación, en julio de 2007, de la nueva Ley de Defensa de la Competencia en España, la Ley 15/2007, de 2 de julio, y a diferencia de lo previsto en la normativa anteriormente vigente (la LDC 1989), cabe interponer reclamaciones por daños y perjuicios derivados de un ilícito antitrust en cualquier momento, con independencia de la existencia o no de un expediente sancionador ante las autoridades antitrust y las vicisitudes de dicho procedimiento administrativo.

Así, la posibilidad para los particulares de entablar acciones de daños y perjuicios orientadas al resarcimiento del perjuicio patrimonial sufrido derivado de una conducta anticompetitiva contaba, hasta fechas muy recientes, con amplios e insalvables obstáculos y barreras, de carácter tanto procesal como sustantivo<sup>1</sup>, hasta el punto de hablarse del “largo camino hasta el resarcimiento patrimonial”.

Sin embargo, y pese a que esta posibilidad ofrece a los damnificados por un cártel o un abuso de posición dominante las herramientas legales para obtener un completo resarcimiento patrimonial de los daños sufridos, e.g. el sobreprecio pagado por la compra de bienes, hasta la fecha<sup>2</sup> las ocasiones en que se han ejercitado este tipo de acciones han sido bastante escasas.

Dentro del proyecto de investigación **ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA: LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES DUROS EN ESPAÑA. PREVENCIÓN, DETECCIÓN, PRUEBA Y SANCIÓN**, de la Universidad San Pablo CEU, este trabajo explora los motivos por los que no se ha obtenido el éxito deseado con el *private enforcement* del Derecho de Defensa de la Competencia en nuestro país.

Para ello, se seguirá el siguiente esquema: tras esta breve introducción, el apartado II examina los motivos por los que –a nuestro juicio– no han tenido lugar en España más acciones de reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust, en particular de cárteles. En el siguiente apartado, el III, se analizan la escasa jurisprudencia existente en la materia, con una breve mención –para que sirva de referencia– a algunos supuestos de abuso de posición dominante, y centrándonos en la “saga” del cártel del azúcar, que ha originado pronunciamientos por parte de diversas instancias judiciales, en sentido contradictorio. Finalmente, en el apartado IV se hacen algunas propuestas a futuro, en el sentido de plantearnos a dónde vamos con el *private enforcement* en España –y, por extensión, en el ámbito comunitario– que señalaremos a modo de conclusiones.

---

<sup>1</sup> Vid. un muy completo estudio de la evolución legal y jurisprudencial de esta problemática en SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret*, Barcelona, Febrero de 2009.

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ, C., “Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España” en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 29, septiembre/octubre 2012, págs. 12 y ss.

## 2. ¿Por qué son tan escasas las acciones de reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust en España?

Los autores<sup>3</sup> que ya se han ocupado de estudiar esta cuestión no dudan en señalar que no hay un motivo único por el que estas reclamaciones no han tenido en nuestro país el éxito que se esperaba de ellas, sino que este “fracaso” hay que atribuirlo a un cúmulo de factores, que podemos agrupar en los siguientes:

- 1) Desde el punto de vista **institucional**, pese a que la legislación vigente permite y promueve este tipo de acciones, ni los jueces civiles-mercantiles están suficientemente preparados para enjuiciar una reclamación de este tipo (por la complejidad de la cuantificación de los daños, el “vértigo” que provoca las cuantías solicitadas en concepto de indemnización, el desconocimiento de los conceptos que se manejan, etc.) ni los despachos de abogados en España tienen una cultura de perseguir al damnificado por una conducta antitrust para ofrecerle interponer la correspondiente reclamación, sobre la base de unos *success fees* de lo efectivamente conseguido.
- 2) Desde el punto de vista **cultural-sociológico**, los consumidores –los perjudicados en última instancia por el ilícito antitrust en cuestión– no están acostumbrados a solicitar este tipo de indemnizaciones; parece que son más conscientes de sus derechos en otros ámbitos del ordenamiento, y más propensos a ejercer acciones resarcitorias en el ámbito civil, mercantil, etc, pero no en éste. Además, por motivos cuya comprensión se nos escapa, siguen sin agruparse para ejercer las acciones colectivas previstas por el art. 11.3 LEC –*class actions*– que tanto sentido tendrían en este ámbito.
- 3) Desde el plano **jurídico-procesal**, hay todavía algunas cuestiones<sup>4</sup> que no están resueltas a la hora de facilitar el ejercicio de acciones de reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust, como por ejemplo la inexistencia de *discovery rules* (que privan a los consumidores de acceso a la información que le haría falta para sustanciar su reclamación), la legitimación activa (con asociaciones de consumidores cuyo estatus jurídico es todavía discutido); los plazos de prescripción de las acciones; etc.
- 4) Desde el punto de vista puramente **histórico y de tradición**, tanto en Europa como en España estamos insertos en una práctica muy arraigada de sistema público de persecución de las prácticas anticompetitivas, atribuido en exclusiva hasta fechas muy recientes a las autoridades administrativas, lo que lleva –quizá inconscientemente– a recelar del sistema de *private enforcement* y se traduce en la falta de acciones privadas de daños.
- 5) Finalmente, un **análisis de incentivos** revela que sencillamente no trae cuenta al consumidor final entablar este tipo de acciones (ya que el coste procesal, en tiempo, y en honorarios de sus abogados probablemente supere con creces el resarcimiento patrimonial que reclama) ni tampoco al comprador directo –en el ámbito de las relaciones de distribución, habitualmente cliente del cartelista– por la senci-

<sup>3</sup> *Vid.*, por todos, MARCOS, F., “¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una mirada a la experiencia española”, disponible en la web de SSRN, <http://ssrn.com/abstract=2025887>

<sup>4</sup> De muchas de ellas se hace eco SANCHO-GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, <http://www.indret.com>, Barcelona 2009.

lla razón de que pierde entonces a su principal proveedor. En general, al no contemplar nuestro ordenamiento los daños punitivos, digamos que no es “rentable” para el damnificado iniciar el tortuoso camino de la acción resarcitoria.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico y en gran parte de los de nuestro entorno, la figura del **enriquecimiento injusto** –que parte de la doctrina civilística, esencialmente la de base romana- napoleónica– limita el importe de las indemnizaciones por daños, limitándolas estrictamente al quebranto patrimonial efectivamente sufrido, y en su caso el lucro cesante, aun con ciertas dificultades, pero con una profunda preocupación de que la víctima no pueda quedar “beneficiada” después del año, obteniendo como resarcimiento más de lo que perdió o dejó de ganar. Esta figura, muy presente en las legislaciones nacionales, ha desincentivado considerablemente el ejercicio de acciones en materia de competencia en las que los daños con frecuencia resultan difíciles de cuantificar y además su cálculo exige en la mayoría de las ocasiones complicados ejercicios económicos.

En este sentido, en el ámbito europeo se dieron algunos pasos muy relevantes para acabar con esta situación, siendo el primero de ellos la publicación de un *Libro Verde* sobre acciones indemnizatorias<sup>5</sup>, en el que la Comisión identificaba los principales obstáculos en este terreno, y proponía en formato de consulta pública algunas soluciones a esta situación que no dudó en calificar (p. 4) de “estado de total subdesarrollo”<sup>6</sup> en los 25 Estados miembros.

Tras recibir toda suerte de observaciones y comentarios, encargar a una serie de operadores económicos y jurídicos la elaboración de sesudos informes<sup>7</sup> sobre la cuestión, y la discusión sobre documentos de trabajo<sup>8</sup>, en abril de 2008 la Comisión Europea publicó el ansiado *Libro Blanco*<sup>9</sup>, en el que se contienen medidas y propuestas concretas orientadas al desarrollo y puesta en práctica de un sistema efectivo de reclamación y acciones de daños y perjuicios derivados de un ilícito antitrust en el derecho comunitario.

No se trata aquí de llevar a cabo un análisis exhaustivo de las principales propuestas de dicho documento, y nos remitimos para ello a los excelentes estudios doctrinales que ya hay publicados al respecto<sup>10</sup>. Sí es preciso señalar cuáles son los puntos esenciales del Libro Blanco, para enmarcar nuestro posterior análisis de por qué estas iniciativas de la Comisión no han tenido el efecto deseado, ni a nivel comunitario, ni desde luego en nuestro propio ordenamiento interno, vista la escasez de acciones que se han entablado para reclamar daños y perjuicios derivados de un ilícito antitrust.

Además de todos estos factores, cuya incidencia puede ser más o menos circunstancial según los casos y las específicas reclamaciones que se fueran a entablar, hay otros tres que sin duda tienen una mayor incidencia porque afectan al núcleo mismo del *private enforcement*, especialmente en lo relativo a las acciones de daños

<sup>5</sup> *Libro Verde sobre Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672 final.

<sup>6</sup> Y de ellos se hace eco la doctrina; *Vid.*, SANTOS, S. y TURNER-KERR, P., «¿En estado de total subdesarrollo? La aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 245, 2006, págs. 42-56.

<sup>7</sup> *Vid.*, inter alia, STUDY ON THE CONDITIONS OF CLAIMS FOR DAMAGES IN CASE OF INFRINGEMENT OF EC COMPETITION RULES. ANALYSIS OF ECONOMIC MODELS FOR THE CALCULATION OF DAMAGES, prepared by Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, at 31 august 2004, en: [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/economic\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf)

<sup>8</sup> *The Discussion Paper of DG Competition on Damages Actions for Breach of Articles 81 and 82 EC*, disponible en la web: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

<sup>9</sup> *Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 2 de abril de 2008, COM (2008) 165 final.

<sup>10</sup> *Vid.*, por todos, HERRERO SUÁREZ, C., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 3, Año 2008.