LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Ricardo Alonso Soto *

Abstract: *This paper first analyzes the development of private or judicial enforcement of competition law in the European Union and in Spain and secondly the main issues that are currently posed by this private application from a point of view of substance (proof of fault, harm and causal link), procedure (legal standing, discovery, passing-on test and prescription) and private international law (applicable law, legal jurisdiction and effect of the judgments of the national competition authorities).*

Índice: 1. Introducción. 2. La implementación de la aplicación privada en la Unión Europea. 3. La aplicación judicial en España. 4. Cuestiones que plantea la aplicación judicial. 4.1. Cuestiones de orden sustantivo. 4.2. Cuestiones de orden procesal. 4.3. Cuestiones de derecho internacional privado. 5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Entendemos por aplicación privada del Derecho de la competencia la realizada por los jueces y tribunales pertenecientes a la jurisdicción civil ordinaria en contraposición con la aplicación pública, que es la que realizan las autoridades administrativas de defensa de la competencia, tanto europeas como nacionales o autonómicas.

La aplicación privada encuentra su fundamento o razón de ser en la necesidad de compensar a las víctimas de las prácticas anticompetitivas los perjuicios causados por ellas. También puede encontrarse una justificación política de las mismas en la conveniencia de aumentar los mecanismos de disuasión

* Uma versão anterior deste artigo foi publicada em: Font Ribas, A., Gómez Trinidad, S. (coord.), *Actas del Congreso Internacional sobre Daños Derivados de Ilícitos Concurrenciales*, 2013, págs. 123-134.

para que los operadores económicos no incurran en tales prácticas, de modo que, junto a las sanciones pecuniarias o estructurales, se articula el derecho de los perjudicados a obtener una reparación del daño sufrido. Pero, para que esta última medida cumpla realmente su cometido y se convierta en un instrumento efectivo, deben establecerse mecanismos que faciliten la reclamación, no tanto por parte de las empresas sino especialmente por parte de los consumidores afectados, que son los que están más desprotegidos. De ahí la preocupación de la Comisión Europea por establecer una normativa común que posibilite este tipo de reclamaciones judiciales para que los perjudicados puedan exigir indemnizaciones por los daños derivados de los ilícitos concurrenciales.

Una última aclaración preliminar resulta necesaria: La aplicación privada del derecho de la competencia se limita exclusivamente a las normas sobre conductas anticompetitivas, esto es, a las relativas a las prácticas colusorias (arts. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia [LDC] y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [TFUE]) y al abuso de una posición de dominio en el mercado (arts. 2 LDC y 102 TFUE).

2. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA APLICACIÓN PRIVADA EN LA UNIÓN EUROPEA

En la Comunidad Económica Europea se optó, en un primer momento, por la vía pública o administrativa por considerarla el sistema más efectivo de aplicación. En consecuencia, la aplicación de las normas sobre competencia se atribuye a la Comisión Europea, que se consagra como la autoridad europea de competencia, descartándose la creación de una autoridad administrativa especializada o agencia independiente (Reglamento CEE n.º 17/1962).

Ahora bien, tanto el Consejo como la Comisión Europea son conscientes de que un organismo administrativo no puede realizar declaraciones sobre la nulidad de los acuerdos anticompetitivos ni condenar a las empresas al pago de indemnizaciones por los daños y perjuicios causados a terceros por los ilícitos antitrust, cuestiones que están reservadas a las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros, de modo que se arbitra un sistema en el que la Comisión Europea o las Autoridades Nacionales de Competencia declaran la existencia de prácticas anticompetitivas prohibidas e imponen multas y en el que los autores de dichas prácticas o los perjudicados por ellas pueden acudir con posterioridad a los jueces o tribunales del orden civil para reclamar la nulidad de los acuerdos anticompetitivos o una indemnización por los daños y perjuicios causados.

La aplicación privada no despliega sus plenos efectos hasta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre del 2001, As. *Courage*, que claramente establece el derecho de las víctimas a la reparación de los daños derivados de las prácticas anticompetitivas mediante el ejercicio de acciones judiciales. Con anterioridad a la citada fecha, la Sentencia del citado Tribunal de 18 de septiembre de 1992, As. *Automec*, había proclamado la posibilidad de que los jueces civiles aplicaran a titulo incidental las normas de competencia a solicitud de los particulares afectados, doctrina que se plasmó en la "Comunicación de la CE de 13 de febrero de 1993 sobre cooperación entre la CE y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 81 y 82 TCEE" (actualmente artículos 101 y 102 TFUE). Será, finalmente, el Reglamento (CE) n.º 1/2003, el que consagra la aplicación a título sustancial y directo de las normas de competencia por los jueces y tribunales nacionales (artículo 6) y, además, la convierte en obligatoria (artículo 3).

La "Comunicación de la CE de 27 de abril del 2004", que sustituye a la anteriormente citada, establece los principios que han de regir la aplicación judicial y la cooperación entre las autoridades administrativas y judiciales. Estos principios son: 1) La aplicación se hará de conformidad con la ley nacional. 2) En caso de conflicto entre una norma nacional y una norma comunitaria, prevalecerá la comunitaria, debiendo prescindir el juez de la nacional. 3) El juez aplicará las normas de competencia siempre en función del interés privado de las partes. 4) El juez tiene el deber de pasividad y no puede actuar de oficio, dado que se trata de un sistema de justicia rogada. 5) La aplicación judicial debe ser coherente y no contradictoria con las decisiones de la CE y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia. 6) En caso de aplicación concurrente con la Comisión Europea, en aras de la congruencia, el juez deberá consultar la solución con la Comisión o suspender el procedimiento hasta que se produzca la decisión de ésta. En cuanto a la cooperación, se establece, por una parte, que el juez pueda solicitar información o dictamen a la CE o a las Autoridades Nacionales de Competencia y, por otra, que éstas puedan intervenir en los procesos civiles en calidad de "*amicus curiae*". Esta cooperación resulta fundamental por la complejidad del análisis económico, necesario en muchos casos, y la carencia de medios técnicos de nuestros juzgados y tribunales.

3. LA APLICACIÓN JUDICIAL EN ESPAÑA

En España podemos distinguir dos etapas en relación con la aplicación judicial del Derecho de la competencia: una primera etapa, que se corresponde con los períodos de vigencia de las anteriores leyes de defensa de la libre competencia y una segunda, que se inicia con la promulgación en el año 2007 de la actual Ley de defensa de la competencia.

La *Ley 110/1963, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, influenciada directamente por la legislación *antitrust* de los Estados Unidos de América y anticipándose en varias décadas al derecho comunitario europeo, contemplaba ya el derecho de los perjudicados a obtener una compensación por los daños causados por las prácticas anticompetitivas, en los siguientes términos:

> *Los perjudicados por las prácticas restrictivas declaradas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán ejercitar acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil ordinaria en plazo no superior a un año, a contar del día en que sea firme la declaración del Tribunal* (artículo 6).

Hay que señalar a este respecto que el Tribunal de Defensa de la Competencia, desde su creación en el año 1965 hasta el año 1978, en que se suprimen las jurisdicciones especiales, fue un tribunal especial del orden jurisdiccional, que funcionaba con un sistema de doble instancia (Secciones y Pleno) y cuyas sentencias del Pleno eran inapelables, de modo que se podía obtener una indemnización de daños y perjuicios por medio del ejercicio de una acción de responsabilidad civil en un tiempo razonable.

Tras la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, el Real Decreto 1882/1986, (sustituido posteriormente por el Real Decreto 259/1998) designó al Tribunal de Defensa de la Competencia como la autoridad competente para aplicar en España los artículos 85.1 y 86 TCEE (actualmente artículos 101 y 102 TFUE).

La *Ley 16/1989, de defensa de la competencia*, que deroga y sustituye a la anterior y moderniza nuestro derecho de la competencia para armonizarlo con el derecho comunitario europeo, aplicable directamente en España como consecuencia de la integración de nuestro país en la Comunidad Económica Europea, mantiene la pauta marcada por la legislación anterior y establece la siguiente norma:

La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles (Art 13).

La única diferencia existente entre ambos textos deriva del hecho, ya comentado, de que el Tribunal de Defensa de la Competencia, al perder su carácter jurisdiccional y pasar a convertirse en un organismo administrativo independiente que actúa conforme a la ley, se ve sometido a un control judicial, de modo que sus resoluciones son recurribles por la vía contenciosos-administrativa ante la Audiencia Nacional y las sentencias de ésta lo son también en casación ante el Tribunal Supremo, de modo que la firmeza de las mismas se demora largo tiempo.

A la vista de estos textos legales el Tribunal Supremo estableció, en un primer momento, como doctrina legal que los jueces y tribunales del orden civil no podían aplicar directamente la normativa de defensa de la competencia sino que debían esperar al pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia (Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1985, As. *Aiscondel*; 30 de diciembre de 1993, As. *CAMPSA*; 4 de noviembre de 1999, As *UIP* y 30 de noviembre de 1999, As. *Nissan*). La evolución de la doctrina y la jurisprudencia comunitaria motivó, sin embargo, un cambio de orientación de nuestro Tribunal Supremo que comenzó admitiendo la posibilidad de que los jueces y tribunales civiles pudieran aplicar a título incidental el derecho comunitario de la competencia, esto es, únicamente para declarar la nulidad de los acuerdos anticompetitivos y conceder a las víctimas de las prácticas restrictivas de la competencia una compensación por los perjuicios causados (Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio del 2000, As. *DISA*; 2 de marzo del 2001, As *Mercedes* y 15 de marzo del 2001, As. *PETRONOR*) y concluyó reconociendo su aplicación a título sustancial tal y como establece la Ley Orgánica 8/2003 para la reforma concursal, que crea los juzgados de lo mercantil y les atribuye la competencia para la aplicación directa de los artículos 81 y 82 TCE (actualmente artículos 101 y 102 TFUE).

La *Ley 15/2007, de defensa de la competencia*, actualmente vigente, no se pronuncia expresamente sobre la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces y tribunales civiles, cuestión que considera resuelta por el Reglamento CE 1/2003 y la Ley Orgánica del Poder Judicial (artí-

culo 86. Ter. 2 f), pero establece que *"los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley"* (Disposición adicional primera).

Así pues, la vigente Ley zanja definitivamente la cuestión de la aplicación privada del derecho de la competencia, dejando a los interesados la posibilidad de optar entre dos vías o procedimientos de aplicación: la pública o administrativa a cargo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (organismo que sustituye a las anteriores autoridades de defensa de la competencia) o, en su caso, de las Autoridades Autonómicas de Defensa de la Competencia y la privada o judicial a cargo de los juzgados de lo mercantil y los tribunales de la jurisdicción civil.

Por otra parte, la Ley de defensa de la competencia regula los términos de la cooperación con los órganos jurisdiccionales (artículo 16) y establece también determinadas modificaciones de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, para hacer operativa la citada aplicación en los términos impuestos por el derecho comunitario (Disposición adicional segunda). Asimismo, continuando la línea de la legislación anterior, atribuye a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como competencia consultiva, el dictaminar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la presente Ley deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquellas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente (Art 25. c.)

4. CUESTIONES QUE PLANTEA LA APLICACIÓN JUDICIAL

La aplicación judicial no está, sin embargo, por el momento exenta de problemas, de modo que resulta adecuado enumerar los que consideramos principales:

4.1. Cuestiones de orden sustantivo

El régimen sustantivo para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios derivada de una conducta anticompetitiva es, por lo general, el previsto en la Ley de enjuiciamiento civil para la exigencia de la responsabilidad civil extracontractual al amparo del artículo 1902 del Código civil.

Como es sabido, la aplicación del citado artículo exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

(i) La existencia de una conducta ilícita. Se precisa probar un comportamiento voluntario de un operador económico que, al ser contrario a las normas de conducta establecidas, genera un efecto lesivo para otras personas. Cuando se trata de la aplicación privada del derecho de la competencia, la ilicitud de la conducta vendrá determinada por el hecho de tener por objeto una restricción de la competencia o producir un efecto anticompetitivo en el mercado. La existencia de una Decisión de la Comisión Europea o de una Resolución de una Autoridad Nacional de Competencia facilita, sin lugar a dudas, la acreditación de este primer requisito.

(ii) La presencia de intencionalidad o negligencia del agente en la realización de la actuación ilícita. La prueba del requisito de la culpabilidad puede venir dada de antemano por la Decisión de la Comisión Europea o la Resolución de la Autoridad Nacional de Competencia, aunque hay que tener en cuenta que, en el caso del ejercicio de las llamadas acciones de seguimiento (*follow on*), que son aquellas que se emprenden una vez que se ha producido el pronunciamiento de la autoridad de competencia, puede surgir el problema de la falta de declaración expresa o tácita sobre la intencionalidad de la infracción, pues hay que recordar que en el derecho de la competencia la culpabilidad no es un elemento del tipo sino solamente un presupuesto necesario para la imposición de la multa (artículo 63.1 LDC). Así pues, la resolución de la Autoridad de Competencia que declara la existencia de una conducta prohibida no bastará por si sola para acreditar que ha habido intencionalidad o culpabilidad, sino que será necesario que directamente se establezca que ha habido dolo o culpa o que se hayan impuesto sanciones.

(iii) La producción de un daño real, que puede ser directo, si deriva de una relación contractual entre el autor de la infracción y la víctima de la misma, o indirecto, si proviene de una relación extracontractual entre ellos. Por otra parte, el afectado por la conducta anticompetitiva podrá reclamar una compensación por los daños realmente sufridos, tanto si son emergentes como provenientes de lucro cesante, incluyendo el pago de intereses.

(iv) La existencia de un nexo causal entre la conducta y el daño. El nexo causal es el elemento que enlaza directamente la conducta ilícita con el daño causado y determina el responsable de la misma. La prueba

> del nexo causal resulta compleja en la mayoría de los casos, porque los resultados o la evolución de un negocio empresarial pueden obedecer a múltiples variables no relacionadas directamente con la conducta puesta en cuestión.

En relación con el requisito de la causación del daño, una de las principales cuestiones que se plantean es la relativa a la determinación del importe de la compensación por el daño sufrido. Se trata, en definitiva, de reponer al perjudicado en la situación que tendría si no hubiera existido la práctica anticompetitiva. Pero ¿cómo se puede calcular el daño? Los expertos han propugnado diversos métodos para realizar el citado cálculo, entre los que destacan los siguientes: (i) La comparación de la situación del mercado y del perjudicado antes y después de la realización de la práctica anticompetitiva; (ii) El análisis comparativo de la evolución de un producto o una empresa semejante que no se ha visto afectada por la práctica; (iii) La utilización de técnicas cuantitativas o modelos econométricos que analizan distintas variables que pueden acontecer en un mercado, que es el método más perfecto pero también el de mayor complejidad. Recordemos a este respecto que la Comisión Nacional de la Competencia está facultada para determinar los criterios para la cuantificación de este tipo de indemnizaciones a requerimiento del órgano judicial competente (Artículo 25. c. LDC).

Finalmente, hay que aludir también en este punto a la cuestión de la repercusión de los daños originados por una práctica anticompetitiva por parte del empresario que los sufre directamente sobre otros operadores económicos clientes de los anteriores (*passing on*). Se trata en este caso de una situación en la que el perjudicado inicialmente por la conducta ilícita traslada los daños sufridos a otras personas situadas en diversos escalones del proceso productivo como pueden ser otros empresarios o los consumidores y usuarios, de modo que finalmente queda indemne. La figura del *passing on* produce un doble efecto en relación con la reparación o compensación de los daños derivados de un ilícito anticompetitivo: elimina, por una parte, el perjuicio de la primitiva víctima y, por tanto, le priva de la posibilidad de reclamar (*passing on defence*) y legitima, por otra, al sujeto al que se la han trasladado los daños para reclamar al causante originario de los mismos (legitimación del adquirente indirecto).

4.2. Cuestiones de orden procesal

También se plantean diversas cuestiones procesales como las siguientes:

a) *Legitimación para el ejercicio de las acciones de daños y perjuicios*. La legitimación activa claramente recae sobre la víctima del daño. Sin embargo, hay que señalar que, en caso de que el perjudicado repercuta el daño sobre un tercero, éste estará también legitimado para reclamar. La legitimación activa no resulta problemática en el caso de que las víctimas sean grandes empresas porque éstas disponen de suficientes medios materiales y jurídicos para formular la reclamación. No sucede lo mismo con los pequeños empresarios y los consumidores y usuarios a los que la reclamación les supone un coste difícil de afrontar (gastos de abogado, procurador, pruebas, tasas judiciales y costas si se desestima su pretensión) y la convierte en prácticamente inviable. La única solución efectiva para estos últimos pasa por el reconocimiento en nuestro derecho de las acciones colectivas (*class actions*) emprendidas conjuntamente por las víctimas agrupadas o por entidades que las representan como, por ejemplo, las asociaciones de empresarios o de consumidores y los entes púbicos de defensa de los consumidores. La legitimación pasiva se atribuye a los autores de la conducta anticompetitiva (legitimación directa) y es objeto de discusión la posibilidad de ejercitar la acción de daños contra los vendedores o proveedores de bienes o servicios que han repercutido los daños sufridos sobre los terceros (legitimación indirecta).

b) *Práctica de la prueba*. La prueba tanto del ilícito como de los daños y perjuicios causados por éste es difícil y costosa, salvo cuando las acciones indemnizatorias se ejercitan por medio de las denominadas acciones de seguimiento (*follow on*), en las que dichas cuestiones se fundamentan en lo establecido por la resolución de la Autoridad de Competencia.

En cuanto a la práctica de la prueba, hay que referirse a dos cuestiones de especial relevancia: de un lado, la posibilidad que tiene el demandante de instar al juez que ordene al futuro demandado revelar o entregar al demandante las pruebas que obran en su poder y que son necesarias para formular la demanda (institución del "*discovery*") y, de otro, la facultad del juez para dirigirse a las Autoridades de Competencia, tanto nacionales como europeas, a fin de que le faciliten información o dictamen sobre las cuestiones que se plantean en el pleito (hechos y prácticas, calificaciones jurídicas, delimitación de mercados, efectos anticompetitivos, eficiencias, etc.). Esta última facultad contradice el

principio de justicia rogada que rige el procedimiento civil y quiebra la neutralidad que se predica del juez en este tipo de procesos.

Por otra parte, las Autoridades de Competencia están obligadas a colaborar con los órganos jurisdiccionales y auxiliarles en su labor y también a facilitar la información requerida sobre los hechos y las prácticas en cuestión, incluso aquella que ha sido declarada confidencial siempre que existan garantías de que el juez la mantendrá secreta. Por excepción, la información facilitada a las Autoridades de Competencia por el que denuncia la existencia de un cártel mediante una solicitud de clemencia no podrá ser transmitida a los jueces y tribunales (artículo 15.bis. 1 LEC). El principio de igualdad de armas imperante en nuestro derecho procesal dificulta la transmisión de la información confidencial por parte de las Autoridades de Competencia, ya que exige la puesta en conocimiento de la misma a todas las partes que intervienen en el litigio. Asimismo hay que señalar que la información confidencial aportada por el que solicita clemencia tampoco será accesible para los terceros (artículo 51 RLDC y Resolución de la *European Competition Network* de 23 de mayo del 2012).

c) *Intervención en el proceso de las Autoridades Nacionales y Europeas de Competencia*. Como ya se ha indicado con anterioridad, las Autoridades de Competencia pueden intervenir en el proceso por propia iniciativa o a solicitud del juez facilitándole información, emitiendo dictamen o presentando observaciones orales o escritas (artículos 15 bis LEC, 15 del Reglamento CE 1/2003 y 16 LDC). Hay que recordar a estos efectos que la Ley de defensa de la competencia establece que los autos de admisión a trámite de las demandas, que se pronuncien en los procedimientos judiciales sobre la aplicación de las normas nacionales y de la Unión Europea en materia de competencia, deberán ser comunicados a la Comisión Nacional de la Competencia en los términos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil (artículo 16.3 LDC). Las partes involucradas en el proceso podrán replicar las aportaciones de las Autoridades de Competencia en el trámite procedimental de conclusiones.

Dos cuestiones se plantean principalmente en torno a esta intervención de las Autoridades de Competencia en el proceso: La primera de ellas se refiere a la naturaleza o carácter con el que intervienen. La segunda cuestión plantea el valor que ha de asignarse a lo aportado al pleito por las Autoridades de Competencia. Con respecto a la primera hay que señalar, de un lado, que el artículo 15 bis de la Ley de enjuiciamiento civil deja claro que no tienen la condición de parte y, de otro, que la Comunicación de la CE sobre cooperación

entre la CE y los órganos jurisdiccionales nacionales les atribuye la naturaleza de *"amicus curiae"*, figura desconocida con anterioridad en el derecho procesal español. En relación con la segunda, diremos que, aunque legalmente no exista ninguna calificación al respecto, la práctica le viene atribuyendo la condición de prueba privilegiada.

d) *Prescripción de la acción*. El plazo de prescripción está fijado en una año a contar desde que se tiene conocimiento de la existencia del ilícito o, si se trata de una infracción continuada en el tiempo, desde el momento de su cese. Esta forma de computar los plazos dificulta, en gran medida, el ejercicio de las acciones de seguimiento (*follow on*) dado que la prescripción se produciría en la mayoría de los casos antes de que hubiera una resolución de la correspondiente Autoridad de Competencia. Tratando de resolver esta cuestión, se ha propuesto, por una parte, estimar que la confirmación de la existencia del ilícito no se produce hasta el pronunciamiento de la Autoridad de Competencia y, por otra, considerar que la incoación de un expediente sancionador por la Autoridad de Competencia produce un efecto suspensivo del plazo de prescripción hasta la conclusión del mismo. Desde este punto de vista, resulta más adecuada la normativa anterior que establecía como "*dies a quo*" el de la firmeza de la resolución de la Autoridad de Competencia en vía administrativa o en su caso jurisdiccional.

e) *Concurrencia de jurisdicciones*. La atribución a los juzgados de lo mercantil de la competencia para la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE y 1 y 2 LDC plantea la cuestión de la concurrencia de jurisdicción con los juzgados de primera instancia, que se ocupan también de cuestiones de derecho privado de naturaleza mercantil. Así por ejemplo, puede suceder y sucede con bastante frecuencia que, en un litigio por incumplimiento contractual, la parte demandada alegue, por vía de oposición o reconvención, la nulidad del contrato por ser anticompetitivo en si mismo o contener cláusulas anticompetitivas. En estos casos, ante la imposibilidad de proceder a la acumulación de acciones porque la competencia objetiva para conocer de cada una de ellas es diferente y los órganos judiciales especializados solamente pueden conocer de aquellas materias que explícitamente les atribuyen las leyes que regulan su competencia, habrá que concluir que no caben otras soluciones que el planteamiento de una cuestión prejudicial o la suspensión del plazo para dictar sentencia hasta que se pronuncie el otro juzgado.

f) *Efectos de las decisiones o resoluciones de las Autoridades de Competencia*. En relación con esta cuestión hay que señalar, en primer lugar, que la denominada jurisprudencia comunitaria europea, que comprende tanto las sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo como las decisiones de la Comisión Europea, vinculan a los jueces y tribunales nacionales. No sucede lo mismo, en cambio, con las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia o de las Autoridades Autonómicas de la Competencia. Sin embargo, las sentencias de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo confirmando o desestimando resoluciones dictadas por las Autoridades de Competencia en vía de recurso, serán vinculantes para los jueces de lo mercantil siempre que sean firmes, ya que producen el efecto de cosa juzgada. En la práctica, sin embargo, viene ocurriendo que los jueces y tribunales del orden civil ignoran las sentencias que se dictan en procedimientos contencioso-administrativos y a la viceversa, produciéndose incongruencias debidas, en buena medida a que el Tribunal Supremo no asume la función de unificar la doctrina en los distintos órdenes jurisdiccionales (Sirva de ejemplo, el caso de la utilización de los vales regalo denominados "*corticoles*", cuya validez fue reconocida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo mientras la Sala de lo Civil declaraba su ilicitud).

4.3. Cuestiones de derecho internacional privado

Finalmente, conviene hacer referencia también a otras cuestiones que, por pertenecer al ámbito del derecho internacional privado, no suelen ser tenidas en cuenta generalmente al abordar el tema de la aplicación privada del derecho de la competencia.

a) *Ley aplicable*. La ley aplicable en estos casos no es la normativa de defensa de la competencia sino el Código civil o la legislación equivalente de cada país en materia de acciones para la reclamación de la responsabilidad contractual o extracontractual por daños y perjuicios ocasionados a la contraparte o a terceros.

Según la normativa de derecho internacional privado (Roma II), la ley civil aplicable a la reclamación será la del lugar donde se produce el daño. Si dicha legislación contemplara la existencia de daños punitivos, éstos serán exigibles.

b) *Foro judicial*. La normativa internacional permite a la víctima del daño optar por el juez o tribunal del domicilio del infractor o el del lugar donde se produce el hecho dañoso a la hora de plantear su reclamación (Reglamento CE 44/2001). Hay que tener en cuenta, sin embargo, de un lado, que si hay varios

mercados afectados se computarán tantos hechos dañosos como mercados y, de otro, que, si se trata de daños indirectos, el lugar a tomar en consideración será aquél en el que se produce el daño directo y no el correspondiente a la víctima del daño.

c) *Ejecución de sentencias en otros países*. Regirán las reglas generales del exequátur con la salvedad de que, si en el Estado donde se pretende ejecutar la sentencia existe la posibilidad de una condena de daños punitivos, solamente se procederá a una ejecución parcial de la misma.

5. CONCLUSIONES

La primera conclusión que podemos extraer del análisis de la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España es su escasa efectividad. En efecto, en los últimos diez años, frente a un total aproximado de cuatrocientas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y su sucesora la Comisión Nacional de la Competencia, se han dictado ciento tres sentencias por parte de los órganos judiciales, de las cuales ochenta y ocho se refieren a los contratos de agencia o suministro exclusivo concertados por empresas petroleras y empresarios que explotan estaciones de servicio y solamente quince abordan otras materias. De estas últimas siete fueron acciones de seguimiento (*follow on*) y ocho acciones directas o independientes (*stand allone*).

En segundo lugar, debemos referirnos a que la Comisión Europea ha criticado ampliamente la escasa aplicación judicial de las normas de competencia en los Estados miembros y, para remediar esta situación ha proyectado medidas, actualmente en fase de discusión, que pretenden un acercamiento al sistema existente en el derecho *antitrust* de los Estados Unidos de América, pero sin la flexibilidad existente en éste aunque con la pretensión de generalizar las acciones colectivas.

Por último, hay que señalar que el sistema actualmente vigente puede ser válido para las grandes empresas, útil para las pequeñas y medianas empresas y escasamente viable para los consumidores por el coste, la dificultad de prueba y la complejidad procesal sobre todo en aquellos casos en que hay que demandar ante una jurisdicción extranjera y con arreglo a un derecho de otro país.