

**LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO
DE LA COMPETENCIA**

**SOBRE LAS PARTICULARIDADES DE LAS ACCIONES DE
NULIDAD Y DE DAÑOS Y PERJUICIOS**

Jaume Martí Miravalls

Departamento de Derecho Mercantil "*Manuel Broseta Pont*" de la
Universitat de València

Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-098295-B-I00 "Restricción, abuso y discriminación en el mercado tecnológico y sectores regulados" del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Descubrir las conexiones de sentido en las que las normas jurídicas y regulaciones particulares se encuentran entre sí y con los principios directivos del orden jurídico, y exponerlas de un modo ordenado que posibilite la visión de conjunto –es decir, en la forma de un sistema- es una de las tareas más importantes de la Jurisprudencia científica.

KARL LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*.

Si el Derecho sólo en su aplicación encuentra la razón de ser, es cosa clara que el jurista no puede prescindir de la materia viva a la cual va a ser aplicado. ¿Cómo pueden entenderse las normas sin haber penetrado antes en los hechos a que ellas se refieren?

GARRIGUES, J., *Prologo al Tratado de Derecho mercantil*; y utilizado por el Prof. BROSETA para presentar el libro, resultado de su tesis doctoral, *El contrato de reaseguro*.

Índice

| | |
|--|----------|
| LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: INTRODUCCIÓN | 9 |
|--|----------|

CAPÍTULO I

LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

| | |
|--|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN..... | 15 |
| II. FINALIDAD DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. | 19 |
| III. FUNDAMENTO DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA..... | 21 |
| IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN LEGAL DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.28 | |
| IV. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.29 | |
| 1. La configuración realizada por el TJUE. | 31 |
| 2. La configuración realizada por el TS..... | 40 |

CAPÍTULO II

EL ALCANCE Y LOS EFECTOS MATERIALES DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

| | |
|--|-----------|
| I. EL ALCANCE: LA NULIDAD TOTAL O PARCIAL. | 49 |
| 1. Introducción. | 49 |
| 2. La separabilidad como regla en los negocios jurídicos complejos. | 49 |
| 3. La importancia de la ratio de la norma infringida en la nulidad. | 51 |
| 4. Fundamentos del TS para proclamar la nulidad total. | 53 |
| 5. Revisión de la doctrina de la nulidad total en materia de fijación de precios de reventa. | 54 |
| 5.1. La ratio de la prohibición de la fijación de precios de reventa. | 55 |
| 5.1.1. Breve referencia a la evolución del Tribunal Supremo Estadounidense respecto de la fijación de precios de reventa en acuerdos verticales..... | 57 |
| 5.1.2. La posición europea: cuestiones generales..... | 58 |
| 5.1.3. La fijación de precios en el Reglamento 330/2010. | 62 |

| | |
|---|----|
| 5.1.4. La fijación de precios las Directrices 2010. | 64 |
| 5.1.5. La fijación de precios en la Comunicación de minimis 2014. | 68 |
| 5.1.6. Breve referencia a la fijación de precios en la práctica del TJUE, la Comisión y de la autoridad española de Competencia. | 70 |
| 5.2. Conclusión: sobre la necesaria reforma de la doctrina del TS. | 72 |
| 6. Revisión de la doctrina de la nulidad total en materia de aprovisionamiento exclusivo. | 75 |
| 6.1. La ratio de la prohibición de aprovisionamiento exclusivo..... | 75 |
| 6.1.1. El aprovisionamiento exclusivo en el Reglamento 330/2010. | 75 |
| 6.1.2. El aprovisionamiento exclusivo en las Directrices 2010. .. | 76 |
| 6.2. Conclusión: nulidad total, pero no siempre. | 80 |
| II. EFECTOS MATERIALES DE LA NULIDAD: RESTITUCIÓN, REIVINDICACIÓN Y/O INDEMNIZACIÓN. | 84 |
| 1. Diferenciación entre “acción de nulidad” y acciones personales derivadas de la nulidad. | 84 |
| 2. La restitución en la teoría general de las nulidades. | 85 |
| 2.1. El carácter excepcional de la restitución en el marco de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia. | 86 |
| 2.2. La no aplicación de la doctrina de la causa torpe a la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia. | 88 |
| 2.3. Conclusión: negación de la acción restitutoria en los negocios jurídicos ejecutados contrarios al Derecho de la Competencia. | 90 |
| 3. La responsabilidad por daños y la reivindicación como efectos jurídico-materiales de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia. | 91 |
| 3.1. Breve referencia a la acción de daños como pretensión que acompaña a la acción de nulidad. | 91 |
| 3.3. La acción reivindicativa. | 92 |
| III. LA PROPAGACIÓN DE LA NULIDAD EN EL ÁMBITO DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. | 95 |
| 1. La propagación de nulidades: cuestiones generales. | 95 |
| 2. La propagación en los contratos coligados o conexos. | 97 |
| 3. La no propagación en los contratos derivados: la indemnización de daños y perjuicios. | 98 |

CAPÍTULO III

LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

| | |
|---|-----|
| I. INTRODUCCIÓN | 103 |
| II.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA | 106 |
| III.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA | 109 |
| IV. LOS PRINCIPIOS QUE DEBE RESPETAR LA APLICACIÓN PRIVADA DE LA COMPETENCIA: EFECTIVIDAD, EQUIVALENCIA E INTERPRETACIÓN CONFORME. | 115 |
| V. VINCULACIÓN DE LA APLICACIÓN PRIVADA A LAS RESOLUCIONES DE LA AUTORIDADES COMPETENCIA | 119 |
| VI. PRESUPUESTOS DE LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA | 122 |
| VII.- EL “PERJUDICADO” EN LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA | 124 |
| 1.- Particularidades del concepto “cualquier persona” | 125 |
| 2.- El caso Kone: el efecto paraguas | 128 |
| 3.- El caso Courage: la posición del distribuidor..... | 131 |
| VIII.- EL RESPONSABLE EN LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA | 135 |
| 1.- El concepto “empresa infractora” | 137 |
| 2.- La responsabilidad en la relación matriz-filial..... | 139 |
| 3- La responsabilidad en la relación filial-matriz | 141 |
| 4- La responsabilidad en supuestos de fusión | 146 |
| 5.- Las denominadas “empresas facilitadoras” | 147 |
| IX.- LA RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA DE LAS EMPRESAS INFRACTORAS EN LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA | 149 |
| 1.- La excepción para las pymes..... | 151 |
| 2.- La excepción para el beneficiario de la clemencia | 152 |
| 3.- La responsabilidad interna de los infractores | 154 |
| X.- LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA | 156 |
| 1.- La doctrina del TJUE | 156 |
| 2.- Reglas específicas de la prescripción en las acciones de daños por el Derecho de la Competencia | 158 |

BIBLIOGRAFÍA 161

LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: INTRODUCCIÓN

Como afirmaba LARENZ en su conocida obra *Metodología de la Ciencia del Derecho*: “Descubrir las conexiones de sentido en las que las normas jurídicas y regulaciones particulares se encuentran entre sí y con los principios directivos del orden jurídico, y exponerlas de un modo ordenado que posibilite la visión de conjunto –es decir, en la forma de un sistema- es una de las tareas más importantes de la Jurisprudencia científica”.

El Ordenamiento jurídico ha de ser un todo unitario y coherente, esto es, un sistema. El carácter unitario del Ordenamiento (unidad de orden y de sistema) requiere armonía entre las decisiones y valoraciones jurídicas pertenecientes a dos sectores normativos cada vez más imbricados y comprometidos en un destino común: el Derecho de la competencia y el Derecho de la contratación, ambos con funciones normativas y político-jurídicas diversas, aunque complementarias¹.

La nulidad y la indemnización por infracción del Derecho de la Competencia –instituciones que configuran lo que se ha venido a denominar “aplicación privada de la competencia”- se encuentran situadas en el primer cruce de caminos entre estos sectores. Conjugan Derecho de la Competencia, Derecho de Daños y Derecho Contractual. Existiendo una profunda imbricación entre ellos. Así, la reciente aprobación de un régimen jurídico específico en materia de daños por infracción del Derecho de la Competencia incide directamente en la ecuación “competencia, nulidad, contrato”.

El presente trabajo pretende establecer dichas conexiones y exponerlas de un modo ordenado, tratando de destacar ciertas contradicciones existentes actualmente entre el Derecho de la Competencia y el Derecho Patrimonial, contribuyendo así a deshacer lo que se ha denominado como

¹ MIRANDA SERRANO, L., “Prácticas colusorias: ancillary restraints y conductas de minimis”, *Derecho europeo de la competencia* (dir. Ruiz Peris), Tirant lo blanch, 2017, págs. 81 y 82

la “tensión” entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico, que no en vano están “obligados a entenderse”²: el Derecho de la Competencia y el Derecho Patrimonial. Ello requerirá adentrarse en las entrañas del Derecho Privado y del Derecho Económico.

La oportunidad del estudio de esta temática se justifica por la abundante jurisprudencia generada en los últimos años sobre la materia y por la realidad del tráfico económico. No existe semestre en el último lustro en el que la Sala Primera del Tribunal Supremo no se haya pronunciado sobre la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia³. Y, aunque en menor grado, también es constante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴. Las desconexiones existentes en estos momentos en la jurisprudencia, que se demuestra en los reiterados cambios de opinión realizados por el Tribunal Supremo, están incidiendo en la eficiencia de los operadores económicos. Su estudio y sistematización, por tanto, resultan necesarios. Adaptar la práctica jurisprudencial española a la racionalidad y fundamento de esta particular nulidad, atendida su complejidad, es uno de los mayores retos jurídicos actuales, pues muchos intereses

² Así, TOBÍO RIVAS, A.M., “Algunas consideraciones sobre las implicaciones del derecho de la libre competencia en la regulación española vigente y proyectada de los contratos de distribución y agencia: Una visión contractualista”, *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, 2013, quién señala que el Derecho antitrust trata de defender los intereses generales, el orden público económico, y presenta un carácter dinámico, que trasciende más allá de las categorías jurídicas. Mientras que el Derecho de Contratos, de un carácter más formalista y estático, es protector fundamentalmente de intereses privados.

³ En estos últimos meses, entre otras, Sentencias del TS (Civil) de 27 de marzo de 2019 y de 17 de mayo de 2019 (n. recs. 3902/2016 y 3916/2015, respectivamente). Ponente: Pedro José Vela Torres.

⁴ Lo dicho se ejemplifica en el nuevo cambio de posición doctrinal que ha tenido que realizar el Tribunal Supremo como consecuencia de la STJUE de 23 de noviembre de 2017. A diferencia de cuanto sostenía la jurisprudencia española, el TJUE estableció que una Decisión de compromisos adoptada por la Comisión Europea relativa a determinados acuerdos entre empresas no impide que los tribunales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas comunitarias en materia de competencia y puedan declarar su nulidad. Por tanto, no cabe excluir que un órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que la práctica objeto de la decisión de compromisos es ilegal, porque la decisión de compromisos no puede legalizar de manera retroactiva un comportamiento infractor. Ello ha obligado al Alto Tribunal español a modificar su doctrina jurisprudencial, entre otras, en las Sentencias de 7 de febrero de 2018, de 17 de julio de 2018, y dos de 20 de septiembre de 2018.

económicos hay en juego⁵. A ello se dedica una buena parte de este trabajo.

Por su parte, la responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia es, en estos momentos, una de las materias de mayor interés en el ámbito teórico y práctico en Europa. El Derecho de la Competencia europeo, probablemente, está viviendo su momento más trascendente desde su constitución⁶. 2018 ha sido el año de la eclosión de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia. 2019 y 2020 serán los años de su configuración jurisprudencial⁷. Y en

⁵ En efecto, por ejemplo, en el mercado tecnológico hace apenas unos meses, julio de 2018, se ha hecho pública la multa que la Comisión Europea impuesta a Google, la más alta en la historia del Derecho antitrust en Europa: 4.340 millones de euros, por prácticas consistentes en imponer restricciones a los fabricantes de dispositivos Android y a los operadores de redes móviles, con el objetivo de consolidar su posición dominante en el mercado de las búsquedas en Internet. Por su parte, en el mercado de los sectores regulados, con fecha muy reciente, el 30 de agosto de 2018, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado una resolución en la que declaró que no se había acreditado que el sistema de precios establecido por Pfizer, Janseen-Cilag, Merck Sharp & Dohme, Lilly, Sanofi-Aventis y Novartis, a principios de los años 2000, infringiera la normativa de la competencia (expediente S/DC/0608/17 EAEPC vs Laboratorios Farmacéuticos). En el ámbito de las resoluciones judiciales, la avalancha de sentencias del Tribunal Supremo en materia de distribución de hidrocarburos todavía está lejos estar cerrada. La importancia de la regulación y la competencia en los sectores más relevantes de la economía, junto con la creciente conexión entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico son uno de los desafíos del Derecho y la Economía del S. XXI. La necesidad de ordenar la relación Contrato y Mercado en estos ámbitos, a lo que aspira este trabajo, resulta imprescindible.

⁶ Ello porque el paso del *public enforcement* al *private enforcement* ha generalizado su aplicación y, por tanto, su interés. Ha dejado de ser un Derecho especializado con un ámbito de aplicación restringido, tanto desde la perspectiva de los operadores económicos como de los juristas, para ser simplemente un Derecho especializado que puede afectar a cualquier operador económico y que, por extensión, interesa a todo jurista: no sólo de Derecho privado, sino también de Derecho público, pues la Administración Pública suele ser una de las principales afectadas por la existencia de cárteles. De hecho, desde 2016 la CNMC ha desmantelado 10 cárteles en temas relacionados con contratación pública, donde el principal perjudicado es la Administración. La causa de este renacimiento y reformulación del Derecho de la Competencia obedece, en parte, al cambio que se ha producido respecto de los sujetos implicados. El Derecho de la Competencia ha dejado de ser un Derecho que afecta e interesa a empresas con cierta cuota de mercado, para ser un Derecho que afecta a todo operador económico, por pequeño que sea. Ello se ha evidenciado claramente en el conocido “cártel de los camiones” donde miles de pequeños transportistas en toda Europa se han aventurado a demandar por daños y perjuicios.

⁷ El número de cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE entre 2017 y 2019 por parte de tribunales de diversos Estados Miembros, así como el importante número de resoluciones que se están empezando a dictar en España sobre la materia, son muestras de lo dicho. Hasta 2018 contábamos con menos de quince resoluciones en materia de daños y competencia, incluyendo primera instancia, segunda instancia y Tribunal Supremo: sin ánimo de exhaustividad, *SAP Valladolid n. 261/09, 9 octubre*,

un futuro no muy lejano se antoja que el Derecho de la Competencia dejará de ser un Derecho de sanciones para convertirse en un Derecho de Daños, como ya ocurre en otros sistemas jurídicos, y como el elevado número de sentencias de juzgados de lo mercantil nos está indicando. De ahí la oportunidad y relevancia de este estudio.

Ahora bien, como se expondrá, estamos ante un nuevo “Derecho especial de daños” en el que todo se está creando y discutiendo en los tribunales, tanto nacionales como ante el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–, rasgando en muchas ocasiones las vestiduras del Derecho de Daños clásico y corte nacional. Dicha tensión se debe a que su función y naturaleza es propia. Su función no es sólo de resarcir, sino también disuadir. Ello incide ineludiblemente en su configuración legal y jurisprudencial y lo aleja de los planteamientos tradicionales de las instituciones clásicas del Derecho de Daños, obligando a adentrarse en la búsqueda y conocimiento de su significado como categorías propias del Derecho de la Competencia.

caso Acor; STS n. 344/12, 8 junio, caso Acor; SJPI n. 59/10, 1 marzo, caso Azúcar; SAP Madrid n. 370/11, 3 octubre, caso Azúcar; STS n. 651/13, 7 noviembre, caso Azúcar; SAP Vizcaya n. 498/2011, 8 julio, caso Céntrica; STS n. 528/13, 4 septiembre, caso Céntrica; SJM Madrid n. 36/05, 11 noviembre, caso Conduit; SAP Madrid n. 73/2006, 25 mayo, caso Conduit; SJM Madrid n. 24/12, 9 febrero, caso Seguro Decenal; SAP Madrid n. 339/2017, 3 julio, caso Seguro Decenal; SJM Barcelona n. 3, 17 enero 2017, caso Endesa; SAP Barcelona n. 638/2018, 28 noviembre, caso Endesa. Pero desde 2018, y en lo que llevamos de 2019, ya se ha superado ese número de resoluciones sólo con dos cárteles: el “cártel de los sobres de papel”, -Resolución de la extinta Comisión Nacional de la Competencia, de 25 de marzo de 2013 (Expediente S/031/10)- y del “cártel de camiones”. Sin ánimo de exhaustividad, en relación con el “cártel de los sobres de papel: Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil n. 7 y n. 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018, Sentencias del n. 3 de 5 de septiembre de 2018 (dos resoluciones), Sentencia del n. 3 de 10 de septiembre de 2018; y Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil n. 7 de Madrid, de 7 de mayo de 2018 y n. 11 de 8 de julio de 2018; y respecto del “cártel de los camiones”: SJM n. 1 Murcia, 27 septiembre 2018: No estima daños; SJM n. 1 Murcia, 15 octubre 2018: Estima daños; SJM n. 1 Murcia, 17 octubre 2018: No estima daños; SJM n. 1 Zaragoza, 13 diciembre 2018: No estima daños; SJM n. 2 Valencia, 18 febrero 2019: No estima daños; SJM n. 3 Valencia, 20 febrero 2019: Estima daños; SJM n. 3 Valencia, 13 de marzo 2019: Estima daños; SJM n. 1 Jaén, 14 marzo 2019: Estima prescripción; SJM n.2 Zaragoza, 15 de marzo 2019: Estima prescripción; SJM n. 2 Valencia, 1 de abril 2019: Estima daños; SJM n. 1 Bilbao, 3 abril 2019: Estima daños. Sobre estos procedimientos, ver, DIEZ ESTELLA, F., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, 2019, págs. 267 y ss.

Como nos está adelantando la jurisprudencia del TJUE, en sendas sentencias dictadas este 2019⁸, las viejas categorías del Derecho de Daños de los derechos nacionales no sólo no sirven para este ámbito, sino que, en algunas ocasiones, se oponen al principio de efectividad del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esto es algo que los jueces nacionales tienen que interiorizar. Como ha dejado entrever el TJUE, estos son procesos de aplicación de Derecho de la Competencia, no de Derecho de Daños, por lo que deben hacer el esfuerzo de dejar de ser jueces de daños –que es a lo que están acostumbrados- para ser jueces de competencia. Como se tratará de exponer muchos son retos jurídicos que se plantean.

En conclusión, parafraseando al maestro Garrigues, “*Derecho vivo*” en su máxima esencia. Derecho que está configurándose los juzgados de toda en Europa. Y Derecho del que todos nosotros tenemos en estos momentos el privilegio y la responsabilidad de trabajar por que sea “un mejor Derecho”, como nos alentaba *Von Ihering* en su conocida obra “*La lucha por el Derecho*”. Esta ha sido la idea que ha inspirado y motivado el trabajo.

⁸ SSTJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17, caso Skanska; y de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17, caso Cogeco –ambas resoluciones serán objeto de detenido análisis posteriormente-.

CAPÍTULO I

LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

I. INTRODUCCIÓN.

En el último año hemos asistido al “renacimiento” de la aplicación de las restricciones verticales por parte de la Comisión Europea y de las autoridades nacionales de la Competencia. El pasado 24 de julio de 2018, después de prácticamente quince años sin resoluciones en el ámbito vertical, la Comisión publicó cuatro Decisiones sancionando conductas por “fijación de precios de reventa”⁹ -en asuntos AT.40465, Asus; AT.40469, Denon & Marantz; AT.40181, Philips; y AT.40182, Pioneer-, con una multa conjunta total de 111 millones de euros¹⁰.

Es común a todos los casos que la conducta de los fabricantes afectaba principalmente a los distribuidores online que vendían sus productos a

⁹ Como es sabido, una de las prácticas empresariales que más interrogantes suscita desde la perspectiva de la valoración de sus efectos sobre la competencia es la conocida “fijación de precios de reventa” encuadrable dentro la más amplia categoría de las “restricciones verticales”. De hecho, pese a la aparente uniformidad de la política legislativa frente a la fijación vertical de precios, que se traduce en una más o menos rígida prohibición –con excepción de algunos bienes puntuales, como los libros-, existe un intenso, apasionante e incluso acalorado debate doctrinal, de naturaleza principalmente económica –aunque no sólo- respecto los efectos reales de estas prácticas y traslación al ámbito jurídico. Valga como muestra el tradicional debate existente entre la conocida como la Escuela de Chicago (para la que -con carácter general- si la restricción es vertical ha de considerarse eficiente y beneficiosa para los consumidores, incluida la fijación de precios de reventa) y la conocida como la Escuela de Harvard (para la que –con carácter general- la fijación de precios de reventa será en la mayoría de los casos ilícita, puesto que los reconocidos efectos procompetitivos que esta conducta puede producir difícilmente superaran los anticompetitivos). Sobre ello, por todos, HERRERO SUÁREZ, C., “La fijación de los precios de reventa: ¿nuevos vientos?”, *Rcd*, núm. 4, 2009, págs. 53 y ss.

¹⁰ En concreto, Asus, cuya conducta se realizó en Alemania y Francia entre 2011 y 2014, ha sido sancionada con 63,5 millones de euros; Denon, cuya conducta afectó a Alemania y los Países Bajos entre 2011 y 2015, ha sido sancionada con 7,7 millones de euros; Philips, cuyo comportamiento afectó solo afectó a Francia entre 2011 y 2013, ha recibido una multa de 29,8 millones de euros; y Pioneer, cuyo comportamiento afectó a 12 Estados Miembros, incluida España, entre el 2011 y el 2013, ha sido sancionada con 10,2 millones de euros. Si bien, hay que apuntar que, en vista de la cooperación por parte de las cuatro empresas afectadas, Pioneer ha visto reducida la cuantía de la multa hasta un 50%, y el resto de fabricantes un 40%.

un precio más bajo que el recomendado¹¹. Según explican las Decisiones, los distribuidores que no aplicaban los precios de reventa recomendados por los fabricantes recibían amenazas o sanciones, como la denegación de suministro¹². Según la Comisión, los fabricantes utilizaron mecanismos muy sofisticados para monitorizar los precios de reventa, con lo que podían intervenir rápidamente ante una reducción del precio¹³. El origen de estas Decisiones hay que situarlo en la investigación sectorial sobre el comercio electrónico realizada por la Comisión, iniciada en mayo de 2015 en el contexto de su estrategia para el mercado único digital. Durante la investigación, la Comisión recabó datos de casi 1.900 empresas que operan en el comercio electrónico y analizó alrededor de 8.000 contratos de distribución y licencia, publicándose el 10 de mayo de 2017 el Informe final¹⁴.

¹¹ Del análisis de estos casos podemos extraer una conclusión hermenéutica, que no es nueva: la información es poder y su gestión genera responsabilidad. En las redes de distribución debe interiorizarse la competencia intramarca, tanto por parte de los proveedores como por parte de los propios distribuidores. Recomendar, según la RAE significa, en su tercera acepción, “aconsejar algo a alguien para bien suyo”, lo que supone que, cuando un proveedor instaure una política de precios recomendados, sus distribuidores son tan libres de fijar el precio de reventa como si no existiera la recomendación.

¹² Por ejemplo, según recoge las Decisiones de la CE, la monitorización de precios de reventa de Asus –que ha recibido la sanción más elevada- se realizaba a través de varios mecanismos, como la observación de webs de comparación de precios, la utilización de un software interno con herramientas de monitorización, que permitía identificar a los distribuidores que vendían los productos por debajo del precio que deseaba la marca, o a través de quejas de sus distribuidores, que informaban a Asus del incumplimiento de precios por parte de otros distribuidores. Asus requirió y exigió, a aquellos distribuidores que vendían por debajo de los precios recomendados, subidas de precios. Por su parte, Philips –que ha recibido la segunda sanción más elevada- monitorizaba y contactaba directamente a los distribuidores que no cumplían con el precio recomendado, o actuaba tras recibir quejas de otros distribuidores que sí aplicaban y seguían los precios recomendados, amenazando con dar por concluidas las relaciones comerciales con ellos si no reajustaban sus precios.

¹³ En efecto, un factor trascendental de estas cuatro decisiones tiene que ver con el papel protagonista que jugaron los algoritmos utilizados por los distribuidores online para situar sus precios en el nivel más bajo del mercado. Los llamados softwares “araña”, utilizados por muchos distribuidores, rastreaban los precios online de sus competidores y automáticamente ajustaban sus precios al de éstos con precio más bajo.

¹⁴ Según decía el informe, a día de hoy, la mayoría de las empresas realizan un seguimiento de los precios en línea de sus competidores, incluidos sus distribuidores. Según la Comisión, las dos terceras partes de los casos analizados utilizan programas informáticos automáticos que ajustan sus propios precios en función de los precios que han observado en sus competidores. Con los programas de monitorización de precios, detectar las desviaciones con respecto a los precios de venta al público «recomendados»

Este renacer europeo de la investigación sobre verticales, propiciado por el Informe sectorial sobre comercio electrónico, ha alentado a las Autoridades nacionales de competencia que también han empezado a actuar con investigaciones en este concreto sector del comercio electrónico. Así, por ejemplo, hay asuntos en Francia, Alemania y España. En nuestro caso, el pasado 22 de noviembre de 2018, la CNMC ha acordado la apertura de un expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia contra Adidas España¹⁵. Según se informa: “Las prácticas anticompetitivas habrían consistido en incluir cláusulas en los contratos aplicables a algunos de sus franquiciados que podrían ser restrictivas de la competencia, al prohibir determinados tipos de venta, como la venta online y las ventas cruzadas, e imponer obligaciones de no competencia que podrían ser desproporcionadas. Asimismo, Adidas podría haber fijado, indirectamente, los precios de reventa de sus franquiciados”. Se trata de un asunto relevante, por cuanto será el primero en el que la autoridad nacional entre al fondo de esta cuestión¹⁶.

Todo cuanto antecede justifica la necesidad y oportunidad del tema escogido. En efecto, las autoridades de competencia están anticipando una futura litigiosidad en el ámbito de la aplicación privada de la competencia. Si se confirma la existencia en el marco de redes de distribución de una política de precios contraria al Derecho de la

es cuestión de segundos, por lo que cada vez más los fabricantes pueden controlar e influir en la fijación de precios de los minoristas. Y la posibilidad de obtener información sobre los precios en tiempo real también puede fomentar la coordinación de precios automatizada entre competidores. Estas tendencias de mercado influyen de forma significativa en las estrategias de distribución y fijación de precios, tanto de los fabricantes como de los minoristas. De hecho, un 42% de los participantes en el Informe afirmaron estar afectados por restricciones de precios, si bien este dato incluye prácticas lícitas, como los recomendados y los máximos.

¹⁵ De hecho, según manifestó la CNMC, en su contribución al estudio de la OCDE de junio de 2018 sobre la materia, tenía abierto tres investigaciones preliminares sobre cláusulas de paridad de precios por plataformas, prohibición absoluta de ventas por internet y el establecimiento de un sistema de precio dual. Y, seguramente, una de estas tres investigaciones ha dado lugar al caso Adidas.

¹⁶ Es cierto que, con anterioridad, en el caso “Laboratorios Marti Tor”, de 15 de diciembre de 2016, ya se investigaban las prácticas de fijación de precio de reventa de una empresa de parafarmacia y mercado online, pero éste fue archivado porque se consideró que la conducta no era apta para afectar de manera significativa a la competencia.

Competencia determinados distribuidores pueden estar interesados en tratar de desvincularse de la relación contractual alegando la existencia de la infracción¹⁷. Ello por cuanto hasta el momento el TS tiene declarado en relación con la cláusula de fijación de precios contraria al Derecho de la competencia –como se analizará más adelante– que, en esos casos, procede la declaración de nulidad total y no parcial del contrato, por cuanto la supresión de la cláusula alteraría por completo la economía del contrato y, por tanto, la relevancia o esencialidad de la cláusula nula se expande a todo el negocio e impide la aplicación de la regla “*utile per inutile non vitiatur*”.

La finalidad de la primera parte de este trabajo es analizar porque esta doctrina del TS debe revisarse y modificarse. Para ello se analiza, entre otros aspectos, la racionalidad de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, su fundamento, su configuración jurisprudencial –tanto en el TJUE como en el TS–, la ratio de la prohibición de la fijación de precios de reventa y el significado de la cláusula en el marco de un acuerdo vertical, concluyendo, como ya se adelanta en el título del trabajo, que en estos casos procede la declaración de nulidad parcial combinada con remedios más adecuados para este tipo de conductas: el resarcimiento de los daños y perjuicios. En efecto, la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia se encuentra situado en el cruce de caminos entre varios sectores relevantes de todo ordenamiento jurídico: conjuga Derecho de la Competencia, Derecho de Daños y Derecho Contractual. La reciente aprobación de un régimen jurídico específico en materia de daños por infracción del Derecho de la Competencia incide directamente en la ecuación “competencia, nulidad, contrato”, y eso es algo que el TS debe valorar a efectos de modificar su

¹⁷ Ver, la parte final de este trabajo o MARTÍ MIRAVALLS, J., “Nulidad contractual por fijación de precios mínimos: una mala aplicación privada del derecho de la competencia”, *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, 2011, págs. 337 y ss.

doctrina en relación con la nulidad por fijación de precios contraria al Derecho de la Competencia¹⁸.

II. FINALIDAD DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

El apartado segundo del artículo 101 TFUE establece que “los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho”¹⁹. El precepto declara, por tanto, la nulidad de los acuerdos colusorios prohibidos por el apartado primero del artículo 101 TFUE, esto es, los acuerdos entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior²⁰.

La nulidad de pleno derecho como sanción civil en el marco de la infracción del Derecho de la Competencia es típicamente europea²¹ y de

¹⁸ Como señalaban ALONSO UREBA, A./VIERA GONZÁLEZ, A.J., “Prólogo” en GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, Marcial Pons, 2016: “Tras el pleno reconocimiento de la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia, primero a nivel jurisprudencial y finalmente normativo..., se ha iniciado un progresivo y cada vez más profundo proceso de iusprivatización en el que empieza a delimitarse el alcance y la importante función que la acción de nulidad y la de responsabilidad por daños van a tener en el futuro desarrollo de nuestro Derecho antitrust”.

¹⁹ Sobre el mismo, ver, WAELBROECK, M./ FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, Bosch, T. I, 1998, págs. 707 y ss; ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia: los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, 2011, págs. 361 a 427; DI GIÒ, A., “Contract and restitution law an the private enforcement of EC Competition law”, *World Competition*, núm. 2, 2009, págs. 199 a 220; WHISH, R./ BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford, 2015, 343 y ss. Monográficamente, PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares, 1999; y GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, Marcial Pons, 2016, págs. 96 y ss.

²⁰ Ver, HERRERO SUÁREZ, C., “La nulidad de las conductas anticompetitivas”, *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, 2017, págs. 223 y ss; y CALVO CARAVACA, A.L., “Derecho antitrust europeo y sanciones civiles: la nulidad (art. 101.2 TFUE)”, *Culpa y responsabilidad*, Thomson-Aranzadi, 2017, págs. 149 y ss.

²¹ En los EEUU la Sherman Antitrust Act, de 2 de julio de 1890, no se refiere a la declaración de nulidad, sino a la declaración de ilegal: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*”.

influencia francesa²². Su origen se remonta al artículo 65.4 del TCECA²³, para incorporarse, con una redacción más simple, al artículo 85.2 TCE (actual 101.2 TFUE) y de allí a la mayoría de los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros²⁴.

En España, ya el apartado segundo del artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, establecía que “son nulos, como contrarios a la Ley y al orden público, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las prohibidas en el apartado anterior”²⁵.

Posteriormente, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia y la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establecen en sus apartados segundo del artículo 1 que “son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley”.

²² Donde la nulidad de pleno de derecho se correspondía con el grado máximo de ilegalidad. En este sentido, entre otros, ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, 1960, pág. 160; MELI, M., *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese concorrenziali*, Giuffrè, 2001, pág. 23; LIBERTINI, M./ MAUGERI, M. R., “Infringement of Competition Law and invalidity of contracts”, *ERCL*, núm. 2, 2005, pág. 252.

²³ Que establecía que “Los acuerdos o decisiones prohibidos en virtud del apartado 1 del presente artículo serán nulos de pleno derecho y no podrán ser invocados ante ningún órgano jurisdiccional de los Estados miembros. La Comisión tendrá competencia exclusiva, sin perjuicio de los recursos que puedan interponerse ante el Tribunal, para pronunciarse sobre la conformidad de dichos acuerdos o decisiones con las disposiciones del presente artículo”.

²⁴ Alemania no contempla en su normativa sobre Defensa de la Competencia la sanción de nulidad para los acuerdos colusorios, lo cual no ha impedido a la doctrina, extraer dicha conclusión por la vía del 134 del su Código civil, que se proclama la nulidad de los contratos contrarios a la Ley.

²⁵ Declaración de nulidad que la LRPRC atribuía al Tribunal de Defensa de la Competencia (artículo 13.2). Como recuerda ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., pág. 366, nota 621, el Tribunal de Defensa de la Competencia se configuró por la LRPRC como un organismo jurisdiccional (jurisdicción especializada) cuyas decisiones no eran susceptibles de recurso alguno (artículo 10). Y que fue tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 cuando dejó de ser un órgano jurisdiccional para ser un órgano administrativo.

La racionalidad del precepto, atendiendo a sus orígenes históricos, es clara. Destruir el vínculo creado por los operadores económicos, vedando cualquier posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales a exigir su cumplimiento, y eliminar los efectos que este haya creado por ser contrario a normas imperativas de orden público económico²⁶.

III. FUNDAMENTO DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

En la doctrina científica²⁷ se ha debatido mucho sobre el fundamento de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, pudiendo distinguirse dos grandes posiciones. Por un lado, quienes consideran que el negocio jurídico es nulo de pleno derecho porque adolece de un vicio intrínseco a la relación jurídica: causa u objeto ilícito. Por otro, quienes consideran que la nulidad es externa a la relación jurídica y deriva de sobrepasar los límites impuestos a la autonomía de la voluntad por la Ley²⁸.

Atendida la estructura de la prohibición de acuerdos colusorios en Europa, sostener la nulidad por causa u objeto ilícito no parece adecuado²⁹. En efecto, el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16

²⁶ Como expresamente recoge la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, asuntos C-430/93 y C-431/93, caso Van Schijndel, “Procede señalar que las normas sobre la competencia mencionadas por el órgano jurisdiccional nacional son normas imperativas, directamente aplicables en el ordenamiento jurídico nacional”.

²⁷ Principalmente la italiana, ver, entre otros, LIBERTINI, M., “Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust”, *Danno e responsabilità*, núm. 10, 2004, pag. 940; SCHININÀ, M., “La nulità delle intese anticoncorrenziali”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, núm. 2, 2004, pág. 424; CASTRONOVO, C., “Antitrust e abuso della responsabilità civile”, *Danno e responsabilità*, núm. 5, 2004, pág. 469. En la doctrina española, ver, PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad...*, cit., págs. 178 y ss; y GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., págs. 96 y ss.

²⁸ Así, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 376 a 381.

²⁹ Como nos enseñó DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Civitas, T. I, 1993, pág. 242, hay que distinguir la ilicitud de la causa de la ilicitud misma del contrato. El contrato que choca con una prohibición legal o contrato *contra legem* queda fuera de los límites de la autonomía privada, de confinidad con lo dispuesto en el artículo 1255 CC y le es aplicable la sanción de nulidad establecida por el artículo 6.

de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, establece que “los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto”³⁰.

Por su parte, en nuestro ordenamiento, el criterio es el mismo en relación con la LDC³¹, puesto que la nulidad se extiende a las prácticas colusorias prohibidas en el artículo 1.1 LDC que no estén amparadas por las exenciones previstas en la propia norma, esto es, tanto las que resultan de la aplicación de una Ley (artículo 4.1 LDC³²) como las derivadas de los apartados tercero³³, cuarto³⁴ y, en su caso, quinto³⁵ del artículo 1 LDC.

³⁰ Artículo 1.2 Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

³¹ GALÁN CORONA, E., “Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición”, *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad* (dir. García-Cruces), Tirant lo blanch, 2014, T. I, pág. 119.

³² “Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley”. Sobre el mismo, MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Conductas exentas por ley”, *Comentario a la Ley de defensa de la competencia*, Thomson-Civitas, 2015, págs. 297 y ss.

³³ “La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados”.

³⁴ “La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE”.

³⁵ “Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia”.

En consecuencia, en un sistema sin prohibiciones *per se*, donde todo negocio jurídico puede estar autorizado si reúne las condiciones del apartado tercero del actual artículo 101 TFUE, no parece que pueda sostenerse que su fundamento radique en un vicio de su formación intrínseco a la relación jurídica³⁶.

La nulidad deriva por motivos externos a la relación jurídica. Su fundamento está en la transgresión de los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico³⁷. Los acuerdos colusorios son nulos de pleno derecho por traspasar los límites de la autonomía de la voluntad³⁸.

Ello sitúa la cuestión en nuestro ordenamiento en el marco del artículo 6.3 Cc³⁹: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”; y en el artículo 1255 Cc: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. Como ha señalado la doctrina, la norma del artículo 1255 Cc es una norma imperativa o prohibitiva del artículo 6.3 Cc⁴⁰.

³⁶ En la doctrina, defendiendo como fundamento de la nulidad la causa ilícita, LIBERTINI, M., *Ancora sui rimedi civili...*, cit., pag. 940; y LIBERTINI, M./ MAUGERI, M. R., *Infringement of Competition Law...*, cit., pág. 253. Es cierto que el artículo 1.275 Cc establece que: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”. Pero como ha señalado la doctrina, la oposición a las leyes significa que el fin perseguido va en contra de lo dispuesto en una ley imperativa. En consecuencia, en el marco de acuerdos verticales o acuerdos horizontales de cooperación, no puede afirmarse que el fin perseguido por las partes vaya en contra de una ley imperativa. Su aplicación podría reducirse a determinados tipos de cárteles –aunque se trata de una cuestión discutible-.

³⁷ En este sentido, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 379; SCHININÀ, M., *La nullità delle intese anticoncorrenziali...*, cit., pág. 424.

³⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de derecho civil*, vol. 35, 1982, págs. 987 a 1086

³⁹ Sobre el mismo, por todos, ver el clásico y extenso trabajo de CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 6.3 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, T. I, 1992, págs. 769 a 842.

⁴⁰ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Thomson-Aranzadi, 2010, pág. 720. El autor afirma que si los negocios inmorales o contrarios al orden público incurren

En esta línea se sitúa la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia núm. 634/2014, de 9 de enero de 2015, caso Mediapro, se afirma que afirma que en cuanto la normativa antitrust y nacional tiene carácter imperativo, pues a través de ella se establecen límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público -español o comunitario- en el mantenimiento de la Competencia, la nulidad de los pactos contractuales que infringen dicha normativa se justifica por el traspaso de estos límites a la autonomía privada de la voluntad (artículos 6.3 y 1.255 Cc)⁴¹.

Este fundamento, además, resulta más coherente con la propia configuración del sistema de Derecho de la Competencia. En no pocas ocasiones la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia puede ser una nulidad sobrevenida, no originaria⁴².

En efecto, al menos en tres ocasiones es perfectamente posible que un negocio jurídico lícito desde la perspectiva del Derecho de la Competencia devenga ilícito por motivos externos a la relación jurídica. No siendo posible argumentar la existencia de un vicio de su formación intrínseco a la misma. Estos motivos son el cambio de norma, el aumento de la cuota de mercado y la contribución del acuerdo a un efecto de redes paralelas.

En el primer caso, el cambio de norma, es un viejo conocido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, está incorporado en los

en nulidad contractual no puede ser por otra razón sino porque la norma del artículo 1255 Cc es una norma imperativa o prohibitiva del artículo 6.3 Cc o porque este negocio incurre en una ilicitud estructural del artículo 1275 Cc. Pero –concluye- esto no quiere decir que todos los contratos que incurran en la contravención a que se refiere el artículo 6.3 Cc sean contratos ilícitos en su causa. Una prohibición si desvalor de la conducta podrá conducir a la nulidad del artículo 6.3 Cc, pero no a la del artículo 1275 Cc.

⁴¹ Planteamiento que ya estaba presente en la Sentencia núm. 540/2000 del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2000, caso Disa, y que posteriormente ha sido seguida, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 863/2009, de 15 de enero de 2010, caso Repsol.

⁴² La ineficacia es originaria cuando el negocio es inválido desde el mismo momento en que se celebró, y sobrevenida cuando la invalidez se produce en un momento posterior a la celebración del negocio, como consecuencia de un hecho sobrevenido. Sobre estas cuestiones, ver, GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., págs. 259 a 268.

Reglamentos de exención en sus regímenes transitorios⁴³, y ha estado muy presente en la jurisprudencia española en materia de estaciones de servicios⁴⁴.

Por centrarnos en uno de ellos, en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya desde el la Sentencia de 6 de abril de 1962, asunto 13/61, caso Bosch, se reconoce que la entrada en vigor de un nuevo régimen jurídico puede tener como consecuencia la ineficacia – nulidad de pleno derecho- de los negocios celebrados antes de la entrada en vigor⁴⁵. Posteriormente, el TJ afrontó nuevamente la cuestión en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 30 de noviembre de 2006, asuntos C-376/05 y C-377/05, caso Brünsteiner, en relación con la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002⁴⁶ –en extenso, *infra*-. Y, más recientemente, en el Auto de 27 de marzo de 2014, caso C-142/2013, asunto Brigh Service, que ha obligado al Tribunal Supremo español a cambiar su posición respecto la invalidez sobrevenida por la entrada en vigor de un Reglamento de exención por categoría con exenciones distintas al anterior –ver, *infra*-. El TJ es claro al afirmar que cuando “un órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que un acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento n° 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento n° 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE,

⁴³ Así, por ejemplo, el artículo 9 del Reglamento UE 330/2010, “Periodo transitorio”, establece que: “La prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, del Tratado no se aplicará durante el período comprendido entre el 1 junio de 2010 y el 31 mayo de 2011 a los acuerdos ya vigentes el 31 mayo de 2010 que no cumplan los requisitos para la exención establecidos en el presente Reglamento, pero que en dicha fecha sí cumplían las condiciones establecidas en el Reglamento (CEE) n o 1999/2790”.

⁴⁴ Ver el análisis que se realiza posteriormente a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 763/2014, de 12 de enero de 2015, caso Repsol II.

⁴⁵ En el caso concreto se refería a la entrada en vigor del Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero 1962: primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

⁴⁶ Relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.

apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento núm. 2790/1999”.

El segundo caso, aumento de la cuota de mercado, resulta especialmente clarificador a este respecto: un negocio jurídico lícito desde la perspectiva del Derecho de la Competencia puede devenir ilícito por motivos externos a la relación jurídica, no siendo posible sostener la existencia de un vicio de su formación intrínseco a la misma.

El Derecho de los Contratos es un derecho eminentemente estático, en el sentido de que está configurado para prolongarse en el tiempo. En cambio, el Derecho de la Competencia es un derecho dinámico, cuyo régimen jurídico puede variar en función de la evolución del mercado.

Ello tiene como consecuencia que determinados acuerdos lícitos desde la perspectiva del Derecho Privado y del Derecho de la Competencia celebrados por un operador económico con una determinada cuota de mercado, pueden devenir ilícitos desde la perspectiva del Derecho de la Competencia por el mero hecho de la evolución del mercado, cuando dicha evolución conlleva un aumento de la cuota de mercado de dicho operador. El éxito en el mercado puede conllevar la nulidad de determinadas cláusulas o, incluso, contratos. Tanto en el ámbito de los artículos 101 TFUE y 1 LDC, como en el ámbito de los artículos 102 TFUE y 2 LDC.

Por poner un ejemplo, el artículo 7 del Reglamento UE 330/2010, de exención por categorías en acuerdos verticales, establece en su letra d) que: “cuando una cuota de mercado no supere inicialmente el 30 % pero se incremente a posteriori sin exceder del 35 %, la exención prevista en el artículo 2 seguirá aplicándose durante un período de dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral del 30 %”; por su parte, en su letra e) declara que: “cuando una cuota de mercado no supere inicialmente el 30 % pero se incremente a posteriori por encima del 35 %, la exención prevista en el artículo 2 seguirá aplicándose durante un año natural a contar a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral del 35 %”.

Es decir, que contratos y cláusulas que respetan el Reglamento de exención por categorías, y que no están prohibidas por aplicación de los artículos 2 y 3 del mismo⁴⁷, siendo lícitas tanto desde la perspectiva del Derecho contractual y de la competencia, pueden perder el beneficio de la exención y resultar prohibidas por el Derecho de la Competencia, si aumenta la cuota de mercado y el acuerdo en cuestión, analizado con la cuota de mercado que posea en ese momento, no cumple con los requisitos cumulativos del apartado 3 de los artículos 101 TFUE y 1 LDC.

Pero, incluso sin aumento de cuota de mercado por encima de los umbrales permitidos por los Reglamentos de exención, es posible que, por la evolución del mercado, en atención a su especial estructura, determinadas cláusulas o contratos originariamente lícitos, pueden devenir en prohibidos y nulos de pleno derecho por contrarios al Derecho de la Competencia. Se trata del denominado “efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos”.

En efecto, el artículo 6 del Reglamento UE 330/2010, bajo la rúbrica “no aplicación del Reglamento”, establece que: “Con arreglo al artículo 1 bis del Reglamento núm. 19/65/CEE, la Comisión podrá declarar mediante un reglamento que, cuando existan redes paralelas de restricciones verticales similares que abarquen más del 50 % de un mercado de referencia, el presente Reglamento no se aplicará a los acuerdos verticales que contengan restricciones específicas relativas a dicho mercado”.

Ello tendrá como consecuencia, nuevamente, que contratos y cláusulas que, siendo lícitas tanto desde la perspectiva del Derecho contractual como del Derecho de la Competencia, pueden perder el

⁴⁷ El artículo 2 establece el beneficio de la exención: “Con arreglo al artículo 101, apartado 3, del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, se declara que el artículo 101, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los acuerdos verticales...”. Por su parte, el artículo 3 establece el umbral de la cuota de mercado: “La exención prevista en el artículo 2 se aplicará siempre que la parte del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la parte del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales...”.

beneficio de la exención y resultar prohibidas por el Derecho de la Competencia, simplemente por el “efecto acumulativo de redes paralelas”, si cuando tras declararse la no aplicación del Reglamento no cumple con los requisitos cumulativos del apartado 3 de los artículos 101 TFUE y 1 LDC.

En resumen, el fundamento de la nulidad está en la transgresión de los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico, no en un vicio de su formación intrínseco a la relación jurídica. Si bien, en todo caso, con independencia de su fundamento jurídico, la consecuencia de la nulidad de pleno derecho por infracción del Derecho de la Competencia no varía: la destrucción del vínculo y la eliminación de los efectos.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN LEGAL DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

La nulidad de pleno Derecho es simplemente un tipo de ineficacia de los negocios o actos jurídicos. Y como sucede cuando se cumplen los presupuestos de cualquiera de los regímenes de ineficacia, la nulidad de pleno Derecho determina la ausencia de efectos jurídicos del acto o negocio al que afecta⁴⁸.

En consecuencia, si una de las funciones de la nulidad de pleno derecho por infracción del Derecho de la Competencia es destruir el vínculo creado por los operadores económicos por traspasar los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico, resulta claro que esta sanción civil sólo se aplica a las conductas que tienen o generan efectos jurídico-obligacionales.

El ámbito de aplicación del apartado segundo es, por tanto, más reducido que el del apartado primero de los artículos 101 TFUE y 1

⁴⁸ PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad...*, cit., pág. 152.

LDC⁴⁹. En el apartado primero se prohíbe con carácter general cualquier modalidad de entendimiento o de coordinación que pueda dar lugar a una eliminación o restricción de la competencia entre dos o más empresas. Mientras que el apartado segundo sólo se aplica a conductas con carácter negocial.

En este sentido, la sanción de nulidad por infracción del Derecho de la Competencia se aplica a los “acuerdos”, las “decisiones” y las “recomendaciones”⁵⁰, excluyéndose del ámbito de la sanción las prácticas concertadas y las conductas conscientemente paralelas, así como los denominados acuerdos entre caballeros –o *gentlement agreement*–, en tanto que las primeras no implican una exteriorización de la voluntad⁵¹, y los segundos no son fuente de obligaciones⁵².

IV. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Analizado el origen, fundamento, ámbito de aplicación y caracteres de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, procede adentrarse en su régimen jurídico, el cual es de configuración eminentemente jurisprudencial.

Como se comprobará, desde fechas tempranas, el TJCE (actual TJUE) se ha encargado de configurar las características generales de la nulidad

⁴⁹ Ver, GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., pág. 129.

⁵⁰ Las recomendaciones colectivas, previstas en el Derecho nacional, pero no en el TFUE, son la figura más conflictiva. La opinión mayoritaria es que éstas, en tanto que emanación de una voluntad colectiva, son un acto jurídico que, por su objeto u objeto, está prohibido y, por tanto, debe carecer de toda eficacia jurídica. Así, por todos, PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad...*, cit., págs. 153 y 155. Recientemente, aunque recogiendo su posición tradicional, GALÁN CORONA, E., *Prohibición de las conductas colusorias...*, cit., pág. 119.

⁵¹ GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, Sociedad de Estudios y publicaciones, 1964, pág. 50. En contra, SCHININÀ, M., *La nulità delle intese anticoncorrenziali...*, cit., págs. 430 y 431.

⁵² Por todos, COSTAS COMESAÑA, J., *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, 1997, págs. 41.

por infracción del Derecho de la Competencia. Ello por cuanto la “nulidad de pleno derecho” por infracción del Derecho de la Competencia a la que se refiere el artículo 101.2 TFUE es un concepto de Derecho Europeo que sólo el TJUE está cualificado para interpretar en última instancia⁵³. Si bien, como ha señalado la doctrina, nos encontramos frente a una sanción civil que tiene un fundamento normativo comunitario pero cuyos rasgos particulares están definidos a nivel nacional⁵⁴.

Como es sabido la nulidad de pleno derecho, como categoría de la ineficacia del negocio jurídico, se caracteriza por ser ipso iure, es decir, se produce sin necesidad de que ocurra un hecho o acto, sino por el mismo Derecho. Está legitimado para para instarla cualquier interesado, haya sido o no parte en el contrato y aun el causante de la nulidad. No produce efecto alguno. Y es definitiva. Por ello, no prescribe, no sana con el tiempo, y no es susceptible de confirmación, convalidación ni subsanación⁵⁵.

En todo caso, con carácter previo al análisis de las resoluciones judiciales es necesario apuntar, por un lado, que la configuración jurisprudencial en el ámbito europeo está construida por instituciones que resuelven desde una perspectiva única de Competencia, y no de Derecho de Contratos; y por otro, que de manera unánime la configuración jurisprudencial de la nulidad se ha producido en el marco de acuerdos verticales y no de cárteles.

Ambas circunstancias explican –a nuestro juicio– ciertas disfunciones que se producen en el nivel nacional. Y ello es una cuestión de la máxima importancia por cuanto en un mercado cada vez más complejo se requiere armonía entre las decisiones y valoraciones jurídicas

⁵³ WAELBROECK, M./ FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia...*, cit., pág. 707.

⁵⁴ Por todos, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 369.

⁵⁵ Sobre las características de la nulidad de pleno derecho, por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, 1997, págs. 475 y ss; y DELGADO ECHEVERRÍA, J./ PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, 2005, págs. 49 y ss.

pertenecientes a dos sectores normativos cada vez más imbricados y comprometidos en un destino común: el Derecho de la competencia y el Derecho de la contratación, ambos con funciones normativas y político-jurídicas diversas, aunque complementarias⁵⁶.

La configuración realizada por el TJUE.

La configuración de la nulidad prevista en el artículo 101.2 TFUE – antiguo artículo 85 y, posteriormente, 81 TCE- por parte del TJUE ha sido constante desde el Asunto 56/65, caso *Société Technique Minière*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, hasta el Asunto C 547/16, caso *Repsol*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2017.

Desde la primera resolución de 1966 el TJUE ha establecido tres reglas que han permanecido inmutables: La primera, que el apartado 2 del artículo 85 del Tratado de Roma es una disposición, destinada a garantizar el respeto del Tratado, sólo puede ser interpretada en función de su finalidad comunitaria y debe quedar limitada a este contexto. La segunda, que la nulidad de pleno derecho de que se trata se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición, o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del acuerdo mismo. Y la tercera, que, por consiguiente, todas las demás disposiciones contractuales no afectadas por la prohibición, al no serles aplicable el Tratado, quedan fuera del Derecho comunitario.

En el Asunto 22/71, caso *Béguelin*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 1971, asunto 22/71, caso *Béguelin*, se siguió avanzando en la configuración destacando que como la nulidad del apartado 2 del artículo 85 del Tratado tiene carácter absoluto, el acuerdo que adolece de dicha nulidad no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes ni es oponible a terceros.

Diez años después de las resoluciones que vinieron a sentar las bases de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, la importante

⁵⁶ Así, MIRANDA SERRANO, L., *Prácticas colusorias...*, cit., págs. 81 y 82.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1983, asunto 319/82, caso Kerpen, retoma la cuestión y consolida la doctrina anterior. Línea que será mantenido durante la década de los ochenta y noventa, en asuntos 10/86, caso VAG France; C-234/89, caso Delimitis; C-230/96, caso Cabour; y C-126/97, caso Eco Swiss. Y en con el nuevo Siglo, aparece la Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, Caso Courage, que constituye uno de los *leading case* en la materia⁵⁷.

En 1990, Courage, un fabricante de cerveza, que disponía en el Reino Unido de una cuota del mercado de dicho producto del 19 %, y Grand Metropolitan, una sociedad que poseía distintos intereses en la hostelería y la restauración, acordaron fusionar sus establecimientos de bebidas, que ambas entidades daban en arrendamiento. Con este propósito, transfirieron sus respectivos «pubs» a Inntrepreneur Estates Ltd (IEL), una sociedad participada a partes iguales por Courage y Grand Metropolitan. Un acuerdo celebrado entre IEL y Courage preveía que todos los arrendatarios de IEL debían adquirir su cerveza exclusivamente a Courage. Ésta se hallaba obligada a suministrar las cantidades de cerveza solicitadas a los precios fijados en las tarifas aplicables a los locales arrendados por IEL.

En 1991, el Sr. Crehan celebró con IEL dos contratos de arrendamiento por veinte años que incluían una obligación de compra a favor de Courage. La renta estaba sujeta a una revisión quinquenal, únicamente al alza, fijada en el importe del alquiler más alto del período anterior o en el alquiler más elevado que pudiera obtenerse en un mercado abierto para el resto del período según las restantes condiciones del contrato de arrendamiento. El arrendatario del establecimiento debía comprar una

⁵⁷ Sobre la misma, MORENO-TAPIA RIVAS, I./ FERNÁNDEZ VICIÉN, C., “Un paso adelante en la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales: El asunto Courage”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2002; KOMMINOS, A.P., “New prospects for private enforcement of EC competition law: Courage v. Crehan and the Community right to damages”, *Common Market Law Review*, vol. 39, n° 3, 2002, págs. 447 a 487; y ALBORS-LLORENS, A., “Courage v. Crehan: Judicial Activism or Consistent Approach?”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 61, n° 1, 2002, págs. 1 a 62.

determinada cantidad mínima de ciertas cervezas e IEL se comprometía a conseguir que los tipos de cerveza especificados fueran suministrados por Courage al arrendatario a los precios indicados en la lista de precios de esta última.

En 1993, Courage, formuló una demanda con objeto de que se condenara al Sr. Crehan, al pago de una cantidad de 15.266 GBP, correspondientes a los suministros de cerveza que no se habían pagado. Por un lado, el Sr. Crehan manifestó su disconformidad con la fundamentación de la citada demanda al afirmar que la obligación de compra resultaba contraria al artículo 85 del Tratado. Por otro lado, formuló reconvencción con el fin de conseguir una indemnización por daños y perjuicios.

En estas circunstancias, el órgano nacional decidió suspender el procedimiento y plantear cuatro cuestiones prejudiciales. Primera, ¿debe interpretarse el artículo 81 CE en el sentido de que una de las partes en un contrato ilícito de arrendamiento de un establecimiento de bebidas que contiene una cláusula de exclusividad puede invocar dicho artículo ante un órgano jurisdiccional a fin de conseguir una protección jurisdiccional ("relief") contra la otra parte contratante? Segunda, en caso de que se responda afirmativamente a la primera cuestión, ¿la parte que solicita la protección jurisdiccional ("relief") tiene derecho a que se le conceda una indemnización por daños y perjuicios por un perjuicio que, supuestamente, es el resultado de haber estado vinculada por la cláusula del contrato que infringe el artículo 81 CE? Tercera, ¿debe considerarse compatible con el Derecho comunitario una norma del Derecho nacional que dispone que los órganos jurisdiccionales no deben permitir a una persona alegar y/o basarse en sus propios actos ilegales, como paso necesario para obtener una indemnización por daños y perjuicios? Y cuarta, si se responde a la tercera cuestión que, en ciertas circunstancias, dicha norma puede ser incompatible con el Derecho comunitario, ¿qué circunstancias debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional?

El Tribunal empieza recordando su doctrina. Así, en primer lugar recuerda que el Tratado ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias⁵⁸.

A continuación, como ya dijo en la Sentencia de 1 de junio de 1999, caso *Eco Swiss*, afirma que el artículo 85 del Tratado constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad y, en particular, para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente, en el artículo 85, apartado 2, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho.

Esta nulidad, afirma el Tribunal, que puede ser invocada por cualquier persona, se impone al juez cuando concurren los requisitos de aplicación del artículo 85, apartado 1, y el acuerdo de que se trate no pueda justificar la concesión de una exención en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado⁵⁹. Como la nulidad que establece el artículo 85, apartado 2, tiene carácter absoluto, un acuerdo nulo con arreglo a dicha disposición no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes ni es oponible a terceros⁶⁰. Y, además, esta nulidad puede

⁵⁸ Véanse las sentencias de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62; de 15 de julio de 1964, *Costa*, 6/64; y de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90.

⁵⁹ Sobre este último punto, véase en particular, la sentencia de 9 de julio de 1969, *Portelange*, 10/69.

⁶⁰ Sentencia de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin*, 22/71.

afectar a todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo o de la decisión de que se trate⁶¹.

Y en tercer lugar, apunta que los artículos 85, apartado 1, del Tratado y 86 del Tratado CE pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares y que dichos artículos crean derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar⁶².

En atención a lo expuesto, concluye el Tribunal que cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado, incluso cuando sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia con arreglo a dicha disposición.

Por su parte, en relación con la posibilidad de solicitar una reparación del perjuicio irrogado por un contrato o un comportamiento susceptibles de restringir o de falsear el juego de la competencia, el Tribunal señala que 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.

En concreto afirma que 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.

⁶¹ Sentencia de 6 de febrero de 1973, Haecht II, 48/72.

⁶² Sentencias de 30 de enero de 1974, BRT y SABAM, 127/73, y de 18 de marzo de 1997, Guérin automobiles, C-282/95.

Concluyendo que el artículo 85 del Tratado se opone a una norma de Derecho nacional que prohíbe a una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido de la citada disposición, solicitar una indemnización por daños y perjuicios como reparación de un perjuicio ocasionado por la ejecución del citado contrato por el mero hecho de que el autor de la solicitud sea parte en éste.

Pero, en cambio, el Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia.

Tras el asunto C-453/99, Caso Courage, el TJUE resuelve otros asuntos relevantes en materia de aplicación privada de la competencia, como los asuntos C-295/04 a 298/04, caso Manfredi, que consolidará la doctrina fijada en el caso Courge⁶³; asuntos C-376/05 y C-377/05, caso Brünsteiner, que declara que la nulidad total de un acuerdo determinada por el Derecho nacional no es contraria al Derecho de la Unión Europea⁶⁴; hasta llegar a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2008, asunto C-279/06, caso Cepsa, que es la última

⁶³ Sobre la misma, CARPAGNANO, M., “El private enforcement del derecho comunitario de la competencia en acción. Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C 295-298/04”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2007, on-line; AFFERNI, G., “Case: ECJ – Manfredi v Lloyd Adriatico”, *European Review of Contract Law*, vol. 13, núm. 2, 2007, págs. 179 a 190; PALLOTTA, O., “Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi”, *Il diritto dell’Unione Europea*, núm. 2, 2007, págs. 305 y ss.

⁶⁴ Ver, VITOLA BIANCHI, R., “Algunas consideraciones relativas a las consecuencias de la entrada en vigor del Reglamento 1400/2002: STJCE de 30 de noviembre de 2006, asuntos C-376/05 y C-377/05, A Brünsteiner GmbH y Autohaus Hilgert GmbH contra Bayerische Motorenwerke”, *Noticias de la Unión Europea*, vol. 278, 2008, págs. 67 a 70; e IDOT, L., “Droit spécial du contrat. Prise de position de la Cour de justice des Communautés européennes sur les conséquences sur les contrats en cours de l’entrée en vigueur du nouveau règlement n° 1400/2002/CE relatif à la distribution automobile”, *Revue des contrats*, núm. 2, 2007, págs. 325 a 328.

sentencia que, con profundidad, analiza las características de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia⁶⁵.

El 7 de febrero de 1996, las sociedades CEPSA Estaciones de Servicio, S.A., y L.V. Tobar e Hijos, S.L., concluyeron un Contrato de Abanderamiento e Imagen, de Asistencia Técnica y Comercial, y de Suministro en Régimen de Comisionista con Estaciones de Servicio. En virtud de dicho contrato, Tobar se comprometía a adquirir exclusivamente de CEPSA carburantes y combustibles, así como lubricantes y demás productos, para su reventa en su estación de servicio con los precios de venta al público, las condiciones y las técnicas de venta y explotación fijadas por dicho suministrador.

El contrato se celebró por una duración de diez años, prorrogables por períodos sucesivos de cinco años, por acuerdo expreso y escrito, con preaviso mínimo de seis meses. La obligación de compra exclusiva de dichos productos se acompañó de una cláusula de no competencia que prohibía a Tobar la venta o la promoción de productos concurrentes, o la intervención en tales operaciones, ya se lleven a cabo en el recinto o en las inmediaciones de la estación de servicio.

Además, Tobar tenía que abonar a CEPSA el importe de los productos petrolíferos en un plazo de nueve días desde la fecha de su entrega en la estación de servicio; debía suscribir y presentar un aval bancario por un importe total equivalente a quince días de suministro, que CEPSA podía ejecutar en caso de impago; y si fuera necesaria la ejecución de este aval, Tobar estaría obligada a pagar los suministros con carácter previo.

Por su parte, Tobar percibió, como remuneración, las comisiones de mercado existentes en cada momento para cada estación de servicio. El pago a CEPSA se realizaba, sobre la base de los litros suministrados a la estación de servicio, deduciendo del precio de venta al público fijado

⁶⁵ Ver, por todos, GIUDICI, P., "The CEPSA Case", *European Review of Contract Law*, vol. 5, núm. 2, 2009, págs. 159 a 166.

por CEPSA, incluido el impuesto sobre el valor añadido, el importe de la comisión, incluyendo este impuesto.

El 2 de noviembre de 2001, CEPSA remitió un escrito a Tobar autorizándola para que, en lo sucesivo, pudiera rebajar el precio de venta de los productos petrolíferos sin disminuir, no obstante, los ingresos de CEPSA.

Durante el año 2003, tras remitir varias comunicaciones a CEPSA, Tobar dejó de suministrarse de CEPSA y ocultó el logotipo de ésta en las instalaciones de la estación de servicio. Y en el año 2004, Tobar interpuso demanda contra CEPSA solicitando la declaración de nulidad del contrato controvertido en el asunto principal por infracción del artículo 81 CE y por ser su causa ilícita, al dejarse la determinación del precio de venta al público de los productos petrolíferos al arbitrio exclusivo de CEPSA. Tobar solicitó asimismo que se le concediera una indemnización.

En estas circunstancias, la Audiencia Provincial de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales. En lo que interesa, mediante su primera cuestión, letra d), el órgano jurisdiccional preguntaba si la nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 81 CE, apartado 2, afecta al contrato controvertido en el asunto principal en su integridad o únicamente a las cláusulas incompatibles con el apartado 1 de este mismo artículo.

A este respecto el Tribunal de Justicia recuerda que, según su reiterada jurisprudencia, la nulidad de pleno derecho de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 2, se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición establecida en el apartado 1 de este mismo artículo o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del propio acuerdo⁶⁶.

⁶⁶ Sentencias de 30 de junio de 1966, LTM, 56/65, y 28 de febrero de 1991, Delimitis, C-234/89.

Si estos elementos son separables del acuerdo, las consecuencias de la nulidad respecto a todos los demás elementos del acuerdo o respecto a otras obligaciones que se deriven de él no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Por tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, conforme al Derecho nacional aplicable, el alcance y las consecuencias, para la totalidad de las relaciones contractuales, de la posible nulidad de determinadas cláusulas contractuales en virtud del artículo 81 CE, apartado 2⁶⁷.

Por consiguiente, concluye el Tribunal de Justicia que la nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 81 CE, apartado 2, únicamente afecta a un contrato en su integridad cuando las cláusulas incompatibles con el apartado 1 del mismo artículo no pueden separarse del propio contrato. En caso contrario, las consecuencias de la nulidad respecto de todos los demás elementos del contrato no están comprendidas en el ámbito del Derecho comunitario.

En conclusión, de la configuración de la nulidad realizada por el TJUE en el artículo 101.2 TFUE se concluye, por una parte, que la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia tiene carácter absoluto. El acuerdo que adolece de dicha nulidad no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes ni es oponible a terceros. Puede ser invocada por cualquier persona. Y, además, puede afectar a todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo o de la decisión de que se trate. Y, por otra, que la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia sólo afecta a las disposiciones contractuales incompatibles con el artículo 101 TFUE. Las consecuencias de esta nulidad respecto de los demás elementos del acuerdo no están reguladas por el Derecho Europeo. Cuando, con arreglo artículo 101.2 TFUE, una determinada parte de un acuerdo es nula, las consecuencias civiles para las otras partes dissociables dependen del Derecho de los Estados miembros. Motivo por

⁶⁷ Sentencias de 18 de diciembre de 1986, VAG France, 10/86; de 30 de abril de 1998, Cabour, C-230/96; y de 30 de noviembre de 2006, Brünsteiner, C-376/05 y C-377/05.

el que el órgano jurisdiccional nacional debe apreciar dichas consecuencias conforme a su propio Derecho⁶⁸.

2. La configuración realizada por el TS.

Atendida la remisión que el TJUE realiza al Derecho interno, resulta necesario detenerse en la configuración realizada por el Tribunal Supremo, para comprender las aristas que presenta la institución aquí analizada en nuestro ordenamiento.

La Sentencia núm. 540/2000 del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2000, caso Disa, es histórica en el ámbito de la aplicación privada de la competencia⁶⁹, por ser la primera que con profundidad resuelve un asunto sobre la materia. Pero al mismo tiempo, es –en buena medida– origen del problema y la conflictividad en materia de nulidad y Derecho de la Competencia en España. Su doctrina, dictada para resolver un supuesto de hecho muy particular, se ha extendido a supuestos completamente distintos en los que las soluciones ofrecidas en el caso Disa tenían difícil encaje.

En el caso Disa el actor solicitó en su demanda la declaración de validez y eficacia de un contrato de distribución de carburantes, cuya

⁶⁸ Como recopila el apartado 41 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, de 27 de abril de 2004 (2004/C 101/08), con referencias a los asuntos Société Technique Minière y Kerpen & Kerpen: “Cuando, en un caso concreto, se haya demostrado la presencia de restricciones de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 81, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3 del mismo. Según el artículo 2 del Reglamento (CE) no 1/2003, la carga de la prueba de lo dispuesto en el apartado 3 recaerá en la empresa o empresas que invoquen la excepción. Si no se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81, el acuerdo será nulo de pleno derecho (véase apartado 2 del artículo 81). Sin embargo, esta nulidad automática únicamente se aplica a aquéllas partes del acuerdo que sean incompatibles con el artículo 81, a condición de que sean independientes del acuerdo en su conjunto. Cuando sólo una parte del acuerdo es nula de pleno derecho, incumbe al derecho nacional aplicable determinar las consecuencias para el resto del acuerdo”. En este punto, como se verá, serán determinantes las disposiciones nacionales relativas a la nulidad parcial de los actos jurídicos.

⁶⁹ Ver, por todos, ARROYO APARICIO, A., “Aplicación de la normativa protectora de la libre competencia: la STS (Sala 1ª) de 2 de junio de 2000”, *Aranzadi civil*, núm. 3, 2001, págs. 2201 a 2253; y MERCADAL VIDAL, F., “Comentario a la STS de 2 de junio de 2000. Contrato relativo a la explotación de una estación de servicio. Nulidad de pleno derecho por violación de Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el juez español”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 55, 2001, págs. 87 a 120.

ejecución entre las partes nunca había llegado a iniciarse, así como el cumplimiento de lo pactado, con entrega de la estación de servicio por la demandada DISA. A su vez, la demandante solicitó la declaración de nulidad de la relación jurídica que hubiera entre Disa y otra sociedad anónima que, en lugar del actor, era la que en realidad se había hecho cargo de la gasolinera, todo ello con indemnización de daños y perjuicios.

La sociedad DISA, al contestar a la demanda, reconoció la existencia y realidad de dicho contrato, pero para justificar su falta de ejecución alegó la nulidad de pleno derecho del mismo por ser muchas de sus cláusulas contrarias al Derecho Comunitario, citando al efecto el artículo 85 TCE en relación con el Reglamento nº 1984/83, de 22 de junio.

Para el Tribunal Supremo el contrato suscrito, pero no ejecutado, contenía una serie de cláusulas contrarias al Derecho de la Competencia⁷⁰. Motivo por el que considera que el contrato debe ser declarado nulo de pleno derecho por su incompatibilidad con el Derecho Comunitario y, en último extremo, por aplicación del artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia interpretado según el Derecho

⁷⁰ "La extensión de la exclusividad a todos los "productos de apoyo para automoción" y "con absoluta prohibición de toda otra concurrencia" (cláusula 4.II.a.), o con reserva de la concedente para "variar los precios de venta al público" (cláusula 4.II "precios"), y debiendo el proveedor "expender al público única y exclusivamente los productos suministrados por la sociedad concedente, a los precios establecidos oficialmente o, en defecto de tasa oficial, a los que lo fueren por aquella" (cláusula 4.II.e.), supone un control absoluto del proveedor que alcanza incluso a todos los productos de la tienda tanto en orden a sus eventuales proveedores como en orden a los precios (cláusula 12.A, apdos b. d. e i.), hasta el extremo de contemplarse como causa de extinción del contrato la "venta de productos distintos de los expresamente autorizados" (cláusula 14.e.). Se trata, en definitiva, de cláusulas que el artículo 12 del Reglamento considera exorbitantes respecto de la permitidas según el artículo 11. En segundo lugar, la exclusividad impuesta en el contrato a los lubricantes (según las mismas cláusulas ya señaladas más la de adquisición de un mínimo de volúmenes trimestrales, 4.II.b.) no cumple la condición del artículo 11.b) del Reglamento, esto es, que el proveedor hubiera puesto simultáneamente a disposición del revendedor un equipo de cambio de aceite u otras instalaciones de engrase, ya que en el contrato litigioso nada se prevé al respecto. Además, como señaló la Comunicación de la Comisión 84/C101/02, el artículo 11.b solamente ampara los lubricantes destinados a la prestación de un servicio que realice el revendedor, de suerte que según el Reglamento el proveedor "es libre de comprar dichos productos a terceras empresas con objeto de revenderlos en la estación de servicio", debiendo entenderse por "productos petrolíferos afines a los lubricantes, los aditivos y los líquidos de frenos". Se dan, así, otra vez cláusulas exorbitantes según los apartados a) y b) del artículo 12.1. Y, en tercer lugar, el control igualmente absoluto del proveedor sobre la publicidad (cláusula II.n.) excede también lo que permite o autoriza el artículo 11.c) del Reglamento".

Comunitario, por considerarse que tal incompatibilidad era tan manifiesta que nunca podría ser objeto de una exención individual por la Comisión.

Dicho ello, prosigue señalando que el alcance de esta nulidad debe ser el contemplado en el artículo 6.3 del Código Civil, por contrariedad del contrato litigioso con normas prohibitivas. En consecuencia, no habiendo llegado a iniciarse en el caso examinado la ejecución del contrato, la nulidad debía traducirse en que éste no comenzase a producir sus efectos.

La nulidad, además, sostiene el Tribunal Supremo, ha de ser total, porque las cláusulas incompatibles con el Derecho Comunitario no pueden considerarse separables, ni sería tampoco posible obligar a las partes a renegociarlas con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas⁷¹.

En definitiva, concluye el Tribunal Supremo que procede la nulidad de pleno derecho porque la supresión de las cláusulas contrarias al Derecho Comunitario alteraría por completo la economía del contrato. Y añade que no es óbice a la declaración de nulidad del contrato litigioso el que tal nulidad fuera alegada en el proceso precisamente por la parte a quien favorecía la exclusividad y a quien cabría considerar culpable de la nulidad al haber establecido dichas cláusulas. Ello por cuanto para la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es irrelevante de quién hubiera partido la iniciativa en la introducción de las cláusulas prohibidas y, además, en nuestro sistema la nulidad de pleno derecho del artículo 6.3 del Código Civil es apreciable por los Tribunales incluso de oficio.

Posteriormente, la Sentencia núm. 989/2007, de 3 de octubre de 2007, caso Cepsa, es relevante por cuanto declara la esencialidad del pacto de exclusiva y de fijación de precios y sus consecuencias en materia de

⁷¹ A este respecto, señala, es bien significativo que en el propio contrato se contemple como causa de extinción la "venta de productos distintos de los expresamente autorizados por la concedente" o que su cláusula 12.E.c) declare expresamente que el convenio constituye "un todo unitario de contratación".

nulidad⁷². Y la Sentencia núm. 567/2009, de 30 de julio de 2009, caso Svenson, tiene la particularidad de no resuelve un asunto de distribución de carburantes, sino de una relación de franquicia⁷³. En ella el Tribunal Supremo fija su posición sobre la incidencia de la cláusula de fijación de precios en el marco de la nulidad, y empieza a ser consciente de las consecuencias que conlleva la aplicación del artículo 1.303 Cc en el marco de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, que proclamó en el caso Disa –donde, a diferencia del resto de casos, recordemos que el contrato no se había implementado-. Pero es Sentencia núm. 863/2009, de 15 de enero de 2010, caso Repsol, que versa nuevamente sobre un contrato de abanderamiento, la que constituye un hito respecto de la naturaleza y efectos de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia.

En ese contexto aparece la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 634/2014, de 9 de enero de 2015, caso Mediapro, que es, pese a su complejidad, la resolución que con mejor precisión resuelve la aplicación al caso concreto de la nulidad de pleno derecho por contravención del Derecho de la Competencia.

El 24 de julio de 2006, las entidades Audiovisual Sport, S.L. (en adelante, AVS), Mediaproducción, S.L. (en adelante, Mediapro), Televisió de Catalunya Multimedia, S.L. (en adelante, TVC) y Sogecable, S.A. (en adelante, Sogecable), suscribieron un acuerdo sobre la explotación de los derechos audiovisuales de los partidos de fútbol de las competiciones de la Liga y la Copa del Rey.

⁷² Ver, por todos, PARRA LUCAN, M.A., “Comentario a la STS de 3 de octubre de 2007. Nulidad de pleno derecho de contrato de abanderamiento por infracción de Reglamento comunitario”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 77, 2008, págs. 761 a 799.

⁷³ Ver, por todos, PEÑA LOPEZ, F., “Comentario STS de 30 de julio de 2009. Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 83, 2010, págs. 1045 a 1072; y MARTÍ MIRAVALLS, J., “Nulidad contractual por fijación de precios mínimos: una mala aplicación privada del derecho de la competencia”, *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, 2011, págs. 337 a 348.

En la cláusula quinta, se atribuía a AVS la adquisición de los derechos de los clubes de fútbol que participaran en las competiciones de Liga de Primera y Segunda División, distintos de los enunciados en los expositivos 1 y 2, para las temporadas 2006/2007 y sucesivas. En esta misma cláusula, se reconocía que correspondía a AVS la renovación de los derechos de todos los clubes de fútbol que participen en las competiciones de Liga de fútbol de Primera y Segunda División, al vencimiento de los contratos entonces vigentes y de los contratos que se suscribieran en cumplimiento del párrafo anterior. Como única excepción, AVS y Mediapro encomendaban a Sogecable la renovación de los derechos del Real Madrid, C.F. para las temporadas 2009/2010 y sucesivas, con el fin de adaptar el contrato con este equipo a las condiciones generales que se inferían del acuerdo.

En lo que interesa, la Sentencia del Tribunal Supremo parte de que el pacto entre empresas que contiene la cláusula quinta es contrario al artículo 1 LDC y al artículo 101 TFUE, ello por cuanto la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo (sección 6ª) de la Audiencia Nacional de 22 de mayo de 2013 desestimó el recurso interpuesto contra la Resolución del CNC de 14 de abril de 2010, que declaró la contrariedad de la cláusula con el Derecho de la Competencia⁷⁴. Y la consecuencia de dicha conclusión es la nulidad de pleno derecho del pacto contractual.

El Tribunal Supremo afirma que en cuanto la normativa antitrust y nacional tiene carácter imperativo, pues a través de ella se establecen límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público -español o comunitario- en el mantenimiento de la Competencia, la nulidad de los pactos contractuales que infringen

⁷⁴ Como la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la ilicitud del pacto entre empresas contenido en la cláusula quinta del contrato fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil (incluye el mercantil, en cuanto forma parte de este orden jurisdiccional civil) que debe pronunciarse sobre la nulidad de aquella cláusula. Esta previa resolución contencioso administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil. Por esta razón, hemos de partir de que el pacto entre empresas que contiene la cláusula quinta es contrario al artículo 1 LDC y al artículo 101 TFUE.

dicha normativa se justifica por el traspaso de estos límites a la autonomía privada de la voluntad (artículos 6.3 y 1.255 Cc).

La consecuencia de la nulidad de esta cláusula quinta del Acuerdo de 24 de julio de 2006 es que, como sus efectos son *ex tunc*, se entiende que no vinculaba a las partes, y deben dejarse sin efecto los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia en relación con este incumplimiento y con la condena indemnizatoria. Ahora bien, el alcance de la nulidad, afirma el Tribunal, sobrepasa al pacto de no competencia contenido en la cláusula quinta. Afecta a todo el acuerdo contractual de 24 de julio de 2006, en atención a la vinculación que esta cláusula tenía con el resto, para dar cumplimiento a lo que expresamente se manifestaba en el expositivo del acuerdo sobre la finalidad perseguida por las partes: garantizar la continuidad del modelo de explotación de los derechos audiovisuales de los distintos clubes de fútbol que participaban en la Liga y en la Copa del Rey que se contiene en el propio acuerdo.

Con este acuerdo se pretendía acabar con la competencia entre AVS y Mediapro en la obtención de los derechos audiovisuales de los clubes, para evitar su encarecimiento, y ambas entidades se repartían su explotación en la forma prevista en las cláusulas del acuerdo. En este sentido, cabe apreciar que el acuerdo en su conjunto tenía por objeto restringir la competencia, y todas sus cláusulas estaban relacionadas en función de la finalidad perseguida.

Es cierto, recuerda el Tribunal, que no necesariamente la nulidad de una cláusula contractual por contravención de las normas de Defensa de la Competencia debe dar lugar a la nulidad de todo el negocio o contrato, pues cabría la nulidad parcial que afectaría sólo a aquella cláusula. Pero como se afirma en la doctrina, para que pueda apreciarse la nulidad parcial, a falta de una previsión legal específica, es necesario que los contenidos del contrato afectados por la nulidad sean divisibles o separables del resto del contrato y, además, o bien que las partes hubiesen hipotéticamente querido el negocio igualmente, aun con la amputación de los contenidos ilícitos, o bien que se trate de una

imperatividad establecida para prevenir el fraude de una norma de protección.

En el caso analizado, el Tribunal Supremo entiende que, en función de aquella finalidad de asegurar la continuidad del modelo de explotación de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol que participan en la Liga y en la Copa del Rey, se pactó la cesión exclusiva e indefinida en el tiempo de los derechos de que disponía Mediapro y que se enunciaban en el anexo I, y la entrada de Mediapro en el accionariado de AVS. Y, para materializar esta cesión, también se convino la aportación por parte de Mediapro de los contratos suscritos con los clubes de fútbol cuyos derechos se había comprometido a aportar a AVS, y que notificara a los clubes la cesión de los derechos realizada en aquel acuerdo.

En consecuencia, la nulidad del pacto de no competencia se extiende también a estos extremos del contrato de 24 de julio de 2006, y en concreto a la obligación de aportar los derechos en exclusiva que tenía Mediapro, lo que da lugar a que no pueda prosperar la pretensión de condena a su aportación ni la indemnización basada en aquel incumplimiento, pues no cabe hablar de incumplimiento.

Pero la Sentencia todavía contiene un pronunciamiento relevante en materia de efectos. Afirma el Tribunal Supremo que lo expuesto acerca del alcance de la nulidad no impide que pueda reconocerse eficacia a la relación jurídica que existió entre las partes (AVS y Mediapro), respecto del recíproco intercambio de derechos habido durante la única temporada en que de facto existió. Y que ese reconocimiento para liquidar la relación jurídica, debe hacerse con arreglo a la lógica de lo convenido respecto de las contraprestaciones que debían abonarse las partes por el intercambio recíproco de derechos durante esa temporada, y en relación con la reclamación de la suma que Mediapro adeuda a AVS correspondiente a la última factura de aquella temporada.

Posteriormente, pese a que la resolución de asuntos sobre la materia ha sido constante por parte del TS, en estos últimos meses, entre otras, Sentencias del TS (Civil) de 27 de marzo de 2019 y de 17 de mayo de

2019, destacarían la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 763/2014, de 12 de enero de 2015, caso Repsol II, que incorpora la doctrina fijada por el TJUE en su Auto de 27 de marzo de 2014, caso C-142/2013, asunto Brighth Service, y obliga a nuestro Alto Tribunal a cambiar su posición respecto la invalidez sobrevinida por la entrada en vigor de un Reglamento de exención por categoría con exenciones distintas al anterior; y la STS de 7 de febrero de 2018, caso Repsol III, que incorpora la doctrina recogida en la STJUE de 23 de noviembre de 2017, relativa al alcance de los Compromisos en el marco de acciones de nulidad por infracción del Derecho de la competencia.

En conclusión, de las principales resoluciones del TS sobre la materia se concluye que para el Alto Tribunal no puede aceptarse que las cláusulas contractuales a las que se imputa la contravención del Derecho comunitario de la Competencia tengan carácter accesorio en relación con el conjunto del contrato. Las cláusulas incompatibles con el Derecho europeo no pueden considerarse separables, ni sería tampoco posible obligar a las partes a renegociarlas con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas. La supresión de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario alteraría por completo la economía del contrato y, por tanto, la relevancia o esencialidad de la cláusula nula se expande a todo el negocio e impide la aplicación de la regla “*utile per inutile non vitiatur*”, que podría suponer una nulidad parcial, y no total. Por lo que proclama la nulidad total del contrato. Y en relación con las consecuencias patrimoniales de la declaración de nulidad, tras una primera década sosteniendo la aplicación del artículo 1303 Cc, el Alto Tribunal entiende que tales consecuencias deben limitarse a la mera declaración de nulidad por infracción de una norma prohibitiva, con arreglo a lo previsto en el artículo 6.3 Cc, y a la liquidación de la relación contractual.

CAPÍTULO II

EL ALCANCE Y LOS EFECTOS MATERIALES DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

I. EL ALCANCE: LA NULIDAD TOTAL O PARCIAL.

1. Introducción.

En el presente apartado analizaremos críticamente la doctrina del TS respecto a la nulidad contractual por infracción del Derecho de la Competencia. Esta doctrina, que por las razones que se expondrán debería ser objeto de revisión en parte, declara la nulidad total del contrato en materia de cláusulas de fijación de precios de reventa y de aprovisionamiento exclusivo, dada la “esencialidad” de las mismas, lo que impide la aplicación de la regla “utile per inutile non vitiatur”.

2. La separabilidad como regla en los negocios jurídicos complejos.

La nulidad de un contrato, en tanto que reglamentación autónoma de una situación jurídica, que normalmente se compone de una serie de reglas de conducta de contenido preceptivo, puede afectar a la totalidad del contenido preceptivo del contrato o quedar circunscrita a una o varias de sus disposiciones.

Como se ha analizado en el Capítulo anterior, el TJUE ha consolidado su doctrina en el sentido de que la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia sólo afecta a las disposiciones contractuales incompatibles con el artículo 101 TFUE.

Ello significa que, en los negocios jurídicos simples, como pueden ser la mayoría de los cárteles, en los que se acuerda la subida del precio o el reparto del mercado, el acuerdo entero adolece de nulidad absoluta, no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes, no es oponible a terceros, puede ser atacado por cualquier persona y es definitiva. Pero en los negocios jurídicos complejos, como ocurre en las relaciones verticales y en las relaciones horizontales de cooperación, la

regla es la separabilidad, es decir, la nulidad parcial. Y, en consecuencia, la nulidad total es la excepción⁷⁵.

Ahora bien, el propio TJUE, que es una institución que aplica e interpreta el Derecho de la Competencia Europeo, pero no el Derecho Patrimonial de los Estados Miembros, también proclama que las consecuencias de esta nulidad respecto de los demás elementos del acuerdo no están reguladas por el Derecho Europeo. Y, por tanto, cuando, con arreglo artículo 101.2 TFUE, una determinada parte de un acuerdo es nula, las consecuencias civiles para las otras partes disociables dependen del Derecho de los Estados miembros.

Ello nos introduce en ámbito de las consecuencias de la infracción contractual de normas imperativas en nuestro ordenamiento. Como ha señalado la doctrina⁷⁶, estas consecuencias vienen determinadas en general, por el juego de dos principios generales del Derecho: el de supremacía del Derecho imperativo sobre la voluntad privada y el de respeto a la autonomía privada una vez garantizada dicha supremacía⁷⁷. El juego de estos dos principios permite reconstruir toda la disciplina de la nulidad parcial y de la integración contractual⁷⁸.

⁷⁵ La nulidad parcial, como tipo de ineficacia, no es una nulidad de menor alcance que la nulidad total, ni una sanción civil de menor gravedad que la nulidad total. Como ha señalado la doctrina, la nulidad, sea total o parcial, es, simplemente, una de las sanciones que el ordenamiento pone, sola o acompañada de otras medidas sancionadoras, como los daños y perjuicios o las multas, para asegurar la prevalencia de sus normas sobre los actos de los particulares. Así, GOMEZ DE LA ESCALERA, C., *La nulidad parcial del contrato*, Actualidad Editorial, 1995, pág. 49. Sobre la nulidad parcial en nuestro ordenamiento, LOPEZ FRIAS, A.M., “Clases de nulidad parcial del contrato en nuestro ordenamiento”, *Anuario de Derecho Civil*, 1990, págs. 851 y ss.

⁷⁶ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991, pág. 336.

⁷⁷ El primero recogido genéricamente en los artículos 6.3 Cc y 1255 Cc; y el segundo proclamado por el propio 1255 Cc.

⁷⁸ La nulidad parcial es un supuesto de ineficacia parcial, por causa de invalidez, que se produce cuando un cláusula, pacto o estipulación de las que integran la reglamentación contractual, deviene nula por rebasar los límites de la autonomía privada, conservándose válido y eficaz el resto del contrato, GOMEZ DE LA ESCALERA, c., *La nulidad parcial del contrato...*, cit., pág. 47.

3. La importancia de la ratio de la norma infringida en la nulidad.

La nulidad total y la nulidad parcial presentan finalidades distintas. Mientras que la nulidad total persigue excluir o privar de efectos aquellos actos, contratos o negocios jurídicos que según el ordenamiento no merecen tal consideración, la nulidad parcial trata de solucionar el problema de la conservación del acto o negocio afectado por la nulidad de una parte de su contenido⁷⁹.

Cuando, como ocurre con el Derecho de la Competencia europeo y nacional, la norma imperativa no se pronuncia expresamente sobre la nulidad total o parcial, la doctrina es unánime en señalar que en estos casos el dilema entre nulidad total o parcial debe resolverse indagando si el objetivo y la finalidad de la norma infringida se satisface mejor con una u otra⁸⁰.

La preferencia por la nulidad parcial o total es, por tanto, una cuestión que depende fundamentalmente de la ratio y la finalidad perseguida por la norma que impone la nulidad, en nuestro caso el Derecho de la Competencia. En este sentido, las normas jurídicas que limitan el libre juego de la autonomía de la voluntad no sólo definen el ámbito de actuación de los operadores económicos conforme al ordenamiento jurídico, sino que también inciden en la sanción de nulidad a aplicar a dichos negocios jurídicos.

En Derecho de la Competencia la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia no pretende proteger a ninguno de los sujetos vinculados por el acuerdo colusorio sino al mercado. El objetivo de las

⁷⁹ GOMEZ DE LA ESCALERA, c., *La nulidad parcial del contrato...*, cit., pág. 48. Ver, MARÍN PADILLA, M.L., *El principio de conservación de los actos y negocios jurídicos: utile per inutile non vitiatur* Bosch, 1990.

⁸⁰ Por todos, GOMEZ DE LA ESCALERA, c., *La nulidad parcial del contrato...*, cit., págs. 81 a 85; DELGADO ECHEVERRÍA, J./ PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos...*, cit., pág. 51; y ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación...*, cit., págs. 336 y 337, quién afirma que la supremacía del Derecho imperativo exige que para determinar las consecuencias contractuales de la infracción de una norma imperativa deba acudir, en primer lugar, a la norma infringida. Y, en defecto de previsión, acudir a su finalidad para decidir cuál es la solución que mejor responde a la misma.

normas de competencia es proteger la libre competencia en el mercado⁸¹. En concreto, el bien jurídico prioritariamente tutelado por el Derecho de la Competencia es el proceso competitivo, entendido como la lucha entre los operadores del mercado basada en la toma individual de las decisiones y en las bondades de los bienes y servicios que ofertan a clientes y consumidores finales⁸².

La nulidad por infracción del Derecho de la Competencia no deriva por el carácter inequitativo de ningún pacto, sino porque que el mismo, estando prohibido por apartado 1 del artículo 101 TFUE, no cumpla las condiciones del apartado 3 del propio precepto⁸³. El Derecho de la Competencia no realiza una composición de los intereses de las partes del contrato, sino que su finalidad es impedir que a través de determinadas prácticas se obstaculice el correcto funcionamiento del sistema de economía de mercado, no pudiéndose cumplir sus objetivos de eficiencia económica. Esto significa que la normativa antitrust protege un interés público, cual es que el mercado de libre competencia funcione

⁸¹ La doctrina ha ofrecido hasta cuatro posibles maneras de entender la protección de la competencia, ver, SIGNES DE MESA, J.I., “Fundamentos del Derecho y de la política de la competencia”, *Derecho de la Competencia*, Thomson-Civitas, 2013, pág. 36 y 37: La que considera que el Derecho de la Competencia ha de estar orientado exclusivamente por la teoría económica, en la que la interpretación y aplicación de estas normas debe estar dirigida a la promoción de la eficiencia y el bienestar de los consumidores. La que considera que la protección de la competencia requiere proteger a los competidores que participan en el mercado, garantizando la presencia de rivales en el mercado con la finalidad de nutrir el proceso competitivo. La que considera que el Derecho de la Competencia es un instrumento de control frente a la creación y el uso indebido del poder de mercado. Y la que considera que la protección de la competencia permite evitar situaciones injustas, protegiendo a los pequeños operadores del mercado. Como señala el autor, el debate sobre los objetivos del Derecho de la Competencia se plantea sustancialmente entre aquellos que consideran que deben limitarse a actuar en contra de las empresas que, debido a su comportamiento, no permitan que los mercados funcionen de manera eficiente; y quienes consideran que es necesario ampliar sus objetivos, incluyendo algunos no necesariamente económicos, como la cohesión social, la protección de las pequeñas empresas o la distribución de la riqueza.

⁸² COSTAS COMESAÑA, J., “Una panorámica del análisis antitrust relativo a las redes empresariales en España”, *Claves del derecho de redes empresariales* (Dir. Ruiz Peris), Universitat de València, 2017, págs. 477, quien señala que se trata de un bien jurídico que debe ser tutelado por una autoridad pública independiente (la Autoridad de Competencia) porque, en los sistemas de economía de mercado, se entiende que ese proceso competitivo mejora el bienestar de los consumidores y permite una asignación eficaz de los recursos en beneficio del bienestar general.

⁸³ Artículo 1.1 Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

correctamente, impidiendo que los empresarios se pongan de acuerdo para restringir la competencia en beneficio propio, pero en perjuicio de todos los demás participantes en el mercado⁸⁴.

Que el bien jurídico protegido por el artículo 101 TFUE y 1 LDC es el mercado es algo que no puede pasar desapercibido en el enjuiciamiento de las consecuencias jurídicas de la infracción del Derecho de la Competencia. Además, atendidas las particularidades de esta normativa, en la que no existen prohibiciones per se, cada restricción de la competencia presenta una ratio propia. Así, por ejemplo, la razón de la prohibición de la fijación de precios de reventa es distinta de la prohibición de abastecimiento exclusivo, como se verá posteriormente.

Sin descender a la ratio de cada prohibición en el marco del acuerdo en el que se ha adoptado, y tomando como referencia que el bien jurídico protegido por la norma imperativa es el mercado, no es posible realizar adecuadamente el juicio sobre la dicotomía nulidad total o parcial. Si el único criterio correcto para dilucidar el juicio de la nulidad parcial es atender a la norma jurídica infringida, no es posible elaborar una dogmática abstracta, sino que requiere del caso concreto, atendiendo a la naturaleza y finalidad de la norma imperativa y al tipo concreto de negocio o contrato infractor⁸⁵.

4. Fundamentos del TS para proclamar la nulidad total.

Como se ha visto en el Capítulo anterior, el Tribunal Supremo ha fijado doctrina, desde el caso Disa, respecto del alcance de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia. Para el Tribunal Supremo, en materia de fijación de precios y exclusividad, no puede aceptarse que las cláusulas contractuales a las que se imputa la contravención del Derecho comunitario de la Competencia tengan carácter accesorio en relación con

⁸⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho mercantil*, Thomson-Aranzadi, 2017.

⁸⁵ En este sentido, GOMEZ DE LA ESCALERA, c., *La nulidad parcial del contrato...*, cit., pág. 85.

el conjunto del contrato⁸⁶. Las cláusulas incompatibles con el Derecho comunitario no pueden considerarse separables⁸⁷, ni sería tampoco posible obligar a las partes a renegociarlas con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas⁸⁸. La supresión de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario alteraría por completo la economía del contrato y, por tanto, la relevancia o esencialidad de la cláusula nula se expande a todo el negocio e impide la aplicación de la regla “*utile per inutile non vitiatur*”, que podría suponer una nulidad parcial, y no total⁸⁹.

La doctrina del Tribunal Supremo, por tanto, proclama la nulidad total por infracción del Derecho de la competencia, tanto en el caso de fijación de precios como de exclusividad, en atención a dos criterios: la esencialidad de dichos pactos y el respeto a la voluntad de las partes.

Ahora bien, algunas de las afirmaciones del Tribunal Supremo ponen de manifiesto que no ha habido un adecuado enjuiciamiento respecto de la viabilidad de la nulidad parcial. Y en ninguna de ellas se analiza la ratio la restricción y su función dentro del contrato⁹⁰.

5. Revisión de la doctrina de la nulidad total en materia de fijación de precios de reventa.

Para el Tribunal Supremo, cuando la cláusula de fijación de precios de reventa incorporada en un acuerdo vertical es declarada nula, la nulidad se expande a todo el contrato porque el precio es un elemento esencial del acuerdo vertical y con su eliminación se afecta a un elemento estructural, y a la economía del negocio, sin que sea posible entender que

⁸⁶ STS de 3 de octubre de 2007.

⁸⁷ Entre otras, SSTS de 2 de junio de 2000, 3 de octubre de 2007 y 9 de enero de 2015.

⁸⁸ Entre otras, SSTS de 2 de junio de 2000 y 30 de julio de 2009.

⁸⁹ STS de 15 de abril de 2009.

⁹⁰ Como señalaba el maestro GARRIGUES, “Si el Derecho sólo en su aplicación encuentra la razón de ser, es cosa clara que el jurista no puede prescindir de la materia viva a la cual va a ser aplicado. ¿Cómo pueden entenderse las normas sin haber penetrado antes en los hechos a que ellas se refieren? GARRIGUES, J., *Prologo al Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1974.

se puede mantener el fijado en relación con una libertad de precio porque para ello es preciso una voluntad concorde de las dos partes.

A nuestro juicio, determinada el carácter prohibido del acuerdo de fijación de precios de reventa, el Tribunal debería volver sobre la ratio de la prohibición para posteriormente preguntarse el significado de la prohibición en el acuerdo y, posteriormente, resolver sobre la posible conservación o no del negocio jurídico. Por este motivo se estima conveniente realizar dicho análisis.

5.1. La ratio de la prohibición de la fijación de precios de reventa.

Una de las prácticas empresariales que más interrogantes suscita desde la perspectiva de la valoración de sus efectos sobre la competencia es la conocida “fijación de precios de reventa” encuadrable dentro la más amplia categoría de las “restricciones verticales”. El pacto de fijación de precios es comúnmente definido como el acuerdo cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que ha de ajustarse el comprador.

Este pacto, en tanto que restricción vertical, presenta particularidades propias cuando se enmarca en el seno de una red empresarial. Y en particular, en el marco de una red de distribución que es una categoría de red empresarial compuesta por empresarios jurídicamente independientes, pero económicamente vinculados e interdependientes, en la que todos los miembros contratan con el cabeza de red –“la marca”-, quién posee facultades de coordinación, dirección y control respecto a la actuación de éstos, para la comercialización de unos mismos bienes o servicios. Así, es posible constituir una red de distribución mediante la celebración con terceros de contratos bilaterales de distinta naturaleza como, por ejemplo, el contrato de agencia –red de agentes-, el contrato de distribución, en cualquiera de sus modalidades, esto es, exclusiva, autorizada o selectiva –red de distribuidores-, el contrato de concesión –red de concesionarios- o el contrato de franquicia –red de franquicias-.

El análisis de la fijación de precios de reventa en el marco de las redes empresariales es, sin duda, de una de las materias intelectualmente más

estimulantes. De hecho, pese a la aparente uniformidad de la política legislativa frente a la fijación vertical de precios, que se traduce en una más o menos rígida prohibición –con excepción de algunos bienes puntuales, como los libros–, existe un intenso, apasionante e incluso acalorado debate doctrinal, de naturaleza principalmente económica –aunque no sólo– respecto los efectos reales de estas prácticas y traslación al ámbito jurídico. Valga como muestra el tradicional debate existente entre la conocida como la Escuela de Chicago (para la que –con carácter general– si la restricción es vertical ha de considerarse eficiente y beneficiosa para los consumidores, incluida la fijación de precios de revente) y la conocida como la Escuela de Harvard (para la que –con carácter general– la fijación de precios de reventa será en la mayoría de los casos ilícita, puesto que los reconocidos efectos procompetitivos que esta conducta puede producir difícilmente superaran los anticompetitivos).

Con todo, tanto en el caso europeo como estadounidense, pese a que la evolución general de la política antitrust frente a las restricciones verticales se había caracterizado por una “*progresiva flexibilización*” que no había alcanzado a los precios de reventa, en los últimos años, especialmente tras el caso Leggin de 2007 en EEUU y tras la últimas Directrices sobre acuerdos verticales de 2010 en Europa, empieza a vislumbrarse un cambio de posición tendente también a la “*progresiva flexibilización*”. En esta línea, interesa destacar el *OECD 2008 Report on Resale Price Maintenance*, en el que expresamente se concluye que: “las restricciones especialmente graves sólo pueden tener efectos negativos cuando las empresas tienen la dimensión y la fuerza suficientes como para influir en el mercado y la competencia entre marcas es débil... el enfoque de estos casos debe ser económico y basado en los efectos. Si las autoridades de competencia tienen intención de prohibir las cláusulas de fijación de precio de reventa y las restricciones especialmente graves, deben demostrar que tienen un probable impacto neto negativo sobre la competencia y el bienestar de los consumidores”.

5.1.1. Breve referencia a la evolución del Tribunal Supremo Estadounidense respecto de la fijación de precios de reventa en acuerdos verticales.

El enjuiciamiento antitrust de la política de fijación de precios en el marco de las relaciones verticales en la doctrina del Tribunal Supremo Estadounidense está marcado por cuatro grandes resoluciones⁹¹: caso Dr. Miles (1911), caso Sylvania (1977), caso State Oil (1997) y caso Leggin (2007).

En el caso Dr. Miles (1911) el Tribunal Supremo proclama la regla de la prohibición per se de la política de fijación de precios en relaciones verticales. En su resolución no toma como referencia ningún análisis económico. Sino que resuelve con fundamento en un Principio de Derecho común como es la prohibición de imposición de restricciones en propiedades ajenas.

En el caso Sylvania (1977) el Tribunal Supremo suaviza su posición respecto del análisis antitrust de las restricciones verticales. Acaba con su posición de prohibición per se respecto a las restricciones verticales, instaurada en el caso Arnold Schwinn & Co (1967), y decide situar su enjuiciamiento antitrust en el marco de la rule of reason, con la única excepción de la restricción vertical respecto de la fijación de precios –que sigue considerando como una prohibición per se-.

En el caso State Oil (1997) el Tribunal Supremo elimina la prohibición per se respecto de la fijación de precios máximos de reventa, sometiendo su enjuiciamiento antitrust a la regla de la rule of reason. Pero mantiene su posición de prohibición per se respecto de la fijación de precio único y la fijación de precios mínima.

Y, por último, en el caso Leggin (2007) el Tribunal Supremo deroga su doctrina tradicional instaurada en el caso Dr. Miles, y por mayoría de cinco contra cuatro votos de sus miembros, concluye que la prohibición

⁹¹ Para un resumen completo, con abundante bibliografía, HERRERO SUÁREZ, C., “La fijación de los precios de reventa: ¿nuevos vientos?”, *Rcd*, núm. 4, 2009, págs. 53 y ss.

per se respecto de la fijación de precios en relaciones verticales no resulta un método analítico adecuado, debiendo ser sustituido por un análisis más individualizado, proclamando así la aplicación de la rule of reason a la fijación precios de reventa.

5.1.2. La posición europea: cuestiones generales.

En Europa el enjuiciamiento antitrust instaurado por el artículo 101 TFUE no utiliza un sistema de prohibiciones per se al estilo estadounidense. En Europa las conductas prohibidas por el apartado primero del artículo 101 TFUE pueden ser declaradas “no prohibidas”, y por tanto lícitas, si cumplen los cuatro requisitos cumulativos establecidos en el apartado tercero.

Según jurisprudencia reiterada del TJUE, las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 101 son acumulativas y suficientes –entre otros, caso *Matra* (1994)-, esto es, por una parte, para que la excepción sea aplicable deben cumplirse todas y cada una de las condiciones, de modo que en caso de que una de ellas no se cumpla, la aplicación de la excepción conforme al apartado 3 del artículo 101 debe descartarse. Por otra parte, ello también significa que cuando se cumplen todas las condiciones, la excepción es aplicable y no puede supeditarse a ninguna otra condición.

El artículo 101.3 TFUE establece que las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas “inaplicables” a cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, y a cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que (1) contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, (2) reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, (3) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, (4) ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

La evaluación de cualquier restricción de la competencia con respecto al artículo 101 TFUE, por tanto, constará de dos partes. La primera consiste en determinar si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros es, por su objeto o por sus efectos reales o potenciales, restrictivo de la competencia y no reviste la condición de accesorio, necesario y proporcional –doctrina de las “ancillary restraints” o restricciones accesorias⁹²-, esto es, si se inserta en el artículo 101.1 TFUE. La segunda, que tan sólo es procedente cuando se ha determinado que un acuerdo restringe el juego de la competencia, consiste en determinar los efectos favorables a la competencia producidos por el acuerdo y evaluar si superan a los efectos restrictivos de la competencia, esto es, un examen a la luz del artículo 101.3 TFUE. Sólo cuando finalizado este análisis se concluye que el acuerdo restrictivo de la competencia no cumple las cuatro condiciones legales, a tenor de apartado segundo del artículo 101 TCE, tales acuerdos podrán serán “nulos de pleno derecho”.

El sometimiento de las relaciones verticales al ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE se instaura –no sin crítica- en el caso *Grundig* (1966). Desde los años ochenta la relación entre el Derecho de la competencia y los acuerdos verticales ha estado marcada por la aprobación de Reglamentos de exención. En una primera etapa mediante Reglamentos sectoriales basados en un modelo de autorización legal. Y en una segunda etapa, que se inicia con el Reglamento 2790/1999, en el que –salvo excepciones- se unifica la regulación en un único texto basado en un modelo de legalidad condicionada. En este contexto se sitúa el vigente Reglamento 330/2010.

Atendiendo a la cuota de mercado en el mercado relevante⁹³ se van a distinguir hasta tres escenarios distintos en relación con el Derecho *antitrust* y los acuerdos verticales, cada uno de ellos con su propio

⁹² Recientemente, sobre las restricciones accesorias, por todos, MIRANDA SERRANO, L., *Prácticas colusorias...*, cit., págs. 57 y ss.

⁹³ Sobre el mercado relevante, por todos, RUIZ PERIS, J.I., “Mercado relevante”, *Derecho europeo de la competencia* (Dir. Ruiz Peris), Tirant, 2017, págs. 37 y ss.

régimen jurídico. En primer lugar, acuerdos por encima del umbral del 30% de cuota de mercado, en cuyo caso los acuerdos no estarán cubiertos por el Reglamento 330/2010, pero tampoco pesará sobre ellos la presunción de ilegalidad, sino que será necesario un examen individual de las restricciones, primero, a la luz de la doctrina de las restricciones accesorias -tal y como fue enunciada en la sentencia Pronuptia (1986)- para comprobar si la restricción cae en el ámbito del artículo 101.1 TFUE; y, en su caso, cuando se concluya que la restricción no es accesoria, necesaria y proporcionada, y se incardina en el artículo 101.1 TFUE, será necesario un segundo examen a la luz del artículo 101.3 TFUE.

Este mismo tratamiento está reservado para los acuerdos sometidos al Reglamento 330/2010 que incluyan cualquiera de las cláusulas prohibidas por los artículos 4 y 5 del Reglamento 330/2010, o los acuerdos que por debajo del 15% incluyan alguna de las cláusulas a las que hace referencia el apartado 13 de la Comunicación *de minimis* 2014, en tanto que en ambos casos la incorporación de alguna de las cláusulas expresamente prohibidas conlleva la pérdida de la exención, por categorías o por no afectación al comercio, operando el régimen de la carga de la prueba instaurado por el artículo 2 del Reglamento 1/2003.

En segundo lugar, se encuentran los acuerdos sometidos al Reglamento 330/2010, estos son, los que se encuentran por debajo del umbral del 30% pero por encima del límite impuesto a los acuerdos de menos importancia. Es lo que se conoce con *safe harbour* o recinto seguro. El Reglamento se aplica a aquellos acuerdos verticales que superando el umbral de la Comunicación *de minimis* no poseen una cuota de mercado superior al 30%. De conformidad con el artículo 3 del Reglamento 330/2010, para que se aplique la exención por categorías, la cuota de mercado del proveedor en el mercado donde vende los productos objeto del contrato al comprador, y la cuota de mercado del comprador, en el mercado donde adquiere los productos objeto del contrato, deberán ser cada una del 30% o menos.

Y, en tercer lugar, se sitúan los acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados Miembros, conocidos como acuerdos de *minimis* o de menor importancia. Para analizar el régimen *antitrust* de las relaciones verticales que, por cuota de mercado, no restringen la competencia de forma sensible es necesario acudir a la Comunicación de la Comisión, de 30 de agosto de 2014, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*de minimis*). A estos efectos, se considera que los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que puedan tener por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, “no restringen” la competencia de “forma sensible” en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado: cuando la cuota de mercado de cada una de las partes en el acuerdo no exceda del 15% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que no sean competidores reales o potenciales en ninguno de dichos mercados (acuerdos entre no competidores). En los casos en que resulte difícil determinar si se trata de un acuerdo entre competidores o un acuerdo entre no competidores, se aplicará el umbral del 10%. Ahora bien, cuando, en un mercado de referencia, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares), los umbrales de cuota de mercado quedarán reducidos al 5%, tanto en el caso de acuerdos entre competidores como de acuerdos entre no competidores. En general, se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5% no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado, siendo improbable que exista un efecto acumulativo de exclusión si menos del 30% de un mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares.

Además, en caso de las redes de franquicia o de cualquier red de distribución integrada en el que se autorice el uso de propiedad industrial –principalmente la marca titularidad del proveedor–, para calcular la cuota de mercado el franquiciador debe tener en cuenta su cuota de mercado como prestador de un método comercial o modelo de empresa. A tal efecto, el franquiciador debe calcular su cuota en el mercado en que se explote el modelo de empresa, que no es sino el mercado en el que los franquiciados explotan el modelo de empresa para prestar bienes o servicios a los usuarios finales (*en este punto hay que notar un error de traducción en la versión española que traduce franchisees por franquiciadores*). El franquiciador debe calcular su cuota de mercado partiendo del valor de los bienes o servicios prestados por sus franquiciados en ese mercado. Y así, por ejemplo, sin perjuicio de la definición del mercado, si existiese un mercado de servicios de comida rápida, un franquiciador que operase en él tendría que calcular su cuota de mercado basándose en las correspondientes cifras de ventas de sus franquiciados en dicho mercado (apartado 92 Directrices 2010).

5.1.3. La fijación de precios en el Reglamento 330/2010.

La posición de la Comisión Europea respecto la política de fijación de precios en el marco de acuerdos verticales se adelanta en el Considerando 10 del Preámbulo del Reglamento 330/2010⁹⁴. En el mismo se recoge expresamente que: “No han de quedar exentos en virtud del presente Reglamento aquellos acuerdos verticales que contengan restricciones que puedan restringir la competencia y perjudicar a los consumidores o que no sean imprescindibles para alcanzar los efectos de mejora de la eficiencia económica. En particular, los acuerdos verticales que contengan determinados tipos de restricciones de competencia especialmente graves, como los precios de reventa mínimos y fijos y determinados tipos de protección territorial, deben quedar excluidos del beneficio de la exención por categorías establecida en el presente

⁹⁴ Para un detenido análisis, BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, 2014, págs. 235 y ss.

Reglamento, independientemente de la cuota de mercado de las empresas implicadas”.

En esta línea el artículo 4.a del Reglamento, bajo la rúbrica “Restricciones que retiran el beneficio de la exención por categorías (restricciones especialmente graves)” establece que: “La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto: a) la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes”.

En consecuencia, insiste la Comisión en la calificación de restricción por objeto de la política de fijación de precios único o mínimo de reventa. Una política de fijación de precio único o de fijación de precio mínimo conlleva la pérdida del beneficio de la exención. Pero sí goza del beneficio de la exención una política de fijación de precios máximos, así como una política de precios recomendados, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo.

En efecto, la práctica de recomendar un precio de reventa a un revendedor o de exigirle que respete un precio máximo de reventa está cubierta por el Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no excede del umbral del 30%, siempre que no suponga un precio de venta mínimo o fijo a resultas de la presión o de los incentivos ofrecidos por cualquiera de las partes. Ello por cuanto, para la Comisión, un factor importante para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados es la posición de mercado del proveedor. Cuanto más fuerte sea la posición de mercado del proveedor, mayor será el riesgo de que un precio de reventa máximo o recomendado lleve a una aplicación más o menos uniforme de dicho precio por parte de los

revendedores, ya que éstos podrían utilizarlo como punto de referencia. Los revendedores podrían tener dificultades para desviarse de lo que perciben como el precio de reventa que prefiere un proveedor tan importante del mercado. Si bien, cuando se establecen efectos anticompetitivos apreciables para los precios máximos o recomendados de reventa, surge la cuestión de una posible exención de conformidad con el artículo 101, apartado 3.

5.1.4. La fijación de precios las Directrices 2010.

Las Directrices 2010 “desarrollan” el Reglamento 330/2010 en tanto que recogen la posición de la Comisión Europea respecto del mismo. Ahora bien, se trata de un texto de valor próximo al “soft law”, por cuanto no vincula a otros órganos competentes para aplicar el Derecho de la Competencia –principalmente los Tribunales de justicia-.

La fijación de precios en acuerdos verticales parte de dos presunciones en las Directrices. La primera es la de que el acuerdo está incluido en el ámbito del artículo 101, apartado 1. Se trata de una restricción por objeto –casos Erauw (1988) y Binon (1985)-. La segunda es que resulta poco probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3, razón por la que no se aplica la exención por categorías.

Ahora bien, ello tampoco se traduce en una prohibición per se de la conducta. Corresponde a las partes justificar que pueden obtenerse eficiencias de la inclusión del MPR en su acuerdo y demostrar que se cumplen todas las condiciones del artículo 101.3 TFUE. Mientras que corresponde a la Comisión evaluar efectivamente los probables efectos negativos en la competencia y en los consumidores antes de decidir si se cumplen las condiciones del artículo 101.3 TFUE.

Según la Comisión la fijación de un precio único de reventa o la fijación de un precio mínimo –MPR- puede restringir la competencia de varias maneras. Hasta siete posibles efectos restrictivos de la competencia asocian las Directrices a la política de fijación de precios.

En primer lugar, puede facilitar la colusión entre los proveedores aumentando la transparencia de los precios en el mercado, haciendo así más fácil detectar si un proveedor se desvía del equilibrio de colusión recortando su precio. El MPR también socava el incentivo para que el proveedor recorte su precio a sus distribuidores, pues el precio de reventa fijo impedirá que se beneficie de las mayores ventas. Dicho efecto negativo es en especial plausible si el mercado es propenso a la colusión, por ejemplo, si los fabricantes forman un oligopolio estrecho, y una parte significativa del mercado está cubierta por acuerdos MPR.

En segundo lugar, al eliminar la competencia de precios intramarca, el MPR puede también facilitar la colusión entre los compradores, es decir, al nivel de distribución. Los distribuidores fuertes o bien organizados pueden forzar o convencer a uno o más proveedores de que fijen su precio de reventa por encima del nivel competitivo y ayudarles así a alcanzar o estabilizar un equilibrio colusorio. Esta pérdida de competencia de precios parece especialmente problemática cuando el MPR está inspirado por los compradores, cuyos intereses horizontales colectivos se puede esperar que resulten negativos para los consumidores.

En tercer lugar, el MPR puede, en términos más generales, relajar la competencia entre fabricantes o minoristas, en especial cuando los fabricantes utilizan a los mismos distribuidores para distribuir sus productos y el MPR es aplicado por todos o por muchos de ellos.

En cuarto lugar, el efecto inmediato del MPR será que todos los distribuidores, o algunos de ellos, se vean impedidos de bajar su precio de venta de esa marca concreta. En otras palabras, el efecto directo del MPR es un incremento de los precios.

En quinto lugar, el MPR puede reducir la presión sobre el margen del fabricante, en especial cuando el fabricante tiene un problema de compromiso, es decir, cuando tiene un interés en bajar el precio cobrado a los distribuidores posteriores. En esta situación, el fabricante puede preferir aceptar el MPR, a fin de permitirle comprometerse a no bajar el

precio a los otros distribuidores y reducir la presión sobre su propio margen.

En sexto lugar, un fabricante con poder de mercado para excluir a rivales más pequeños podrá aplicar el MPR. El mayor margen que el MPR pueda ofrecer a los distribuidores podrá animarlos a favorecer la marca concreta en detrimento de marcas rivales al aconsejar a los clientes, incluso cuando este consejo no vaya en interés de dichos clientes, o a no vender las marcas rivales.

Por último, en séptimo lugar, el MPR puede reducir el dinamismo y la innovación al nivel de la distribución. Al impedir la competencia de precios entre los distintos distribuidores, el MPR puede impedir que los minoristas más eficientes se incorporen al mercado o adquieran suficiente escala con precios bajos. También puede impedir u obstaculizar la entrada y la expansión de formas de distribución basadas en precios bajos, como los almacenes de descuento.

En consecuencia, la ratio de la prohibición de la fijación de precios en los acuerdos verticales reside fundamentalmente en evitar tanto la posible colusión entre los proveedores, al aumentar la transparencia de los precios en el mercado, como la eliminación de la competencia de precios intramarca.

Hasta aquí las Directrices siguen escrupulosamente la postura clásica y tradicional europea sobre la evaluación de la fijación de precios en acuerdos verticales. La gran novedad que recoge las Directrices en esta materia consiste en el reconocimiento expreso de que la política de fijación de precios en el marco de acuerdo verticales puede no solamente restringir la competencia, sino también dar lugar a eficiencias, en particular cuando está orientado por el proveedor, que se evaluarán de conformidad con el artículo 101, apartado 3.

En este punto las Directrices recogen tres situaciones en las que, a juicio de la Comisión, el acuerdo de fijación de precios en verticales puede producir eficiencias y beneficiarse de una exención conforme al artículo 101.3 TFUE. Supuestos que, a tenor del propio texto de la Directiva, que

empieza su ejemplificación con la expresión “en particular”, cabe entender que no se trata de una lista cerrada. Podía ser el caso de supuestos de “loss leading” que, aunque no está presente en la versión definitiva de las Directrices, si lo estaba en los textos preparativos.

Para la Comisión la política de fijación de precios puede facilitar la introducción de nuevos productos; puede facilitar la coordinación de campañas de precios bajos en redes de franquicias o sistemas de distribución similares; y puede facilitar la prestación de servicios adicionales a los consumidores en el caso de productos nuevos y productos complejos.

En efecto, sostiene la Comisión que cuando un fabricante introduce un nuevo producto, el MPR puede ser útil durante el período introductorio de expansión de la demanda para inducir a los distribuidores a tener más en cuenta el interés del fabricante de promover el producto. El MPR puede proporcionar a los distribuidores medios para aumentar los esfuerzos de ventas, y si los distribuidores en este mercado están bajo una presión competitiva, esto puede inducirles a ampliar la demanda global del producto y a hacer del lanzamiento del producto un éxito, también en beneficio de los consumidores.

Por su parte, los precios de reventa fijos, y no sólo los precios de reventa máximos, pueden ser necesarios para organizar en un sistema de franquicia o en un sistema de distribución similar, que aplique un formato de distribución uniforme, una campaña coordinada de precios bajos a corto plazo (2 a 6 semanas en la mayoría de los casos) que beneficie también a los consumidores.

Y, en el mismo sentido, en algunas situaciones, el margen extra proporcionado por el MPR puede permitir a los minoristas proporcionar servicios preventa (adicionales), en particular en caso de productos nuevos o productos complejos. Si suficientes clientes aprovechan tales servicios para realizar su elección, pero luego compran a precio más bajo a minoristas que no proporcionen tales servicios (y por tanto sin incurrir en estos costes), los minoristas que proporcionan más servicios podrán

reducir o suprimir estos servicios que elevan la demanda del producto del proveedor. El MPR podrá ayudar a impedir este parasitismo al nivel de la distribución. Si bien, las partes tendrán que demostrar de forma convincente que del acuerdo MPR puede esperarse no sólo que proporcione los medios, sino también el incentivo para superar el posible parasitismo entre minoristas en estos servicios, y que los servicios preventa benefician globalmente a los consumidores, como parte de la demostración de que se cumplen todas las condiciones del artículo 101, apartado 3.

5.1.5. La fijación de precios en la Comunicación de minimis 2014.

La Comunicación de minimis 2014 tiene como finalidad adaptar su texto a la posición marcada por el TJUE tras el caso Expedia⁹⁵ (2012). En dicho asunto el TJUE ha aclarado, por una parte, que el artículo 101 TFUE no es aplicable cuando los efectos sobre el comercio entre los Estados miembros o sobre la competencia no son sensibles; por otra, que un acuerdo que pueda afectar al comercio entre Estados miembros y que tenga por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior constituye, por su naturaleza e independientemente de los efectos concretos que pueda tener, una restricción de la competencia sensible.

La Comunicación 2014 recoge esta nueva doctrina y, en lo que aquí interesa, señala expresamente en su apartado 13 que la Comisión no aplicará la salvaguardia regulatoria creada por los umbrales de cuotas de mercado de menor importancia a los acuerdos que contengan alguna de las restricciones que figuren como restricciones especialmente graves en cualquier Reglamento de exención por categorías actual o futuro de la Comisión, porque la Comisión considera que generalmente constituyen restricciones por el objeto. Ello tiene como consecuencia que una política

⁹⁵ Sobre los acuerdos de menor importancia, por todos, recientemente, MIRANDA SERRANO, L., *Prácticas colusorias...*, cit., págs. 82 y ss.

de fijación de precios único o mínimos no podrá beneficiarse de la exención por no afectación prevista en la Comunicación 2014.

Ahora bien, que no goce del beneficio de no afectación no significa que la conducta sea ilícita. Se sigue manteniendo el requisito de afectación, caso Expedia (2012). En dicha resolución el TJUE señala expresamente que: “...según reiterada jurisprudencia, un acuerdo entre empresas no está comprendido en la prohibición de esta disposición cuando sólo afecta al mercado de forma insignificante (sentencias de 9 de julio de 1969, *Völk*, 5/69, Rec. p. 295, apartado 7; de 28 de mayo de 1998, *Deere/Comisión*, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 77; y de 21 de enero de 1999, *Bagnasco y otros*, C-215/96 y C-216/96, Rec. p. I-135, apartado 34, y de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, C-238/05, Rec. p. I-11125, apartado 50). Así pues, para estar comprendido en la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, un acuerdo entre empresas debe tener por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado interior y poder afectar al comercio entre los Estados miembros (sentencias de 24 de octubre de 1995, *Bayerische Motorenwerke*, C-70/93, Rec. p. I-3439, apartado 18; de 28 de abril de 1998, *Javico*, C-306/96, Rec. p. I-1983, apartado 12, y de 2 de abril de 2009, *Pedro IV Servicios*, C-260/07, Rec. p. I-2437, apartado 68)”.

Por tanto, el TJUE y la Comunicación 2014 se posicionan abiertamente sobre la vigencia en Europa de la máxima de “*minimis non curat lex*” – “la Ley no se ocupa de asuntos sin importancia”-, frente a la de “*minimis non curat praetor*” – “el Pretor no se ocupa de los pequeños asuntos”-. Si el bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia es el proceso competitivo, aquellas conductas que no tienen aptitud para afectar sensiblemente al mismo, no entran en el ámbito de la prohibición del artículo 101 TFUE y, por extensión, no se trata de conductas prohibidas.

5.1.6. Breve referencia a la fijación de precios en la práctica del TJUE, la Comisión y de la autoridad española de Competencia.

En el ámbito del Tribunal de Justicia europeo resulta imprescindible la cita al Binon⁹⁶ (1985). Se trata de una rara avis pues, junto con la Decisión de la Comisión en el caso Iridium (1996, relativo a la creación de un sistema de comunicación por satélite), constituyen los dos únicos casos en los que las autoridades europeas se ha pronunciado a favor de un sistema vertical de fijación de precios de reventa fijos o mínimos, atendidas sus circunstancias excepcionales. En concreto en el Considerando 46 el Tribunal afirma que, en el sector particular de la prensa, la fijación vertical del precio de reventa podría ser eximida en virtud del artículo 85.3 TCE –actual 101.3-, si éste fuese el único medio para el editor de financiar las devoluciones de los ejemplares no vendidos y si esta práctica fuera el único medio de ofrecer una amplia gama de diarios al público.

En el ámbito de las Decisiones de la Comisión Europea destaca el caso Yamaha (2003) en el que se declaró la existencia de una política de fijación de precios de reventa fijos por parte del fabricante de instrumentos musicales a sus distribuidores en Países Bajos, Italia y Austrina. La Comisión impuso a Yamaha una multa de 2,56 millones de euros. Si bien, junto con la práctica de fijación de precios la Comisión estimo la existencia de otras conductas prohibidas.

Por su parte, en la Decisión Mercedes-Benz (2001) la Comisión declaró contrario al artículo 101 TFUE la cláusula que impedía a los concesionarios belgas de Mercedes conceder descuentos superiores al tres por cien sobre los precios efectivamente facturados, con el objetivo de que no se perjudicara la credibilidad de los precios de baremo comunicados a sus concesionarios, tratando de acabar con las denominadas “gangas”.

⁹⁶ Para una detenida relación de la experiencia del TJUE y de la Comisión en materia de fijación de precios, BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, cit., págs. 235 y ss.

Por su parte, respecto de la práctica de la autoridad española de la competencia⁹⁷ –actual CNMC- interesa destacar, entre otros, el caso Suzuki-Honda, Resolución de la CNC de 19 de enero de 2012, en la que se impuso a Montesa Honda una sanción de 2.098.280 Euros y a Suzuki Motor España una sanción de 1.881.570 Euros por acuerdo de fijación precios mínimos y de márgenes comerciales con los concesionarios.

El caso “aceites II”, Resolución de 21 de junio de 2007, en la que la autoridad de competencia sanciona a Koipe y a ocho cadenas de distribución por fijar los precios mínimos de venta al público de los aceites de esta marca.

Y el caso “el corral de las flamencas”, resolución de la CNC de 3 de diciembre de 2009, en la que se estableció que: “El Consejo considera correcto el análisis que la DI realiza acerca de la falta de aptitud de la conducta desarrollada por El Corral de las Flamencas para afectar a la competencia. Se trata de una empresa con una cuota de mercado poco significativa, inferior al 1%, en un mercado relativamente atomizado donde no se aprecia la existencia de redes paralelas de acuerdos. La empresa distribuye a través de una red de venta diseminada, sujeta a la competencia intermarca y frente a la que tiene escaso poder negociador, lo que resta efectividad a la conducta. En estas condiciones la conducta no es apta para afectar de manera significativa a la competencia. En vista de ello, procede declarar no aplicable el artículo 1 a la conducta en virtud de lo establecido en los artículos 5 y 53.1.b) de la Ley 15/2007 y 3 del RDC”.

Por último, en sede de terminación convencional, recientemente la CNMC ha publicado la Resolución de 10 de marzo de 2016, Expediente S/DC/0510/14, caso Food Service Project –FSP-. En ella, en lo que interesa respecto de la fijación de precios, el franquiciador -FSP-, titular de las enseñas Foster’s Hollywood, Il Tempo y Cañas y tapas, se

⁹⁷ Para una detenida relación de los asuntos en materia de fijación de precios ante la autoridad española, COSTAS COMESAÑA, J., “Una panorámica del análisis antitrust relativo a las redes empresariales en España”, *Claves del derecho de redes empresariales* (Dir. Ruiz Peris), Universitat de València, 2017, págs. 477 y ss.

compromete, con carácter general, a modificar los contratos de franquicia con el objeto de facilitar el ejercicio por el franquiciado de su libertad de fijar sus precios de venta al público, sin perjuicio de los precios máximos o las recomendaciones que el franquiciador pueda determinar. Y, en particular, respecto a los sistemas "Foster's Hollywood" e "Il Tempietto" el compromiso tiene cuatro partes⁹⁸.

5.2. Conclusión: sobre la necesaria reforma de la doctrina del TS.

La cláusula de fijación de precios de reventa prohibida por el Derecho de la Competencia puede adoptar distintas modalidades: fijación de precio único, en la que el proveedor indica el precio exacto del producto; fijación de mínimo, en virtud de la cual el distribuidor puede revender al precio que estime oportuno, pero nunca por debajo del límite fijado por el proveedor; y fijación de un mínimo y un máximo, en la que el distribuidor es libre de fijar el precio de reventa del producto dentro del margen establecido por el proveedor.

⁹⁸ En la primera, el franquiciador se compromete a que antes de cada nueva edición de un menú de precios, FSP –el franquiciador- enviará una plantilla a los franquiciados de ambos sistemas con dos columnas junto a cada producto del menú. La primera columna reflejará el PVP recomendado/máximo establecido por FSP, mientras que la segunda se hallará en blanco para que el franquiciado (i) confirme la aplicación de dicho precio máximo/recomendado; o (ii) indique un precio alternativo a imprimir. El coste de la impresión de los menús encargados con esa ocasión será el mismo para todos los franquiciados, independientemente de los precios que hayan elegido. En la segunda, el franquiciador se compromete a que fuera de ese momento, se recoge el derecho del franquiciado de solicitar en cualquier momento que el franquiciador modifique los precios de cualesquiera productos en el sistema informático, sin mayor retraso que el que implique la impresión de menús, comprometiéndose FSP a dar instrucciones en este sentido a la imprenta en el plazo de dos días hábiles siguiente a la recepción de la solicitud del restaurante en este sentido y reclamando de la misma una pronta atención al pedido. En cuanto a los costes de impresión, FSP no imputará a los franquiciados cantidad superior al coste efectivo que resulte de su solicitud. En la tercera, FSP se compromete a que enviará periódicamente correos electrónicos a los franquiciados recordando su libertad para instar modificaciones de precios en los menús (por ejemplo: "Se recuerda a los franquiciados que los menús se imprimen de forma centralizada exclusivamente por motivos de eficiencia y para facilitar la gestión, pero que en todo caso son libres de instar, a su costa, los cambios en los precios reflejados que estimen convenientes"). Y en la cuarta, FSP se compromete a modificar el Contrato de Franquicia para recoger expresamente la libertad de los franquiciados (i) para llevar a cabo las promociones locales voluntarias que estimen convenientes, sometida a los únicos límites de un preaviso razonable (no inferior a tres semanas), la viabilidad desde una perspectiva operativa y de servicio, y el respeto a la imagen y a los derechos de propiedad intelectual e industrial de FSP; y (ii) para fijar el precio del menú del día.

Ya se ha indicado que la prohibición de fijar precios de reventa no tiene como objetivo proteger al distribuidor frente a la tradicional posición más fuerte del proveedor. Su finalidad es proteger el mercado, evitando tanto la posible colusión entre los proveedores al aumentar la transparencia de los precios en el mercado como la eliminación de la competencia de precios intramarca. Por ello, el alcance de la nulidad debe analizarse desde la perspectiva de los contratantes y del propio mercado.

La cláusula de fijación de precios no es una cláusula esencial de ningún acuerdo vertical. Desde una perspectiva meramente contractualista, el pacto de fijación de precios es un elemento accidental –no esencial ni natural-. Para su existencia requiere de pacto expreso⁹⁹.

La cláusula de fijación de precios no es la cláusula del precio del negocio. Un contrato con cláusula de fijación de precios contraria al Derecho de la competencia al que se amputa la cláusula tiene precio: el precio que determina el distribuidor. No se trata de corregir el precio acordado. El propósito de las partes al celebrar el negocio jurídico es completamente ajeno a la existencia o no de una cláusula de fijación de precios.

⁹⁹ Como es sabido, la doctrina tradicional suele distinguir dentro del contrato unos elementos esenciales (*esentialia negotii*), unos elementos naturales (*naturalia negotii*) y unos elementos accidentales (*accidentalialia negotii*). Son esenciales, se dice, aquellos elementos absolutamente necesarios para la validez y la eficacia del contrato, como por ejemplo la cosa y el precio en el contrato de compraventa. Son naturales aquellos elementos que, sin ser absolutamente necesarios, acompañan ordinariamente a los contratos de una determinada naturaleza o tipo, de tal manera que, pudiendo las partes excluirlos o modificarlos, entran en juego si las partes no disponen lo contrario, como, por ejemplo, la obligación de evicción y de saneamiento en la compraventa. Son, por último, elementos accidentales aquellos que no son necesarios para la validez y eficacia del contrato, ni acompañan tampoco ordinariamente al tipo contractual, pero que las partes pueden adicionar al contrato si así lo declaran de acuerdo con sus intereses o conveniencias, como por ejemplo una condición o un término... Los elementos esenciales son requisitos o presupuestos de validez del negocio. Los llamados elementos naturales, en cambio, son obligaciones contractuales derivadas de normas jurídicas dispositivas que funcionan en defecto de pacto en contrario de las partes. Los llamados elementos accidentales, por último, son maneras de configurar el negocio o su eficacia, cuya accidentalidad puede predicarse del tipo abstracto del negocio tal y como es contemplado por la ley, pero que en el negocio real establecido por las partes adquieren el rango de determinaciones esenciales de la reglamentación de intereses que entre ellos se establece. Así, Sobre los cada uno de ellos, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del...*, cit., T. I, pág. 327 y ss.

Además, considerar que su eliminación afectará a la economía del contrato para mal, como parece deducir el TS, es realizar una prospección sin sustento jurídico-económico. En el caso de que existan royalties estos pueden ir vinculados a facturación, y es perfectamente posible que un distribuidor con libertad en la fijación de precios se adapte mejor a las necesidades de su mercado y su facturación sea mayor. Y, por tanto, mayores también los royalties. Por tanto, nada impide desde la perspectiva contractual la aplicación de la nulidad parcial limitada al pacto de fijación de precios.

Queda por analizar si en un acuerdo vertical en acuerdo de fijación de precios contrario al Derecho de la Competencia, con la eliminación de la cláusula y la conservación del contrato se cumple la función de protección del mercado, es decir, ratio de la prohibición. Y la respuesta es afirmativa. Los acuerdos verticales son lícitos y contribuyen al mejor funcionamiento del mercado. Sin la cláusula de fijación de precios se eliminan los dos grandes riesgos de la restricción: la posible colusión entre proveedores por la transparencia de precios y se contribuye a la competencia intramarca. Por tanto, desde la perspectiva de la ratio de la prohibición, con la eliminación del pacto de fijación de precios (nulidad parcial) se cumple perfectamente la ratio de la prohibición.

En cambio, la solución ofrecida por el TS de declarar la nulidad total del acuerdo está produciendo un efecto pernicioso y, en parte, contrario a la finalidad del Derecho de la Competencia. En efecto, el estudio jurisprudencial de la cuestión pone de manifiesto una peligrosa “instrumentalización” del Derecho de la Competencia, el cual está siendo utilizado, en el ámbito de la aplicación privada, para fines que no le son propios: Sentencia del TS de 2 de junio de 2000 –caso DISA- y de 30 de julio de 2009 –caso SVENSON-. Especialmente relevante resulta esta segunda, en la que el operador ineficiente que incumple sus obligaciones de pago en dos contratos, consigue liberarse de su incumplimiento por la declaración de nulidad total de los acuerdos por la fijación de precios mínimos para algunos –que no todos- de los productos previstos en

algunos –que no todos- de los catálogos que se entregaron al franquiciado durante la vigencia del contrato.

Por último, debe formularse una última cuestión. En una cláusula nula por de fijación de precios mínimos y máximos, la nulidad afectaría a también a la fijación de precios máximos que es lícita. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa. En realidad, una cláusula con fijación de precios mínimos y máximos incorpora dos pactos. El de precio mínimo, que se declara nulo, y el de precio máximo, que –en principio- no es objeto del análisis antitrust realizado para proclamar la nulidad del precio mínimo y, por tanto, no se ve afectado por la misma.

6. Revisión de la doctrina de la nulidad total en materia de aprovisionamiento exclusivo.

Para el Tribunal Supremo, como se ha podido comprobar en el Capítulo anterior, la supresión de la cláusula de aprovisionamiento exclusivo en un acuerdo vertical no puede considerarse separable, afecta a un elemento estructural y no sería posible obligar a las partes a renegociar el contrato con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas. La supresión de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario alteraría por completo la economía del contrato.

6.1. La ratio de la prohibición de aprovisionamiento exclusivo.

En las siguientes páginas se procede a analizar el fundamento de la prohibición de aprovisionamiento exclusivo en el marco de los acuerdos verticales. Ello es relevante porque sólo a partir de extraer ratio será posible ofrecer una respuesta adecuada a la dicotomía entre nulidad total o nulidad parcial del contrato.

6.1.1. El aprovisionamiento exclusivo en el Reglamento 330/2010.

El acuerdo de aprovisionamiento exclusivo en el marco de las relaciones verticales es un pacto que bajo determinadas circunstancias se beneficia de la exención prevista por el artículo 2 del REC. El REC no considera el aprovisionamiento exclusivo como una restricción

especialmente grave. Así el apartado primero del artículo 5 REC, letra a), establece que: “La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales: a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años”.

Se entiende por “Cláusula de no competencia”, cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 % del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor o, cuando sea la práctica corriente en el sector, del volumen de sus compras en el año precedente¹⁰⁰. Es decir, las cláusulas de aprovisionamiento exclusivo, que si su duración es hasta cinco años no son contrarias al Derecho de la Competencia, si es de aplicación el REC.

Es más, el propio REC prevé en el apartado segundo del artículo 5 una excepción a la prohibición. Y “no obstante lo dispuesto en el apartado 1, letra a), este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador”.

6.1.2. El aprovisionamiento exclusivo en las Directrices 2010.

Las Directrices 2010 analizan la obligación de aprovisionamiento exclusivo bajo la denominación “marca única”. En ella se incluyen los acuerdos cuya principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor. Así, bajo esta denominación se incluye tanto la cláusula de no

¹⁰⁰ Artículo 1.1.d) REC.

competencia¹⁰¹ como la de imposición de cantidades fijas al comprador¹⁰².

Como señala la propia Comisión, en el apartado 130 de las Directrices 2010, los posibles riesgos de competencia de la marca única residen en la exclusión de los proveedores competidores y potenciales, el debilitamiento de la competencia y la propiciación de la colusión entre proveedores en caso de uso acumulativo y, cuando el comprador sea un minorista que venda a los consumidores finales, una pérdida de competencia intermarca dentro de los comercios. Dichos efectos restrictivos tienen –concluye la Comisión– consecuencias directas para la competencia intermarca.

Por tanto, la ratio de la prohibición de obligaciones de aprovisionamiento exclusivo superiores a 5 años son los efectos exclusionarios que la cláusula provoca en el segmento de los proveedores, reduciendo la competencia intermarca en el mercado minorista.

En particular, la Comisión considera que la capacidad de las obligaciones de marca única para dar lugar a una exclusión contraria a la competencia surge en especial cuando, sin dichas obligaciones, se ejerce una importante presión competitiva por los competidores que aún no están presentes en el mercado en el momento de concluirse las obligaciones, o que no están en condiciones de competir por la totalidad del suministro de los clientes. Por ello la «posición de mercado del

¹⁰¹ Los acuerdos de no competencia se basan en un sistema de obligaciones o incentivos que hacen que el comprador adquiera más del 80 % de sus necesidades a un solo proveedor. Esto no significa que el comprador solo pueda comprar directamente al proveedor, sino que no comprará ni revenderá o incorporará bienes o servicios competidores.

¹⁰² Por su parte, la imposición de cantidades al comprador es una forma más débil de no competencia en la que los incentivos u obligaciones acordados entre el proveedor y el comprador llevan a este último a concentrar gran parte de sus compras en un único proveedor. La imposición de cantidades puede, por ejemplo, adoptar la forma de obligaciones de compras mínimas, obligaciones de almacenamiento o de sistemas no lineales de establecimiento de precios, como los sistemas de rebajas en función de la cantidad, los sistemas de rebajas por fidelidad o las tarifas duales (un canon fijo más un precio por unidad).

proveedor» es de primordial para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de las obligaciones de marca única.

Si los competidores pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual, es improbable en general que las obligaciones de marca única de un proveedor específico obstaculicen la competencia efectiva, a menos que el cambio de proveedor por los clientes resulte difícil debido a la duración y a la cobertura de mercado de las obligaciones de marca única. Cuanto mayor sea su cuota de mercado vinculada, es decir, la parte de su cuota de mercado derivada de la obligación de marca única, más importante será la exclusión.

En general, la Comisión considera que no se considera que: a) las obligaciones de marca única de duración inferior a un año acordadas por empresas no dominantes den lugar a efectos anticompetitivos apreciables o a efectos negativos netos; b) las obligaciones de entre uno y cinco años de duración acordadas entre empresas no dominantes requieren por lo general sopesar cuidadosamente los efectos favorables y los perjudiciales; y c) las obligaciones de marca única de duración superior a cinco años, para la mayoría de los tipos de inversiones, no se consideran necesarias para obtener las supuestas eficiencias, o las eficiencias no son suficientes para compensar el efecto de exclusión que producen.

Por ello, afirma la Comisión, es más probable que las obligaciones de marca única den lugar a una exclusión contraria a la competencia cuando las realicen empresas con poder de mercado. En este sentido, para evaluar el poder del mercado del proveedor, es importante atender a la posición de mercado de los competidores.

Si éstos son suficientemente numerosos y fuertes, no cabe prever un efecto anticompetitivo significativo. La exclusión de los competidores es poco probable cuando ocupen posiciones de mercado similares y puedan ofrecer productos de atractivo similar.

Sin embargo, en este caso, la exclusión puede afectar a los operadores potenciales si varios proveedores principales celebran contratos de marca única con un número significativo de compradores en el mercado

pertinente¹⁰³. Ésta es también una situación en la que los acuerdos de marca única pueden facilitar la colusión entre proveedores competidores. Si a cada uno de dichos proveedores se les aplica el Reglamento de Exención por Categorías, puede ser necesaria una retirada de la exención por categoría a fin de resolver tal efecto negativo acumulativo¹⁰⁴.

En los casos en los cuales la cuota de mercado del mayor proveedor se sitúa por debajo del 30 % y la de los cinco principales proveedores se sitúa por debajo del 50 %, considera la Comisión que es improbable que se dé una situación de efecto anticompetitivo único o acumulativo.

Si un operador potencial no puede penetrar en el mercado en condiciones de rentabilidad, es probable que ello se deba a factores distintos a las obligaciones de marca única, tales como las preferencias del consumidor, y no potencial al efecto exclusionario de las cláusulas de aprovisionamiento exclusivo.

La importancia de los efectos exclusionarios en la cláusula de aprovisionamiento exclusivo es tal que la propia Comisión advierte que, en determinados sectores, la venta de más de una marca a un único establecimiento puede resultar muy difícil, en cuyo caso el problema de exclusión puede solucionarse mejor limitando la duración efectiva de los contratos.

Ahora bien, con todo, cuando se determina la presencia de efectos anticompetitivos considerables provocados por una cláusula de aprovisionamiento exclusivo, que conlleva la pérdida del beneficio por exención previsto en el TEC, siempre queda la cuestión de una posible exención con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 3.

Para estos casos resultan especialmente pertinentes eficiencias como evitar el parasitismo entre proveedores, problemas de cautividad e imperfecciones del mercado de capitales. En particular, en el caso de una

¹⁰³ Es lo que se denomina “situación de efecto acumulativo”.

¹⁰⁴ En general, no se considera que una cuota de mercado vinculada inferior al 5 % contribuya significativamente a un efecto de exclusión acumulativo.

inversión del proveedor ligada específicamente a la relación vertical, un acuerdo de no competencia o de imposición de cantidades durante el período de depreciación de la inversión cumplirá por lo general las condiciones del artículo 101, apartado 3. Esto es algo que no siempre ha estado presente en el análisis antitrust realizado por las autoridades judiciales.

En caso de inversiones de importe elevado ligadas específicamente a la relación, que no en el caso de inversiones genéricas o relativas al mercado, una obligación de no competencia que exceda de cinco años puede estar justificada¹⁰⁵.

6.2. Conclusión: nulidad total, pero no siempre.

Desde una perspectiva contractual, en algunos contratos verticales la obligación de aprovisionamiento es un elemento natural del contrato, especialmente en los acuerdos de distribución integrada. Pero, en ningún caso es un elemento esencial. Es decir, la exclusividad es una modalidad del contrato, no un tipo de contrato. Ello significa que, eliminando la cláusula prohibida, el contrato podría seguir teniendo contenido propio y suficiente.

Ahora bien, el Tribunal Supremo considera que procede la nulidad total del contrato porque la supresión de la cláusula alteraría la estructura del negocio y no procede la renegociación. A nuestro juicio, en la mayoría de ocasiones procederá la nulidad total del acuerdo. Pero no por los motivos expuestos por el Tribunal, sino por la ratio de la prohibición. Y no siempre.

En este punto hay que precisar que en la mayoría de ocasiones en que el TJUE o el TS se han pronunciado sobre la infracción de la cláusula de aprovisionamiento exclusivo, con la excepción del caso Disa, la vigencia

¹⁰⁵ Una inversión específicamente ligada a la relación podría ser, por ejemplo, la instalación o adaptación de los equipos por parte del proveedor cuando después dichos equipos sólo puedan ser utilizados para producir componentes destinados a un comprador determinado.

efectiva de la cláusula en el caso concreto superaba la duración permitida por el Reglamento de exención por categorías.

En efecto, el gran problema generado en materia de contratos de abanderamiento no ha sido consecuencia de la compatibilidad de la cláusula de aprovisionamiento exclusivo con el ordenamiento, sino el cambio de régimen jurídico: la derogación del Reglamento (CEE) 1984/83¹⁰⁶ por el Reglamento UE 2790/99¹⁰⁷.

En puridad ha sido una cuestión de transitoriedad más que de cláusula de aprovisionamiento. Con el cambio de régimen jurídico la cláusula de aprovisionamiento recogida en los contratos de abanderamiento deja de cumplir las exigencias para beneficiarse del beneficio de la exención. El beneficio de la exención se reduce a cinco años, cuando todos los contratos del sector, adaptados al régimen jurídico anterior, prevén una duración superior.

Ante esta situación, en la que la cláusula ya ha cumplido la función económica acordada por las partes y permitida por el ordenamiento jurídico, la cuestión relevante a efectos de la aplicación de la doctrina de la nulidad parcial o total no es la voluntad de las partes ni la economía del contrato, sino si la supresión de la cláusula supondría la eliminación de los efectos exclusionarios que producía. Motivo por el que se prohíbe.

Si la respuesta fuera afirmativa, en principio, nada impediría desde la perspectiva del Derecho contractual la conservación del contrato. La cláusula de aprovisionamiento exclusivo no es esencial en los contratos de abanderamiento. El distribuidor podría suministrarse, por ejemplo, de cualquier otro miembro de la red. Pero esta circunstancia, unida a la configuración contractual de este tipo de contratos, tiene como consecuencia que la respuesta tenga que ser negativa. Ello porque con la eliminación de la cláusula de aprovisionamiento exclusivo, conservando

¹⁰⁶ Reglamento (CEE) n° 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.

¹⁰⁷ Actual Reglamento UE 330/2010.

el contrato, se seguiría contribuyendo al efecto exclusionario prohibido. Por ello procede la nulidad total del acuerdo y no puede aplicarse la doctrina de la nulidad parcial.

En efecto, si el fundamento de la prohibición de la restricción se vincula con el efecto exclusionario de la cláusula, en la mayoría de casos, en los que además habrá una protección territorial en favor del distribuidor y una autorización de uso de los signos distintivos de la red, las propias particularidades de los acuerdos verticales harán que la supresión de la cláusula no elimine el efecto exclusionario que genera el contrato.

Ello lo tiene presente la Comisión cuando afirma que, en determinados sectores, el problema de exclusión tiene que solventarse limitando la duración efectiva de los contratos¹⁰⁸.

Esta razón, la necesidad de eliminar cualquier efecto exclusionario derivada de la configuración del contrato tras la eliminación de la cláusula nula, es, a nuestro juicio, el motivo que justifica que la nulidad de la cláusula de aprovisionamiento exclusivo se expanda al resto del contrato. Sin efecto exclusionario, podría sostenerse la conservación del contrato sin la cláusula de aprovisionamiento exclusivo.

En este contexto, surge la cuestión de si la solución debería ser la misma, nulidad total, en el caso de una cláusula de aprovisionamiento exclusivo superior a los cinco años que establece el REC, cuya compatibilidad con el Derecho de la Competencia se analizase antes de los cinco años de vigencia de la cláusula.

En este caso, la respuesta sería distinta. Cuando la cláusula de aprovisionamiento exclusivo excede el límite temporal permitido por el Reglamento de exención, y se declara nula por no cumplir con los requisitos del apartado 3 de los artículos 101 TFUE o 1 LDC, pero su vigencia ha sido inferior al límite permitido legalmente, la cláusula en cuestión, que debe declararse nula, todavía no ha producido el efecto

¹⁰⁸ Apartado 143 de las Directrices 2010.

exclusionario prohibido ni ha cumplido la función jurídico-económica atribuida por las partes.

Estas circunstancias son de la máxima importancia desde la perspectiva de la nulidad total o parcial del contrato. Y sitúa el problema de la nulidad en el marco de las normas imperativas-reductoras¹⁰⁹.

La ratio de estas normas es impedir que los actos de autonomía privada rebasen los límites legales. Y, en estos casos, lo más adecuado no es la nulidad total del contrato, sino la “reducción” de los efectos contractuales hasta ajustarlos a los topes legales, es decir, la nulidad parcial de la cláusula. Y ello porque la nulidad total del contrato en el que se inserta la cláusula no es ni proporcionada con la finalidad de la norma infringida ni respetuosa con el propósito del contrato.

En consecuencia, en estos supuestos, y puesto que el legislador ha establecido en una norma imperativa el límite temporal máximo permitido, la ratio de la prohibición no se ve afectada y el propósito del contrato es lícito, nada impide la aplicación de la doctrina de la nulidad parcial y no total. El bien jurídico protegido por la norma, el mercado, que no se ha visto afectado por los efectos prohibidos de la cláusula, no se ve afectado por la reducción de la misma al límite máximo establecido por la norma imperativa.

Frente a esta posición podría argumentarse que dicha solución desincentivaría el cumplimiento por parte de los operadores económicos de los límites temporales establecidos en la norma imperativa. Pero ello, en el contexto del Derecho de la Competencia, no es cierto. La reducción de la cláusula –nulidad parcial– sería la solución desde la perspectiva de

¹⁰⁹ Por todos, GOMEZ DE LA ESCALERA, c., *La nulidad parcial del contrato...*, cit., págs. 87 y ss, quién apunta que lo característico de este tipo de normas de Derecho imperativo no es que prohibían o excluyan la disposición negocial o el pacto contractual sobre una materia, sino que impiden que el precepto de autonomía privada rebase los topes, las cuantías o los plazos legales.

la aplicación privada. Pero queda la aplicación pública, que, con carácter general, es la que tiene atribuida la función desincentivadora¹¹⁰.

II. EFECTOS MATERIALES DE LA NULIDAD: RESTITUCIÓN, REIVINDICACIÓN Y/O INDEMNIZACIÓN.

1. Diferenciación entre “acción de nulidad” y acciones personales derivadas de la nulidad.

Los efectos jurídico-patrimoniales derivados de la declaración de nulidad por infracción del Derecho de la Competencia plantea distintos problemas teórico-prácticos. En primer lugar, hay que empezar por deslindar la “acción de nulidad” de las distintas acciones personales, de contenido patrimonial, que sirven a la finalidad de restaurar la situación anterior al negocio jurídico nulo de pleno derecho (efectos materiales de la nulidad).

Como apuntaba De Castro, el término “acción”, en tanto que comporta una “pretensión”, es impreciso para la nulidad de pleno derecho. La nulidad de pleno derecho es una nulidad “ipso iure”, por lo que el término acción no debe entenderse en el sentido estricto de exigir a otro un hacer o no hacer, sino en un sentido amplio de declaración, es decir, acción declarativa¹¹¹.

En este sentido, pueden acompañar a la “acción de nulidad” distintas acciones personales, cada una con sus propios requisitos, como son la de restitución, la reivindicatoria, la de resarcimiento de daños o la de enriquecimiento injusto¹¹².

¹¹⁰ Sin perjuicio de lo que se indique después respecto del efecto disuasorio que del nuevo régimen jurídico en materia de acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia.

¹¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., pág. 481.

¹¹² Aunque la “acción de nulidad” y las acciones personales no son independientes, en el sentido de que las personales requieren de la previa o simultánea declaración de nulidad (DELGADO ECHEVERRÍA, J./ PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos...*, cit., pág. 228), lo cierto es que cada una posee su propio régimen jurídico. Así, por ejemplo, mientras que la declaración de nulidad ni caduca ni prescribe, por la nulidad de pleno derecho opera ipso iure, las acciones personales derivadas de la

Es necesario distinguir entre la eliminación de los efectos jurídicos del negocio y la eliminación de los efectos materiales del mismo. La ineficacia que provoca la nulidad de pleno derecho se refiere a los efectos negociales, pero no se ha de entender como si lo nulo no hubiese sucedido¹¹³.

Las consecuencias del contrato ineficaz suelen encuadrarse en la máxima “*quod nullus est nullum effectum producit*”. Ahora bien, como apunta la doctrina, la idea de “*nullum effectum*” no expresa una apariencia o un fenómeno real, sino un mandamiento o una sanción del orden jurídico, por lo que el negocio ineficaz puede haber producido una mutación en la realidad social idéntica a la que ocasionaría un negocio eficaz¹¹⁴. Esta circunstancia es de la máxima relevancia a la hora de analizar las consecuencias jurídicas derivadas de la nulidad de pleno derecho por infracción del Derecho de la Competencia, puesto que la reacción del ordenamiento jurídico frente al contrato ineficaz no siempre debe ser igual, sino que depende tanto del tipo de ineficacia como del punto al que haya llegado el despliegue de las posibles mutaciones sociales¹¹⁵.

2. La restitución en la teoría general de las nulidades.

Como es sabido, el artículo 1.303 Cc establece que, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. El precepto, por tanto, configura una

nulidad sí. Y mientras que cualquiera está legitimado para ejercitar la “acción de nulidad”, la acción de daños, por ejemplo, sólo estará legitimado para ejercitarla el perjudicado. El hecho de que sean acciones autónomas exige de su ejercicio expreso en la demanda o reconvención, no pudiéndose imponer de oficio por parte del juez una acción personal en el caso de que sólo se haya ejercitado una “acción de nulidad”. Ello pese a la existencia de algún pronunciamiento judicial que parece entender lo contrario. Véase, DELGADO ECHEVERRÍA, J./ PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos...*, cit., pág. 228 a 233; y CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, cit., pág. 705, quién califica de inaceptable dicho planteamiento, considerando que con él se falta a la exigencia de congruencia procesal.

¹¹³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., pág. 477. En la jurisprudencia, STS de 9 de enero de 2015.

¹¹⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del...*, cit., T. I, pág. 438.

¹¹⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del...*, cit., T. I, pág. 439.

acción específica que tienen como objeto la restitución de las prestaciones, con fundamento en la invalidez declarada¹¹⁶, y se aplica tanto si la nulidad del contrato es total o parcial¹¹⁷.

Su finalidad es restablecer el equilibrio económico patrimonial entre las partes. Motivo por el que, a diferencia de la “acción de nulidad”, que pretende la eliminación de los efectos jurídicos del negocio, la restitución tiene un carácter netamente personal, que pretende la eliminación de los efectos materiales producidos por el mismo¹¹⁸.

Su aplicación en el ámbito de la infracción del Derecho de la Competencia ha llevado al Tribunal Supremo a tener que puntualizar el alcance de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad, por cuanto con carácter general se trata de aplicar la teoría de la restitución de prestaciones recíprocas a contratos complejos que han sido ejecutados durante años.

Además, conviene tener presente que la obligación de restitución solamente tiene sentido en los supuestos en que del negocio jurídico declarado nulo se hayan realizado atribuciones patrimoniales, lo que no sucede en los acuerdos colusorios que tienen como contenido meras obligaciones de hacer o no hacer¹¹⁹.

2.1. El carácter excepcional de la restitución en el marco de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia.

En este punto es oportuno recordar que el fundamento de la infracción del Derecho de la Competencia reside en la transgresión de los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico. Los acuerdos colusorios son nulos de pleno derecho por traspasar los límites de la autonomía de la voluntad, lo que,

¹¹⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, J./ PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos...*, cit., pág. 223.

¹¹⁷ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, cit., pág. 705.

¹¹⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., pág. 275.

¹¹⁹ En este sentido, PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad...*, cit., pág. 193, quién apunta que la realización de atribuciones patrimoniales es frecuente en los negocios a través de los que se ejecuta una conducta prohibida.

en nuestro ordenamiento, sitúa la cuestión en el marco del artículo 6.3 Cc.

Fue De Castro quién por primera vez puso de manifiesto el complejo engarce dogmático entre las nulidades de pleno derecho y el artículo 1.303 Cc. Pero la posición tradicional del Tribunal Supremo entendía que el artículo 1.303 Cc se refiere a la nulidad de una obligación una vez declarada, sin distinguir entre la nulidad absoluta o inexistencia o relativa, con independencia del tipo contractual afectado, pues es aplicable a cualquier clase de invalidez¹²⁰. Actualmente, no sin crítica, la doctrina sostiene que es posible aplicar la obligación restitutoria derivada del contrato radicalmente nulo los artículos 1.303, 1.307 y 1.308 Cc¹²¹.

A estos efectos, tiene mayor interés la aplicación de artículo 1.307 Cc¹²². El precepto establece que siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha. La doctrina interpreta el “haberse perdido” en un sentido amplio que engloba también los supuestos en los que no es posible la restitución de la cosa o el servicio; y el “valor que tenía la cosa cuando se perdió” incluyendo el valor del servicio cuando se prestó¹²³. Considerando que, si la razón de nulidad no es la lesión producida en la equivalencia de prestaciones, lo correcto será operar en el sentido de calcular el valor del uso o de los servicios en función del precio o renta que fue pagado por ello, compensando ambas cantidades¹²⁴.

¹²⁰ Ver, DELGADO ECHEVERRÍA, J./ PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos...*, cit., pág. 225.

¹²¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del...*, cit., T. I, pág. 449.

¹²² El 1.308 Cc se limita a señalar que mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba.

¹²³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del...*, cit., T. I, pág. 449.

¹²⁴ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, cit., pág. 705.

Ello conduce a que, en los contratos de uso y servicios de tracto sucesivo, como son la mayoría de acuerdos verticales, la nulidad tenga que acabar limitándose a producir un efecto “ex nunc”, y no “ex tunc”, manteniéndose cumplidas y ejecutadas conforme al contrato nulo las prestaciones que ya fueron realizadas. Y para las realizadas y no pagadas, deberá acudir al precio del contrato nulo para determinar el valor de la prestación a restituir¹²⁵.

Como se ha visto en el Capítulo II, esta es la posición que sostiene el Tribunal Supremo en materia de infracción del Derecho de la Competencia. Para el Alto Tribunal el art. 1.303 CC impone la restitución recíproca de las prestaciones en caso de nulidad. Pero, correspondiendo al Juez nacional determinar las consecuencias concretas de la nulidad en cada caso, tales consecuencias deben limitarse, en el caso de infracción del Derecho de la Competencia, a la mera declaración de nulidad por infracción de una norma prohibitiva, con arreglo a lo previsto en el artículo 6.3 Cc. Esto es así porque la restitución recíproca contemplada en el artículo 1.303 Cc puede tener unos límites racionales similares a los reconocidos para algunos casos de resolución contractual y, además, desde la perspectiva del enriquecimiento injusto habría que computar, por ejemplo, en los casos de contratos de abanderamiento, la ganancia del titular de la estación de servicio y todas las ventajas derivadas de su abanderamiento. Lo mismo ocurriría, por ejemplo, con el contrato de franquicia, concesión, etc.

2.2. La no aplicación de la doctrina de la causa torpe a la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia.

Los artículos 1.305 y 1.306 Cc establecen dos reglas especiales en virtud de las cuales no procede la restitución. En lo que interesa, el 1.306.2 Cc establece que cuando la nulidad proviene de ser torpe la causa, cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo

¹²⁵ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, cit., pág. 711. En la jurisprudencia, STS de 9 de enero de 2015.

que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

Aunque algún pronunciamiento antiguo el Tribunal Supremo parece admitir la aplicación de la doctrina de la causa torpe a las infracciones del Derecho de la Competencia¹²⁶, lo cierto es que en la actualidad sistemáticamente ha negado esta posibilidad. En este sentido, ha llegado a afirmar que la aplicación de la normativa del artículo 1.306 CC, en el marco de acuerdos verticales, sería claramente injusta, y máxime si se tiene en cuenta que a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto para una de ellas¹²⁷.

Esta solución, la no aplicación de la doctrina de la causa torpe a las nulidades por infracción del Derecho de la Competencia, es correcta. Pero lo es no por criterios de justicia material. Lo es porque en un sistema de Derecho de la Competencia sin prohibiciones per se, donde todo negocio jurídico puede estar autorizado si reúne las condiciones del apartado tercero del actual artículo 101 TFUE, no parece que pueda sostenerse que el fundamento de la nulidad radique en una causa ilícita¹²⁸. Como

¹²⁶ STS de 31 de diciembre de 1979.

¹²⁷ Por todas, STS de 30 de julio de 2009.

¹²⁸ El artículo 1.275 Cc establece que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno, siendo ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. Ahora bien, el artículo 1.306 Cc constituye un precepto de carácter excepcional. Como ha señalado DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Comentario al artículo 1.306 Cc”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, 1995, pág. 451, “la tacha de torpeza podrá acompañar a la infracción a la ley, pero ciertamente no en todos los casos, no de forma necesaria. Ni toda conducta ilegal lleva tacha de turpitud, ni ésta implica necesariamente contradicción a la Ley”. La torpeza de la causa alude a su carácter contrario a la “moral social” y no a simplemente a su contradicción con lo establecido en una Ley. Así, PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad...*, cit., pág. 197. Alude expresamente a la “moral social”, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del...*, cit., T. I, pág. 481. Como se ha indicado anteriormente la oposición a las leyes significa que el fin perseguido va en contra de lo dispuesto en una ley imperativa. En consecuencia, en el marco de acuerdos verticales o acuerdos horizontales de cooperación, no puede afirmarse que el fin perseguido por las partes vaya en contra de una ley imperativa. Su aplicación podría reducirse a determinados tipos de cárteles –aunque se trata de una cuestión discutible-. Si bien, la mayoría de cárteles conllevan obligaciones de hacer o no hacer, sin atribuciones patrimoniales, por lo que nada puede restituirse.

ya se ha indicado en varias ocasiones, esta nulidad deriva por motivos externos a la relación jurídica. Su fundamento está en la transgresión de los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico. Los acuerdos colusorios son nulos de pleno derecho por traspasar los límites de la autonomía de la voluntad no porque su causa sea ilícita. Por tanto, fuera del ámbito de la causa ilícita no es posible la aplicación de la doctrina de la causa torpe.

2.3. Conclusión: negación de la acción restitutoria en los negocios jurídicos ejecutados contrarios al Derecho de la Competencia.

Estas soluciones del Tribunal Supremo, aun siendo materialmente correctas, no hacen sino poner de manifiesto el difícil encaje del artículo 1.303 Cc en el marco de las nulidades de pleno derecho y, en especial, en los supuestos de infracción del Derecho de la Competencia. La consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo es la no producción de efectos retroactivos en los casos de nulidad por infracción del Derecho de la Competencia. Si la declaración no afecta a las prestaciones ya realizadas y sólo sirve para privar el cumplimiento a futuro, es tanto como de hecho no aplicar el 1.303 Cc. Es tanto como negar la acción restitutoria en los negocios jurídicos ejecutados contrarios al Derecho de la Competencia. Y, a nuestro juicio, esa es precisamente la solución correcta.

La nulidad de pleno derecho por infracción del Derecho de la Competencia no puede perder de vista el fin teleológico del mismo: la protección del mercado, no de los contratantes. La restitución recíproca de prestaciones entre las partes por el cumplimiento de un negocio jurídico declarado nulo es una cuestión completamente ajena al Derecho de la Competencia. Que las partes se restituyan recíprocamente no sirve al fin de restaurar la situación anterior al negocio jurídico desde el punto de vista del bien jurídico protegido por la norma imperativa transgredida. Los efectos en el mercado permanecerán con independencia de la restitución o no. Por ello, lo propio en esta sede es la eliminación de los efectos jurídicos del negocio, pero en relación con los efectos materiales

de la nulidad hay que limitarlos a la acción de daños y perjuicios y, en algunos casos, a la acción reivindicatoria¹²⁹.

3. La responsabilidad por daños y la reivindicación como efectos jurídico-materiales de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia.

3.1. Breve referencia a la acción de daños como pretensión que acompaña a la acción de nulidad.

Descartada la restitución como una institución adecuada para la nulidad por infracción del Derecho de la competencia, procede analizar cómo el resarcimiento por daños y perjuicios, y muy residualmente la acción reivindicatoria, son las instituciones que, desde una perspectiva de efectos materiales de la nulidad, mejor se acomodan a las particularidades de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia¹³⁰.

Si bien, con independencia de que en este apartado realicemos algunas referencias al régimen jurídico de la indemnización por daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia, el análisis del régimen jurídico de esta acción se realizará en el siguiente Capítulo.

Como ya se ha indicado, las prácticas restrictivas de la competencia no sólo lesionan el interés general, en tanto atentan contra el mantenimiento de un orden competitivo no falseado en el mercado, sino que también lesionan y generan daños en los patrimonios de los operadores económicos presentes en el mercado. La consecuencia

¹²⁹ Como enseñaba De Castro, tras apuntar que la ineficacia de la nulidad de pleno derecho se refiere a los propios efectos negociales y no se ha de entender como si lo nulo no hubiese sucedido, “el negocio nulo, como acto, puede originar responsabilidad por daños” y unido a la buena fe puede originar efectos, como la protección del adquirente de buena fe. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., págs. 477 y 478.

¹³⁰ Como señala GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., pág. 318, la acción restitutoria y la acción de responsabilidad civil difieren en cuanto a su fundamento y su finalidad. El fundamento de la primera se encuentra en el cumplimiento de una prestación en virtud de un negocio nulo, mientras que el de la segunda es la realización de una conducta antijurídica que resulta imputable a uno varios sujetos. Por su parte, la finalidad de la primera es el restablecimiento de la legalidad mediante la supresión de la situación ilícita, mientras que la de la segunda es la reparación del perjuicio sufrido.

inherente a esta aplicación privada, núcleo de un bien entendido Derecho de la Competencia, es la nulidad de pleno derecho y el derecho al resarcimiento a favor del perjudicado por infracción del Derecho de la Competencia.

Por tanto, los tribunales nacionales tienen una función esencial en la aplicación de estas normas desde su vertiente privada. La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones establecidas en cualquier norma de Defensa de la Competencia, exigen que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, pueda reclamar ante los tribunales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones.

El resarcimiento de los daños es, por tanto, desde una perspectiva hermenéutica, la acción, en su sentido propio de pretensión, que “acompaña” a la “acción de nulidad” por infracción del Derecho de la Competencia. El pleno resarcimiento consistirá en devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Ello conlleva que dicho resarcimiento comprenderá el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses. Pero, en un sistema resarcitorio del daño como el nuestro, no conllevará una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo¹³¹.

3.3. La acción reivindicativa.

En determinados supuestos particulares, especialmente en el ámbito de transferencia de tecnología y, en menor medida, en las redes de franquicia, la eliminación de los efectos materiales de la nulidad requería, además de la reparación de los de daños y perjuicios, el ejercicio de una

¹³¹ Tal y como ocurre en otros ordenamientos, como, por ejemplo, los EEUU y Holanda, donde se reconocen los daños punitivos en el marco de las acciones de daños por infracción de su Derecho de la Competencia.

acción reivindicatoria. Este es el caso de los acuerdos en los que se haya acordado una cesión prohibida de los derechos de propiedad industrial, conocida como cláusula de retrocesión¹³².

El *leading case* en la materia es la conocida Decisión de la Comisión de 31 de diciembre de 1985, en el caso *droit d'obtention: roses*. En el asunto se analizó la licitud antitrust de cláusulas de retrocesión en las que se obligaba a los usuarios (sublicenciarios) a informar en el plazo de 15 días al distribuidor (sublicenciante) de la aparición de alguna mutación sobre los rosales, atribuyendo la propiedad al licenciante Universal Rose Sélection-Meilland. Además, una muestra de la mutación debía remitirse por el sublicenciario para que el licenciante pudiera examinarla y valorar si era recomendable su comercialización. En dicho caso, la licenciante remuneraría al sublicenciario en un porcentaje sobre el total de ingresos conseguidos con dicha variedad. Esta cláusula se repetía en todos los contratos de sublicencia. De ahí que los sublicenciarios alegaran que la misma tenía efectos restrictivos de la competencia al impedir que pudieran establecerse como distribuidores internacionales de rosas nuevas descubiertas por ellos. Y, también se puso de manifestó que Meilland, a pesar de controlar una red mundial de producción y de distribución, no había realizado esfuerzos comerciales para promover las ventas de la nueva variedad.

En la Decisión la Comisión entendió que la cláusula de retrocesión analizada tenía como consecuencia eliminar completamente al licenciario como oferente potencial de mutaciones tanto en el ámbito nacional como en mercados de otros estados miembros. En definitiva, se consideró que la cláusula por la que se obligaba a ceder al licenciante los derechos sobre cualquier mutación de la variedad objeto de las licencias y sublicencias desincentivaba la innovación al desaparecer el interés del

¹³² Sobre la misma, PALAU RAMÍREZ, F., “Derecho de la competencia y contrato de licencia de obtención vegetal”, *Derecho de las obtenciones vegetales*, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 911 a 948.

licenciatario por examinar la calidad de las distintas mutaciones que pudiese observar¹³³.

En esta materia, el actual Reglamento UE núm. 316/2014, como ha señalado la doctrina, ha dado un giro radical, respecto de su predecesor, y deja fuera de la exención cualquier obligación al licenciatario de ceder u otorgar una licencia exclusiva de todo perfeccionamiento –aunque no sea dissociable¹³⁴-. Entre las restricciones excluidas de la exención, el artículo 5.1. a) se refiere a toda: “obligación directa o indirecta impuesta al licenciatario de conceder una licencia exclusiva o ceder derechos, en todo o en parte, al licenciante o a un tercero designado por este respecto de sus propios perfeccionamientos o sus propias nuevas aplicaciones de la tecnología licenciada”.

En lo que aquí interesa, la doctrina ha destacado la relevancia de esta modificación, calificándolo de “enorme”, porque han sido muy frecuentes las cláusulas de retrocesión en los contratos de transferencia de tecnología. Han sido uno de los instrumentos más efectivos de control de los licenciatarios y de la innovación¹³⁵. De esta suerte, ahora estas obligaciones deberán ser analizadas de forma individual y podrán ser consideradas contrarias al artículo 101.1 TFUE si no se cumplen las condiciones para la exención individual del párrafo 3¹³⁶.

Pues bien, en aquellos casos en los que se haya producido una cesión de los derechos de propiedad industrial, y la misma conste inscrita en el registro correspondiente, el licenciatario que hubiese cedido los derechos

¹³³ Como se señala en las Directrices RECAT 2014, apartado 129: “Si se obliga al licenciatario a conceder al licenciante una licencia exclusiva referente a los perfeccionamientos que aporte a la tecnología licenciada o a ceder tales perfeccionamientos al licenciante, es probable que se muestre menos proclive a innovar, ya que tal obligación le impedirá explotar los perfeccionamientos, entre otras maneras, concediendo licencias a terceros”.

¹³⁴ PALAU RAMÍREZ, F., *Derecho de la competencia y contrato de licencia...*, cit., pág. 911 y ss.

¹³⁵ PALAU RAMÍREZ, F., *Derecho de la competencia y contrato de licencia...*, cit., pág. 911 y ss.

¹³⁶ Un análisis individual conforme al predecesor artículo 85.3 TCEE se ha realizado en la Decisión *rose*, apartado 27.

en virtud de esta cláusula, si finalmente se declara nula, necesitará, para que se le atribuya la titularidad, además del ejercicio de las acciones de nulidad y, en su caso, de daños y perjuicios, promover la correspondiente acción reivindicatoria.

III. LA PROPAGACIÓN DE LA NULIDAD EN EL ÁMBITO DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

1. La propagación de nulidades: cuestiones generales.

Una de las cuestiones que mayor debate doctrinal ha generado en sede de nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, principalmente en la doctrina italiana¹³⁷, ha sido la cuestión de la propagación de las nulidades o “reacción en cadena de nulidades”¹³⁸.

En la doctrina es posible distinguir dos posiciones contrapuestas. Por un lado, quienes consideran que la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia sólo es aplicable a los acuerdos anticompetitivos, no pudiéndose trasladar a los contratos “aguas abajo”. Sin perjuicio de la

¹³⁷ Debido al debate que se generó a raíz del asunto Normas Bancarias Uniformes. Estas normas bancarias unitarias eran reglas establecidas por la Asociación Bancaria Italiana que se incorporaban a los contratos que celebraban los bancos con sus clientes. En 1994 se concluyó que la NBU constituían una decisión dirigida a coordinar el comportamiento de las entidades de crédito y que ello era contrario al Derecho de la Competencia. Motivo por el que eran nulas de pleno derecho. Tras esta decisión se ordenó la modificación de los contratos que habían incorporado estas reglas, eliminando los efectos anticompetitivos que producían. Ello dio lugar a una intensa discusión doctrinal sobre los efectos de la nulidad de las NBU respecto de los contratos celebrados con los clientes. En extenso, sobre el asunto, y con abundante cita doctrinal, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 397 a 399. En la doctrina italiana, por todos, GUIZZI, G., “Mercato e concorrenza e teoria del contratto”, *Riv. dir. Comm.*, núm. 1, 1999, págs. 67 a 129; ídem. *Il mercato concorrenziale: problema e conflitti*, Giuffrè, 2010, 197 y ss.

¹³⁸ La teoría de la “reacción en cadena de nulidades”, como indicó DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., pág. 477, considera que aquellos negocios celebrados al amparo de un negocio jurídico nulo son también nulos de pleno derecho. Sobre esta cuestión, en la doctrina comparada, CAUFFMAN, C., “The impact of voidness for infringement of article 101 TFEU on linked contracts”, *European Competition Journal*, vol. 8, 2012, págs. 95 y ss. Sobre la propagación de nulidades, recientemente, HERRERO SUÁREZ, C., *La nulidad de las conductas anticompetitivas...*, cit., págs. 246 a 255; y CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho antitrust europeo y sanciones civiles...*, cit., págs. 161 y 162.

acción de daños y perjuicios que asiste al contratante “aguas abajo”¹³⁹. Por otro lado, están quienes sostienen que los contratos “aguas abajo” pueden estar afectados por la ilicitud de la conducta anticompetitiva cuando el contrato “aguas abajo” es un medio a través del cual se hace efectiva la restricción a la Competencia¹⁴⁰.

En sede de propagación de nulidades el TJUE han venido a proclamar dos reglas¹⁴¹: por un lado, que el Derecho europeo de la Competencia no regula ni extiende la nulidad del artículo 101.2 TFUE a los contratos derivados; y, por otro, que corresponde a los ordenamientos nacionales determinar la propagación o no de la nulidad¹⁴².

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna regla general sobre las consecuencias que la nulidad de un acto jurídico ha de producir en otro negocio subordinado o dependiente o derivado¹⁴³. En principio, la ineficacia queda limitada al ámbito del contrato que nulo. Sin embargo, en virtud del nexo de conexión existente entre diferentes contratos, es posible que la ineficacia de uno alcance otros que con aquél se

¹³⁹ Para un detenido análisis de los fundamentos en defensa de esta posición, con referencias bibliográficas, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 408 a 421.

¹⁴⁰ Sobre esta posición, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 401 a 408.

¹⁴¹ Sentencia de 14 de diciembre de 1983, asunto C-319/82, caso Kerpen: “De esta misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular de la sentencia de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière (56/65,*” Rec. p. 337), se deduce que la nulidad de pleno derecho prevista en el apartado 2 del artículo 85 sólo afecta a las disposiciones contractuales incompatibles con el apartado 1 del artículo 85. Las consecuencias de esta nulidad respecto de los demás elementos del acuerdo no están reguladas por el Derecho comunitario. Lo mismo sucede en relación con los posibles pedidos realizados y los suministros efectuados conforme a dicho acuerdo y con las obligaciones de pago que de ellas resultan de los mismos”.

¹⁴² Véase, CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho antitrust europeo y sanciones civiles...*, cit., pág. 162; y HERRERO SUÁREZ, C., *La nulidad de las conductas anticompetitivas...*, cit., pág. 248.

¹⁴³ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, cit., pág. 699. El autor apunta que no es útil acudir a la genérica noción de accesoriidad, sino que resultan más adecuados, por ser más concretos, los criterios que propuso la STS de 10 de noviembre de 1964: la nulidad se propaga cuando el negocio posterior presuponga para su validez una determinada condición o estado que se intentó por el primer contrato (nulo), cuando la causa u objeto que hace ilícito al primer contrato se extienda al segundo, por unidad de propósito o que el segundo negocio constituya la consecuencia o culminación del primero.

encuentran en una especial relación de conexión o dependencia. En ausencia de una solución legal, la cuestión de la propagación de la nulidad dependerá del tipo de contrato que se celebre “aguas abajo”. La solución será diametralmente opuesta si se trata de contratos coligados o conexos o si se trata de contratos derivados.

Los primeros son contratos cuyo vínculo es instruido por la voluntad de las partes a fin de alcanzar un determinado resultado, formando un “conjunto negocial”. Se trata de relaciones negociales autónomas, pero dependientes. Mientras que los segundos, en los que no existe “conjunto negocial”, no pretenden un resultado común, sino que uno es resultado del otro, siendo contratos autónomos e independientes con causa y objeto distinto.

2. La propagación en los contratos coligados o conexos.

Si se trata de contratos coligados o conexos el vínculo existente entre ambos contratos tiene como consecuencia la propagación de la nulidad¹⁴⁴. Esta ha sido la posición del Tribunal Supremo en el ámbito los contratos de abanderamiento, en relación con los contratos reales de superficie o arrendamiento que habitualmente se celebraban.

El supuesto de hecho más común era la constitución mediante escritura pública de un derecho de superficie a favor de la petrolera. El derecho de superficie se constituía para que la petrolera pudiera, ejercitando el *ius aedificandi*, construir en el vuelo, suelo y subsuelo de los terrenos las instalaciones necesarias para el funcionamiento de una estación de servicio de carburantes y derivados, para la venta al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción. El derecho de superficie

¹⁴⁴ La diferencia entre los contratos coligados y los contratos conexos se encuentra en el diferente vínculo o causa. Mientras que los primeros el vínculo pretende un resultado concreto, en los segundos la vinculación procede de la propia naturaleza de uno de los negocios que depende del otro. Entre nosotros, la doctrina que con mayor profundidad ha estudiado la figura de los contratos conexos señala que “habrá conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico-jurídica que a través de ellos quiere articularse”, LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, Bosch, 1994, pág. 282.

se pactaba con una duración media de unos 20 o 25 años. Y la petrolera, además de pagar precio por el contrato, costeaba la construcción de las instalaciones de la estación de servicio. Construida la estación de servicios, la petrolera suscribía con el propietario del terreno un contrato de “comisión en exclusiva para la venta de combustibles y carburantes y arrendamiento de estación de servicios”. El problema que aquí interesa surge cuando se considera que la cláusula de aprovisionamiento exclusivo es contraria al Derecho de la Competencia. Y que su nulidad de pleno derecho se expande al resto del contrato –nulidad total-. Es en este punto donde la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse sobre la propagación de la nulidad del contrato al contrato de superficie.

La doctrina fijada por el Tribunal Supremo, que proclama la propagación de la nulidad, se recoge en la importante Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 12 de enero de 2015: “La ineficacia sobrevenida de la cláusula de duración de la exclusiva en el suministro no puede determinar únicamente la nulidad de dicha cláusula, desde el día 1 de enero de 2002, sino que afecta a todo el entramado contractual, esto es, a los contratos de superficie y de arrendamiento, pues todos ellos, aunque tuvieran su causa propia, respondían a una finalidad común y entre ellos existía un equilibrio de prestaciones, que se rompe cuando se declara la nulidad de la cláusula de suministro en exclusiva a los pocos años de firmarse el contrato, sin que haya habido tiempo de amortizarse la inversión realizada por la demandada”¹⁴⁵.

3. La no propagación en los contratos derivados: la indemnización de daños y perjuicios.

En el caso de los contratos derivados la solución debe ser la opuesta a la de los contratos coligados y conexos, es decir, no procede una propagación de la nulidad. De lo que se trata aquí es de si la nulidad de un cártel, por ejemplo, en el que se acuerda una subida de precios, se

¹⁴⁵ Recogiendo esta doctrina de la propagación de la nulidad, STS de 30 de diciembre de 2015.

expande a los contratos de compra-venta celebrados por las empresas cartelizadas con terceros.

Para un sector de la doctrina si la nulidad absoluta de la infracción del Derecho de la Competencia requiere eliminar del mundo jurídico los efectos de la restricción de la competencia, la no propagación de la nulidad a los contratos derivados, supone no eliminar dichos efectos. Se considera que aquellas infracciones que se imponen en las relaciones negociales con terceros y/o que se desarrollan a través de los contratos celebrados “aguas abajo” igualmente deben desaparecer del mundo jurídico, en la medida en que también ellas contradicen las normas imperativas, perjudican el bienestar general y los derechos de los particulares¹⁴⁶.

A nuestro juicio, esta posición no es adecuada. Como se ha dicho anteriormente, la ineficacia que provoca la nulidad de pleno derecho se refiere a los efectos negociales, pero no se ha de entender como si lo nulo no hubiese sucedido, por lo que el negocio ineficaz puede haber producido una mutación en la realidad social idéntica a la que ocasionaría un negocio eficaz. La declaración de nulidad de pleno derecho alcanza al negocio jurídico que infringe el Derecho de la Competencia. Por ejemplo, el cártel de precios. Los negocios jurídicos a través de los que se ejecuta la restricción no poseen un vínculo jurídico suficiente como para admitir la propagación. Ni existe finalidad común y entre ellos existe un equilibrio de prestaciones.

Ello no significa, en ningún caso, negar que las normas de Defensa de la Competencia alcancen a las relaciones con terceros. Esta posición sería contraria a toda la jurisprudencia del TJUE sobre el efecto directo u útil de las normas de competencia. Lo que significa es que la propagación de la nulidad no puede producirse por la ausencia de vínculo jurídico

¹⁴⁶ En este sentido, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., pág. 415.

suficiente entre el cártel y los contratos de venta a través de los cuales se implementa la subida de precios.

El remedio que el Derecho de la Competencia ha previsto para los contratos derivados es el derecho al pleno resarcimiento, es decir, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios que se deriven del negocio prohibido declarado nulo, sin que se afecte a la validez de los negocios “aguas abajo”¹⁴⁷. No es ocioso insistir en que no puede interpretarse la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia y sus efectos sin tener presente la finalidad del Derecho de la Competencia¹⁴⁸, el fundamento de la nulidad, así como que el legislador europeo y nacional ha regulado los efectos jurídico-privados de la infracción con las acciones de daños. De hecho, la propagación de la nulidad en contratos derivados puede llegar a afectar el correcto funcionamiento de determinados mercados¹⁴⁹.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., pág. 234, cita como ejemplo de esta solución el caso Ryanair contra Esso italiana, sentencia de la Court of appeal, Civil división, de 19 de noviembre de 2013, donde indica que se afirma que el hecho de que el precio sea más elevado como consecuencia de un cártel no implica la nulidad de los contratos derivados, sino una acción por daños y perjuicios a favor de las víctimas que hayan sufrido el sobre precio.

¹⁴⁸ En efecto, como ya se ha indicado, el Derecho de la Competencia no realiza una composición de los intereses de las partes del contrato, sino que su finalidad es impedir que a través de determinadas prácticas se obstaculice el correcto funcionamiento del sistema de economía de mercado, no pudiéndose cumplir sus objetivos de eficiencia económica. Esto significa que la normativa antitrust protege un interés público, cual es que el mercado de libre competencia funcione correctamente, impidiendo que los empresarios se pongan de acuerdo para restringir la competencia en beneficio propio, pero en perjuicio de todos los demás participantes en el mercado. Por tanto, que el bien jurídico protegido por el artículo 101 TFUE y 1 LDC es el mercado es algo que no puede pasar desapercibido en el enjuiciamiento de las consecuencias jurídicas de la infracción del Derecho de la Competencia.

¹⁴⁹ Como ha señalado con acierto la doctrina, HERRERO SUÁREZ, C., *La nulidad de las conductas anticompetitivas...*, cit., págs. 251: “No sólo las dificultades prácticas en su aplicación y los escasos resultados –en relación a la protección de la competencia– que supone la extensión de la ineficacia a contratos no prohibidos directamente por la norma antitrust, desaconsejan su reconocimiento. Las pretendidas ventajas e intereses tutelados han de ser ponderados con otros intereses cuya afectación es susceptible de causar aún mayores distorsiones en los mercados. La nulidad en cadena puede ser sumamente perturbadora del tráfico jurídico. La declaración de invalidez de contratos no prohibidos directamente por la norma cuestiona la máxima *pacta sunt servanda* introduciendo dudas sobre la estabilidad de las relaciones con terceros y la seguridad del tráfico en los mercados”.

En conclusión, a diferencia de cuanto ocurre con los contratos conexos, la nulidad de pleno derecho no alcanza a los contratos derivados, sino que se detiene en el acuerdo restrictivo. Los negocios jurídicos a través de los que se ejecuta la restricción no poseen un vínculo jurídico suficiente como para admitir la propagación, pues ni existe finalidad común ni entre ellos existe un equilibrio de prestaciones. En estos casos el legislador europeo ha previsto que el remedio jurídico aplicable sea la indemnización por daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia.

Como se desarrollará a continuación, el artículo 3 de la Directiva 2014/104/UE es claro cuando establece que los Estados miembros velarán por que “cualquier persona” física o jurídica “que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia” pueda reclamar y obtener el “pleno resarcimiento” de dicho perjuicio. Así configurado, el derecho al resarcimiento se reconoce –legitimación activa– a cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia.

Por tanto, quien soporta daño por la celebración de un contrato derivado de otro declarado nulo por infringir Derecho de la competencia está legitimado activamente para solicitar, no la declaración de nulidad de su contrato, sino el resarcimiento del daño a la “empresa infractora”¹⁵⁰.

¹⁵⁰ En efecto, aunque no se prevé expresamente, todo el sistema de responsabilidad por daños configurado en la Directiva se cimienta sobre la regla de que es “responsable” la “empresa” declarada “infractora”. Así se ha pronunciado expresamente el TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2019, caso *Skanska*, apartado 31: “Pues bien, habida cuenta de que la responsabilidad del perjuicio resultante de las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia tiene carácter personal, incumbe a la empresa infractora responder del perjuicio causado por la infracción”; añadiendo el apartado 47 que: “De ello se deduce que el concepto de «empresa», en el sentido del artículo 101 TFUE, que es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, no puede tener un alcance diferente en el ámbito de la imposición por la Comisión de multas con

arreglo al artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 y en el de las acciones por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión”.

CAPÍTULO III

LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

I. INTRODUCCIÓN

Las normas de Defensa de la Competencia, tanto europeas como nacionales, producen efectos directos en las relaciones entre particulares, y generan para los afectados derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar¹⁵¹. Este principio es relevante por cuanto, como ya se ha indicado anteriormente, las prácticas restrictivas de la competencia no sólo lesionan el interés general, por cuanto atentan contra el mantenimiento de un orden competitivo no falseado en el mercado, sino que también lesionan y generan daños en los patrimonios de los operadores económicos presentes en el mercado¹⁵².

¹⁵¹ El efecto directo horizontal de los artículos 101 y 102 TFUE en las relaciones entre particulares ya fue establecido por el TJUE en su famosa sentencia de 30 de enero de 1974, asunto 127/73, caso BRT/SABAM: “...dado que, por su misma naturaleza, las prohibiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares, dichos artículos crean directamente derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar”. Si bien, el verdadero hito para la aplicación privada de la Competencia lo representan las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, caso Courage; y de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados c-295/04 a C-298/04, caso Manfredi. En los puntos 26 y 27 del caso Courage se afirma: “26. 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. 27. 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”. Sobre ello, por todos, KOMMINOS, A., *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008. Sobre el sistema de compensación de daños en Competencia, por todos, un buen resumen, RUIZ PERIS, J.I., “El sistema europeo de compensación de daños en material de competencia”, *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Tirant, 2018, págs. 13 y ss.

¹⁵² En este sentido, HERRERO SUAREZ, .C, “La transposición de la directiva de daños *antitrust*. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de

Actualmente este principio se encuentra positivizado en Europa tras la aprobación de la “*Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*” –en adelante, Directiva 2014/104/UE o la Directiva-, tras puesta tardíamente en España por el RDL 9/2017, de 26 de mayo¹⁵³, que modifica la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia –LDC- y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –LEC-.

Las acciones de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia son, en estos momentos, una de las materias de mayor interés en el ámbito teórico y práctico en Europa. En el ámbito teórico, por los relevantes retos conceptuales que plantea su aplicación. En el ámbito práctico, como consecuencia de la publicación de varias resoluciones de las autoridades de la competencia, principalmente de la Comisión Europea, que ha estimulado a miles de operadores económicos en toda Europa a solicitar ante los órganos jurisdiccionales el pleno resarcimiento del daño que conductas anticoncurrenciales les ha generado¹⁵⁴.

transposición de la directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, 2016, pág. 151.

¹⁵³ Sobre la Directiva y su trasposición a todos los ordenamientos en los Estados Miembros, recientemente, por todos, AA.VV., *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States* (Dir. Rodger, Ferro y Marcos), Oxford, 2018. Por su parte, respecto de la transposición en España, por todos, AA.VV., *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (Dir. Ruiz Peris), Thomson-Aranzadi, 2019.

¹⁵⁴ En particular, en el marco del que se ha venido a denominar como “cártel de los camiones”, Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, asunto AT.39824, cuya infracción consistió en acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones en el EEE; y el calendario y la repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones en el caso de los camiones medios y pesados exigida por las normas EURO 3 a 6. La infracción abarcó la totalidad del EEE y duró desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011, con la excepción de un fabricante, cuya participación finalizó unos meses antes: el 20 de septiembre de 2010.

Como nos está adelantando la jurisprudencia del TJUE, en sendas sentencias dictadas este 2019¹⁵⁵, las viejas categorías del Derecho de Daños de los derechos nacionales no sólo no sirven para este ámbito, sino que, en algunas ocasiones, se oponen al principio de efectividad del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esto es algo que los jueces nacionales tienen que interiorizar. Como ha dejado entrever el TJUE, estos son procesos de aplicación de Derecho de la Competencia, no de Derecho de Daños. En puridad, no se ejercita una acción del Código civil, tal y como la hemos entendido y configurado jurisprudencialmente, sino la acción de daños de los artículos 101 y 102 TFUE, de conformidad con el principio de efectividad. Y, por tanto, los jueces nacionales deben hacer el esfuerzo de dejar de ser jueces de daños –que es a lo que están acostumbrados- para ser jueces de competencia¹⁵⁶.

En este contexto se comprende mejor cómo el régimen de responsabilidad civil en materia de Derecho de la Competencia, tal y como queda configurado por la Directiva 2014/104/UE y la jurisprudencia del TJUE, unido al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria, y al de la prescripción, constituye un verdadero y nuevo “*Derecho de Daños especial*”, que bien aplicado por parte de los Tribunales puede ofrecer un nada desdeñable efecto disuasorio –no punitivo, pero sí disuasorio¹⁵⁷-. Ello es algo inherente a la propia

¹⁵⁵ SSTJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17, caso Skanska; y de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17, caso Cogeco –ambas resoluciones serán objeto de detenido análisis posteriormente-.

¹⁵⁶ Las primeras resoluciones dictadas en este ámbito demuestran que el cambio será lento, pero continuo e imparable. Como ejemplo, valgan las acciones de daños ya resueltas en el marco “cártel de los sobres de papel” y del “cártel de camiones”. En ellas se observan dos posiciones contradictorias. Las resoluciones de jueces que entienden que están ante Derecho de Daños tradicional –lo que lleva a la desestimación de la pretensión en el 100% de los casos, atendida la complejidad intrínseca de estos procesos-, y jueces que intentan buscar una fundamentación basada en el Derecho de la Competencia –lo que lleva a estimar una buena parte de las pretensiones ejercitadas por los perjudicados-.

¹⁵⁷ Como expresamente recoge el artículo 3.3 de la Directiva, previamente advertido en el Considerando 13 in fine: “*El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo*”. En contraste, en los Estados Unidos, los particulares tienen derecho a una indemnización que ascienda al triple del perjuicio que hayan sufrido a causa de la infracción de las leyes federales *antitrust* (los denominados «*treble*

configuración del Derecho de la Competencia, también en su aplicación privada. Este nuevo Derecho especial de daños configura de manera autónoma los conceptos de legitimación, tanto activa como pasiva –donde presenta un planteamiento absolutamente novedoso–; diluye muchísimo las categorías de imputabilidad, en especial la relación de causalidad; moderniza determinadas reglas de la prescripción; y prevé reglas específicas respecto de la prueba del daño y su cuantificación.

II.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Pese a que en Europa, a diferencia de EEUU, hasta principios de este siglo el Derecho de Defensa de la Competencia se ha concebido como un Derecho de aplicación eminentemente pública –realizada a través de las autoridades europeas y nacionales de la Competencia, *public enforcement*–, lo bien cierto es que la vertiente privada o *private enforcement* siempre ha estado en la genética del Derecho *antitrust*¹⁵⁸. La consecuencia inherente a esta aplicación privada, núcleo de un bien entendido Derecho de la Competencia, es el derecho al resarcimiento a favor del perjudicado por un ilícito *antitrust*¹⁵⁹. Por tanto, los tribunales

damanges): tanto la *Sherman Act* como la *Clayton Act* prevén que todo particular “*injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws [...] shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee*”.

¹⁵⁸ En cierta manera, la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia son dos caras de una misma moneda, que es el Derecho de la Competencia. Como el yin y el yang, son dos fuerzas opuestas y complementarias, que se encuentran en una única cosa: el Derecho de la Competencia. Sobre la complementariedad de la aplicación pública y privada del Derecho *antitrust*, entre otros, DÍEZ ESTELLA, F., y PÉREZ FERNANDEZ, P., “La directiva de acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2014, págs. 41 y ss.

¹⁵⁹ No hay que olvidar que el legislador español, hasta la aprobación de la vigente Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, siempre ha previsto una indemnización de daños y perjuicios por ilícito *antitrust* en su normativa nacional. Así, artículo 6 de la Ley 110/1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia; y artículo 13 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Cuestión distinta es su utilización por parte de los operadores económicos. Sobre las trabas que existían, ALONSO SOTO, R., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Competencia y acciones de indemnización*, (Coord. FONT RIBAS y GÓMEZ TRINIDAD), Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 123 y ss. Con todo, no puede decirse que el ordenamiento jurídico español haya

nacionales tienen una función esencial en la aplicación de estas normas de Competencia desde su vertiente privada. La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones establecidas en cualquier norma de Defensa de la Competencia, exigen que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, principalmente la Administración, pueda reclamar ante los tribunales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones.

La doctrina del TJUE -casos *Courage* y *Manfredi*-, unida al giro copernicano que supuso el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, despertaron la aplicación privada europea del letargo en el que se encontraba. Y tras un “viaje de Ulises”¹⁶⁰, con final dulcificado¹⁶¹, llegó a puerto con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE. En efecto, la travesía de la Directiva no ha sido

sido ajeno a la aplicación privada de la Competencia, MARCOS, F., “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Global Competition Law Review*, vol. 6, núm. 4, 2013, págs. 167 y ss.

¹⁶⁰ “Viaje de Ulises” porque el *iter* legislativo empieza con el *Libro Verde de Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, SEC (2005) 1732, 19 de diciembre de 2005. Seguido del *Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2008) 0165, final. Pero de la Propuesta inicial de Directiva, elaborada por la Comisión en abril de 2009, hasta su aprobación en 2014, pasó no sólo mucho tiempo, sino también muchas complejidades. Sobre esa “compleja travesía”, BERENGUER FUSTER, L., “¿La piedra de Sísifo o el tejido de Penélope? Idas y venidas de la noma de la UE para la reclamación de daños en materia de competencia”, *Anuario de la competencia*, Marcial Pons, 2011-2012, págs. 55 y ss.

¹⁶¹ En efecto, el final del viaje que supuesto la Directiva 2014/104/UE ha dulcificado significativamente algunas de las medidas previstas en los documentos elaborados previamente. Así, por ejemplo, por citar sólo dos cuestiones que se han eliminado: el Libro Verde (pág. 7) planteaba la conveniencia de doblar los daños en los casos de cárteles –emulando el sistema de EEUU-, o, al menos, de definir los daños en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor; o como hasta la Propuesta inicial de Directiva de 2009 se incluía una regulación específica para las acciones colectivas de daños por ilícito *antitrust*, que no consiguió entrar en el orden del día del Colegio de comisarios por el fuerte rechazo que la regulación de las acciones colectivas suscitó en algunos estamentos. Sobre ello, BROKELMANN, H., “La Directiva de daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015, pág. 2; y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho interno”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág. 1115.

especialmente sencilla. Ni tampoco supone el final de las “aventuras de Ulises”. El problema que se planteaba en el marco europeo era que la mayoría de cuestiones relativas a la aplicación privada eran Derecho Privado nacional. En concreto, Derecho de Daños. Y como es sabido existen importantes y significativas diferencias entre las distintas concepciones del Derecho de Daños en los Estados miembros. Se trata de asuntos nucleares que van desde los plazos para el ejercicio de la acción hasta la propia función resarcitoria y/o punitiva del Derecho de Daños. Y otras cuestiones eran de naturaleza procedimental y, por tanto, también Derecho nacional. Este era el caso, por ejemplo, del derecho al acceso al expediente administrativo incoado por las autoridades de competencia a los efectos de un posterior uso de la información allí obrante en un procedimiento por daños. Por ello, parece que era aconsejable una primera aproximación de la regulación respecto de las principales cuestiones –sustantivas y procedimentales- que afectan al ejercicio de las acciones de daños y perjuicios por ilícito *antitrust*, y que tradicionalmente estaban reguladas únicamente desde una perspectiva nacional, dejando para más adelante otros problemas¹⁶².

Actualmente la Directiva ya está traspuesta en todos los Estado Miembros. España, que la ha traspuesto tardíamente con el RDL 9/2017, de 26 de mayo¹⁶³, ha optado -entre las distintas alternativas existentes para la realización de una adecuada transposición de la Directiva- por

¹⁶² La Directiva ha unificado lo esencial, pero no todo lo importante. Muchas cuestiones siguen abiertas. Pero ello probablemente no es casual. Algunos de los silencios parecen que deben interpretarse en el sentido de “hasta aquí es suficiente para una primera armonización”. No en vano no debe menospreciarse la declaración de intenciones que entraña el artículo 20.1 Directiva 2014/104/UE: “*La Comisión revisará la presente Directiva y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar el 27 de diciembre de 2020*”. La Directiva 2014/104/UE, por tanto, no puede verse como un punto y final, sino como una llegada a puerto. Una llegada a Ítaca. Pero no un final de las “aventuras de Ulises”. Como en la “Odisea”, todavía quedan “historias” y “aventuras”. 2020 será el siguiente punto y probablemente será el momento para afrontar algunas de las cuestiones que ahora no se han querido abordar.

¹⁶³ Puede consultarse la trasposición de la Directiva por todos los Estados Miembros en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html. Hay que reseñar que también traspusieron tardíamente países de la importancia de Italia, Francia, Alemania o Portugal.

incorporar la parte relativa a las normas sustantivas contenidas en la Directiva en los nuevos artículos 71 y siguientes LDC, y la relativa a las normas procesales en el nuevo artículo 283 bis LEC¹⁶⁴. Como ya se ha dicho, aunque está nueva normativa no va operar por cuestión de la *ratio temporis* de la Directiva en las acciones de daños que se han ejercitado respecto del que probablemente acabe siendo el más mediático de los cárteles de la historia europea –“cártel de los camiones”, ésta está llamada a ocupar un papel principal en los próximos años. No en vano el nuevo artículo 71 LDC será el vehículo a través del cual se canalizará en nuestro ordenamiento la acción de daños por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE.

III.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Para comprender la configuración *sui generis* de este “nuevo Derecho especial de Daños” es necesario adentrarse en sus funciones, que es lo que dota de singularidad a la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. El sistema jurídico instaurado por la Directiva 2014/104/UE y la jurisprudencia del TJUE tiene tres fuerzas motrices: dos confesables y una menos confesable, pero patológica.

La primera función confesable es la común a todo Derecho de Daños: la función resarcitoria. El artículo 1.1 de la Directiva recoge expresamente que su objetivo es garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la Competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación. Pero ello no es novedoso. Desde los casos *Courage* y *Manfredi* el

¹⁶⁴ Esta ha sido la opción mayoritaria entre los Estados miembro que ya han traspuesto la Directiva, así, entre otros, Alemania y Países Bajos. En cambio, otros países, como Italia, han optado por la técnica de transponer la Directiva en un único texto normativo.

ordenamiento europeo había reconocido, sin ningún género de duda, la función resarcitoria de la responsabilidad civil del infractor del Derecho de la Competencia y su viabilidad ante los órganos jurisdiccionales.

Lo que la Directiva 2014/104/UE aporta en esta sede no es tanto respecto de su función, que está clara, sino respecto de sus límites, atendiendo a la coexistencia en los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros de diferentes tradiciones jurídicas. El derecho al pleno resarcimiento de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia tiene una función resarcitoria, pero no punitiva –como ocurre en EEUU con los *treble damages*-. El artículo 3.3 de la Directiva, que instaura el límite, es claro cuando establece que el pleno resarcimiento no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo¹⁶⁵.

La segunda función del sistema de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia instaurado por la Directiva 2014/104/UE, la menos confesable, pero patológica, y que no es propia del Derecho de Daños sino del Derecho *antitrust*, es la protección jurídica del solicitante de clemencia¹⁶⁶. En puridad, la necesidad de armonizar la tuición del solicitante de clemencia en toda Europa, tras algunas resoluciones que habían puesto en entredicho su exposición en sede de aplicación privada de la competencia, frente a la protección que se le otorga en sede de aplicación pública, es lo que acelera la aprobación de la Directiva. Y ello se evidencia en el texto de la norma. No sólo en sus preceptos, como posteriormente analizaremos, sino que se declara como

¹⁶⁵ Sobre los daños punitivos, por todos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Daños punitivos*, Civitas-Thomson, 2012.

¹⁶⁶ El artículo 2.15 de la Directiva define “programa de clemencia” como todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 del TFUE o de una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de la competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cártel y de su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la dispensa del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma. Sobre la clemencia, por todos, DE LA VEGA GARCÍA, F., *La clemencia (leniency) en el Derecho de la Competencia (antitrust): exención o reducción de multas en casos de cártel*, Dykison, 2017.

principio nuclear de la regulación ya en sendos Considerandos de la Directiva, el 26 respecto de la exhibición de documentos y el 38 respecto de la responsabilidad conjunta y solidaria¹⁶⁷. Por tanto, no podrá comprenderse la configuración legal y jurisprudencial de algunas instituciones clásicas del Derecho de Daños si no se interioriza que una de las funciones de este Derecho especial de Daños es proteger al solicitante de clemencia, tratando de no desalentar a las empresas de cooperar con las autoridades de la competencia en la aplicación pública del Derecho de la Competencia descubriendo cárteles.

Por último, la tercera función, que es la más sutil y la que le dota de mayor singularidad respecto de cualquier otro Derecho de Daños, es la función disuasoria. Ésta función es la que vertebra el sistema de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. En efecto, no puede perderse de vista el efecto disuasorio de la aplicación privada como complemento al sistema de las sanciones –multas– de la

¹⁶⁷ Considerando 26: “...como muchas de las decisiones de las autoridades de la competencia en los casos de cárteles se basan en una solicitud de clemencia y las acciones por daños en los casos de cárteles por lo general se derivan de dichas decisiones, los programas de clemencia son igualmente importantes para la eficacia de las acciones por daños en los casos de cárteles. Las empresas podrían verse disuadidas de cooperar con las autoridades de la competencia en el marco de programas de clemencia y procedimientos de transacción, si se exhibieran las declaraciones autoincriminatorias, como las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción, que se presentan solo a efectos de cooperar con las autoridades de la competencia. Esa exhibición entrañaría el riesgo de exponer a las empresas cooperantes o a su personal directivo a una responsabilidad civil o penal en peores condiciones que las de los coinfractores que no cooperan con las autoridades de la competencia. Para garantizar la buena disposición continuada de las empresas para acudir voluntariamente a las autoridades de la competencia y presentar declaraciones en el marco de un programa de clemencia o solicitudes de transacción, esos documentos deben quedar excluidos de la exhibición de pruebas...”. Por su parte, Considerando 38: “Las empresas que cooperan con las autoridades de la competencia en el marco de los programas de clemencia desempeñan un papel clave a la hora de descubrir los cárteles y de ponerles fin, lo que suele mitigar el perjuicio que podría haberse causado de continuar la infracción. Por lo tanto, es conveniente disponer que las empresas que se hayan beneficiado de la dispensa del pago de las multas decretada por una autoridad de la competencia en el marco de un programa de clemencia queden protegidas contra el riesgo de estar indebidamente expuestas a reclamaciones de daños y perjuicios, teniendo en cuenta que la resolución de la autoridad de la competencia por la que se constata una infracción puede hacerse firme para el beneficiario de la dispensa antes de que sea firme para otras empresas a las que no se haya concedido la dispensa, convirtiendo por lo tanto al beneficiario de la dispensa en el objetivo preferente de cualquier litigio. Por consiguiente, conviene que el beneficiario de la dispensa quede exento, en principio, de ser conjunta y solidariamente responsable de la totalidad del perjuicio y que cualquier contribución que deba asumir frente a los coinfractores no exceda del importe del perjuicio...”.

aplicación pública del Derecho de la Competencia¹⁶⁸. En los sistemas avanzados el efecto disuasorio puede llegar a ser más acusado en el ámbito de la aplicación privada que en el de la aplicación pública¹⁶⁹. Mientras que sistemas avanzados como el europeo es posible cuantificar *a priori* el importe aproximado de las multas en la aplicación pública; en cambio, la responsabilidad civil –núcleo de la aplicación privada- es más impredecible, y con una multitud de variables de difícil control *a priori*. Hasta el punto que, en ocasiones, en grandes ilícitos el importe a pagar por daños por algunas empresas puede llegar ser significativamente superior al importe a pagar en concepto de multa.

En la jurisprudencia del TJUE se observa cómo el derecho al pleno resarcimiento por infracción del Derecho de la Competencia no se estableció sólo para asegurar que cualquier persona perjudica por el comportamiento anticoncurrencial fuera resarcida. Desde la génesis de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia,

¹⁶⁸ Sobre la función normativa de la responsabilidad por ilícito *antitrust*, mostrándose crítico con la posición finalmente adoptada por la Directiva 2014/104/UE, puede consultarse el magnífico trabajo ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *La función normativa...*, cit., págs. 1110 a 1126. Para el autor la atribución de una función preventiva a las normas establecidas en la Directiva 2014/104/UE, tal y como pretendía originariamente la Comisión, habría exigido la configuración de un Derecho de Daños especial para los derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia. Al limitarse el texto finalmente aprobado a facilitar el resarcimiento de las víctimas, especialmente de los cárteles ya sancionados administrativamente, resultará potenciada la función indemnizatoria atribuida a las normas sobre responsabilidad civil, pero sólo indirectamente –como “subproducto” de aquélla, al agravar las consecuencias patrimoniales para los infractores- su función preventiva. Si bien el propio autor reconoce que, aunque ello pone duda la propia justificación de su aprobación, resulta coherente con los principios de nuestro ordenamiento interno, en el que la función preventivo-punitiva de las conductas potencialmente dañosas es atribuida al Derecho Penal o al Derecho Administrativo Sancionador –DIEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 44-. En nuestra opinión, como ya hemos expuesto en este trabajo, no puede perderse de vista que estamos en sede de Derecho de la Competencia y no de Derecho de Daños, tal y como éste se ha concebido clásicamente por el Derecho Privado. Si esto no se comprende, no podrá comprenderse la operativa y singularidad de algunas instituciones en esta sede.

¹⁶⁹ Muy crítico con el efecto disuasorio del modelo de aplicación pública actual, RUIZ PERIS, J.I., “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del Derecho de la Competencia a la responsabilidad compartida”, *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE* (Dir. RUIZ PERIS), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 17, quién afirma, tras una breve exposición de sus principales problemas, que en estas condiciones resulta irreal afirmar que el sistema de aplicación pública de las normas de competencia en Europa y en España cumple su función disuasoria al impedir que el infractor se beneficie de su conducta ilícita o resulta insuficiente.

ésta se ha vinculado, más que a la función resarcitoria, a la exigencia de garantizar la plena eficacia del Derecho de la Competencia de la Unión¹⁷⁰. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha reconocido expresamente que el derecho a reclamar una indemnización refuerza la operatividad del Derecho de la Competencia de la Unión disuadiendo a las empresas a realizar y/o participar en actos o acuerdos contrarios al Derecho de la Competencia. Es por ello que la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia es concebida también un instrumento para mantener una competencia efectiva en la Unión Europea. En otras palabras, el efecto de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales es disuadir o “desalentar” a las empresas de emprender comportamientos perjudiciales para la competencia¹⁷¹.

Al igual que ocurre con el mecanismo de las sanciones en la aplicación pública del Derecho de la Competencia, el objetivo principal de la aplicación privada no es resarcir, sino influir en la conducta de las empresas en el mercado, a fin de disuadirlas de emprender comportamientos anticompetitivos¹⁷². Así pues, como corolario inmediato

¹⁷⁰ Ya en la sentencia de 20 de septiembre de 2001, caso *Courage*, asunto C-453/99, apartado 26, el TJUE decía: "*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*".

¹⁷¹ Sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C 453/99, apartado 27, y de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros*, C 295/04 a C 298/04, apartado 91. Véanse también las sentencias de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer*, C 360/09, apartado 29, de 6 de noviembre de 2012, *Otis y otros*, C 199/11, apartado 42; de 6 de junio de 2013, *Donau Chemie y otros*, C 536/11, apartado 23, y de 5 de junio de 2014, *Kone y otros*, C 557/12, apartado 23. Más recientemente, y confirmando su doctrina anterior, Sentencia de 14 de marzo de 2019, caso *Skanska*, C 724/17, apartados 43 y 44: "43.- *En efecto, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, el derecho de cualquier persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE garantiza la plena eficacia de este artículo y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1. 44.- Este derecho refuerza, en efecto, la operatividad de las normas de competencia de la Unión y puede desalentar los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia, de modo que contribuye al mantenimiento de una competencia efectiva en la Unión*". Obsérvese que, en puridad, el término escogido por el TJUE en sus sentencias es “desalentar”.

¹⁷² Obsérvese que los daños causados por una infracción del Derecho de la Competencia son, por lo general, únicamente de carácter económico. Aunque el daño

de la importancia atribuida a la plena eficacia del artículo 101 TFUE, la jurisprudencia del TJUE ha vinculado el fundamento la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia de la Unión a la disuasión. Y, por ejemplo, para el cumplimiento de esta función no le importa diluir categorías de imputabilidad clásicas del Derecho de Daños, como la relación de causalidad, llegando a descartar la aplicabilidad de una norma nacional que exige una relación de causalidad directa para acreditar la responsabilidad civil cuando la misma va a ser aplicada en una acción de daños por infracción del Derecho de la Competencia¹⁷³.

Esta función disuasoria incide directamente en la configuración de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia y le dota de singularidad propia. Por ello el legislador europeo y el TJUE en su interpretación han delimitado un sistema de responsabilidad civil fundado en un concepto amplísimo de perjudicado, con un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria y con unos plazos para el ejercicio de la acción –prescripción- relativamente largos, como medidas de tuición de las víctimas perjudicadas por el ilícito y como medidas de disuasión de las empresas que operan en el mercado. El riesgo de estar expuesto a reclamaciones de daños y perjuicios en un sistema eficaz de aplicación privada de la Competencia tiene, por tanto, un nada desdeñable

directo ocasionado a los intereses económicos de determinadas personas pueda ser relativamente fácil de identificar y demostrar –cuantificar ya es más complejo-, es una realidad que las infracciones del Derecho de la Competencia también generan daños indirectos y, en general, consecuencias negativas sobre la estructura y funcionamiento del mercado. Como expresamente ha recogido el Abogado General Whal, en sus Conclusiones de 6 de febrero de 2019, en el caso *Skanska*, apartado 50: “...los perjuicios identificados en las demandas de indemnización por daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia son, en realidad, un indicador de las ineficiencias económicas resultantes de la infracción y las consiguientes pérdidas causadas a la sociedad en su conjunto por la disminución del bienestar de los consumidores. En definitiva, por tanto, la función indemnizatoria de una demanda por daños causados por infracción del Derecho de la Competencia continúa, en mi opinión, supeditada a su función disuasoria”.

¹⁷³ Sentencia de 5 de junio de 2014, caso *Kone y otros*, C 557/12, apartado 37: “A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación y a una aplicación del Derecho interno de un Estado miembro consistente en excluir de manera categórica, por motivos jurídicos, que empresas participantes en un cártel respondan civilmente por los daños resultantes de los precios que una empresa no participante en dicho cártel ha fijado, teniendo en cuenta la actuación de dicho cártel, en un nivel más elevado que el que habría aplicado de no existir el cártel”.

componente disuasorio del ilícito y constituye un medio efectivo para asegurar el respeto de las normas sobre competencia. Ahora bien, para conseguir este correcto funcionamiento, con ese componente disuasorio, el papel de los jueces nacionales resulta fundamental y para ello es imprescindible que comprendan que no son jueces de daños sino jueces de competencia, aunque estén resolviendo acciones de daños y perjuicios.

IV. LOS PRINCIPIOS QUE DEBE RESPETAR LA APLICACIÓN PRIVADA DE LA COMPETENCIA: EFECTIVIDAD, EQUIVALENCIA E INTERPRETACIÓN CONFORME.

La plena eficacia del Derecho de la competencia, fundamentalmente de los artículos 101 y 102 TFUE y, en particular, el efecto útil de las prohibiciones 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 competencia¹⁷⁴. Por ese motivo, el legislador europeo y, por extensión, el nacional –como luego se desarrollará– han acabado proclamando que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibida.

El derecho de cualquier persona a solicitar la reparación de tal daño refuerza, en efecto, la operatividad de las normas de competencia de la Unión y puede desalentar los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia, de modo que contribuye al mantenimiento de una competencia efectiva en la Unión Europea¹⁷⁵. Esa función de refuerzo de la operatividad es

¹⁷⁴ Así, entre otras, sentencias *Courage y Crehan*, EU:C:2001:465, apartado 26; *Manfredi y otros*, EU:C:2006:461, apartado 60; *Otis y otros*, C 199/11, EU:C:2012:684, apartado 41, y *Donau Chemie y otros*, C 536/11, EU:C:2013:366, apartado 21.

¹⁷⁵ Ver, sentencias *Courage y Crehan*, EU:C:2001:465, apartado 27; *Manfredi y otros*, EU:C:2006:461, apartado 91; *Pfleiderer*, EU:C:2011:389, apartado 29; *Otis y otros*, EU:C:2012:684, apartado 42, y *Donau Chemie y otros*, EU:C:2013:366, apartado 23.

esencial para conseguir los fines propios del Derecho de la competencia y, por tanto, actúa como un límite en la aplicación privada del Derecho de la competencia realizada por los jueces nacionales.

En consecuencia, en sede de aplicación privada de la competencia las normas aplicables a los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho de la Unión confiere a los “cualquier persona” “perjudicada” no deben ser menos favorables que las relativas a recursos similares de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni deben hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). A este respecto, y específicamente en el ámbito del Derecho de la competencia, estas normas no deben menoscabar la aplicación efectiva de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE¹⁷⁶.

Por ello el artículo 4 de la Directiva 2014/104/UE establece como principio programático de la legislación y jurisprudencia relativa la aplicación privada de la competencia que: “De acuerdo con el principio de efectividad, los Estados miembros velarán por que todas las normas y los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciban y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios, ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia. De acuerdo con el principio de equivalencia, las normas y procedimientos nacionales relativos a las

¹⁷⁶ Como señala PEÑA LOPEZ, F., *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia*, Tirant, 2018, págs. 39 y 40, La Directiva traslada, de este modo, a su texto articulado dos principios que fueron consagrados en la jurisprudencia del TJUE en 1976, en la famosa sentencia Rewe, y precisados por el tribunal europeo en sucesivas resoluciones dictadas a lo largo del tiempo. Estos dos principios, según podemos leer en el considerando 11º de la D 2014/104, están llamados a funcionar como límites a la libertad de la que disfrutaban los distintos derechos nacionales para acomodar las normas contenidas en la Directiva a sus propios principios, conceptos y peculiaridades jurídicas. Dada la trascendencia que el legislador europeo atribuye a estos dos principios en el seno de las normas que regulan la responsabilidad civil por daños derivados de un ilícito antitrust, es conveniente detenerse durante un tiempo en la definición de su contenido y alcance.

acciones por daños derivados de infracciones de los artículos 101 o 102 del TFUE no serán menos favorables a las presuntas partes perjudicadas que los que regulan las acciones nacionales similares por daños causados por infracciones de la normativa nacional”.

Por su parte, el otro principio básico en la interpretación del Derecho de la competencia en su vertiente privada es el de interpretación conforme, que también resulta esencial para el estricto cumplimiento del efecto útil del Derecho de la competencia. Y, en la práctica, éste está siendo uno de los caballos de batalla diaria de los juzgados nacionales en relación con el denominado “cártel de los camiones”.

La interpretación conforme es una figura jurídica hermenéutica que, en este caso, se traduce en la obligación de los jueces nacionales de interpretar el derecho interno a la luz del Derecho europeo, tal y como estableció la Sentencia TJCE de 13 de noviembre de 1990, Caso *Marleasing*, asunto C-106/89.

En lo que interesa, establece el Considerando 12 de la Directiva 2014/104/UE: “La presente Directiva confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, especialmente en relación con la legitimación y la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y no prejuzga ninguna evolución posterior del mismo. Cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por tal infracción puede solicitar resarcimiento por el daño emergente (*damnum emergens*), el lucro cesante (pérdida de beneficios o *lucrum cessans*), más los intereses, con independencia de si en las normas nacionales estas categorías se definen por separado o conjuntamente”. Pero, con arreglo al artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104, los Estados miembros deben asegurarse de que las medidas nacionales adoptadas en virtud del artículo 21 de esta a fin de cumplir con las disposiciones sustantivas de dicha Directiva no se apliquen con efecto retroactivo.

En este sentido, el conflicto jurídico respecto del principio de interpretación conforme en Derecho de la competencia está en si resulta posible interpretar el Derecho nacional conforme a los postulados y reglas de Directiva. Y la respuesta a esta cuestión ha sido resuelta por sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2019, caso Cogeco, asunto C-637/17, en el sentido de que el Derecho nacional no puede interpretarse conforme la Directiva cuando se aplica a unos hechos anteriores.

Ahora bien, ello no significa que el ordenamiento nacional no deba interpretarse conforme al acervo comunitario, fundamentalmente a la jurisprudencia del TJUE, y –en consecuencia- será necesario interpretar el artículo 1902 CC, que ha sido el vehículo a través del cual se canalizaba en nuestro ordenamiento la acción de daños por infracción del 101 y 102 TFUE -hasta la transposición de la Directiva y la instauración del nuevo artículo 71 LCD-, conforme a toda la jurisprudencia europea sobre la materia¹⁷⁷. En virtud del principio de interpretación conforme no es posible interpretar el artículo 1902 CC conforme la Directa, pero sí toda la jurisprudencia del TJUE en la que ésta se inspira.

En efecto, las normas sobre competencia son disposiciones de orden público (Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 31) y cruciales en el funcionamiento del mercado interior, lo que incluye un sistema que garantice que no se falsea la competencia (Protocolo (n. 27) anexo al Tratado sobre mercado interior y competencia). Las normas de Derecho de la Competencia generan derechos y obligaciones para los particulares, ya sean empresas o consumidores. Esos derechos entran a formar parte “del patrimonio jurídico de los particulares” (Asunto C-453/99, Courage y Crehan, Rec. 2001, p. I-6297, apartados 19 y 23; asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 39) y están protegidos

¹⁷⁷ En puridad, no se ejercita la acción del Código civil, tal y como la hemos entendido y configurado, sino la acción de daños del 101 y 102 TFUE, de conformidad con el principio de efectividad (esto subyace en las Conclusiones AG Kokott de 17 de enero de 2019). No es Derecho Nacional sino Derecho Europeo.

por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁷⁸. Por tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen el deber, en virtud del Derecho de la UE, de hacer cumplir estos derechos y obligaciones plena y efectivamente en todo procedimiento ante dichos órganos, con independencia de que no resulte directamente de aplicación la Directiva, ni siquiera a efectos de interpretación, pues sí resulta de aplicación directa, vinculando a los jueces nacionales, la abundante doctrina jurisprudencial del TJUE sobre la materia.

Como conclusión de todo lo dicho, en relación con los principios que inspiran la aplicación privada del Derecho de la competencia hay que destacar que sobre los Estados miembros y sus instituciones –por ejemplo, los jueces que aplican este Derecho- recae la obligación de no formular o aplicar el derecho al pleno resarcimiento por infracción del Derecho de la competencia de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil su ejercicio, por cuanto está garantizado por el TFUE, o de modo menos favorable que el aplicable a acciones nacionales similares. Por tanto, a título ejemplificativo, cuando un Estado miembro establezca en su Derecho nacional otras condiciones para el resarcimiento, tales como la imputabilidad, la adecuación o la culpabilidad, ha de poder mantener dichas condiciones en la medida en que se ajusten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los principios de efectividad y equivalencia, y a la jurisprudencia del TJUE.

V. VINCULACIÓN DE LA APLICACIÓN PRIVADA A LAS RESOLUCIONES DE LA AUTORIDADES COMPETENCIA

En un sistema de competencias paralelas y descentralizado, como el modelo de Derecho de la competencia en Europa, deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar así el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas de

¹⁷⁸ Véase el artículo 17 de la Carta relativo a la protección de la propiedad de los bienes de los particulares; el derecho a la tutela judicial efectiva por infracciones de derechos garantizados por el Derecho de la Unión figura en el artículo 47 de la Carta

competencia comunitarias. Por tanto, el legislador europeo se vio en la necesidad de aclarar los efectos de las decisiones de la Comisión y de los procedimientos en los tribunales y por las autoridades de competencia de los Estados miembros con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ello por cuanto los problemas derivados de esta aplicación paralela de la normativa de competencia por la Comisión y por los órganos nacionales fueron puestos de manifiesto por la Sentencia del TJCE 14 diciembre 2000, caso Masterfoods¹⁷⁹.

Para cerrar cualquier interpretación posible, el artículo 16 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, estableció en su apartado primero que: “Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado...”. En consecuencia, en relación con las resoluciones de las autoridades europeas, desde el Reglamento 1/2003 la vinculación de los jueces nacionales en el ámbito de la aplicación privada de la competencia opera tanto respecto de la determinación de los hechos, como de la valoración jurídica.

Pero esta vinculación no operaba respecto del resto de resoluciones de otras autoridades de competencia. Por ello el artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE estableció que: “1. Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere

¹⁷⁹ Sobre el efecto vinculante, por todos, SANCHO GARGALLO, I. “El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades de competencia”, en *Acciones Follow On. Reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 107 y ss.

irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia”. Por tanto, actualmente, con el nuevo artículo 75 LDC el debate sobre la vinculación de los jueces en sede de aplicación privada de la competencia a las resoluciones de las autoridades administrativas de competencia nacionales ya está cerrado.

Pero, hasta ese momento, el debate ha sido intenso, aunque la Sala Primera del TS ya había marcado el camino en su famosa sentencia núm. 651/2013, de 7 de noviembre, y más contundentemente en la Sentencia núm. 634/2014, de 9 de enero de 2015, resolviendo sobre la vinculación de un pronunciamiento de la autoridad de la competencia nacional, revisado por sentencia firme de un tribunal contencioso-administrativo, ante la ausencia de un precepto como el artículo 16.1 Reglamento UE 1/2003¹⁸⁰. En ellas se observa cómo, incluso para el ámbito nacional, sin una norma como el artículo 16 del Reglamento 1/2003 ni el artículo 75 LDC, cuando la resolución judicial que resolvía un procedimiento contencioso nacional de competencia era firme, la jurisprudencia del Tribunal Supremo proclamaba la vinculación de la jurisdicción civil a los

¹⁸⁰ “Bajo la normativa actualmente en vigor, no existe ninguna norma legal que, de forma equivalente al art. 16.1 RCE 1/2003 respecto del carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea, disponga que las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales, en nuestro caso la Comisión Nacional de la Competencia (en la actualidad, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), vinculen necesariamente al tribunal del orden jurisdiccional civil en el enjuiciamiento de las acciones civiles basadas en las mismas conductas, en este caso en la apreciación de la nulidad del pacto contractual declarado contrario a la Competencia.

Una decisión de la Comisión Nacional de la Competencia como la que dictó el 14 de abril de 2010 es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no impedía a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque pudiera constituir un instrumento de convicción de gran autoridad. Pero como la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la ilicitud del pacto entre empresas contenido en la cláusula quinta del contrato fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil (incluye el mercantil, en cuanto forma parte de este orden jurisdiccional civil) que debe pronunciarse sobre la nulidad de aquella cláusula. Esta previa resolución contencioso administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil.

Por esta razón, hemos de partir de que el pacto entre empresas que contiene la cláusula quinta es contrario al art. 1 LDC y al art. 1 TFUE...”.

hechos y calificación jurídica declarada en la jurisdicción contencioso-administrativa.

VI. PRESUPUESTOS DE LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las acciones de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia son acciones de daños con particularidades derivadas de su naturaleza, pero son acciones de daños, y como en toda acción de daños los presupuestos para su reconocimiento son la antijuridicidad, el nexo causal y el daño.

El artículo 3 de la Directiva hace referencia a dos de ellos. El apartado primero se refiere a la antijuridicidad: “1. Los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio”. Por tanto, es requisito indispensable para el reconocimiento judicial del derecho al pleno resarcimiento la previa declaración de infracción del Derecho de la Competencia¹⁸¹. Por su parte, el apartado tercero se refiere al daño –no a su prueba ni cuantificación, sino a su contenido–: “2. El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses”.

En cambio, el requisito más complejo de todos, la relación de causalidad, no está regulada en la Directiva, sino que ésta se limita a señalar que aquellos ordenamiento que establezcan en su Derecho nacional otras condiciones para el resarcimiento, tales como la imputabilidad, la adecuación o la culpabilidad, ha de poder mantener

¹⁸¹ Téngase en cuenta lo indicado sobre el efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades de competencia.

dichas condiciones en la medida en que se ajusten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los principios de efectividad y equivalencia, y a la propia Directiva. Y, como ahora se comprobará, el nexo causal en este ámbito, atendido el margen que la Directiva le deja, presentará rasgos propios¹⁸².

Como ha señalado la doctrina, en el ámbito de las acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia la causalidad presenta un carácter esencialmente probabilístico, hasta el punto de afirmar – probablemente con razón– que el régimen de responsabilidad por daños derivados de la infracción antitrust exige entender acreditado el requisito de la causalidad a través de la prueba en términos de probabilidades¹⁸³.

Ello puede llegar a chocar con la posición tradicional del daño del TS y de algunas Audiencias Provinciales, relativa a la «certeza del daño». Según ésta posición sólo deberá resarcirse un perjuicio en caso de que no existan dudas sobre su realidad, y que excluye del ámbito del daño resarcible a aquellos perjuicios que son meramente eventuales o probables. En efecto, la posición clásica del Alto Tribunal es que la causalidad de los daños emergentes debe ser totalmente cierta (su prueba debe ser plena), mientras que las de los lucros cesantes, debido a su carácter hipotético, admitiría una prueba "menos exigente", pero consistente en acreditar una probabilidad "rayana en la certeza"¹⁸⁴.

Esta posición “determinista” del TS parece contraria al Derecho europeo. Y ello porque el principio de efectividad prohíbe que el régimen de la acción de responsabilidad por daños se conciba de modo que el

¹⁸² Como señala PEÑA LOPEZ, F., *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 125: al efecto de valorar la adecuación del concepto de causalidad propio del derecho de daños español a los requerimientos del principio de efectividad, debemos tener en cuenta una cuestión adicional. Tanto la forma de ser de los ilícitos antitrust, como las consecuencias perjudiciales que típicamente se derivan de los mismos, provocan que el problema del nexo causal en este ámbito presente caracteres peculiares. Estas peculiaridades, como el propio concepto de causalidad en el derecho de daños, tienen un componente fáctico y un componente jurídico (que suele pasar más desapercibido).

¹⁸³ Para un detenido estudio, PEÑA LOPEZ, F., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 125 y ss.

¹⁸⁴ PEÑA LOPEZ, F., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 129 y 130.

derecho al resarcimiento de las víctimas sea prácticamente imposible o excesivamente difícil y resulta evidente que una concepción determinista de la causalidad impediría -o haría extraordinariamente difícil- a los potenciales perjudicados obtener el resarcimiento de los daños, en contra de las exigencias del principio de efectividad¹⁸⁵. Por tanto, los jueces españoles deben de abrirse a una configuración más flexible del requisito de causalidad en el ámbito de la aplicación privada del Derecho de la Competencia. Ello está directamente relacionado con el carácter amplio del concepto “cualquier persona” “perjudicada”, que se analizará a continuación y con la naturaleza disuasoria del derecho de la competencia.

VII.- EL “PERJUDICADO” EN LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El carácter disuasorio del régimen de responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia deja su impronta en el primer concepto que debe ser analizado: la legitimación activa, esto es, ¿quién puede solicitar el pleno resarcimiento del daño? El artículo 3 de la Directiva 2014/104/UE es claro cuando establece que los Estados miembros velarán por que “cualquier persona” física o jurídica “que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia” pueda reclamar y obtener el “pleno resarcimiento” de dicho perjuicio¹⁸⁶.

¹⁸⁵ PEÑA LOPEZ, F., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 132.

¹⁸⁶ El término “cualquier persona” fue el escogido por el TJUE en la sentencia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, caso Courage, apartados 22 y 26. El artículo 3 de la Directiva 2014/104/UE, por tanto, viene a confirmar el acervo europeo establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos Courage y Manfredi. Cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia puede solicitar resarcimiento por el daño emergente (*damnum emergens*), el lucro cesante (pérdida de beneficios o *lucrum cessans*), más los intereses, con independencia de si en las normas nacionales estas categorías se definen por separado o conjuntamente. El pago de intereses se configura, como ya había dicho la jurisprudencia europea, como un elemento esencial del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos. Exigiéndose desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización. Ello sin perjuicio de que en el Derecho nacional esos intereses se califiquen de intereses compensatorios o de demora. Y de que se tenga en cuenta el transcurso del tiempo como categoría independiente (interés) o como parte constitutiva de la pérdida experimentada

Así configurado, el derecho al resarcimiento se reconoce –legitimación activa- a cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia.

Como ya se ha indicado anteriormente y será objeto de mayor desarrollo a continuación, la jurisprudencia del TJUE en este punto diluye significativamente las categorías de imputabilidad, en especial la relación de causalidad. Ni la jurisprudencia europea ni la Directiva introducen restricciones de causalidad, sino todo lo contrario, se atribuye legal y jurisprudencialmente legitimación a quién no puede vincular directamente su daño de una cadena de causalidad originada por el ilícito *antitrust*, esto es, por el cartel o abuso de posición dominante. Esto hace que los jueces tengan que comprender que, en este ámbito, no sirven las doctrinas jurisprudenciales tradicionales sobre causalidad en Derecho de Daños creadas en el marco de los Derechos nacionales. Una posición estricta, clásica del Derecho de Daños de corte nacional, respecto del nexo causal en este ámbito puede tener como consecuencia la desestimación de muchas demandas de daños, por no acreditación de este presupuesto, lo que puede llegar a ser contrario al efecto útil de la prohibición del TFUE, con lo que ello significa.

1.- Particularidades del concepto “cualquier persona”

Esta última idea apuntada no es una cuestión menor, pues antes de entrar a analizar cómo se ha configurado la legitimación activa por la Directiva y la jurisprudencia del TJUE resulta imprescindible realizar una primera apreciación esencial: el amplísimo término utilizado por

o de la pérdida de beneficios. Por ello, y siendo completamente positivo el reconocimiento expreso del derecho a ser resarcido con los intereses, la ausencia de una unificación respecto del tipo de interés a abonar, nos lleva a la conclusión de que éste será un elemento que contribuirá al *forum shopping* en aquellos ilícitos *antitrust* en los que los daños se manifiesten en varios Estados miembros. A estos efectos resulta interesante la consulta del EUI Working Paper LAW 2016/11, titulado “*EU law and interest on damages for infringements of competition law – A comparative report*”, editado por Giorgio Monti y disponible on-line.

Directiva, “*cualquier persona*” que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia, tiene una primera consecuencia muy relevante: el concepto “*cualquier persona*” adquiere la condición noción de Derecho europeo que sólo el Tribunal de Justicia está cualificado para interpretar en última instancia.

En efecto, la determinación de qué personas pueden solicitar el pago de la indemnización por los daños ocasionados por una infracción del Derecho de la Competencia es un requisito constitutivo de la responsabilidad regulado por el Derecho de la Unión. La delimitación de las personas que pueden solicitar la indemnización no es una cuestión referente a los detalles de la aplicación concreta de una demanda de indemnización o una norma reguladora de la aplicación efectiva del derecho a solicitar la reparación, que atribuiría competencia para su delimitación o configuración a los Estados Miembros. Sino que la concreción de la persona que tiene derecho a solicitar la reparación de los daños causados por la infracción del Derecho de la Competencia de la Unión se rige directamente por el Derecho de la Unión y, por tanto, su desarrollo y configuración jurisprudencial corresponde al TJUE.

Ello en tanto que los requisitos constitutivos de la responsabilidad deben ser uniformes en todos los Estados Miembros. Lo contrario podría limitar significativamente el derecho a solicitar la reparación. La aplicación de criterios diferentes entre los Estados miembros sobre una cuestión fundamental que afecta de forma directa a la propia existencia del derecho reclamar una indemnización no solo sería contraria a una de las aspiraciones básicas del Derecho de la Competencia de la Unión, que consiste en crear un marco uniforme para todas las empresas que operan en el mercado interior, sino que afectaría desfavorablemente a la función disuasoria de las demandas de indemnización por daños y perjuicios y, en consecuencia, a la efectividad del Derecho de la Competencia de la Unión, que como se ha visto es un objetivo al que el TJUE ha atribuido especial énfasis en su jurisprudencia.

Que la Directiva, siguiendo la estela marcada por el TJUE, ha querido dejar claro que estamos en una sede donde la relación de causalidad, entendida en sentido tradicional, queda muy diluida, se observa en la ubicación sistemática de determinados conceptos. El término “cualquier persona” no es sinónimo de “comprador directo” ni “indirecto”¹⁸⁷, sino que de una lectura conjunta de los artículos 1, 2 –puntos 2, 6, 23 y 24-, 3, 11 –apartados 2 y sobre todo 4, letra b-, 14 y 15 de la Directiva, así como del propio acervo jurisprudencial del TJUE, se concluye que tienen legitimación activa no sólo los compradores “directos” e “indirectos” de los infractores, sino cualquier otra “parte perjudicada”. Esto es “la persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia”. La imputación de responsabilidad del infractor frente a un comprador indirecto es, por definición, una relajación del requisito de causalidad.

La Directiva y el TJUE han querido reconocer legitimación activa a todo aquel que pueda acreditar que ha soportado daño producido, directa o indirectamente, por el ilícito anticoncurrencial. Y se lo reconocerá a quién acredite que lo ha retenido en su patrimonio. Ello sólo se comprende si se tiene presente el carácter disuasorio de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. No hay que caer en errores dialécticos interesados que complican la *ratio* de la norma. El título que se posea, incluso su configuración jurídico-privada, es irrelevante a estos efectos. El término “cualquier persona” no se detiene en el título que se posea, por ejemplo, compra-venta (incluidas segundas compras), leasing (con o sin opción de compra), renting, etc. Lo relevante para el reconocimiento de los daños por infracción del Derecho de la Competencia es demostrar que se ha soportado y retenido parte del perjuicio derivado directa o indirectamente de un ilícito *antitrust*

¹⁸⁷ Según el artículo 2 de la Directiva, se entiende por “comprador directo”: una persona física o jurídica que haya adquirido directamente de un infractor productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la Competencia; y por “comprador indirecto”: una persona física o jurídica que haya adquirido no directamente del infractor sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la Competencia, o productos o servicios que los contengan o se deriven de ellos.

(*passing-on* espada). Ello se corrobora en la creación jurisprudencial de lo que se ha venido a denominar la doctrina del “efecto paraguas”, en la importante Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2014, caso Kone, asunto C-557/12.

2.- El caso Kone: el efecto paraguas

En el caso Kone el TJUE declaró que las “víctimas” del “efecto paraguas”, esto es, cualquier persona que sufrió “indirectamente” un perjuicio por el incremento de precios resultante de una infracción del artículo 101 TFUE, pueden solicitar la reparación de ese perjuicio mediante una demanda civil por daños¹⁸⁸ –apartado 34-. Y consideró que el artículo 101 TFUE se opone a una norma nacional sobre causalidad que excluya de manera categórica la posibilidad de solicitar la reparación del daño ocasionado por el efecto paraguas –apartado 37-.

En efecto, el TJUE ha declarado que la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («*umbrella pricing*») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Para un completo análisis, por todos, OLMEDO PERALTA, E., “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (“umbrella pricing”): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *La Ley Mercantil*, núm. 7, 2014.

¹⁸⁹ Ahora bien, como ha puesto de manifiesto ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El carácter expansivo del daño causado por los cárteles y el juego de las presunciones (II): el efecto paraguas” -disponible on-line-: La intensidad del “efecto paraguas”, sin embargo, puede variar dependiendo de factores como el tipo de competencia existente en el mercado (basada en la cantidad o en el precio, en cuyo caso dependerá del tamaño del mercado afectado por el cártel), el grado de homogeneidad del producto (mayor en el caso del azúcar o el papel –en el que, si no hay restricciones de la capacidad productiva, será igual que el del cártel- que en el de los concesionarios de automóviles, puesto el grado de sustituibilidad es mayor) el poder de mercado del vendedor (mayor si se limita a seguir el precio de mercado que si tiene capacidad para influir en el precio),

Ello supone tambalear los cimientos de la causalidad entendida desde una perspectiva estrictamente de Derecho de Daños. El daño causado por un efecto paraguas sobre los precios es consecuencia de una decisión independiente sobre precios adoptada por una persona que no participa en el comportamiento anticompetitivo impugnado. Dicha decisión puede afectar a un enorme número de personas. Y todas ellas entran dentro del término “cualquier persona”, creado por el TJUE en el caso *Courage* e institucionalizado por la Directiva. Como resultado de ello, se incrementa considerablemente el número de personas con derecho a exigir indemnización por daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia de la Unión directamente. Y es por ello por lo que el caso *Kone* constituye un hito para consolidar la función disuasoria de la responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia.

Además, en esta sede es especialmente relevante el Considerando 11 de la Directiva en el que se afirma que todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, incluidas las relativas a aspectos no abordados en la Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y los daños y perjuicios, han de observar los principios de efectividad y equivalencia¹⁹⁰. Ello quiere decir que no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE, o de modo menos favorable que las aplicables a acciones nacionales similares. Cuando un Estado miembro establezca en su Derecho nacional otras condiciones para el resarcimiento, tales como la imputabilidad, la adecuación o la

o de la competencia existente en el mercado descendente de los compradores directos (mayor cuanto menor sea el poder de compra de éstos). Motivo por el que concluye que la presunción establecida en el artículo 17.2 de la Directiva 2014/104/UE –“*las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios*”- probablemente no alcanza al efecto paraguas, al que –a diferencia de los compradores indirectos- aquélla no se refiere expresamente. Corresponde al comprador del competidor de los cartelistas perjudicado por éstos demostrar la existencia y la cuantía de estos daños causados por cártel.

¹⁹⁰ Sobre el polémico y complejo requisito de “causalidad”, proclamado por el Tribunal de Justicia en el caso *Manfredi*, apartado 64, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *La función normativa...*, cit., págs. 1118 y 119.

culpabilidad, ha de poder mantener dichas condiciones en la medida en que se ajusten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los principios de efectividad y equivalencia, y a la Directiva. Es cierto que en el caso Kone el TJUE se abstuvo de dar una definición positiva del concepto de «relación de causalidad» a efectos del Derecho de la Unión y dejó el desarrollo del significado del concepto a la jurisprudencia futura, consciente de que en algún momento –más pronto que tarde- tendrá que entrar a fondo¹⁹¹. Con todo, el caso Kone deja marcado el camino por donde seguirá la futura jurisprudencia del TJUE.

Lo más trascendente de todo ello es que así configurado el término “cualquier persona” por la doctrina del efecto paraguas parece que el mismo engloba, además de los compradores directos e indirectos: por una parte, compradores del mismo producto cartelizado de una marca que no participó en el cartel, pero que como consecuencia de la existencia del mismo también subió precios; y por otra, terceros de un mercado no cartelizado al que los compradores directos o indirectos le han subido el precio. Téngase en cuenta que la Directiva define al comprador indirecto como una persona física o jurídica que haya adquirido no directamente del infractor sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la Competencia, o productos o servicios “que los contengan o se deriven de ellos”. El concepto “se deriven de ellos” acabará teniendo que ser concretado por el TJUE. Pero, parece que, por ejemplo, aplicando estos conceptos al famoso “cártel de los camiones” sería comprador indirecto

¹⁹¹ Esta será la clave en la Cuestión Prejudicial planteada, con fecha de 29 de junio de 2018, en el asunto C-435/18, en la que se pregunta si: “¿Deben interpretarse el artículo 85 TCE, el artículo 81 CE o el artículo 101 TFUE en el sentido de que, para preservar la plena efectividad de dichas disposiciones y la efectividad práctica de la prohibición que de ellas resulta, es necesario también que puedan exigir una indemnización a los participantes en un cártel las personas que, aun sin operar como ofertantes o demandantes en el mercado material y territorialmente pertinente afectado por el cártel, actúan en virtud de la legislación vigente como entidades de fomento concediendo préstamos en condiciones favorables a los demandantes de los productos que se ofertan en el mercado afectado por el cártel y cuyo perjuicio consiste en que el importe de los préstamos concedidos como un porcentaje del coste de los productos excede el que se habría concedido en ausencia del pacto colusorio, por lo que no pudieron invertir las sumas correspondientes y obtener el consiguiente beneficio?”.

quién compra un camión cartelizado de “segunda o tercera mano”; pero sería perjudicado, en el sentido de “cualquier persona”, que no de “comprador indirecto”, las personas a las que le han subido los servicios de transporte como consecuencia de que el comprador directo o indirecto haya subido sus precios de prestación de servicios como consecuencia de la subida de precios acordada en el cártel¹⁹².

3.- El caso *Courage*: la posición del distribuidor.

Actualmente se discute ante los tribunales nacionales si la legitimación de un distribuidor oficial de una marca que ha participado en un cartel es legitimado activo o pasivo. Y, lo cierto, es que esta cuestión ya ha sido resuelta por el TJUE en el caso *Courage*, aunque ha pasado algo desapercibido. En efecto, en el marco de las relaciones verticales, el concepto “cualquier persona” incluye al “comprador-distribuidor” al que se incorporan en su contrato cláusulas contrarias al Derecho de la Competencia. El TJUE ha reconocido que el distribuidor independiente (concesionario) es el primer comprador y que, por tanto, tiene legitimación en la acción de daños: pero no la pasiva, sino la activa.

En efecto, la amplitud con la que se configura la acción de daños por infracción del Derecho de la Competencia tiene como consecuencia que, en el marco de las relaciones verticales, el concepto “*cualquier persona*” incluya también al “*comprador-distribuidor-licenciatarío*” al que se

¹⁹² Esta calificación jurídica es de la máxima trascendencia, por cuanto significa que a efectos de la doctrina del *passing-on*, esto es, la transmisión de sobrecoste, el hipotético sobrecoste del transportista a un cliente final es irrelevante en el litigio entre transportista y empresa infractora. El sobrecoste del cliente del transportista está en el marco del efecto paraguas. La doctrina del *passing-on* opera en la relación compradores directos e indirectos, pero no respecto de la doctrina del efecto paraguas. La doctrina del *passing-on*, por tanto, opera cuando se trata de compradores a los que se les traslada el sobrecoste aplicado al producto o servicio cartelizado, pero no opera cuando el sobrecoste incide en la política de precios del perjudicado –comprador directo o indirecto- respecto de sus clientes que operan en un mercado distinto del cartelizado. Esta parece ser la posición adoptada por el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.3 de Valencia, de 17 de diciembre de 2018. Sobre el *passing-on* y su complejidad, por todos, ESTEVAN DE QUESADA, C., “La repercusión de sobrecostes y cuantificación del perjuicio en las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia”, *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Tirant, 2018, págs. 291.

incorporan en su contrato cláusulas contrarias al Derecho de la Competencia.

Ahora bien, la jurisprudencia, que admite el derecho de todo interesado, incluido el impulsor de la cláusula, a solicitar la declaración de nulidad de la cláusula, en materia de efectos materiales de la declaración nulidad configura el derecho a la indemnización sometiéndolo a determinados requisitos¹⁹³. Es decir, en estos supuestos existe un derecho a la indemnización, pero este no es absoluto. Quien invoca el derecho a ser indemnizado por haber sufrido un perjuicio derivado de la infracción de una norma de Defensa de la Competencia en el marco de una relación vertical de la que ha sido parte deberá acreditar tres circunstancias.

La primera, que el perjudicado se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte. Segunda, que dicha posición tiene como consecuencia que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía. Y tercera, aunque directamente relacionada con la anterior, deberá acreditar que utilizó a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición.

Si se cumplen todos estos requisitos, procede el derecho a ser indemnizado aun cuando el perjudicado sea parte del contrato que incorpora la restricción de la competencia. En caso contrario, si no se cumplen estos requisitos, procederá la declaración de nulidad de pleno derecho de la infracción del Derecho de la Competencia, pero no procederá el derecho a la indemnización.

El tercero de los requisitos, esto es, que el perjudicado acredite que utilizó a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición para atacar la infracción, es, por su propia naturaleza, el que

¹⁹³ En este sentido se pronunció el TJUE en el caso *Courage*, punto 33.

mayor conflictividad puede generar. El tiempo y el momento en el que se ejerciten las acciones, por tanto, se convierten en un elemento clave.

Es cierto que en el marco de la nulidad de pleno derecho por infracción de norma imperativa ex artículo 6.3 Cc, en la medida en que la causa de nulidad es normativa, en concreto las normas de Defensa de la Competencia, no resulta de aplicación el límite del abuso de derecho o de los actos propios¹⁹⁴. Ello tiene como consecuencia que incluso quién ha sido parte durante mucho tiempo de un negocio jurídico declarado nulo por infracción del Derecho de la Competencia pueda reclamar los daños y perjuicios derivados de la infracción, sin que le sean oponibles las doctrinas sobre el abuso del derecho o los actos propios. Pero una cosa es que no resulte de oponible el abuso de derecho o los actos propios, y otra es que no se cumplan los requisitos para el reconocimiento del derecho a la indemnización¹⁹⁵.

La jurisprudencia demuestra que en no pocas ocasiones, en el marco de acuerdos verticales, el recurso a la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia se solicita como medio de defensa frente a pretensiones de incumplimiento o como instrumento para desligarse del negocio jurídico. Es decir, el Derecho de la Competencia se utiliza fines

¹⁹⁴ En este sentido, SANCHO GARGALLO, I., “Aplicación privada de las normas antitrust”, *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad* (dir. García-Cruces), Tirant lo blanch, 2014, T. I, pág. 917; y, siguiendo a éste, VELA TORRES, P.J., “La experiencia de la sala primera del Tribunal Supremo en aplicación privada de la competencia”, *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE* (Dir. RUIZ PERIS), Thomson-Aranzadi, 2016, págs. 58 y 59.

¹⁹⁵ Sobre la doctrina de los actos propios en el ámbito de la nulidad de los acuerdos restrictivos, en extenso, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., págs. 386 a 388. Como señala la autora, se discute si resulta procedente admitir que la nulidad absoluta se empele como mecanismo de defensa por quienes han concurrido en la celebración de la conducta ilícita; o si en cambio, una solución semejante sería contraria al principio de buena fe, puesto que en el ámbito del Derecho civil aquél que ha creado una situación de una confianza y unas expectativas (razonables y legítimas) en su contraparte a través de la ejecución de un comportamiento inequívoco, no puede luego sustraerse de dicha conducta ni de sus efectos: “venire contra factum proprium non valet”. Concluyendo que las conductas restrictivas de la competencia siendo nulas ipso iure, no crean obligaciones ni entre las partes ni frente a terceros y, por tanto, no pueden hacerse valer como actos propios. Hacerlo resultaría contrario a la norma de prohibición.

que no le son propios, llegando, en algunos casos, a una peligrosa “instrusmentalización” del Derecho de la Competencia.

Al bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia, el mercado, le resulta indiferente los fines de quién solicita la declaración de una infracción de la norma imperativa. Se trata de una ineficacia absoluta y, por tanto, la legitimación es *erga omnes*. Pero, en cambio, en materia de los efectos materiales de la nulidad, y en particular en materia de daños y perjuicios, en tanto que se satisface un interés particular, el del perjudicado, si es posible establecer límites. En este sentido, el tercer requisito exigido por la jurisprudencia, como límite reconocimiento del derecho a la indemnización, tendrá un efecto muy relevante en el marco de acuerdos verticales.

De ello se concluye que todos aquellos que, siendo parte de un acuerdo vertical con obligaciones contrarias a las normas de Defensa de la Competencia, sólo invocan su infracción en defensa de un interés particular, tras años estricto cumplimiento de la obligación u obligaciones nulas, en no pocas ocasiones no tendrán derecho a la indemnización por infracción del Derecho de la Competencia por no cumplirse el tercer requisito jurisprudencialmente exigido: que el perjudicado acredite que utilizó a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición para atacar la infracción.

Dicho ello, procede analizar los supuestos típicos en los que junto a la solicitud de declaración de nulidad se ejercita la acción de daños y perjuicios en el marco de los acuerdos verticales. Teniendo presente que, en este ámbito, a diferencia de lo que ocurre con los cárteles, no existe una presunción de daño, y que resulta de aplicación la doctrina del *passin-on*¹⁹⁶.

¹⁹⁶ En este sentido, resulta de interés la STS núm. 641/2012, de 6 de noviembre de 2012, en cuyo Fundamento Jurídico quinto se estableció que: “El motivo debe ser estimado en la primera cuestión que plantea, pues habiéndose probado que “Zero Set S.L” vendió habitualmente por encima del precio que fijaba Petrocat, contribuyendo así al perjuicio de los consumidores finales, tomar como referencia exclusivamente la diferencia entre el precio pagado a Petrocat por los suministros y el que habría pagado si no hubiera existido el pacto de exclusiva redundaría en indemnizar unos daños y

En el marco de una cláusula de fijación de precio de reventa, como precio único, el lucro cesante derivado de la fijación del precio requiere que se pruebe que el distribuidor o el licenciataria, utilizando otro precio distinto del fijado, que necesariamente deberá ser un precio de mercado, hubiese sido más competitivo. Se trata de una cuestión pericial que sólo mediante prueba podrá probarse. Si bien, en este punto conviene recordar que, si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios, pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños.

Por su parte, en el marco de una fijación de precios mínimos, sólo habrá daños si la política de precios del distribuidor o licenciataria hubiese estado siempre en dicho mínimo fijado. Es decir, en los supuestos de fijación de precios mínimos en lo que el distribuidor ha seguido una política de precios por encima del mínimo, por ejemplo, siguiendo el precio de venta recomendado, la fijación de un precio mínimo no puede haber producido daño, sin perjuicio de que la cláusula sea nula.

VIII.- EL RESPONSABLE EN LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En relación con la legitimación pasiva, y aunque no lo recoge expresamente la Directiva 2014/104/UE, de la lectura conjunta de la Directiva se concluye que sólo pueden ser “responsables” de los daños causados por ilícito antitrust los calificados jurídicamente como “infractor” en resolución firme de una autoridad de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente. Lo que según el artículo 2.2 de la Directiva 2014/104/UE será “*la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la Competencia*”.

perjuicios inexistentes, precisamente porque "Zero Set S.L" los evitó repercutiéndolos en los clientes finales”.

En efecto, aunque no se prevé expresamente, todo el sistema de responsabilidad por daños configurado en la Directiva se cimienta sobre la regla de que es “responsable” la “empresa” declarada “infractora”¹⁹⁷. Así se ha pronunciado expresamente el TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2019, caso Skanska, apartado 31: *“Pues bien, habida cuenta de que la responsabilidad del perjuicio resultante de las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia tiene carácter personal, incumbe a la empresa infractora responder del perjuicio causado por la infracción”*.

La consecuencia de esta calificación es de la máxima importancia y es lo que dota de singularidad la legitimación pasiva en este ámbito respecto al Derecho de Daños tradicional, como veremos a continuación. Ello por cuanto supone incluir en el ámbito del Derecho de Daños toda la teoría del concepto “empresa” creada en el ámbito de la aplicación pública del Derecho de la Competencia y que, como veremos, diluye las categorías de imputación en el Derecho de la Competencia.

Al igual que ocurre con el concepto “cualquier persona”, el concepto “responsable” es una noción de Derecho Europeo que, en última instancia, el TJUE está calificado para interpretar. La determinación de qué personas son responsables del pago de la indemnización por los daños ocasionados por una infracción del Derecho de la Competencia es un requisito constitutivo de la responsabilidad regulado por el Derecho de la Unión, cuya interpretación debe ser uniforme a fin de no perjudicar la función disuasoria de la responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia. En este sentido se ha pronunciado expresamente el TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2019, caso Skanska¹⁹⁸.

¹⁹⁷ En este sentido resulta mucho más clara la redacción del nuevo artículo 71.1 LDC que establece expresamente que: *“Los infractores del Derecho de la Competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados”*.

¹⁹⁸ Apartado 28: *“No obstante, como ha señalado, en esencia, el Abogado General en los puntos 60 a 62 de sus conclusiones, la cuestión de la determinación de la entidad obligada a reparar el perjuicio causado por una infracción del artículo 101 TFUE se rige directamente por el Derecho de la Unión”*.

Como indicaba el Abogado General Wahl en sus conclusiones de 6 de febrero de 2019, posición que ha seguido el TJUE, la determinación de las personas responsables del pago de la indemnización es “*la otra cara de la moneda*” del derecho a solicitar la reparación de los daños causados por la infracción del Derecho de la Competencia de la Unión. En efecto, la existencia de un derecho a solicitar reparación en virtud del artículo 101 TFUE presupone el incumplimiento de una obligación jurídica y también presupone la existencia de un responsable de ese incumplimiento. La determinación de las personas responsables, por tanto, afecta directamente a la existencia misma del derecho a reclamar una indemnización. Por consiguiente, en una demanda civil de indemnización por daños y perjuicios presentada ante un tribunal nacional, los responsables del pago de la indemnización por el daño ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia de la Unión han de ser determinados con arreglo al Derecho de la Unión, a la luz del artículo 101 TFUE o, en su caso, del artículo 102 TFUE y su jurisprudencia. Ello es lo que dota de singularidad y completa autonomía al concepto “responsable” en esta sede, tal y como se analiza a continuación.

1.- El concepto “empresa infractora”

El punto de partida para desarrollar este apartado se encuentra en el apartado 47 de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019, caso Skanska: “*De ello se deduce que el concepto de «empresa», en el sentido del artículo 101 TFUE, que es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, no puede tener un alcance diferente en el ámbito de la imposición por la Comisión de multas con arreglo al artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 y en el de las acciones por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión*”. Éste es, sin duda, uno de los pronunciamientos más relevantes del TJUE en sede de daños y competencia por lo que conlleva desde la perspectiva de la ampliación del término responsable.

En efecto, del tenor del artículo 101 TFUE, apartado 1, se desprende que los autores de los Tratados optaron por utilizar el concepto de «empresa» para designar al autor de una infracción de la prohibición establecida en esta disposición¹⁹⁹. De las consideraciones anteriores se concluye, por tanto, que las entidades obligadas a reparar el perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE son las empresas que hayan participado en el acuerdo o práctica ilícita, en el sentido de esta disposición, esto es, tomando en consideración toda la teoría del concepto empresa construida por el TJUE en sede de aplicación pública de la Competencia.

Hecha esta precisión, procede señalar que de reiterada jurisprudencia se desprende que el “concepto de empresa” en el sentido de los artículos 101 y 102 TFUE comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado, por un lado, que en este mismo contexto debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas; y, por otro lado, que, cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción²⁰⁰.

En ese sistema, la responsabilidad recae sobre los activos económicos, en lugar de sobre una determinada personalidad jurídica. La construcción de la personalidad jurídica tradicional del Derecho Privado, fundada en los patrimonios separados, se diluye también en el ámbito del Derecho de la Competencia. Desde un punto de vista económico, por tanto, la misma empresa que cometió la infracción es considerada

¹⁹⁹ En este sentido, la sentencia TJUE de 27 de abril de 2017, caso Akzo Nobel y otros/Comisión, C 516/15 P, apartado 46.

²⁰⁰ Así, entre otras, Sentencias del TJUE de 27 de abril de 2017, caso Akzo Nobel y otros/Comisión, C 516/15 P, apartado 48; de 20 de enero de 2011, caso General Química y otros/Comisión, C 90/09 P, apartados 34 a 36; y de 11 de diciembre de 2007, caso ETI y otros, C 280/06, apartado 38.

responsable tanto de las sanciones públicas como de los daños conforme al Derecho privado²⁰¹. En consecuencia, la imputación de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia tiende a superar los criterios de limitación de responsabilidad de la personalidad jurídica. Para la imputación jurídica de la actividad concurrencial en esta sede no resulta decisiva la de personalidad jurídica, sino la unidad económica. Ello permite atribuir, entre otros, responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia, en determinadas circunstancias y sin que exista una relación de causalidad en sentido estricto entre demandante y demandado, a las matrices por los daños causados por sus filiales infractoras, a las filiales por los daños causados por las matrices, y a las empresas absorbentes los daños causados por las empresas absorbidas, como ahora analizaremos. Por último, nos referiremos a la imputación de responsabilidad de las empresas facilitadoras en tanto que empresas “infractoras”.

2.- La responsabilidad en la relación matriz-filial

En el ámbito de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia las matrices puede ser sujetos responsables, en los términos que se indican a continuación, por los daños causados por sus filiales como consecuencia de la infracción. En efecto, en el ámbito de la aplicación pública del Derecho de la Competencia, la imputabilidad a la sociedad matriz del comportamiento infractor de las filiales es doctrina consolidada del TJUE.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el comportamiento infractor de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica distinta, esa filial no determine de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplique, esencialmente, las instrucciones que le

²⁰¹ Como ha señalado el Abogado General Wahl en sus conclusiones de 6 de febrero de 2019, apartado 80: “Habida cuenta de que la aplicación en el ámbito público y en el ámbito privado son complementarias y constituyen partes integrantes de un todo, una solución en virtud de la cual la interpretación del concepto de «empresa» fuera diferente dependiendo del mecanismo utilizado para la aplicación del Derecho de la Competencia de la Unión sería simplemente indefendible”.

imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas²⁰². Esto es así porque, en una situación como la descrita, la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y constituyen, por tanto, una sola empresa a efectos del Derecho de la Competencia de la Unión.

Además, en el caso específico de que la sociedad matriz posea la totalidad o la cuasi totalidad del capital de la filial que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia de la Unión, existe una presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva en su filial²⁰³. Y, por tanto, una presunción como ésta implica, salvo que se logre destruirla, que se considera acreditado el ejercicio efectivo de una influencia determinante por la sociedad matriz sobre su filial y permite estimar que la primera es “responsable” del comportamiento de la segunda sin tener que aportar ninguna prueba adicional²⁰⁴.

Esta doctrina jurisprudencial ha tenido su reflejo legal, aprovechando la trasposición de la Directiva 2014/104/UE -que es una Directiva de mínimos-, en algunos Estados Miembros, como es el caso de Portugal²⁰⁵ y España, en cuyo nuevo artículo 71.2 LDC, letra b, se establece que: “*La actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas*”.

²⁰² En este sentido, pueden consultarse entre otras, las sentencias del TJUE de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, apartados 131 a 133; de 25 de octubre de 1983, AEG-Telefunken/Comisión, 107/82, apartados 49 a 53; y más recientemente, de 17 de septiembre de 2015, Total/Comisión, C-597/13 P, apartado 35; y de 27 de abril de 2017, caso Akzo Nobel y otros/Comisión, C 516/15 P, apartado 52 a 55.

²⁰³ Entre otras, sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2013, Groupe Gascogne/Comisión, C-58/12 P, apartado 38.

²⁰⁴ En este sentido, entre otras, Sentencia del TJUE de 16 de junio de 2016, Evonik Degussa y AlzChem/Comisión, C-155/14 P, apartado 30.

²⁰⁵ Artículo 3, apartados segundo y tercero, de la Ley n.º 23/2018 de 5 de junio. Sobre el sistema portugués, ver, SOUSA FERRO, M., “Portugal”, *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States* (Dir. Rodger, Ferro y Marcos), Oxford, 2018, págs. 304 y ss.

3- La responsabilidad en la relación filial-matriz

Mucho más complejo jurídicamente es la imputación de responsabilidad civil a las filiales por la infracción del Derecho de la Competencia por parte de las matrices. Pero recientemente, en sede de aplicación pública, el TJUE ha determinado en qué condiciones se puede considerar responsable solidaria a una filial cuando la misma ha participado directamente en la conducta infractora de su sociedad matriz. Se trata de la sentencia del Tribunal General (Sala Novena), de 12 de diciembre de 2018, caso Biogaran, asunto T-677/14.

En dicha resolución el TJUE señala que, si es posible imputar a una sociedad matriz la responsabilidad de una infracción cometida por su filial y, en consecuencia, considerar a ambas sociedades responsables solidarias de la infracción cometida por la “empresa que constituyen”, sin violar el principio de responsabilidad personal, lo mismo sucede *a fortiori* cuando la infracción cometida por la entidad económica que constituyen una sociedad matriz y su filial resulta del concurso de las conductas de esas dos sociedades –apartado 2018-. Añadiendo que, como ha declarado el Tribunal de Justicia, el requisito para imputar a todos los integrantes de la empresa las diversas conductas infractoras que constituyen la práctica colusoria en su conjunto se cumple cuando cada integrante de la empresa ha contribuido a su ejecución, aun de forma subordinada, accesoria o pasiva²⁰⁶. Por tanto, parece que cuando la empresa filial intervenga como un mero instrumento del que se ha servido la matriz para trasladar al mercado los efectos distorsionadores de la infracción, pese a no ser declarada infractora del Derecho de la Competencia, podrá acabar siendo responsable civil de los daños que la conducta ilícita haya causado por aplicación del concepto de empresa propio del Derecho *antitrust*.

²⁰⁶ Véanse, en este sentido, las sentencias del TJUE de 26 de enero de 2017, Duravit y otros/Comisión, C 609/13 P, apartados 117 a 126, y de 8 de julio de 2008, AC Treuhand/Comisión, T 99/04, apartado 133.

Se trata de un leading case en la materia. Como señala el punto 211, hasta ese momento, el juez de la Unión no se había pronunciado sobre el tema de en qué condiciones la Comisión puede considerar responsable solidaria a una filial cuando dicha filial ha participado directamente en la conducta infractora de su sociedad matriz. De ahí la importancia nuclear de esta resolución, en sede de aplicación pública, para las acciones de daños, tras la resolución del caso Skanska.

Para el TG, de reiterada jurisprudencia se desprende que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado, por un lado, que en este mismo contexto debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas y, por otro lado, que, cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción²⁰⁷.

Así, en el caso particular de que una sociedad matriz posea el 100 % del capital de su filial que ha infringido el Derecho de la competencia, existe la presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva en el comportamiento de su filial²⁰⁸. Por lo tanto, basta con que la Comisión pruebe que la totalidad del capital de una filial pertenece a su sociedad matriz para presumir que esta última ejerce una influencia decisiva en la política comercial de esa filial²⁰⁹.

²⁰⁷ Véase la sentencia de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión, C 90/09 P, EU:C:2011:21, apartados 34 a 36 y jurisprudencia citada

²⁰⁸ Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C 97/08 P, EU:C:2009:536, apartado 60.

²⁰⁹ Sentencia de 29 de marzo de 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Comisión y Comisión/ArcelorMittal Luxembourg y otros, C 201/09 P y C 216/09 P, EU:C:2011:190, apartado 98

Ello es lo que ocurre en el caso Biogaran. Como recoge la resolución Biogaran era una filial al 100 % de Servier cuando se celebró el acuerdo Biogaran y la presunción derivada de esta constatación no se destruyó en el proceso²¹⁰. En efecto, el TG subraya que Biogaran no ha demostrado que determinó su política comercial de forma autónoma respecto de Servier. Las pruebas discutidas sobre la existencia de un vínculo indisociable entre los dos acuerdos confirman la influencia decisiva de Servier en el comportamiento de Biogaran y el ejercicio efectivo de ese poder. Para ilustrar la autonomía de Biogaran respecto de Servier, la demandante alegaba que los directivos de Biogaran nunca desempeñaron función alguna en Servier. Sin embargo, este elemento no destruye la presunción de que Servier ejerciera efectivamente una influencia decisiva en Biogaran²¹¹. En cuanto a que la filial actúa en el mercado de manera autónoma, mediante locales, marcas y activos distintos de los de Servier, para el TG sólo muestra que Biogaran es una persona jurídica distinta de Servier, pero no destruyen la presunción de que Servier ejerce una influencia decisiva en Biogaran. Por lo tanto, concluye el TG, cuando se celebraron el acuerdo Biogaran y el acuerdo de transacción entre Servier y Niche, Biogaran era la filial de Servier y constituía con su sociedad matriz una única empresa a efectos del Derecho de la competencia. En consecuencia, afirma el TG, la Comisión podía considerar legítimamente, con arreglo al concepto de «empresa», que Servier y Biogaran eran responsables solidarias de la conducta que se les reprochó, por suponer que los actos que cometieron una y otra los cometió una única empresa²¹².

²¹⁰ En este sentido, la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C 97/08 P, EU:C:2009:536, apartados 60 a 65

²¹¹ En este sentido, la sentencia de 16 de septiembre de 2013, Roca/Comisión, T 412/10, EU:T:2013:444, apartado 76

²¹² Véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de marzo de 2002, HFB y otros/Comisión, T 9/99, EU:T:2002:70, apartados 524 y 525; y de 12 de diciembre de 2007, Akzo Nobel y otros/Comisión, T 112/05, EU:T:2007:381, apartado 62; véanse también, en este sentido y por analogía, las sentencias de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión, 6/73 y 7/73, EU:C:1974:18, apartado 41, y de 16 de noviembre de 2000, Metsä-Serla y otros/Comisión, C 294/98 P, EU:C:2000:632, apartados 26 a 28

Por tanto, si es posible imputar a una sociedad matriz la responsabilidad de una infracción cometida por su filial y, en consecuencia, considerar a ambas sociedades responsables solidarias de la infracción cometida por la empresa que constituyen, sin violar el principio de responsabilidad personal, lo mismo sucede a fortiori cuando la infracción cometida por la entidad económica que constituyen una sociedad matriz y su filial resulta del concurso de las conductas de esas dos sociedades. Siendo preciso recordar que la influencia decisiva que una sociedad matriz ejerce en su filial que le pertenece al 100 % permite presumir que los actos de la filial se realizan en nombre y por cuenta de la sociedad matriz y, en consecuencia, de la empresa que constituyen²¹³.

Además, téngase en cuenta que, como señala el TG, si se debiera probar el conocimiento por la filial de las actuaciones de la sociedad matriz para imputar la infracción al grupo, el concepto de unidad económica resultaría afectado. Sería necesario determinar, para cada componente de la infracción derivada de conductas de una u otra de esas dos sociedades, que la filial conocía los objetivos perseguidos por la sociedad matriz, mientras que el propio concepto de empresa a efectos del Derecho de Unión en materia de competencia postula, por la presunción de ejercicio de una influencia decisiva de la sociedad matriz en la filial que posee al 100 %, que la filial actúa en el marco de los objetivos perseguidos por la sociedad matriz, bajo la dirección y el control de esta última. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, el requisito para imputar a todos los integrantes de la empresa las diversas conductas infractoras que constituyen la práctica colusoria en su

²¹³ En el caso Biogaran, al haber considerado el Tribunal que Biogaran no había perseguido un interés comercial real al celebrar el acuerdo Biogaran y que no había ejecutado una estrategia autónoma, fuera del control de su sociedad matriz, la Comisión podía considerar que el acuerdo Biogaran, como incentivo adicional para que Niche aceptara la transacción, era uno de los componentes de la infracción en la que Biogaran había participado directamente, sin necesidad de demostrar que Biogaran tenía conocimiento de las actuaciones o de un plan de conjunto de Servier o de las características de la infracción.

conjunto se cumple cuando cada integrante de la empresa ha contribuido a su ejecución, aun de forma subordinada, accesoria o pasiva²¹⁴.

Si se admitiera la tesis del conocimiento, se dificultaría la declaración de las infracciones del Derecho de la competencia en los grupos de sociedades, mientras que la presunción de control por la sociedad matriz de la filial que posee al 100 % tiene por objeto evitar que las conductas infractoras se imputen únicamente a las filiales que son directamente responsables de ellas y escapen así a una represión a escala del grupo. A una sociedad matriz le bastaría con compartir las conductas infractoras con su filial y alegar que esta no conocía las actuaciones de aquella para que el componente de la infracción resultante de la participación directa de la filial en la infracción se imputase solamente a la filial. De ello resultaría una menor eficacia de la lucha contra las prácticas contrarias a la competencia, que no podría justificarse por el respeto del principio de responsabilidad personal de las infracciones.

A la vista de todo lo indicado el TG concluye en el caso Biogaran que el argumento de la demandante relativo a que la Comisión, violando el principio de responsabilidad personal, le imputa erróneamente la responsabilidad de actuaciones infractoras de su sociedad matriz carece de fundamento tanto fáctico como jurídico. La Comisión no solamente no imputó a Biogaran la infracción reprochada a su sociedad matriz, ya que solo se imputó al grupo Servier, sino que también consideró legítimamente que no era necesario demostrar que Biogaran conocía las actuaciones de su sociedad matriz.

En este punto es importante señalar que en España ya tenemos algún pronunciamiento, aunque de primera instancia, en el que se imputa responsabilidad civil a la filial por la infracción cometida por la matriz. Se trata de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, en relación con un pleito relativo al “cártel de los

²¹⁴ Véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de enero de 2017, *Duravit y otros/Comisión*, C 609/13 P, EU:C:2017:46, apartados 117 a 126, y de 8 de julio de 2008, *AC Treuhand/Comisión*, T 99/04, EU:T:2008:256, apartado 133.

camiones”. La sentencia reconoce legitimación pasiva de MAN España para soportar el ejercicio de una acción follow-on basada en lo resuelto por la Decisión de la Comisión, pese a no encontrarse mencionada la filial española entre los destinatarios de la Decisión, esto es, pese a no ser calificada como infractora por la resolución. La sentencia fundamenta esta “novedosa” posición en 4 argumentos: en el principio de vinculación a su contenido; los conceptos de unidad y continuidad económica propios del Derecho de la Competencia como categoría de superación de los cánones clásicos de responsabilidad personal; las características de la infracción constatada; y en la configuración societaria de MAN España²¹⁵.

4- La responsabilidad en supuestos de fusión

Sobre este particular se ha pronunciado el TJUE en la ya reiterada sentencia de 14 de marzo de 2019, caso Skanska. Al igual que en los supuestos anteriores, el TJUE parte del concepto de empresa propio del Derecho de la Competencia y acaba proclamando la responsabilidad civil

²¹⁵ Apoyándose en la doctrina clásica del TJUE sobre la teoría unidad económica, que rechaza un concepto estricto de personalidad jurídica o de grupo como límite a la imputación de conductas anticompetitivas, la sentencia afirma que de los hechos probados resulta que: *“MAN España es una sociedad filial española íntegramente controlada por la empresa cabecera del Grupo MAN y que, de acuerdo con su objeto social, se dedica a la explotación de la actividad económica del grupo en nuestro país, es decir, que desarrolla el objeto social del grupo en España, que es fundamentalmente la comercialización de vehículos, algunos de ellos afectados por la conducta cartelizada que sancionó la Decisión. Todo de manera que MAN España no se ocupa de realizar meras tareas de acompañamiento de esa labor de comercialización principal, que ninguna otra entidad del grupo desarrolla en nuestro país en su lugar (cuestiones accesorias como la financiación, la reparación de vehículos, etc.). Al menos nada de eso ha resultado acreditado por MAN España, que no se detiene siquiera a considerar la relevancia de estas circunstancias para la solución del caso y que únicamente invoca un criterio literalista en la interpretación de la Decisión. Los camiones afectados por la conducta cartelista de su matriz, se comercializaron en España a través de MAN España, de acuerdo con su objeto y configuración societaria. MAN España no ha demostrado lo contrario... De este modo, lo relevante es que aquí puede advertirse la presencia de una unidad económica con incidencia en la comisión de la infracción que motiva la interposición de la demanda, según las posibilidades advertidas por la doctrina del TJUE. (...) es posible recorrer un camino inverso, de la matriz a la filial, cuando la empresa filial ha intervenido como un mero instrumento del que se ha servido la matriz para trasladar al mercado los efectos distorsionadores de la libre competencia que fundamentan el reproche público de esa conducta, inherentes a los acuerdos anticompetitivos que ha concertado con otros, con o sin una declaración nominal de sus empresas filiales como infractoras a efectos de la sanción pública de esa conducta, pudiendo tal carácter apreciarse en el contexto del ejercicio de una acción follow-on. Nada de eso supone desconocer o deformar el efecto vinculante de lo resuelto por la autoridad de competencia, ni diluir los presupuestos de responsabilidad propios del régimen que se actúa”*.

de las entidades absorbentes. En ella se declara que, si una empresa responsable del perjuicio ocasionado por una infracción de las normas de competencia de la Unión pudiera eludir su responsabilidad simplemente por el hecho de que su identidad se ha visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondrían en peligro el objetivo perseguido por este sistema y el efecto útil de dichas normas -apartado 46-. Y se concluye que el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que todas las acciones de las sociedades que participaron en una práctica colusoria prohibida por dicho artículo fueron adquiridas por otras sociedades, que disolvieron aquellas sociedades y prosiguieron sus actividades comerciales, las sociedades adquirentes pueden ser declaradas responsables del perjuicio causado por esa práctica colusoria.

En consecuencia, un cambio jurídico u organizativo no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por el comportamiento infractor de su predecesora si, desde el punto de vista económico, ambas entidades son idénticas. Las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora carecen de pertinencia en esta sede por cuanto desde un punto de vista económico la entidad sigue siendo la misma. Y, como acertadamente ha señalado el Abogado General Wahl en sus conclusiones a este caso, si el principio de la continuidad económica no se aplicara en el marco de las demandas de indemnización por daños y perjuicios, se debilitaría significativamente el elemento disuasorio derivado de permitir a cualquier persona reclamar daños por una infracción del Derecho de la Competencia de la Unión.

5.- Las denominadas “empresas facilitadoras”

Una empresa facilitadora de un cartel es una empresa que contribuye activamente y con total conocimiento de causa a la puesta en marcha o al mantenimiento de un cartel entre productores que operan en un mercado distinto de aquel en el que opera la citada empresa. Por ejemplo,

una empresa asesora que no opera en los mercados afectados y cartelizados²¹⁶. A efectos de nuestro trabajo la cuestión está en si una empresa facilitadora, que por definición no opera en el mercado cartelizado, puede ser declarada responsable civil por los daños causados por las empresas cartelizadas a “cualquier persona”. Y como veremos la respuesta debe ser afirmativa, lo cual significa que la causalidad del daño, tal y como se entiende en Derecho Privado, “salta por los aires” –si se nos permite la expresión-. Pero ello es irrelevante para el Derecho de la Competencia.

Pues bien, se trata de una cuestión especialmente compleja, en la que no existe unanimidad doctrinal sobre si procede o no calificar a una empresa facilitadora como infractora del artículo 101 TFUE, pero lo bien cierto es que el TJUE, en su sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, caso AC-Treuhand AG, así lo declara. El TJUE empieza señalando que no hay nada en la redacción del artículo 101 TFUE que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en tales acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos. Señalando, para el caso concreto, que AC Treuhand –la empresa facilitadora- jugó un papel esencial y similar en las dos infracciones en cuestión analizadas en la resolución, organizando varias reuniones a las que asistió y en las que participó activamente, recogiendo y comunicando a los productores datos sobre las ventas en los mercados afectados, proponiendo actuar como moderador en caso de tensión entre dichos productores y animándolos a llegar a compromisos, a cambio de una remuneración. Por lo que, entiende el TJUE, el comportamiento de la empresa facilitadora se inscribe directamente en la actividad de los productores dirigida a negociar y controlar el cumplimiento de las obligaciones que contrajeron en los acuerdos, de manera que el propio objetivo de los servicios prestados por AC Treuhand sobre la base de los contratos de prestación de servicios celebrados con

²¹⁶ Sobre las prácticas facilitadoras y su tratamiento *antitrust*, por todos, ESTEVAN DE QUESADA, C., *Las prácticas facilitadoras. Control de la colusión en los mercados oligopolísticos*, Tirant, 2012.

dichos productores era la realización, con total conocimiento de causa, de los objetivos contrarios a la competencia de que se trata, concretamente, la fijación de precios, el reparto de los mercados y clientes y el intercambio de información comercial sensible. Motivo por el que el TJUE concluye que en asunto en cuestión concurren los requisitos necesarios para declarar válidamente la responsabilidad de la empresa facilitadora por su participación en los acuerdos y prácticas concertadas de que se trata.

Por tanto, actualmente el que colabora con un cártel –empresa facilitadora- puede ser considerado infractor y sancionado como coautor de una conducta contraria al artículo 101 TFUE, aunque no ejerza una actividad económica en el mercado afectado por la restricción de la competencia. Y como la responsabilidad civil se imputa por la Directiva a la “empresa” declarada “infractora” es evidente que, en estos momentos, una empresa facilitadora ostenta legitimación pasiva en las acciones de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia. Ello, no obstante, como luego se verá al analizar el régimen previsto para la responsabilidad conjunta y solidaria, no significa que la empresa facilitadora deba soportar en última instancia el pago de las acciones de daños, sino que, en tanto que infractora responderá de los daños sufridos frente a cualquier persona perjudicada y posteriormente podrá repetir lo pagado por ella a la empresa cartelizada responsable del daño que ella ha abonado.

IX.- LA RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA DE LAS EMPRESAS INFRACTORAS EN LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Cuando varias empresas infrinjan conjuntamente las normas sobre competencia la Directiva 2014/104/UE opta expresamente por establecer, con independencia de la calificación que dicha actuación podría en cada Estado miembro, que esos coinfractores sean “*conjunta y solidariamente*” responsables de la totalidad del perjuicio causado por la

infracción -relación externa de la solidaridad-, estableciendo supuestos inaplicabilidad de la regla de solidaridad en el caso de Pymes y del solicitante de clemencia, y previendo algunas pocas reglas respecto de la relación interna de la solidaridad, tratando de proteger especialmente al beneficiario de la clemencia²¹⁷.

El artículo 11.1 de la Directiva 2014/104/UE, y el artículo 73.1 LDC por extensión, proclama la solidaridad de las empresas coinfractoras del Derecho de la Competencia y regula la relación externa de la solidaridad, señalando que el perjudicado tiene derecho a exigir el pleno resarcimiento de cada una de ellas hasta ser plenamente indemnizado. Se trata de una norma tuitiva o de protección de los intereses del perjudicado²¹⁸, inspirada en la figura de la *joint and several liability* propia del *Common law*, que para los casos de *concerted action* permite tratar de la misma forma a quienes decidieron actuar de forma conjunta en el tráfico o desarrollar una actividad en común²¹⁹.

²¹⁷ Como es sabido, en la solidaridad de deudores, que es el caso que aquí nos ocupa, es necesario distinguir entre la relación externa y la relación interna. La primera, se corresponde con las relaciones entre los deudores solidarios y el acreedor común. La segunda con la distribución de responsabilidad entre los codeudores. Sobre la solidaridad, y en particular, sobre la responsabilidad conjunta en nuestro ordenamiento, GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y responsabilidad: La responsabilidad conjunta en el derecho español de daños*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2005, disponible on-line. En ámbito del Derecho de la Competencia, sobre la solidaridad de infractores, PEÑA LOPEZ, F., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 204 y ss.

²¹⁸ Como ha puesto de manifiesto la doctrina, por la solidaridad pasa todo el derecho de obligaciones; y por la obligación de reparar, todo el Derecho de Daños. En Derecho Privado “solidaridad” significa uno por todos o, mejor dicho, todos y cada uno por el todo. La solidaridad tiene repercusiones en las dos finalidades propias del Derecho de Daños: la compensación y la prevención. En el actual Derecho de Daños la solidaridad cumple funciones: de garantía; reducción de los costes de identificación; y sanción. En concreto, la responsabilidad solidaria evita a juzgador y víctima la prueba de la distribución en el seno del grupo de esos deberes conjuntos y alternativos de cuidado. Causado el daño e imputable éste a la actuación del grupo, todos responden solidariamente. Ya distribuirán en la relación interna las respectivas responsabilidades en función de las propias reglas de funcionamiento. Sobre todas estas cuestiones GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y responsabilidad: La responsabilidad conjunta...*, cit., en particular, pág. 335 a 337.

²¹⁹ Regla que no es nueva en nuestro Derecho especial -por ejemplo, artículo 132 del RDLCYU, en materia de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos-; y que va en la línea de las propuestas de *softlaw* en materia de daños -artículo 9:101.1 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, elaborados por el *European Group on a Tort Law*; y artículo 6:105 del Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Europeo, elaborados por el *Study Group on a European Civil Code*-.

1.- La excepción para las pymes

Frente a esta regla general de la solidaridad entre empresas coinfractoras el artículo 11.2 de la Directiva, y artículo 73.2 LDC, excepciona a las Pymes, las cuales responden solo ante sus compradores directos e indirectos²²⁰. Ahora bien, para ello se deben dar varios requisitos cumulativos, tal y como se concluye por el uso de la conjunción copulativa “y” por parte de la Directiva. Primero, la calificación como Pyme²²¹. Segundo, que la cuota de mercado en el respectivo mercado de referencia ha sido inferior al 5% en todo momento durante la infracción del Derecho de la Competencia, cuya carga corresponde a ella. Y, tercero, que la aplicación de la regla de la solidaridad mermaría irremediabilmente su viabilidad económica y causaría una pérdida de todo el valor de sus activos²²². Si se cumplen estos requisitos, la Pyme sólo responde ante sus propios compradores directos e indirectos, y no rige la regla de la solidaridad. Pero si no se cumplen estos requisitos, no opera la excepción para la Pyme, y por tanto rige la regla de la solidaridad frente a los perjudicados.

²²⁰ Se trata de una decisión de política legislativa que no estaba presente en los textos previos a la Directiva –ni Libro Verde, ni Libro Blanco, ni Propuesta de Directiva- y que fue introducida por primera vez por enmienda del Parlamento Europeo durante la tramitación de la Directiva, durante el primer semestre de 2014. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 17 de abril de 2014. Como destaca BROKELMANN, H., *La Directiva de daños...*, cit., pág. 14, al margen de que este trato privilegiado de las PYMEs infractoras parece olvidar que en el lado de los damnificados también puede haber PYMEs que de esta forma ven limitadas sus posibilidades de obtener una compensación íntegra, se trata de una norma que quizás podría tenerse en cuenta en fase de ejecución, pero que poco tiene que ver con la regulación civil de la responsabilidad solidaria. Por esta razón, tres Estados miembros (Alemania, Polonia y Eslovenia) se abstuvieron en la votación de la Directiva en el Consejo. Sobre la excepción por Pyme, ver, PEÑA LOPEZ, F., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 209 y ss.

²²¹ En este sentido, la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DO L 124 de 20.5.2003, p. 36) recoge en su artículo 2.1 que “*La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros*”.

²²² Así como el segundo requisito, de relativa complejidad técnica, su apreciación vendrá determinada por un informe pericial, y el papel del juzgador será muy limitado -o inexistente-; en cambio sí que parece que el papel del juez pueda tener mayor importancia en la apreciación del tercer requisito –con independencia de que también se requiera informe pericial-.

Ahora bien, aun cumpliendo los requisitos para ampararse en el privilegio de la excepción, regirá la regla de la solidaridad, con independencia de la cuota de mercado y de las consecuencias económicas que ello comporte al infractor, cuando se dé uno de estos tres supuestos²²³: Primero, que la Pyme haya dirigido la infracción. El término “dirigido” engloba tanto si se ha dirigido individualmente como si se era miembro de un grupo reducido de empresas que dirigían la infracción. Segundo, que la Pyme, aun no habiendo dirigido la infracción, haya coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción. Tercero, que la Pyme haya sido declarada culpable de cualquier otro ilícito *antitrust*. En este caso, aunque la norma no lo dice expresamente, parece que debe entenderse que dicha declaración de culpabilidad debe recogerse en una resolución firme.

En esta sede resulta de interés destacar como algunos Estados, entre los que no se encuentra España, como Francia, Bélgica y Portugal, al trasponer la Directiva han establecido una cuarta causa de inaplicación de la regla de excepción para Pyme, no prevista en la Directiva: que cualquier persona perjudicada no haya podido ser resarcida de ninguna otra empresa coinfractora. Se trata de una medida de calado, que es coherente con la función resarcitoria y disuasoria de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia y que España debería introducir.

2.- La excepción para el beneficiario de la clemencia

La otra excepción frente a la regla de la solidaridad de infractores se prevé para el beneficiario del programa de clemencia²²⁴. Ello sólo se

²²³ Artículo 11.3 de la Directiva 2014/104/UE. En este caso, el uso de la conjunción disyuntiva “o” en el precepto comporta que el privilegio se pierde por la concurrencia de una de las tres circunstancias previstas en el precepto.

²²⁴ De hecho, como es sabido, el establecimiento de un marco jurídico unificado y tuitivo respecto a la relación entre los programas de clemencia y la aplicación privada ha sido una de las causas principales de la aprobación de la Directiva. Sobre dicha relación, entre otros, MARTI MOYA, V., “Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso Pfeleiderer (C-360/09), *Rcd*, vol. 10, 2012, págs. 229 y ss; y KIRST, P., y VAN DEN BERG, R., “The european directive on damages actions: a missed opportunity to reconcile compensation of victims and leniency incentives, *Jnl of Competition Law & Economics*, n. 12, 2016, pág. 1 a 30.

entiende desde la perspectiva de la segunda función del sistema de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia instaurado por la Directiva 2014/104/UE: la tuición de los programas de clemencia en la aplicación pública del Derecho *antitrust*.

Partiendo lo establecido en el Considerando 38²²⁵, el artículo 11.4 Directiva 2014/104/UE establece que el beneficiario de clemencia en el marco de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia no responde como regla en régimen de solidaridad. Éste únicamente es responsable de los daños causados por el ilícito frente a sus compradores o proveedores directos o indirectos. Ahora bien, como excepción, y en coherencia con el principio de pleno resarcimiento del daño como principio inspirador de la normativa, el beneficiario de clemencia si responderá por los daños sufridos por “cualquier persona” perjudicada distinta de sus compradores o proveedores cuando éstos no se hayan podido resarcir plenamente del resto de infractores. Se trata, por tanto, de una responsabilidad de carácter subsidiario. Correspondiendo la carga de la prueba de la imposibilidad de resarcimiento de terceros infractores al perjudicado-demandante.

En esta sede, lo más llamativo de la trasposición al ordenamiento jurídico español se encuentra en la delimitación beneficiarios de esta excepción. El artículo 73.4 LDC se refiere a “*los sujetos beneficiarios*”, y el uso del plural puede generar alguna duda interpretativa. La Directiva prevé la excepción del régimen de solidaridad para un solo sujeto: el primero en solicitar clemencia y obtener una exención total de la multa – “*los Estados miembros velarán por que un beneficiario de clemencia sea responsable conjunta y solidariamente...*”-. El artículo 2, punto 19, de la Directiva es claro. El concepto «*beneficiario de la dispensa*» se refiere a toda “*empresa o persona física*” a la que una autoridad de la competencia “*haya eximido del pago*” de multas en el marco de un programa de clemencia. La Directiva no extiende el privilegio a los otros infractores

²²⁵ Véase nota 19. Sobre la excepción para el beneficiario de clemencia, ver, PEÑA LOPEZ, F., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 213 y ss.

que habiendo solicitado clemencia hayan conseguido una reducción parcial de la multa. No es esta la finalidad de la Directiva. Y no es esta la posición de aquellos ordenamientos que ya han transpuesto la Directiva -Italia se refiere a “*il beneficiario dell’immunità*”; o de forma mucho más clara, Francia se refiere al “*bénéficié d’une exonération totale de sanction pécuniaire en application d’une procédure de clémence*”-. Por tanto, se trata de una cuestión que podrá ser objeto de conflicto en los asuntos nacionales y que, en pro de una mejor técnica jurídica, debería reformarse.

3.- La responsabilidad interna de los infractores

Delimitado el régimen de la solidaridad externa, la Directiva 2014/104/UE procede a establecer una serie de pautas sobre las reglas de responsabilidad interna en la solidaridad entre infractores. Como regla general, cada infractor, con independencia de la solidaridad en su vertiente externa frente a todo perjudicado, en la relación interna entre infractores responde en función de su responsabilidad relativa, lo que engloba tanto el daño sufrido por sus compradores directos e indirectos, como el porcentaje que le corresponda por el daño sufrido por cualquier otro perjudicado que no sea comprador directo ni indirecto de ninguno de los infractores –efecto pagaguas–.

El cálculo de dicha cuota y el establecimiento de los criterios para su determinación, tales como el volumen de negocios, la cuota de mercado o su función en el cártel, son cuestiones que la Directiva remite al Derecho nacional aplicable, con el límite del respecto a los principios de efectividad y equivalencia²²⁶. Esta cuestión puede resultar peliaguda, por lo que hubiera sido conveniente una unificación de criterios y directrices, que por la propia remisión a los principios de efectividad y equivalencia se antoja acabara formulando en su doctrina el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, es llamativo que únicamente Portugal haya decidido regular este aspecto, adoptando la posición más coherente

²²⁶ Considerando 37 de la Directiva 2014/104/UE.

con las reglas de determinación de responsabilidad en el Derecho de la Competencia, esto es, utilizar como criterio principal la cuota de mercado, salvo prueba en contrario, en cuanto al papel desempeñado por cada coinfractor en la infracción.

También debe resaltarse que la Directiva no se pronuncia sobre algunas de las cuestiones típicas de la relación *ad intra* de la solidaridad. Y la remisión al Derecho nacional puede tener efectos importantes, pues no todos los ordenamientos jurídicos regulan la relación *ad intra* en iguales términos. Nada se prevé expresamente respecto a si el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación, respecto a si en el ámbito de la relación *ad intra* rige la regla de la mancomunidad o de la solidaridad²²⁷, ni respecto a los plazos para el ejercicio de dicha acción²²⁸.

Por su parte, proclamada la responsabilidad relativa en el marco de la relación interna en la solidaridad entre infractores por ilícito *antitrust*, la Directiva 2014/104/UE, con la finalidad de no perjudicar al beneficiario de clemencia –segundo principio inspirador de la Directiva–, establece reglas específicas para éste. Su responsabilidad interna frente a otros infractores queda limitada a un máximo: la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Si dicho máximo no ha sido alcanzado, el beneficiario de la clemencia responde, en relación con el perjuicio ocasionado a terceros

²²⁷ A este respecto parece que hay dos elementos para sostener el carácter mancomunado de la relación *ad intra* en la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. El primero, el carácter disuasorio de la aplicación privada de la Competencia. Resulta más disuasorio para los potenciales infractores un Derecho de Daños basado en un sistema de solidaridad *ad extra* y mancomunidad *ad intra*, que un sistema de solidaridad *ad extra* y *ad intra*. El segundo, de la expresión “*pueda recuperar de cualquier otro infractor una contribución*” utilizada por la Directiva parece que nos debe llevar a esta conclusión de que estamos en presencia de una suerte de mancomunidad.

²²⁸ Ni la Directiva 2014/104/UE ni la LDC prevén tampoco referencia alguna respecto al plazo para el ejercicio de esta acción de repetición en el seno de la relación interna entre infractores. Se trata por tanto de una cuestión que queda configurada con arreglo a Derecho nacional. En nuestro caso, cinco años, ex artículo 1964.2 CC. La diversidad de plazos existentes en el Derecho nacional de los Estados miembros, así como la importancia que la acción esta llamada a tener, probablemente aconsejaría una unificación del plazo para el ejercicio de esta acción de repetición en ámbito europeo.

distintos de los compradores o proveedores directos o indirectos, en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio. Pero si dicho importe se ha alcanzado, el beneficiario de clemencia ya no responde internamente.

X.- LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La prescripción ha sido desde sus orígenes una de las cuestiones que ha preocupado al legislador europeo en materia de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. Si en alguna materia resultaba necesaria una armonización ésta era, sin duda, la relativa a los plazos para el ejercicio de la acción de daños, como vehículo a través del cual conseguir el pleno resarcimiento. La diversidad de sistemas y plazos existentes en Derecho nacional era un elemento distorsionador muy significativo. Frente al año de España²²⁹, encontrábamos los cinco de Italia o los seis del Reino Unido²³⁰. Plazos muy cortos, como los de nuestro ordenamiento, podían incluso llegar a afectar al principio de efectividad²³¹. Por ello resultaba necesaria una primera armonización a través de la Directiva 2014/104/UE.

1.- La doctrina del TJUE

Un ejemplo de lo que se acaba de exponer lo representa la reciente sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2019, caso Cogeco, asunto C-637/17. De ella interesa destacar dos cuestiones. Por un lado, la

²²⁹ Aunque la Directiva se configura a partir de la naturaleza extracontractual del daño por infracción del Derecho de la Competencia, en España la naturaleza contractual o extracontractual del daño no ha sido una cuestión pacífica hasta la STS de 8 de junio de 2012, caso “Acor”, en cuyo FJº Decimosegundo cierra el debate proclamando el carácter extracontractual del daño.

²³⁰ Aunque en este último caso, junto con el plazo de general de seis años convivía el plazo de dos años para las acciones *follow-on actions*. Ver, HERRERO SUAREZ, .C, *La transposición de la directiva...*, cit., pág. 170. Sobre el régimen de prescripción en Reino Unido, WHISH, R., y BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2012, pág. 315.

²³¹ Como ya señaló el TJUE en el caso Manfredi, apartados 78 a 81, respecto de la prescripción.

calificación de “los plazos de prescripción” como “modalidad de ejercicio del derecho a reclamar el pleno resarcimiento” –apartado 45-, que es lo que permite que cada ordenamiento sea libre de determinar el plazo concreto, con respeto al límite mínimo establecido por la Directiva 2014/104/UE. Por otro, que una norma nacional que fija la fecha a partir de la cual se inicia el plazo de prescripción, la duración y las modalidades de la suspensión o de la interrupción debe adaptarse a las particularidades del Derecho de la Competencia y a los objetivos de la aplicación de las normas de este Derecho por las personas afectadas, a fin de no socavar la plena efectividad de los artículos 101 y 102 TFUE.

Ello tiene como consecuencia, teniendo en cuenta que el ejercicio de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia de la Unión exige un análisis fáctico y económico complejo, que la duración del plazo de prescripción no puede ser tan corto que, junto con las demás reglas de prescripción, haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a reclamar el resarcimiento. Por ello es necesario la conformidad de las reglas de prescripción en su conjunto con las exigencias del principio de efectividad.

En el caso concreto, el TJUE analiza el sistema de prescripción portugués y acaba resolviendo que el Derecho de la Competencia de la Unión Europea y el principio de efectividad deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional como la portuguesa, que, por una parte, establece que el plazo de prescripción de las acciones por daños empiezan a correr a partir de la fecha en la que la persona perjudicada tuvo conocimiento de su derecho a indemnización, aun cuando no se conociese el responsable de la infracción y, por otra parte, no prevé posibilidad alguna de suspensión o de interrupción de ese plazo en el transcurso de un procedimiento seguido ante la autoridad nacional de la competencia.

De ello se concluye que, para determinar la compatibilidad de las reglas de prescripción nacionales, anteriores a la trasposición de la Directiva, aplicadas al ámbito de la responsabilidad civil por infracción

del Derecho de la Competencia, es necesario analizar el régimen de la prescripción en su conjunto. Los plazos son un indicador relevante, pero no el único. Mientras que es evidente que el plazo de un año del sistema general español es muy corto, su interacción con el régimen de determinación del *dies a quo* –y su desarrollo jurisprudencial- y con el régimen de interrupción²³², puede ser más compatible con el principio de efectividad que sistemas como el portugués, con un plazo de tres años pero con un régimen como el descrito en el caso Cogeco.

2.- Reglas específicas de la prescripción en las acciones de daños por el Derecho de la Competencia

En este contexto, partiendo del Considerando 36 de la Directiva 2014/104/UE, el artículo 10 Directiva 2014/104/UE implanta una serie de reglas mínimas que todo ordenamiento de los Estados Miembros deberá respetar y que son coherentes con los planteamientos indicados. La Directiva trata de ofrecer una regulación tuitiva con el perjudicado, tomando en consideración el carácter especialmente complejo, tanto jurídica como económicamente, de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia.

En concreto, se establece que los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la Competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la Competencia; b) que la infracción del Derecho de la Competencia le ocasionó un perjuicio, y c) la identidad del infractor. Se fija que el plazo para el ejercicio de una acción por daños sea de al menos cinco años, que es el plazo que han fijado la mayoría de Estados Miembros, entre ellos España en el artículo 74 LDC. Y se exige que se suspenda o, en función del Derecho nacional, se interrumpa el plazo si una autoridad de la competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionar en relación con una infracción del Derecho de

²³² Como es sabido, en nuestro ordenamiento rige la regla de la interrupción, que no de la suspensión, ex artículo 1973 CC.

la Competencia con la que esté relacionada la acción por daños, por un plazo, como mínimo, de un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma²³³. De todo ello se concluye que la prescripción se articula en la Directiva como una medida más de tuición del perjudicado por el ilícito *antitrust* y de disuasión de los potenciales infractores. El derecho del perjudicado al pleno resarcimiento prima sobre el derecho del infractor a no estar excesivamente expuesto a las acciones de daños.

Por último, señalar que la trasposición del régimen de prescripción a los ordenamientos nacionales se ha producido sin demasiados cambios. Simplemente Reino Unido sigue manteniendo un sistema de plazos combinados algo complejo²³⁴. Destacando, como peculiaridad reseñable, el sistema establecido en Italia, en cuyo artículo 9.4 han previsto unas reglas especiales de prescripción para las acciones de daños ejercitadas contra los infractores solidarios que se han beneficiado del privilegio PYME o del privilegio del beneficiario de la clemencia, en el sentido de que para éstos el plazo de prescripción empieza a correr cuando resulta acreditado que no se ha podido obtener el pleno resarcimiento del daño de ninguna otra empresa infractora²³⁵.

²³³ Asimismo, se interrumpirá el plazo cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados. La interrupción, sin embargo, solo se aplicará en relación con las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia.

²³⁴ Ver, RODGER, B., “United Kingdom”, *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States* (Dir. Rodger, Ferro y Marcos), Oxford, 2018, págs. 383 a 388.

²³⁵ Sobre el sistema italiano, ver, LOPOPOLO, S., “Italy”, *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States* (Dir. Rodger, Ferro y Marcos), Oxford, 2018, págs. 209 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (Dir. Ruiz Peris), Thomson-Aranzadi, 2019

AA.VV., *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States* (Dir. Rodger, Ferro y Marcos), Oxford, 2018

AFFERNI, G., “Case: ECJ – Manfredi v Lloyd Adriatico”, *European Review of Contract Law*, vol. 13, núm. 2, 2007

ALBORS-LLORENS, A., “Courage v. Crehan: Judicial Activism or Consistent Approach?”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 61, nº 1, 2002

ALBORS-LLORENS, A., “The role of objective justification and efficiencies in the application of article 82 EC”, *Common Market Law Review*, núm. 44, 2007

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”, *Gaceta Jurídica*, núm. 229, 2004

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, *El abuso de la posición de dominio* (dir. MARTÍNEZ LAGE/ PETITBÒ JUAN), Marcial Pons, 2006

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia: una concepción iusprivatista del derecho antimonopolio”, *InDret*, 2004

ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delenda Est Consten/Grundig: Por qué Europa Necesita Un Bork”, *Proceedings of the IV Trento Conference on Antitrust Enforcement*, 2013, disponible on-line

ALFARO, J., “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia”, *InDret*, 3/2009

ALONSO GARCÍA, R., “La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por órganos administrativos y judiciales españoles”, *Revista de instituciones europeas*, vol. 17, 1990

ALONSO SOTO, R., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Competencia y acciones de indemnización*, (Coord. FONT RIBAS y GÓMEZ TRINIDAD), Marcial Pons, Madrid, 2013

AMARO, R., *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, Bruylant, 2014

ARROYO APARICIO, A., “Aplicación de la normativa protectora de la libre competencia: la STS (Sala 1ª) de 2 de junio de 2000”, *Aranzadi civil*, núm. 3, 2001

ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, 1960

BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, 2014

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho mercantil*, Thomson-Aranzadi, 2017

BERENGUER FUSTER, L., “¿La piedra de Sísifo o el tejido de Penélope? Idas y venidas de la noma de la UE para la reclamación de daños en materia de competencia”, *Anuario de la competencia*, Marcial Pons, 2011-2012

BROKELMANN, H., “La Directiva de daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015

CALVO CARAVACA, A.L., “Derecho antitrust europeo y sanciones civiles: la nulidad (art. 101.2 TFUE)”, *Culpa y responsabilidad*, Thomson-Aranzadi, 2017

CARPAGNANO, M., “El private enforcement del derecho comunitario de la competencia en acción. Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C 295-298/04”, *Indret*, núm. 1, 2007, on-line

CARRASCO PERERA, A, “Comentario al artículo 6.3 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, T. I, 1992

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Thomson-Aranzadi, 2010

CASTRONOVO, C., “Antitrust e abuso della responsabilità civile”, *Danno e responsabilità*, núm. 5, 2004

CAUFFMAN, C., “The impact of voidness for infringement of article 101 TFEU on linked contracts”, *European Competition Journal*, vol. 8, 2012

COSTAS COMESAÑA, J., “Una panorámica del análisis antitrust relativo a las redes empresariales en España”, *Claves del derecho de redes empresariales* (Dir. Ruiz Peris), Universitat de València, 2017

COSTAS COMESAÑA, J., *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, 1997

CSERES, K., “Competition and contract law”, *Towards a European Civil Code*, Wolters Kluwer, 2011

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Daños punitivos*, Civitas-Thomson, 2012

DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de derecho civil*, vol. 35, 1982

DE LA VEGA GARCÍA, F., *La clemencia (leniency) en el Derecho de la Competencia (antitrust): exención o reducción de multas en casos de cártel*, Dykison, 2017

DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Comentario al artículo 1.306 Cc”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, 1995

DELGADO ECHEVERRÍA, J./ PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, 2005

DI GIÒ, A., “Contract and restitution law and the private enforcement of EC Competition law”, *World Competition*, núm. 2, 2009

DIEZ ESTELLA, F., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, 2019

DÍEZ ESTELLA, F., y PÉREZ FERNANDEZ, P., “La directiva de acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2014

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Civitas, T. I, 1993

DOUGLAS MELAMED, A., “Exclusive dealing agreements and other exclusionary conduct – are there unifying principles?”, *Antitrust Law Journal*, vol. 73, 2006

ESTEVAN DE QUESADA, C., “Abuso de posición dominante”, *Derecho europeo de la competencia* (dir. Ruiz Peris), Tirant lo blanch, 2017

ESTEVAN DE QUESADA, C., “La repercusión de sobrecostes y cuantificación del perjuicio en las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia”, *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Tirant, 2018; ídem., *Las prácticas facilitadoras. Control de la colusión en los mercados oligopolísticos*, Tirant, 2012

FRATEA, C., *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea: profili europei, internacional privatistici e interni*, Edizioni scientifiche italiane, 2015;

GALÁN CORONA, E., “Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición”, *Tratado de derecho de la*

competencia y de la publicidad (dir. García-Cruces), Tirant lo blanch, 2014

GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, Sociedad de Estudios y publicaciones, 1964

GIUDICI, P., “The CEPSA Case”, *European Review of Contract Law*, vol. 5, núm. 2, 2009

GOMEZ DE LA ESCALERA, C., *La nulidad parcial del contrato*, Actualidad Editorial, 1995

GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y responsabilidad: La responsabilidad conjunta en el derecho español de daños*, Universitat Pompeu Fabra, 2005

GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, Marcial Pons, 2016

GORDILLO CAÑAS, A., “La nulidad del contrato con precio ilegal”, *Anuario de Derecho Civil*, 1975

GOYDER, J./ALBORS-LLORENS, A., *Goyder’s EC Competition Law*, Oxford Universty Press, 2009

GUIZZI, G., “Mercato e concorrenza e teoria del contratto”, *Riv. dir. Comm.*, núm. 1, 1999

GUIZZI, G., *Il mercato concorrenziale: problema e conflitti*, Giufrè, 2010

GUTIÉRREZ, A., “Artículo 2”, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (dir. MASSAGUER *et alia*), Thomson-Civitas, 2010

HERRERO SUAREZ, .C, “La transposición de la directiva de daños *antitrust*. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, 2016

HERRERO SUÁREZ, C., “La nulidad de las conductas anticompetitivas”, *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, 2017

HERRERO SUÁREZ, C., “La fijación de los precios de reventa: ¿nuevos vientos?”, *Rcd*, núm. 4, 2009

IDOT, L., “Droit spécial du contrat. Prise de position de la Cour de justice des Communautés européennes sur les conséquences sur les contrats en cours de l'entrée en vigueur du nouveau règlement n° 1400/2002/CE relatif à la distribution automobile”, *Revue des contrats*, núm. 2, 2007

JONES, A./ SUFRIN, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2008

KIRST, P., y VAN DEN BERG, R., “The european directive on damages actions: a missed opportunity to reconcile compensation of victims and leniency incentives”, *Jnl of Competition Law & Economics*, n. 12, 2016

KOMMINOS, A.P., “New prospects for private enforcement of EC competition law: *Courage v. Crehan* and the Community right to damages”, *Common Market Law Review*, vol. 39, n° 3, 2002

KOMNINOS, A.P., “Case C-126/97, “*Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, Judgment of 1 June 1999, Full Court”, *Common Market Law Review*, vol. 37, núm. 2, 2000

KOMNINOS, A.P., *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008

KORAH, V., “The Judgement in *Delimitis*: A Milestone towards a Realistic Assessment of the Effects of an Agreement, or a Damp Squib?”, *European Intellectual Property Review*, vol. 14, 1992

LASOK, K.P.E., “Assessing the Economic Consequences of Restrictive Agreements: A Comment on the *Delimitis* Case”, *European Competition Law Review*, vol. 5, 1991

LIBERTINI, M., “Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust”, *Danno e responsabilità*, núm. 10, 2004

LIBERTINI, M./ MAUGERI, M. R., “Infringement of Competition Law and invalidity of contracts”, *ERCL*, núm. 2, 2005

LÓPEZ FRIAS, A., *Los contratos conexos*, Bosch, 1994

LOPEZ FRIAS, A., “Clases de nulidad parcial del contrato en nuestro ordenamiento”, *Anuario de Derecho Civil*, 1990

LOPOPOLO, S., “Italy”, *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States* (Dir. Rodger, Ferro y Marcos), Oxford, 2018

LUGARD, P., “Eternal sunshine on a spotless policy? Exclusive dealing under article 82 EC”, *European Competition Journal*, vol. 2, 2006

MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Conductas exentas por ley”, *Comentario a la Ley de defensa de la competencia*, Thomson-Civitas, 2015

MARCOS, F., “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Global Competition Law Review*, vol. 6, núm. 4, 2013

MARÍN PADILLA, M.L., *El principio de conservación de los actos y negocios jurídicos: utile per inutile non vitiatur* Bosch, 1990

MARTÍ MIRAVALLS, J., “Nulidad contractual por fijación de precios mínimos: una mala aplicación privada del derecho de la competencia”, *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, 2011

MARTI MOYA, V., “Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso Pfleiderer (C-360/09)”, *Rcd*, vol. 10, 2012

MARTORELL ZULUETA, P., “Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral”, *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Tirant, 2019

MAUGERI, M.R., “Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato”, *Contatto e antitrust*, Editori Laterza, 2008

MAUGERI, M.R., *Violazione delle disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Editpress, 2006

MEDINA ALCOZ, L., “La equidistribución del coste de la incertidumbre causal en el Derecho de Daños”, *Revista CEFLegal*, nº. 211-212, 2018

MELI, M., *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese concorrenziali*, Giuffrè, 2001

MERCADAL VIDAL, F., “Comentario a la STS de 2 de junio de 2000. Contrato relativo a la explotación de una estación de servicio. Nulidad de pleno derecho por violación de Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el juez español”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 55, 2001

MIRANDA SERRANO, L., “Prácticas colusorias: ancillary restraints y conductas de minimis”, *Derecho europeo de la competencia* (Dir. Ruiz Peris), Tirant, 2017

MORENO-TAPIA RIVAS, I./ FERNÁNDEZ VICIÉN, C., “Un paso adelante en la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales: El asunto Courage”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2002

MUNARI, F., y CELLERINO, C., *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, Aracne, 2016;

NERVI, A., "Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions - Some Considerations from the Perspective of Italian Law", *The Italian Law Journal*, n. 1, 2016

OLMEDO PERALTA, E., “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel ("umbrella pricing"): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *La Ley Mercantil*, núm. 7, 2014

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España”, *Elderecho.com*, disponible on-line

ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia: los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, 2011

PALAU RAMÍREZ, F., “Derecho de la competencia y contrato de licencia de obtención vegetal”, *Derecho de las obtenciones vegetales*, Tirant lo Blanch, 2017

PALLOTTA, O., “Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi”, *Il diritto dell'Unione Europea*, núm. 2, 2007

PARRA LUCAN, M.A., “Comentario a la STS de 3 de octubre de 2007. Nulidad de pleno derecho de contrato de abanderamiento por infracción de Reglamento comunitario”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 77, 2008

PEEPERKON, L./ ROUSSEVA, E., “Article 102 TFUE: exclusive dealing and rebates”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 2 Issue 1, 2011

PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante (Arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, Civitas, 2002

PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario STS de 26 de febrero de 2009. Nulidad de un contrato de abanderamiento por vulneración del Derecho antitrust de la Unión Europea”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 82, 2010

PEÑA LOPEZ, F., “Comentario STS de 30 de julio de 2009. Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 83, 2010

PEÑA LOPEZ, F., *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia*, Tirant, 2018

PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares, 1999

PETITBÒ JUAN, A./ BERENGUER FUSTER, L., “La aplicación del Derecho de la competencia por los jurisdiccionales y administrativos”, *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 1998

PETITBÒ, A./ CREUS, A., “No deduzcamos ingenuamente el abuso en supuestos de descuentos por una empresa en posición dominante”, *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2006

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El carácter expansivo del daño causado por los cárteles y el juego de las presunciones (II): el efecto paraguas” -disponible on-line-

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho interno”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015

RODGER, B., “United Kingdom”, *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States*, Oxford, 2018

RUIZ PERIS, J.I., “El abuso de dependencia económica en el derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas”, *Derecho de la competencia y gran distribución*, Thomson-Aranzadi, 2016

RUIZ PERIS, J.I., “El sistema europeo de compensación de daños en material de competencia”, *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Tirant, 2018

RUIZ PERIS, J.I., “Mercado relevante”, *Derecho europeo de la competencia* (Dir. Ruiz Peris), Tirant, 2017

RUIZ PERIS, J.I., “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del derecho de la competencia a la responsabilidad compartida”, *La compensación de los daños por infracción de las normas de*

competencia tras la Directiva 2014/104/UE (Dir. RUIZ PERIS), Thomson-Aranzadi, 2016

RUIZ PERIS, J.I., *La responsabilidad de la dominante en el derecho de defensa de la competencia*, Tirant lo Blanch, 2004

SANCHO GARGALLO, I., “Aplicación privada de las normas antitrust”, *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad* (dir. García-Cruces), Tirant lo blanch, 2014

SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *Indret*, núm. 1, 2009

SANCHO GARGALLO, I. “El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades de competencia”, en *Acciones Follow On. Reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, 2019

SCHININÀ, M., “La nulità delle intese anticoncorrenziali”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, núm. 2, 2004

SIGNES DE MESA, J.I., “Fundamentos del Derecho y de la política de la competencia”, *Derecho de la Competencia*, Thomson-Civitas, 2013

SOUSA FERRO, M., “Portugal”, *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States*, Oxford, 2018

TOBÍO RIVAS, A.M., “Algunas consideraciones sobre las implicaciones del derecho de la libre competencia en la regulación española vigente y proyectada de los contratos de distribución y agencia: Una visión contractualista”, *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, 2013

VELA TORRES, P.J., “La experiencia de la sala primera del Tribunal Supremo en aplicación privada de la competencia”, *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE* (Dir. RUIZ PERIS), Thomson-Aranzadi, 2016

VICIANO PASTOR, J., y MARTÍ MIRAVALLS, J., “Derecho antitrust y contrato de agencia: los riesgos significativos e insignificantes del agente

en las redes distribución de carburante según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RDM*, núm. 280, 2011

VITOLA BIANCHI, R., “Algunas consideraciones relativas a las consecuencias de la entrada en vigor del Reglamento 1400/2002: STJCE de 30 de noviembre de 2006, asuntos C-376/05 y C-377/05, A Brünsteiner GmbH y Autohaus Hilgert GmbH contra Bayerische Motorenwerke”, *Noticias de la Unión Europea*, vol. 278, 2008

WAELEBROECK, M./ FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, Bosch, T. I, 1998

WERTHEIMER, H.W., “The Haecht II Judgment and Its Repercussions”, *Common Market Law Review*, vol. 10, nº 4, 1973

WHISH, R., y BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2012

WHISH, R./ BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford, 2015

WINCKLER, A., “Remedies available under French Law in the application of EC competition rules”, *European competition law annual 2001. Effective private enforcement of EC antitrust law*, Hart publishing, 2003