

APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: VENTAJAS E INCONVENIENTES

Jaime Folguera Crespo
Javier Prados Mateos
Abogados
Uría Menéndez

1. Introducción

La aplicación de las normas de Derecho de la competencia prohibitivas de conductas cuyo objeto o efecto consiste en la reducción del nivel de competencia en un mercado determinado se realiza fundamentalmente a través de dos mecanismos jurídicos.

El primero de ellos consiste en la aplicación de un control público sobre dichas conductas cuya gestión es encomendada a los órganos administrativos especializados. La Institución Europea encargada de dicha aplicación es la Comisión Europea a través de la Dirección General de Competencia; a nivel nacional, el Servicio de Defensa de la Competencia (adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda), el Tribunal de Defensa de la Competencia (si bien, una vez se produzca la entrada en vigor de la nueva Ley de Defensa de la Competencia estas instituciones se integrarán en la Comisión Nacional de Competencia) y, en su caso, los organismos autonómicos de defensa de la competencia tienen encomendada la aplicación de estas normas.

Todos estos organismos aplican las normas de competencia gracias a los poderes que tienen tanto de investigación, en orden a determinar la existencia o no de infracciones, como sancionadores, haciéndose depender la cuantía de las mismas de la concurrencia de factores tales como el tipo de infracción, la duración de la misma, o el grado de participación.

El segundo de los mecanismos previstos para la aplicación de las normas sobre competencia se produce mediante el sistema conocido como “aplicación privada” (“*private enforcement*”). En este caso, es una empresa o persona jurídica privada o una persona física (por ejemplo, una empresa competidora que supuestamente ha infringido las normas o una asociación de consumidores afectados por dicha infracción) quien asume la iniciativa en la actuación de las actividades de control y represión de conductas anticompetitivas. Esta se produce mediante el ejercicio de las correspondientes acciones ante los tribunales ordinarios contra la entidad que consideran infractora incluyendo o no la correspondiente reclamación por daños y perjuicios. El demandante persigue con ello que se declare nulo el contrato que contenía la cláusula contractual que considera infringe las reglas de la competencia y, simultáneamente, que el juez declare obligación a cargo del infractor de resarcir económicamente al denunciante de los daños y perjuicios ocasionados por la actividad irregularmente desarrollada.

Hasta hoy, en Europa no han sido frecuentes las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en las que se reconozca a los denunciantes del derecho a dicho resarcimiento de los daños y perjuicios, lo que permite concluir que la aplicación privada está lejos de poder considerarse una herramienta a disposición de los ciudadanos suficientemente

coercitiva como para lograr una mayor eficacia en la aplicación de las normas sobre competencia¹.

Sin embargo, en los últimos años la Comisión Europea ha dado determinados pasos que han sido decisivos para la instauración en un futuro próximo de un sistema eficiente de compensación por los daños y perjuicios sufridos por las infracciones de las normas de competencia.

En los siguiente apartados se ofrecen, en primer lugar, unas consideraciones generales sobre la aplicación privada de las normas de competencia en EE.UU. –país en el que viene realizándose desde la Segunda Guerra Mundial de manera masiva en comparación con la aplicación pública; a continuación analizaremos la situación del modelo europeo y, en particular, el desarrollo del proceso que ha llevado a la actual comisaria de competencia a la publicación del “Libro verde sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”; finalmente desarrollaremos algunas observaciones sobre la relación existente entre el sistema de aplicación pública y el de aplicación privada, así como los problemas prácticos y las ventajas e inconvenientes que de uno y otro se derivan.

2. Aplicación de las leyes antitrust en EE.UU.

2.1. Aplicación pública de las normas antitrust en EE.UU.

En EEUU la aplicación pública de las normas antitrust se lleva a cabo por medio de diferentes organismos de la administración pública, en concreto mediante la intervención de dos agencias gubernamentales: el Departamento de Justicia (“*Department of Justice*”) y la “*Federal Trade Commission*” (no competente en el caso de la persecución de delitos).

La superposición de estas dos instancias en la aplicación de las normas antitrust ha recibido opiniones tanto a favor como en contra. Para las primeras se entiende que el sistema promueve la competencia entre las diferentes agencias con un consecuente aumento en la eficiencia; quienes se manifiestan en contra sostienen que el sistema origina una aplicación no siempre coherente y una carga de trabajo innecesaria². En cualquier caso, como indicaremos más adelante, el número de supuestos de aplicación pública representa poco más de un 5% del total de los asuntos antitrust en los EE.UU.

2.2. Aplicación privada de las normas antitrust en EE.UU.

A diferencia de lo que ocurre en Europa, en EE.UU. las demandas por daños y perjuicios a

¹ El informe encomendado por la Comisión Europea al que se hace referencia más abajo concluyó que en Europa no hubo más que 60 demandas con éxito por daños y perjuicios en los últimos 40 años.

² Barry E. Hawk & James D. Veltrop, “*Dual Antitrust enforcement in the United States positive or negative lessons for the European Community*”, en “*Procedure and Enforcement in the E.C. and U.S. Competition Law*” 21 et seq. (Alison MacDoneel & Piet Jan Slot eds., 1993).

causa de la infracción de las leyes antitrust son muy comunes y suponen la inmensa mayoría de los litigios que conciernen a dichas leyes. Si bien es cierto que en un período inicial dicho tipo de demandas no eran un recurso frecuentemente utilizado, fue a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando las autoridades de EE.UU. hubieron de enfrentarse a una auténtica avalancha de casos en los que los privados interponían este tipo de demandas, situación que en la actualidad se mantiene.

Más del 90% de los litigios sobre normas antitrust en los EE.UU. corresponden a demandas por daños y perjuicios³. De hecho, un reciente estudio ha concluido que entre 1980 y 2004 se interpusieron en EE.UU. una media de 791 demandas por daños y perjuicios, incrementándose el ratio de aplicación pública con respecto a aplicación privada de 10 a 1 hasta 20 a 1⁴.

El amplio uso que se realiza en EE.UU. de la aplicación privada se debe, entre otros factores, al hecho de que las leyes antitrust se redactaron teniendo en cuenta la existencia de ambos tipos de aplicación, tanto pública como privada. En concreto, la posibilidad de acudir al juez ordinario para interponer este tipo de demandas se reconoció por primera vez en la Sección 7 de la Sherman Act. de 1890, que se reemplazó posteriormente por la Sección 4 de la Clayton Act. de 1914, la cual establece en su formulación actual que:

“Any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful by this act, may sue therefore in any circuit court of the United States [...] and shall recover three fold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney's fee”⁵
(subrayado añadido).

Además, la posibilidad de acudir al juez ordinario para demandar por daños y perjuicios en base a la infracción de las leyes antitrust se reconoce también en la Sección 5 de la Clayton Act, la cual establece que:

“[...] a final judgment of decree [...] rendered in any civil or criminal proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws to the effect that the defendant has violated said laws shall be prima facie evidence against such defendant in any action or proceedings brought by any other party”.

Así pues, la legislación americana no sólo reconoce la posibilidad para los particulares de

³ Clifford A. Jones, J.D. (Okla), *“Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA”*, 1999 Edit. Oxford.

⁴ http://www.econgroup.com/news_view.asp?newid=19&pageno=1; véase también Clifford A. Jones, J.D. (Okla), *“Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA”*, 1999 Edit. Oxford.

⁵ Véase párrafo 4 de Clayton Act 15 USC, párrafo 15.

presentar una demanda por daños y perjuicios por infracción de las leyes antitrust sino que incluso fomenta esta posibilidad por medio de varias ventajas para el denunciante.

Entre estas ventajas destaca, en primer lugar, la posibilidad de obtener el triple de los daños que le causó la infracción (“*treble damages*”). Esta ventaja tiene el doble objetivo de, por una parte, penalizar las infracciones de las leyes antitrust y, por otra, disuadir las posibles futuras infracciones de dichas leyes.

En segundo lugar, otra de las ventajas que obtiene el denunciante consiste en la posibilidad de recuperar las costas procesales que se hayan producido durante la tramitación del proceso sin que, por otra parte, ello se produzca de manera simétrica⁶. Es decir, que mientras que el denunciante, en caso de ganar el litigio, puede recuperar sus costas procesales de la parte acusada, ello no ocurre al contrario, toda vez que la parte defensora, aún en caso de victoria, no podrá recuperar sus costas procesales del demandante.

Finalmente, otras de las ventajas que presenta la ley americana para la aplicación privada es la posibilidad de presentar una demanda de forma acumulada junto a otros demandantes, por medio de los que se conoce como “*class action*”, gracias a lo cual se pueden reducir sustancialmente los costes y el esfuerzo del litigio para cada demandante. El propósito es doble: por una parte, ofrece la posibilidad de numerosos individuos reciban una compensación que se convertiría en insignificante o nula si tuvieran que afrontar el coste del litigio por su cuenta y, por otra, refuerza el efecto disuasorio de futuras infracciones de las normas antitrust.

En resumen, los remedios y prestaciones que ofrece la legislación americana para que los denunciantes privados tengan éxito son realmente estimulantes como lo demuestra el hecho de que la obtención del triple del daño sufrido independientemente de que el juez considere que se trata de una conducta dolosa en mayor o menor medida, o las amplias facultades de negociación que se atribuyen a los coadyuvantes que se personan en el proceso en las “*class actions*”⁷

3. Hacia una aplicación privada en Europa.

3.1. Desarrollos recientes

En el ámbito europeo, la aplicación privada de las normas antitrust ha estado ausente hasta fechas recientes. En los últimos 40 años han habido tan sólo 60 demandas por daños y perjuicios por infracción de las normas antitrust, de las cuales únicamente 12 llegaron a tener éxito⁸. A pesar de ello, en los últimos años se han adoptado numerosos pasos por parte de la

⁶ William E. Kovacic, “*Private Enforcement and Public Competition Laws: The US Experience with Private Enforcement*”, Mayo 2006.

⁷ William E. Kovacic, “*Private Enforcement and Public Competition Laws: The US Experience with Private Enforcement*”, Mayo 2006.

⁸ Informe encargado por la Comisión Europea:
http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html

Comisión Europea que se encaminan al establecimiento de un sistema que facilite la interposición de demandas por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia como complemento de la aplicación pública en aras a reforzar la eficacia y poder disuasorio del conjunto del sistema⁹.

Los primeros movimientos en este sentido correspondieron al Parlamento Europeo, cuando en 1961, al ser consultado respecto del que más adelante se convertiría en el Reglamento 17 sobre aplicación de los artículos 81 y 82 (ex 85 y 86) del Tratado CE, afirmó que las reglas del dicho Reglamento se deberían establecer no sólo para sanciones administrativas por violación de los artículos 81 y 82 sino también para el resarcimiento de daños y perjuicios¹⁰. En cualquier caso, dado que la Comisión Europea no propuso ninguna regla con este fin, el Consejo no incluyó previsión alguna en este sentido en el Reglamento 17.

Por su parte, en 1973 la Comisión ya expresó su opinión sobre la posibilidad de presentar este tipo de demandas cuando en respuesta a una pregunta parlamentaria, afirmó que este tipo de acciones podrían suponer un apoyo útil a sus propias acciones de cumplimiento¹¹.

Desde entonces se han producido numerosas intervenciones por parte de los comisarios encargados de la aplicación de la política de competencia en los que, de modo habitual, se ha venido dejando clara la intención de la Comisión Europea de establecer un sistema de normas que configuren dicho sistema en el que no existan barreras a la aplicación privada.

Así, a modo de ejemplo, cabe mencionar el discurso del ex-Comisario de Competencia Mario Monti en septiembre de 2004¹²; el de la actual comisaria de competencia Neelie Kroes en septiembre de 2005, cuando afirmó su convencimiento sobre la creación un ambiente más competitivo por medio de la instauración de una serie de reglas sobre este tipo de demandas, añadiendo que la amenaza de tener que pagar daños y perjuicios por el daño causado por la infracción de las normas de competencia tendría un efecto adicional fuertemente disuasorio sobre las sanciones que pueden imponerse en la actualidad por medio de la aplicación pública¹³; o su reciente invitación al debate abierto en su conferencia del 9 de marzo de

⁹ La Comisión Europea se ha pronunciado en numerosas ocasiones respecto a que su intención no es la de copiar el modelo americano en el que, como se señalaba anteriormente, las acciones privadas eclipsan, al menos cuantitativamente, la aplicación pública sino diseñar un sistema en el que esta última siga desempeñando un papel central y la aplicación privada actúe como su complemento natural.

¹⁰ DOCE 1410/61 de 16 de noviembre de 1961, punto 12.

¹¹ Respuesta del 10 de abril de 1973 a la Pregunta Escrita número 519/72 por D. Vredeling [1973] DOCE C67/55.

¹² Conferencia de Mario Monti, “*Private Litigation as a Key Complement to Public Enforcement of Competition Rules and the first conclusions on the Implementation of the New Merger Regulation*”, en la octava Conferencia Anual de Competencia organizada por la IBA, Fiesole, Italia (17 de Septiembre de 2004), disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/04/403&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

¹³ Conferencia de Mario Monti, “*Enhancing Actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe*”, Dinner Speech at the Harvard Club, New York, 22 de septiembre de 2005, disponible en:

2006¹⁴.

Por su parte, el TJCE también ha reconocido la ausencia de obstáculos en las normas del Tratado para el planteamiento de este tipo de demandas en cualquiera de los Estados miembros. En particular, el Abogado General Van Gerven afirmó en 1993 que el TJCE debería reconocer el derecho a obtener resarcimiento por daños y perjuicios por violación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, argumentando que ello sería útil para la aplicación de estas normas¹⁵.

Mucho más tajante fue el TJCE en una sentencia posterior, considerada hoy como el nacimiento oficioso de la aplicación privada de las normas antitrust en la UE. En el asunto Courage, se solicitó al TJCE que se pronunciara sobre cuatro cuestiones prejudiciales en un caso en el que un fabricante de cerveza había demandado al arrendatario de uno de los pubs suministrados por el fabricante (propietario a su vez del local) por impago de unas facturas. El arrendatario se opuso a la demandante alegando que el acuerdo era contrario al artículo 81 del Tratado CE, y solicitó que se le reembolsaran los daños sufridos por haber pagado un precio supracompetitivo por la cerveza.

El TJCE argumentó que la obligación de asegurar la efectividad plena de las normas comunitarias requiere que los tribunales protejan los derechos de los individuos, y afirmó que era deseable una mejora de la aplicación privada de las normas comunitarias de competencia, lo que ayudaría a asegurar la plena efectividad de dichas reglas y a preservar la competencia efectiva (y competitividad) en la Unión Europea¹⁶. El TJCE también reconoció en su sentencia que la parte afectada por un acuerdo anticompetitivo también tenía derecho al resarcimiento de daños por la infracción.

El siguiente paso de importancia dado por la Comisión Europea consistió en encargar a una firma de abogados un estudio en el que se identificaran y analizaran los obstáculos para la instauración de un sistema que permitiera la interposición con éxito de demandas por daños y perjuicios por infracción de las normas antitrust en los Estados miembros de la UE.

El estudio se llevó a cabo por medio de un cuestionario encaminado a identificar los principales problemas para la aplicación por los órganos jurisdiccionales de los artículos 81 y 82. La investigación concluyó que los niveles de acciones privadas a través de demandas de

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/533&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>

¹⁴ Conferencia de Neelie Kroes, “*More private antitrust enforcement through better access to damages: an invitation for an open debate*”, Bruselas, 9 de marzo de 2006, disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/158&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

¹⁵ Opinión del Abogado General Van Gerven de 27 de octubre de 1993 en el as. C-182/92, *Banks*, ECR 1994, I-1212, 1250-51.

¹⁶ STJCE de 20 de septiembre de 2001, as. C-453/99, *Courage Ltd. c. Crehan*, ECR I-6297, párr. 26 y 27.

daños y perjuicios en los Estados miembros de la Unión Europea son muy reducidos, y que la situación se caracteriza por un “subdesarrollo total” y una “diversidad asombrosa” en los distintos sistemas adoptados por los Estados miembros¹⁷. El Informe propone una serie de recomendaciones para incrementar el nivel de aplicación privada en la Unión Europea.

Las actuaciones anteriores concluyeron finalmente con la publicación el 20 de diciembre de 2005 por la Comisión de un Libro Verde sobre demandas por daños y perjuicios por infracción de las reglas de competencia¹⁸.

3.2. Aplicación privada en el Reglamento 1/2003

En el orden legislativo, la primera actuación normativa en orden a fortalecer el sistema de aplicación privada ha consistido claramente en la aprobación del Reglamento 1/2003¹⁹, pieza fundamental en el cuadro más general de modernización de las reglas de Competencia.

Una de las diferencias fundamentales entre el Reglamento 1/2003 y su predecesor, el Reglamento 17, es el paso de un modelo de aplicación centralizada de las normas antitrust a uno descentralizado. En efecto, bajo el Reglamento 17 la Comisión tenía asegurada en exclusiva la aplicación del apartado tercero del artículo 81 del Tratado CE. La principal consecuencia de ello era que el papel de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de las normas quedaba por tanto totalmente marginada²⁰, mientras que la Comisión Europea se convertía en la autoridad pública básica para la aplicación de las normas.

Esa situación contradecía en parte la temprana proclamación por parte del TJCE de la aplicabilidad directa horizontal de los artículos 81 y 82 del Tratado CE²¹.

La consecuencia de este escenario se puede resumir por medio de las propias palabras del ex-Abogado General Tesauro quien afirmó que el modelo de aplicación administrativa en Europa:

¹⁷ El informe independiente encargado por la Comisión Europea y las conclusiones del mismo están disponibles en: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html

¹⁸ COM(2005) 672 final, así como el documento de trabajo correspondiente de los servicios de la Comisión [SEC(2005) 1732], disponibles en: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#greenpaper>

¹⁹ 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, DOCE n° L 001 de 04 de enero de 2003, páginas 1 a 25.

²⁰ La posibilidad de que el demandado alegara en su contestación a la demanda la aplicación de dicho apartado tercero del artículo 81 respecto al cual el juez civil no tenía reconocidas competencias para su aplicación, constituía un freno notable a un mayor desarrollo de este tipo de acciones.

²¹ STJCE de 21 de marzo de 1974, as. C-127/73, *BRT c. SABAM*, [1974] ECR 51, párr. 16.

“[...] está demostrando que es muy eficiente y hasta cierto punto una alternativa a la aplicación judicial. Si bien la protección de los demandantes privados no es el objetivo de la intervención administrativa, el resultado de los casos de competencia llevados a cabo por la autoridad de competencia pueden ser asimilados en gran medida a decisiones judiciales”²².

Esta situación se cuestiona profundamente en el Reglamento 1/2003, ya que bajo este Reglamento los jueces nacionales ven plenamente reconocidas competencias plenas para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado.

Además de haber acabado así con la capacidad en exclusiva de la Comisión Europea en la aplicación de la exención del artículo 81.3, el Reglamento 1/2003 contiene adicionalmente una serie de artículos y referencias a la aplicación por los órganos jurisdiccionales de las normas comunitarias de competencia. En particular, establece en su artículo 6 que los *“órganos jurisdiccionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado”*. A este respecto, es necesario destacar que el considerando séptimo del Reglamento 1/2003 establece lo siguiente:

“Los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones. La función de los órganos jurisdiccionales nacionales es, a este respecto, complementaria de la de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Es conveniente, por tanto, facultarlos para aplicar plenamente los artículos 81 y 82 del Tratado” (subrayado añadido).

El Reglamento 1/2003 contiene aún dos referencias más a la aplicación por los órganos jurisdiccionales nacionales del Derecho antitrust. En primer lugar, en el artículo 15 establece el sistema por el que se regula la cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades de competencia de los Estados miembros con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A este respecto existe también una comunicación de la Comisión Europea dictando normas destinadas a regular de modo detallado los extremos de dicha relación²².

En el apartado 2 de dicho artículo se establece que los órganos jurisdiccionales remitirán a la Comisión Europea las sentencias en las que hayan aplicado los artículos 81 ó 82 del Tratado

²² Tesauro, *“Private Enforcement of EC Antitrust Rules in Italy: The Procedural Signes”*, en: Ehlerman & Atanasio (Eds), *European Competition Law Annual 2001, Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford, Portland, Hart, 2003, p. 278.

²² Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, DOCE nº C 101 de 27 de abril de 2004, páginas 43 a 53.

CE. En el apartado 3 del mismo artículo se establece la posibilidad tanto para las autoridades de competencia de los Estados miembros como para la Comisión Europea de presentar tanto observaciones escritas como, con la venia del tribunal, observaciones orales, para lo cual podrán solicitar al órgano jurisdiccional que les remita los documentos necesarios para valorar el asunto. Estas reglas tienen en cualquier caso carácter “*de minimis*” toda vez que el Derecho interno de cada Estado miembro puede ir más allá en los poderes conferidos a las autoridades de competencia respectivas²³.

El artículo 15 del Reglamento 1/2003, por su parte, introduce la figura jurídica del “*amicus curiae*” mediante la cual la Comisión Europea y las autoridades de competencia de los Estados miembros pueden presentar las observaciones referidas en el párrafo anterior. Como hemos indicado anteriormente, se trata de una figura común en litigios antitrust en EE.UU., aunque en Europa resulta prácticamente desconocida.

Finalmente, el Reglamento 1/2003 hace una referencia más a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE por los órganos jurisdiccionales nacionales en su artículo 16 prohibiendo a dichos órganos pronunciarse de manera incompatible con la decisión que la Comisión Europea haber adoptado en el mismo asunto o haya previsto adoptar. A tal fin, el artículo 16 prevé la posibilidad para el órgano jurisdiccional de suspender su procedimiento hasta que finalice el procedimiento administrativo comunitario.

4. Relación entre la aplicación pública y la aplicación privada

4.1. Relación de complementariedad

La relación entre la aplicación pública y privada de las normas de Derecho de la Competencia debe valorarse desde la perspectiva de una relación de complementariedad a la que en todo caso le son inherentes numerosos aspectos comunes a ambos sistemas. Esta ha sido la visión de numerosos investigadores en la materia los cuales sostienen que el modelo ideal de aplicación de las normas de competencia debería combinar tanto la aplicación privada como pública, habida cuenta de que ambos aspectos resultan necesarios para la efectividad en la aplicación de las normas²⁴.

Y ésta ha sido también la visión dada por la propia Comisión, tal y como hizo el ex comisario de competencia Mario Monti cuando afirmó que:

“en un sistema en el que se combine la aplicación pública y privada, las víctimas de las prácticas anticompetitivas, incluyendo a los consumidores, deben tener la oportunidad de aprovecharse de remedios eficientes en la forma de aplicación privada descentralizada, de manera

²³ Artículo 15.4 del Reglamento 1/2003.

²⁴ Véase, por ejemplo, Norberg, “*Competition Policy of the European Comisión: In the Interest of Consumers?*”, discurso pronunciado en Lovaina, el 20 de junio de 2003, en “*The Leuven Center for a common law of Europe*”, disponible en: http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003_021_en.pdf

*que protejan sus derechos y obtengan daños compensatorios por la pérdida sufrida*²⁵.

Además, desde una perspectiva finalista, los objetivos que cada tipo de aplicación persigue, además de coincidir en numerosos extremos, muestran la complementariedad antes mencionada. En particular, la aplicación pública de las normas antitrust por los poderes públicos se propone como objetivos fundamentales (i) la cesación de la infracción, que puede conllevar para el infractor tanto una obligación en negativo (de no hacer) como en positivo (de hacer) en orden a garantizar el libre juego de la competencia en el futuro; (ii) compensar o remediar el daño causado por la conducta anti-competitiva; y (iii) sancionar al infractor y disuadirlo de infringir de nuevo las normas en el futuro.

Pues bien, estos objetivos pueden obtenerse sin demasiadas dificultades en un sistema que combinara la aplicación privada y pública. En efecto, la aplicación privada persigue también la cesación de la infracción, aunque el medio utilizado sea una orden judicial que puede incluir obligaciones de hacer o no hacer provenientes de los órganos jurisdiccionales. En este aspecto es necesario destacar la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales vayan incluso más allá de la Comisión Europea, ya que se encuentran facultados para imponer obligaciones de hacer en asuntos en los que aplique el artículo 81, potestad esta última de la que no dispone la Comisión Europea.

En cuanto a la compensación del daño sufrido, la complementariedad que puede ofrecer la aplicación privada es mucho más evidente que la que puede ofrecer la aplicación pública, puesto que la compensación que ésta ofrece resulta muy remota e indirecta al limitarse, a lo sumo, a la propuesta de acuerdos amistosos entre las partes en los que eventualmente se incluyera dicho efecto indemnizatorio.

El aspecto de complementariedad se aprecia aquí cuando el fin disuasorio perseguido por la sanción pecuniaria se ve fortalecido por el hecho de que también tendrá el infractor que resarcir el daño sufrido por el demandante.

El aspecto de complementariedad fue puesto también de manifiesto por el TJCE cuando, en la sentencia *Courage* afirmó que la aplicación privada de las normas antitrust fortalece el funcionamiento de las normas de competencia comunitarias y disuade las prácticas que pueden restringir o distorsionar la competencia, contribuyendo así a mantener una competencia efectiva en la Comunidad²⁶. Así pues, debe entenderse que la aplicación privada contribuye y complementa las actuaciones de las autoridades administrativas.

Por último, cabe mencionar un claro ejemplo en EE.UU. en el que la aplicación privada

²⁵ Discurso “*Opening Speech: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*”, en el “*Sixth EU Competition Law and Policy Workshop Florence*”, 1 y 2 de junio de 2001, disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/01/258&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

²⁶ Véase *supra* 15.

complementó a la aplicación pública otorgando a los particulares un remedio que no les habría concedido la aplicación pública. En un litigio referente a una fijación de precios en la industria del cartón durante los años 70 y 80, el gobierno americano inició acciones penales por dicha fijación de precios; sin embargo, el jurado no acogió la pretensión del fiscal. A pesar de ello, en una posterior demanda por daños y perjuicios en la que la demandante solicitaba el triple de los daños sufridos, el jurado falló que había existido una conspiración para la fijación de precios y reconoció el derecho a una compensación por daños y perjuicios.

4.2. Ventajas e inconvenientes de la aplicación pública y privada

En la relación de complementariedad que existe entre la aplicación pública y privada, existen también una serie de ventajas e inconvenientes según el tipo de aplicación de las normas antitrust que se ejerza.

4.2.1. Ventajas de la aplicación privada

Entre las principales ventajas de la aplicación privada destaca la posibilidad para la parte demandante de reparar la pérdida o el daño sufrido por la infracción, efecto que no sería posible obtener por medio de la aplicación pública. Si bien puede hablarse de un compensación indirecta por medio de, por ejemplo, acuerdos amistosos propuestos por la autoridad de competencia, la aplicación pública únicamente posibilitaría en la mayoría de los casos que cese la conducta infractora originante del daño que a la demandante se le viene ocasionando, pero, y esto es lo importante, sin que ello implique ninguna compensación económica directa.

También ha de considerarse una ventaja de la aplicación privada el aumento del nivel de disuasión que supone el pago de daños y perjuicios al demandante en adición a la multa pecuniaria impuesta por la autoridad pública. Esta posibilidad ha hecho que se considere la actividad del demandante como similar a la del “Fiscal General” en EE.UU.²⁷.

Otra de las ventajas de la aplicación privada se refiere a la ampliación del número de agentes públicos a los que se encomienda la aplicación de las normas de competencia que ello conlleva. Los recursos de las autoridades de competencia son siempre limitados no pudiendo dedicarse a todos los casos que merezcan una investigación o la apertura de un expediente por su parte. Pues bien, por medio de la aplicación privada, se pueden obtener pronunciamientos en numerosos casos sobre los que la autoridad de competencia no habría investigado de oficio por falta de recursos. De esta manera se evita, al menos en parte, que aspectos tales como la limitación del presupuesto de los servicios de las autoridades de competencia interfieran en el nivel de la lucha contra las infracciones de las normas de competencia.

Desde un punto de vista formal, se puede afirmar también que la aplicación privada contribuye a la plena aplicación de los preceptos del Tratado entre los particulares. En efecto,

²⁷ Per J. Jerome Franck en *Associated Industries of New York State, Inc. c. Ickes*, 134 F.2d 694, 704 (2d Cir 1943).

como se ha indicado más arriba, el TJCE reconoció hace muchos años el efecto directo horizontal de los artículos 81 y 82. Pues bien, dicho efecto directo horizontal no puede hacerse efectivo si no es por medio de la aplicación privada. En particular, el efecto directo horizontal sólo se materializaría en la medida en que los particulares acudan a los órganos jurisdiccionales nacionales para hacer cumplir los artículos 81 y 82 del Tratado CE, formulando demandas por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la infracción de dichos preceptos.

4.2.2. Inconvenientes de la aplicación privada

Uno de los puntos débiles de la aplicación privada de las normas antitrust es sin duda la posible dificultad técnica y menor experiencia que los órganos jurisdiccionales encontrarán en la aplicación de los artículos 81 y 82. En efecto, no han sido pocas las voces que se han elevado alarmando contra una potencial falta de experiencia en cuestiones altamente técnicas de carácter económico por parte de los jueces para aplicar dichos artículos. En particular, existe la convicción de que las autoridades públicas especializadas tales como la Comisión Europea o las autoridades de competencia de los Estados miembros tienen un grado de experiencia mucho mayor en materias específicas, como las de carácter económico, relacionadas con el Derecho de la competencia.

Sin embargo esta opinión no se puede considerar totalmente ajustada a la realidad de la práctica judicial. En efecto, siempre existe la posibilidad para los órganos judiciales de formarse en la materia o en los aspectos técnicos que se requieran, por lo que dicha falta de formación técnica no supone un obstáculo insalvable. Además, a fin de cuentas los órganos jurisdiccionales conocen de asuntos ante supuestos de gran complejidad para cuya solución las dificultades de acceso técnico a su conocimiento y valoración no han impedido (ni podrían impedir) la resolución judicial.

Baste recordar recientes ejemplos en los que el TJCE, un órgano jurisdiccional no especializado en materia antitrust, ha modificado la interpretación y la manera en que la Comisión Europea, un órgano administrativo especializado, ha venido aplicando la política de competencia. Así ha ocurrido en casos de gran repercusión mediática como Tetra Laval, Schneider Electric, Airtours, Delimitis²⁸.

En cualquier caso, esta falta de especialización, y los riesgos inherentes a la misma, pueden tratar de minimizarse asignando las competencias sobre esta materia a un tipo de jueces más familiarizados con las cuestiones de competencia como ha ocurrido, por ejemplo, en España con la reciente creación de los Juzgados de lo mercantil y la asignación a los mismos, entre otras cuestiones, de las competencias para conocer las demandas motivadas por infracciones de los artículos 81 y 82 del Tratado.

²⁸ STJCE de 23 de octubre de 2003, as. T-5/02, *Tetra Laval c. Comisión* [2002] 5 CMLR 28; de 22 de octubre de 2002, as. T-310/01, *Schneider Electric c. Comisión* [2003] 4 CMLR 17; de 28 de febrero de 1991, as. C-234/89, *Delimitis c. Henninger Brau* [1991] ECR I-935; y de 6 de junio de 2002, as. T-342/99, *Airtours c. Comisión* 5 CMLR 7.

Otro de los aspectos a tomar en consideración en relación con un mayor fomento de la aplicación privada se refiere al elevado coste económico que ello supone. En este sentido, en el Libro Verde elaborado por la Comisión Europea se abrió un debate respecto a la necesidad o no de legislar de forma expresa en esta materia en aras a eliminar obstáculos al planteamiento de este tipo de acciones.

Finalmente, cabe mencionar como un aspecto al menos potencialmente negativo la atomización que supone la aplicación por los órganos jurisdiccionales del Derecho de la competencia. En efecto, mientras hasta el momento las autoridades que podían aplicar dicho Derecho estaban muy delimitadas, a partir de ahora, debido a la potenciación de la aplicación por los órganos jurisdiccionales que supone la aplicación privada del Derecho de la competencia, aumentan tanto el número como la indefinición de dichas autoridades de las que emanarán decisiones y sentencias en aplicación de dicho Derecho. En este sentido, el papel de la Comisión Europea tanto desde el punto de vista del “efecto vinculante” que, en la práctica, sus decisiones podrían desplegar en el ámbito civil como en el uso de la figura del “*amicus curiae*” introducida por el Reglamento 1/2003 puede contribuir a reducir este riesgo.

4.2.3. Problemas prácticos de la aplicación conjunta pública y privada

Los aspectos más potencialmente conflictivos de la aplicación pública y privada de manera conjunta se centran especialmente en la aparición de problemas de carácter práctico.

Estos problemas se deben sobre todo al hecho de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no se encuentran vinculados por las decisiones administrativas que puedan adoptar las autoridades de competencia. En particular, en cuanto a las decisiones de estas autoridades para, por ejemplo, transigir un asunto mediante acuerdo entre las partes u ofrecer inmunidad a cambio de obtener una información más completa y exhaustiva sobre la infracción denunciada.

Así pues, en cuanto a la posibilidad de que la Comisión o las autoridades de competencia pongan fin a un procedimiento por medio de un acuerdo de terminación convencional, tal y como se desprende del artículo 9 y del Considerando 13 del Reglamento 1/2003, los órganos jurisdiccionales no se encuentran vinculados por las decisiones de ese tipo adoptadas por la Comisión o las autoridades nacionales. Por ello, podría entenderse que los órganos jurisdiccionales quedan en estas situaciones totalmente libres para declarar o no una infracción de dichos artículos²⁹.

Algo muy similar ocurre con las solicitudes de clemencia realizadas por las empresas que participan en una conducta restrictiva de la competencia. Tal como se establece en el artículo 12 del Reglamento 1/2003, las autoridades de competencia de los Estados miembros podrán

²⁹ Véase el artículo 9 del Reglamento 1/2003: “*Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, ésta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas*” (subrayado añadido).

transmitirse información entre ellas con el objeto de aplicar los artículos 81 y 82. Esta información les sería de gran utilidad a los demandantes de daños y perjuicios ya que constituyen un elemento probatorio de alto valor para sustentar sus pretensiones. El Reglamento 1/2003 no ofrece ninguna solución sobre cómo proteger a los participantes de los cárteles que solicitan clemencia para evitar que ello ocasione una demanda por daños y perjuicios ante un órgano jurisdiccional o, incluso, que la información aportada en la solicitud correspondiente, y respecto a la que se haya garantizado confidencialidad en el procedimiento administrativo, no pueda ser posteriormente reclamada por el juez civil que esté conociendo sobre una demanda de daños con origen en los mismos hechos.

Este último problema ha sido solucionado, al menos en parte, por el Modelo de Programa de Clemencia de la ECN³⁰, que intenta armonizar las políticas de clemencia de los Estados miembros. A tal fin, el modelo de clemencia se pronuncia en contra de la utilización en procesos civiles ante los órganos jurisdiccionales nacionales de las pruebas facilitadas a las autoridades de competencia en procesos de solicitud de clemencia. No obstante, dependerá de la legislación de cada país que esta previsión sea eficaz en cuanto a las relaciones entre las autoridades nacionales y los jueces civiles.

5. Consideraciones finales

La aplicación privada de las normas de competencia en Europa está todavía en un estadio inicial. Sin embargo, los pasos dados por la Comisión Europea encaminados a instaurar un sistema en el que sea posible demandar por daños y perjuicios a las empresas que infrinjan dichas leyes remediará esta situación en gran medida.

Es aún muy pronto para concluir si las propuestas facilitadoras propuestas en el Libro Verde de la Comisión Europea serán suficientes. Además, habrá que esperar un largo período de tiempo para averiguar si el sistema que finalmente se instaure en cada jurisdicción es el apropiado o no (baste recordar que en EE.UU. la aplicación privada no se utilizó de manera generalizada hasta dos décadas después de promulgarse la Clayton Act).

En cualquier caso, la instauración de un sistema de aplicación privada de las leyes antitrust es ya muy positivo por las ventajas que dicha aplicación conlleva tales como un incremento en el efecto disuasorio para los infractores y la directa compensación que supone para los demandantes que sufren el daño o perjuicio.

A pesar de ello, hay determinadas consideraciones prácticas y aspectos potencialmente conflictivos que habrán de tenerse en cuenta e intentar solucionar. Para ello habrá de esperarse a los próximas propuestas de la Comisión Europea en esta cuestión así como a las novedades que puedan surgir en los Estados miembros.

³⁰ Disponible en: http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/model_leniency_en.pdf