

VICTORIA TORRE SUSTAETA

Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia

La Tutela procesal del Derecho
de la Competencia en el plano
nacional español

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2016

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de sus autores como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70/93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2016 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Victoria Torre Sustaeta]

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9098-119-1

Depósito Legal: NA 130/2016

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, calle A, nave D-11

31013 Pamplona

*A mi familia, de nuevo,
que nunca ha dejado de apoyarme.*



Índice general

	<u>Página</u>
Siglas, abreviaturas y acrónimos	19
CUESTIONES PRELIMINARES	
LA “APLICACIÓN PRIVADA” DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ¿UNA VÍA DE APROXIMACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS LEGISLA- CIONES PROCESALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS?	23
I. El <i>private enforcement</i> del Derecho de la Competencia en la Unión Europea: ¿mito o realidad?	24
1. <i>Sobre el private enforcement, lo que pretende y más</i>	25
2. <i>Un concepto matizable: el uso de “aplicación privada” para referirse a la tutela judicial del Derecho de la Competencia</i>	30
II. La Directiva 2014/104/UE ante la ausencia de una regulación procesal que garantice una tutela judicial uniforme en todos los Estados miem- bros de la Unión	31
1. <i>Evolución y avances en el ámbito de la cooperación judicial civil y de la armonización legislativa en materia procesal: “la ‘(in)aplicación privada’ del Derecho de la Competencia” un buen pretexto para ello</i>	32
2. <i>De dónde venimos y hacia dónde vamos: la Directiva 104/2014 de la Comisión Europea</i>	35
CAPÍTULO PRIMERO	
PUNTO DE PARTIDA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN	43
I. Consideraciones previas	43
II. Sobre la evolución de la “tutela privada” del Derecho de la Competen- cia en España	44

	<u>Página</u>
1. <i>Cambio de criterio jurisprudencial y adecuación a las exigencias de la Unión</i>	44
2. <i>¿Cuestión prejudicial o presupuesto de procedibilidad administrativa?</i>	45
CAPÍTULO SEGUNDO	
SOBRE LOS SUJETOS DEL PROCESO	51
I. El órgano jurisdiccional competente	51
1. <i>Cuestiones en torno a la competencia genérica</i>	53
2. <i>Competencia objetiva: Juzgados competentes para conocer de los litigios antitrust</i>	58
2.1. <i>Planteamiento del problema: ¿juzgados de lo mercantil o juzgados de primera instancia?</i>	58
A. <i>La competencia de los juzgados de lo mercantil, como regla general y su especialización. ¿Cuestión de necesidad o de conveniencia?</i>	59
B. <i>Los Juzgados de Primera Instancia como órganos competentes: supuestos de acumulación de acciones</i>	64
C. <i>¿Cuestión prejudicial ante la jurisdicción contencioso-administrativo?</i>	66
D. <i>Algunas consideraciones respecto de la competencia objetiva del órgano jurisdiccional en otros Estados miembros de la Unión Europea</i>	67
a. <i>El caso de Italia: el caso Manfredi</i>	67
b. <i>El caso de Reino Unido: la naturaleza del Competition Appeal Tribunal</i>	68
3. <i>Competencia funcional</i>	70
4. <i>Competencia territorial</i>	74
4.1. <i>Regla general</i>	74
4.2. <i>Fueros especiales</i>	75
II. Cuestiones relativas a las partes del proceso civil	77
1. <i>Planteamiento general</i>	78
2. <i>Capacidad para ser parte y capacidad procesal</i>	79
3. <i>La legitimación</i>	81
3.1. <i>Planteamiento general</i>	81

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
3.2. Legitimación ordinaria o individual	84
A. <i>Una aproximación conceptual</i>	84
B. <i>Problemática en torno a la legitimación activa: Clasificación de los operadores jurídico-económicos susceptibles de ser perjudicados por un ilícito antitrust</i>	85
C. <i>La cuestionada legitimación ordinaria de los consumidores (compradores indirectos)</i>	91
a. <i>Notas breves en torno al concepto de consumidor como “perjudicado”</i>	92
b. <i>El consumidor como víctima de ilícitos anticoncurrenciales: la insuficiencia de su legitimación ordinaria</i>	93
3.3. La legitimación extraordinaria o colectiva	98
A. <i>Notas breves en torno a su concepto</i>	98
a. <i>La ampliación de la legitimación ordinaria</i>	98
b. <i>La transcendencia de la protección del consumidor en el Derecho de la Competencia. ¿Cómo garantizar una tutela judicial efectiva a los consumidores en materia de defensa de la competencia?</i>	100
B. <i>La tutela procesal de los intereses supraindividuales en el proceso civil español</i>	102
a. <i>Mediante la vía de la acumulación inicial subjetiva de acciones: pluralidad de sujetos “que están o pueden estar determinados”</i>	104
b. <i>La fórmula de la representación mediante la concesión de la legitimación a personas jurídicas cuando se trata de una pluralidad de sujetos “determinados o indeterminados”</i>	106
c. <i>Normas procesales especiales: La ley de Competencia Desleal</i>	110
d. <i>La solución articulada por el 221 y 519 de la LEC fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados</i>	113
3.4. En busca de nuevos instrumentos procesales que garanticen las nuevas realidades jurídicas	114
A. <i>Planteamiento general</i>	114
B. <i>Recursos colectivos existentes en Europa</i>	117

	<u>Página</u>
C. <i>La posible –y necesaria– instauración del procedimiento class actions en la Unión Europea</i>	120
a. Concepto, características y clases	120
b. La dificultad de compatibilizar el principio de economía procesal con el principio de audiencia	124
CAPÍTULO TERCERO	
EL OBJETO DEL PROCESO	127
I. Introducción	127
1. <i>La pretensión como elemento delimitador del objeto del proceso</i>	129
2. <i>La delimitación de los hechos configuradores de la causa petendi</i>	130
2.1. El principio dispositivo como límite a la regla <i>iura novit curia</i> ...	130
2.2. Supuestos de hecho que confieren consecuencias jurídicas en materia de Defensa de la Competencia	132
A. <i>Criterio general. Todo acto restrictivo, o susceptible de restringir, el funcionamiento normal del sistema competitivo del mercado</i>	132
B. <i>La tutela indirecta de los intereses privados vulnerados por actos anticompetitivos invocando la normativa de competencia desleal</i>	133
C. <i>Conductas tipificadas expresamente como contrarias a la Defensa de la Competencia</i>	136
3. <i>Tipología de pretensiones ejercitables en el proceso civil declarativo con causa en una infracción de las normas de Defensa de Competencia</i>	140
3.1. Inexistencia de normas procesales específicas y aplicación de las normas genéricas contenidas en la LEC	140
3.2. La pretensión mero-declarativa: positiva y negativa	143
A. <i>Cuestiones previas</i>	143
B. <i>La pretensión declarativa de la existencia del ilícito anticompetitivo y de la nulidad del contrato, acuerdo o práctica ilícita</i>	143
C. <i>La pretensión declarativa negativa: la “no existencia de ilícito anticompetitivo”</i>	144
3.3. Pretensiones de condena	148
A. <i>En general: pretensiones de hacer, no hacer y dar</i>	148
B. <i>En particular. La compensación por los daños y perjuicios</i> ...	151

	<u>Página</u>
a. Dificultades en torno a su ejercicio: Ausencia de régimen especial y reconocimiento tardío	151
b. Presupuestos: infracción, daño y relación de causalidad entre ambos	153
c. Valoración crítica sobre las dificultades procesales en el ejercicio de la pretensión de condena: Un problema de fondo y el subyacente de forma	159
II. Vicisitudes en torno a la acumulación de acciones	160
1. <i>En general. Concepto y tipos de acumulación</i>	160
2. <i>En particular</i>	161
2.1. Acumulación objetiva de acciones. La Determinación de la acción principal a efectos de fijar la competencia objetiva del órgano jurisdiccional	161
2.2. Acumulación sobrevenida de objetos	167
A. <i>Por el actor: ampliación de la demanda</i>	168
a. En general	169
b. Particularidades: La obligación de dar traslado de la resolución de la admisión de la demanda a la CNMC. Alcance y efectos de este trámite procesal	170
B. <i>Por el demandado. Cuando el demandado invoca la normativa antitrust en su defensa</i>	174
a. Supuesto de hecho. El asunto <i>Courage</i> contra <i>Crehan</i>	175
b. Posibles actitudes del demandado	176
c. Otras estrategias procesales alternativas	182
3. <i>Dos modalidades de iniciar el proceso según la modalidad de tutela pedida: Follow on y stand alone</i>	189
3.1. En general	189
3.2. En particular. Ventajas e inconvenientes según la modalidad elegida	191
A. <i>Planteamiento del proceso Stand alone</i>	191
B. <i>Planteamiento del proceso follow-on</i>	193
C. <i>Tipo de procedimiento. ¿Verbal u ordinario?</i>	196
D. <i>Tendencia jurisprudencial en España</i>	197

	<u>Página</u>
CAPÍTULO CUARTO	
PROBLEMAS RELATIVOS AL INICIO Y DESARROLLO DEL PROCESO	201
I. Planteamiento de actividades previas al proceso: Las diligencias preliminares	201
1. <i>En general. Concepto y finalidad</i>	201
2. <i>En particular</i>	203
2.1. <i>Ámbito de las diligencias</i>	203
A. <i>Dimensión objetiva. El listado numerus clausus previsto en la LEC</i>	203
B. <i>Dimensión subjetiva: diligencias preliminares en el ámbito de un futuro proceso colectivo</i>	206
C. <i>Ausencia de diligencias preliminares específicas en materia de Derecho de la Competencia</i>	208
2.2. <i>Cómo y ante quién se solicitan</i>	210
2.3. <i>Las diligencias preliminares como instrumento fiscalizador del ilícito antitrust en el proceso civil</i>	211
A. <i>Paralelismo con las diligencias de investigación en el proceso penal</i>	211
B. <i>Una solución intermedia: La pre-trial discovery</i>	212
II. Los plazos de prescripción	214
1. <i>En general</i>	214
2. <i>En particular</i>	215
2.1. <i>Plazos de prescripción para ejercitar la acción judicial en caso de responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual</i>	215
2.2. <i>El dies a quo: ¿Cuándo empieza a contarse el plazo?</i>	219
III. La práctica de la prueba	221
1. <i>En general</i>	221
2. <i>En particular</i>	223
2.1. <i>Inversión de la carga de la prueba en supuestos follow-on</i>	223
2.2. <i>La prueba de los daños y perjuicios en el proceso civil versus la efectividad de los programas de clemencia</i>	224
A. <i>Planteamiento del problema. El acceso a la información facilitada por el infractor a la Comisión y a las ANC</i>	224
B. <i>La solución según los postulados de la sentencia Pfleiderer ...</i>	228

	<u>Página</u>
a. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión ...	228
b. La posición del Abogado General	229
c. La opinión de las ANC: <i>Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012</i>	229
C. <i>La solución articulada por la normativa española</i>	230
a. Una alternativa al acceso a la documentación: El deber de exhibición documental del artículo 328 LEC	230
b. La posibilidad del artículo 330 de la LEC y el alcance del artículo 15 bis de la LEC	233
D. <i>La Directiva 2014/104/UE. Alcance y límites a la exhibición de medios de prueba según la Propuesta de Directiva</i>	236
E. <i>Valoración crítica</i>	238
F. <i>La vinculación a una resolución administrativa previa y valoración de la prueba</i>	241
IV. La sentencia	243
1. <i>En general. Contenido y efectos de la sentencia</i>	243
1.1. La eficacia de cosa juzgada	244
1.2. Límites subjetivos del efecto de cosa juzgada	246
A. <i>La eficacia inter partes</i>	246
B. <i>La extensión de la eficacia de cosa juzgada a sujetos no litigantes: el caso de los consumidores y usuarios</i>	247
1.3. Límites objetivos de la cosa juzgada: “lo deducido y lo deducible”	248
2. <i>En particular. Vicisitudes de la sentencia en procesos por infracción de las normas de Derecho de la Competencia</i>	249
2.1. Dificultades en torno a la fijación de la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios	249
A. <i>El cálculo “material” de los daños y perjuicios en Defensa de la Competencia</i>	250
B. <i>La sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados</i>	253
a. Planteamiento del problema	253
b. La indeterminación de la cuantía por indeterminación del número de beneficiarios	254

	<u>Página</u>
2.2. La posibilidad de suspender el plazo para dictar la Sentencia en el proceso civil en espera de un pronunciamiento administrativo: del requisito de procedibilidad a la cuestión prejudicial	259
CAPÍTULO QUINTO	
LA ARTICULACIÓN DE LA VÍA JUDICIAL CON LA VÍA ADMINISTRATIVA: CONSIDERACIONES EN TORNO AL EFECTO DE COSA JUZGADA	263
I. Consideraciones previas	263
1. <i>La coexistencia de dos vías de tutela: la administrativa y la judicial</i>	263
1.1. Bajo la antigua regulación española: Problemas en torno a la naturaleza del Tribunal de Defensa de la Competencia	265
1.2. En la actualidad: La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)	268
1.3. Siguiendo las pautas de la Unión: La “prevalencia” de la vía administrativa sobre la judicial	272
A. <i>El artículo 16 del Reglamento (CE) 1/2003: “La imposibilidad de adoptar resoluciones incompatibles”</i>	273
B. <i>La influencia del Reglamento (CE) 1/2003 en la regulación española</i>	276
2. <i>El alcance –y la extralimitación– del principio de “no contradicción” entre una resolución administrativa y una resolución judicial: la eficacia de cosa juzgada como límite a respetar</i>	277
2.1. La eficacia de las cuestiones prejudiciales	278
A. <i>La cosa juzgada en lo Contencioso-Administrativo: el control jurisdiccional de los actos dictados por las ANC</i>	280
B. <i>La eficacia de las cuestiones prejudiciales administrativas dentro de un proceso civil</i>	282
a. Punto de partida. Las cuestiones prejudiciales solo pueden tener lugar entre órdenes jurisdiccionales, no entre administración y jurisdicción	282
b. De las cuestiones entre jueces o tribunales y cualquier autoridad del orden administrativo: conflicto de jurisdicciones	282
2.2. La trascendencia de la resolución administrativa más allá del ámbito administrativo	284

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
A. <i>La repercusión de la resolución administrativa declarativa en el proceso civil</i>	284
B. <i>La suspensión del plazo para dictar sentencia en el proceso civil en espera de una resolución administrativa que se pronuncie sobre los artículos 101 y 102 del TFUE y los artículos 1 y 2 de la LDC</i>	287
C. <i>Valoración crítica: el artículo 9 de la Directiva de daños y perjuicios y lo que procesalmente implica “el efecto vinculante”</i>	288
CAPÍTULO SEXTO	
LA APLICACIÓN UNIFORME DEL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA A TRAVÉS DEL SISTEMA “PRIVATE ENFORCEMENT”	
	293
I. Sobre la necesidad de armonización procesal	293
1. <i>En general. Consideraciones previas acerca de la aproximación de legislaciones</i>	293
2. <i>En particular</i>	297
2.1. <i>¿Armonización positiva o negativa?</i>	297
A. <i>Armonización positiva a través de la fórmula de la aproximación de legislaciones</i>	299
B. <i>Armonización positiva justificada en el derecho a una tutela judicial efectiva en todo el espacio europeo de justicia</i>	301
2.2. <i>¿Armonización de mínimos o máximos?</i>	304
3. <i>Presente y futuro de la Unión: “¿Hacia un planteamiento europeo coherente de un recursocolectivo?”</i>	308
Bibliografía consultada	313

