

**LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU
AFECTACION A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Arturo Carrillo Parra*

**Técnico de la Asesoría Jurídica de la CNMC. Experto Nacional Destacado en el
Servicio Jurídico de la Comisión Europea.**



CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

7 de marzo a 4 de abril de 2022

**Las opiniones corresponden exclusivamente al autor a título individual y no necesariamente reflejan la posición oficial de la Comisión Europea o la CNMC.*

SUMARIO

<i>RESUMEN</i>	3
1. EL CONTEXTO ACTUAL DE LA APLICACIÓN PRIVADA EN ESPAÑA	6
2. EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LA APLICACIÓN PRIVADA	7
2.1. LA INTERVENCIÓN COMO AMICUS CURIAE	8
2.2. LAS FUNCIONES RELATIVAS A LA EXHIBICIÓN DE PRUEBAS Y ACCESO AL EXPEDIENTE	11
2.3. FUNCIONES EN RELACIÓN CON LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS.	14
2.4. COMUNICACIÓN DE AUTOS Y SENTENCIAS	17
3. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO VÍCTIMA.	18
4. CONCLUSIÓN	21

RESUMEN

Esta ponencia repasa algunos de los aspectos más relevantes de la aplicación privada del Derecho de la competencia en relación con las administraciones públicas. La aplicación privada del Derecho de la competencia ha experimentado un vertiginoso crecimiento en los últimos años al que, sin embargo, las administraciones públicas no se han todavía unido.

Será necesario comenzar abordando algunas cuestiones más generales que permitan poner en contexto la creciente relevancia de la vertiente privada del Derecho de la competencia para encuadrar de la mejor manera posible el rol de la Administración Pública.

Se analiza a continuación las distintas funciones de las autoridades de competencia, incidiendo en su escasa virtualidad práctica y en la necesidad de aclarar el marco en el que pueden intervenir en colaboración con los órganos judiciales. Aunque la Administración Pública, y en particular las autoridades de competencia, no tienen atribuida la función de proteger directamente el interés privado de una víctima de una infracción de la normativa de defensa de la competencia, tienen un lógico interés en el buen desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia en tanto contribuye a la promoción de una competencia efectiva y a la disuasión de las conductas anticompetitivas.

Por otra parte, la Administración Pública puede ser también víctima de una conducta anticompetitiva y, como tal, defender sus intereses privados frente al infractor de la normativa de defensa de la competencia. No hay discusión sobre la legitimación activa de la Administración Pública para interponer una demanda cuando considera que se ha visto perjudicada por la conducta anticompetitiva. Es necesario, por tanto, que las distintas administraciones públicas se conciencien de la relevancia que tiene reclamar los daños y perjuicios por prácticas anticompetitivas y de esta manera contribuyan desde su posición a un mejor funcionamiento de los mercados.

La vulneración de las normas de defensa de la competencia ocasiona graves perjuicios al funcionamiento de los mercados. Mediante la sanción de acuerdos colusorios, abusos de posición dominante y otras prácticas ilícitas, así como la autorización de concentraciones empresariales, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), junto con la Comisión Europea y las autoridades autonómicas, conforman en España la denominada aplicación pública del Derecho de la competencia.

La aplicación pública se caracteriza por que la persecución de las infracciones de las normas de defensa de la competencia se realiza por una autoridad administrativa sujeta a la revisión judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa.¹ Se configura como un Derecho público de naturaleza administrativa que, además de en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se fundamenta en la libertad de empresa protegida por el artículo 38 de la Constitución² y que busca garantizar, preservar y promover un correcto funcionamiento de todos los mercados que beneficie a los consumidores y usuarios y proteja de esta manera el interés público.

Más allá del interés público protegido, las infracciones de la normativa de defensa de la competencia provocan al mismo tiempo un perjuicio a consumidores y empresas que ven afectados sus intereses privados como consecuencia del incorrecto funcionamiento de los mercados. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictaminado en relación con los artículos 101 y 102 del TFUE que cualquier persona tiene derecho a la reparación del perjuicio sufrido por una conducta anticompetitiva.³ Se configura así un derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales competentes que garantice el pleno resarcimiento a quién ha sufrido la práctica anticompetitiva. Este derecho al pleno resarcimiento es el elemento nuclear, si bien no el único, de la denominada aplicación privada del Derecho de la competencia y, por su naturaleza resarcitoria del daño causado, se dirime ante la jurisdicción civil.

La aplicación privada del Derecho de la competencia se puede definir de manera negativa como todo aquello que no es aplicación pública.⁴ Los protagonistas, junto con las partes, son los jueces y tribunales de la jurisdicción civil (y mercantil) ordinaria e incluye, por tanto, diversos tipos de acciones que pueden ser ejercidas por los demandantes. Por el momento, el sistema europeo de aplicación privada se sustenta sobre las acciones de reclamación de daños y perjuicios con posterioridad a una resolución administrativa que ha declarado la infracción (acciones *follow on* o de seguimiento). Este tipo de acciones son hasta ahora las más habituales en España y van por tanto a concentrar el objeto de esta comunicación. No obstante, cabe mencionar que en España también han existido ejemplos exitosos de utilización de la normativa de defensa de la competencia en litigios civiles, sin declaración previa de una infracción por una autoridad administrativa (acciones *standalone* o directas).⁵

¹ Nótese que en el caso de la Comisión Europea sus decisiones están sujetas a la revisión judicial ante los tribunales de la UE.

² Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre. ES:TC:1999:208.

³ C-453/99 *Courage and Crehan* EU:C:2001:465, par. 24.

⁴ Soto, Ricardo Alonso. "La aplicación privada del Derecho de la Competencia." *Notas de Competencia Gómez-Acebo & Pombo*, nº 21 (2018). "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"

⁵ Sirva como ejemplo sobre la falta de necesidad de la existencia de una declaración previa de la infracción por una autoridad administrativa, la STS de 2 de julio de 2000, en el asunto DISA. ES:TS:2000:4520. El demandante pretendía la declaración de validez y eficacia de un contrato en el que el demandante se comprometía

El objetivo de esta ponencia es acercarse a la aplicación privada del Derecho de la competencia desde la perspectiva de una Administración Pública, esto es, la visión pública de la aplicación privada. No se pretende, por tanto, reflexionar sobre los debates doctrinales y jurisprudenciales que están progresivamente desarrollando la aplicación privada en España,⁶ sino observar las principales facultades en relación con la aplicación privada de las distintas autoridades de competencia con funciones en España, así como fomentar las demandas de reclamación de los daños y perjuicios por parte de las administraciones públicas.⁷

Será necesario comenzar abordando en la sección primera algunas cuestiones más generales que permitan poner en contexto la creciente relevancia de la vertiente privada del Derecho de la competencia para encuadrar de la mejor manera posible el rol de la Administración Pública.

Aunque la Administración Pública, y en particular las autoridades de competencia, no tienen atribuida la función de proteger directamente el interés privado de una víctima de una infracción de la normativa de defensa de la competencia, tienen un lógico interés en el buen desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia en tanto contribuye a la promoción de una competencia efectiva y a la disuasión de las conductas anticompetitivas. Es indiscutible que la aplicación privada y pública de la competencia están íntimamente relacionadas.⁸ No es extraño, por tanto, que ambas vertientes del mismo Derecho encuentren su fundamento en los mismos artículos del TFUE y de la Constitución Española. Consecuentemente, la legislación confiere también a las autoridades de competencia determinadas facultades en la vertiente privada que se analizan en la sección segunda.

Por otra parte, la Administración Pública puede ser también víctima de una conducta anticompetitiva y, como tal, defender sus intereses privados frente al infractor de la normativa de defensa de la competencia. Cuando el TJUE se refirió a que cualquier persona podía resarcirse del perjuicio sufrido no distinguió entre si estas eran públicas o privadas o en si ejercían una actividad económica o no.⁹ Si se tiene en cuenta el ya amplio concepto de legitimación pasiva en una reclamación de daños por infracción de las normas de defensa de

a la explotación de una gasolinera propiedad de Distribución Industrial S.A. (DISA), demandada, que además suministraría los productos. DISA se defendió satisfactoriamente sobre la base de que el contrato implicaba restricciones a la competencia y que, por tanto, se debía declarar su nulidad.

⁶ Si bien muchas cuestiones se encuentran *sub iudice*, existe ya un importante cuerpo doctrinal sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia. Sirva como ejemplo, Velasco San Pedro, L. A., C. Alonso Ledesma, J. A. Echabarría Sáenz, C. Herrero Suárez, and J. Gutiérrez Gilsanz. "La aplicación privada del derecho de la competencia." *Lex Nova*, Madrid (2011) o Rodger, Barry, Miguel Sousa Ferro, and Francisco Marcos. *The EU antitrust damages directive: transposition in the member states*. Oxford University Press, 2018. Díez, Fernando. "Aplicación privada del Derecho de la Competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales" *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019) 11, no. 1 (2019): 267-305.

⁷ Se utiliza en esta comunicación una definición amplia de Administración Pública que incluye también todo el sector público institucional, independientemente de la definición legal de Administración Pública contenida en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Esta definición no incluye, no obstante, a las administraciones públicas integrantes del poder judicial, al menos, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

⁸ Así es puesto de manifiesto por el TJUE: "las acciones por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión forman parte integrante del sistema de aplicación de estas normas, que tiene por objeto sancionar los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia y disuadirlas de incurrir en ellos". Asunto C-724/17 *Skanska* EU:C:2019:204 par. 43.

⁹ C-453/99 *Courage and Crehan* EU:C:2001:465, par. 24.

competencia del Tratado,¹⁰ la amplitud de la legitimación activa es incluso mayor en tanto el único requisito es haber sufrido un daño.¹¹ Este daño al ser de naturaleza económica es fácilmente transmisible pudiendo alcanzar numerosas personas y entidades tanto en términos cuantitativos, como cualitativos, en relación con diversos perjuicios sobre sus víctimas. No existen dudas, por tanto, sobre si la Administración Pública tiene legitimación activa para interponer la demanda si considera que se ha visto perjudicada por la conducta anticompetitiva. Este papel de la Administración Pública como víctima será analizado en la sección tercera.

1. EL CONTEXTO ACTUAL DE LA APLICACIÓN PRIVADA EN ESPAÑA

A diferencia del sistema estadounidense, el sistema europeo de Derecho de la competencia tradicional se ha construido y asentado sobre su aplicación pública por parte de la Comisión Europea, sin perjuicio de que en determinados países como el Reino Unido o los Países Bajos sí que tuvieran una presencia más significativa las reclamaciones de daños por conductas anticompetitivas. El primer gran hito de la aplicación privada a nivel europeo se sitúa en 2001 con el reconocimiento por parte del TJUE de que *cualquier persona* podía resarcirse del daño provocado por una práctica anticompetitiva sobre la base del actualmente artículo 101 TFUE.¹² La Comisión Europea recogió el guante del TJUE y comenzó el impulso de una armonización en este campo que culminó tras muchas negociaciones con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, 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 (**Directiva de daños**).

En España, los primeros intentos de aplicación privada en las décadas de los 80 y 90 fueron infructuosos. Los tribunales españoles solían declararse incompetentes para aplicar las normas de defensa de la competencia de los tratados europeos a un litigio entre particulares.¹³ No fue hasta la STS de 2 de junio de 2000 en el asunto DISA que se declaró nulo un contrato de distribución de carburantes por ser contrario al Derecho de competencia de la UE.¹⁴

En el contexto de descentralización del Derecho de la competencia a raíz del Reglamento 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 (**Reglamento 1/2003**), se aclaró la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar directamente los actuales artículos 101 y 102 del TFUE. En 2003, se crean los Juzgados de lo Mercantil a los que se les atribuye la competencia para enjuiciar las demandas civiles por aplicación del

¹⁰ En este sentido, el TJUE ha reconocido que la acción se puede dirigir contra personas físicas o jurídicas que no necesariamente han sido sancionadas por la autoridad de competencia con carácter previo. Véase C-724/17 *Skanska Industrial Solutions* EU:C:2019:204 para el caso de personas jurídicas sucesoras de las infractoras y C-882/19 *Sumal* EU:C:2021:800 para el caso de filiales de las matrices sancionadas.

¹¹ C-557/12 *Kone* EU:C:2014:1317, par. 33. « La plena efectividad del artículo 101 TFUE resultaría menoscabada si el derecho de cualquier persona a solicitar la reparación del perjuicio sufrido quedara subordinado por el Derecho nacional, de manera categórica e independientemente de las circunstancias específicas del caso, a la existencia de una relación de causalidad directa, excluyendo tal derecho debido a que la persona en cuestión ha tenido vínculos contractuales, no con un miembro del cártel, sino con una empresa no participante en éste, cuya política de precios, no obstante, es una consecuencia del cártel que ha contribuido a falsear los mecanismos de formación de los precios que rigen en los mercados competitivos”.

¹² C-453/99 *Courage and Crehan* EU:C:2001:465, par. 24.

¹³ Se pueden mencionar las STSS de 18 de mayo de 1985 ES:TS:1985:2020 y 30 de noviembre de 1999 ES:TS:1999:7648 y, sobre todo, la STS de 30 de diciembre de 1993 ES:TS:1993:9269 con la creación de la denominada “doctrina CAMPSA”.

¹⁴ Véase nota al pie 5, *supra*.

Derecho de la Competencia. No obstante, no fue hasta 2012 cuando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estimó la primera indemnización por daños causados por una conducta anticompetitiva, el cártel del azúcar, declarada con anterioridad por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en 1999.¹⁵

La transposición de la Directiva de daños se realizó en España el 27 de mayo de 2017. A raíz precisamente de la Directiva de daños e incluso antes de su implementación, se ha observado un gran impulso en las reclamaciones de daños por conducta anticompetitiva en España.¹⁶

La Directiva de daños trajo cambios sustanciales tanto procesales como sustantivos en el sistema español de responsabilidad civil extracontractual fundado en el artículo 1902 del Código Civil en que se basan las acciones de reclamación antes de la entrada en vigor de las normas de la Directiva de daños.¹⁷ Entre algunos de los aspectos más novedosos cabe mencionar un régimen específico de acceso a fuentes de prueba,¹⁸ el efecto irrefutable de las resoluciones administrativas firmes que declaran una infracción,¹⁹ la presunción *iuris tantum* de la existencia del daño en casos de cártel, la extensión del plazo de prescripción de las acciones a 5 años²⁰ o la responsabilidad solidaria de los infractores y atenuada para PYMES y solicitantes de clemencia.²¹

2. EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LA APLICACIÓN PRIVADA

Como se ha señalado en la introducción, las autoridades de competencia tienen atribuidas diversas facultades para intervenir o incidir en el procedimiento de reclamación de daños que se encuadran en una obligación más general de cooperación con los órganos jurisdiccionales. Se van a tratar las cuatro funciones principales: la intervención de la autoridad como *amicus curiae*, aquellas en relación con la exhibición de pruebas y acceso al expediente, aquella para informar sobre los criterios de cuantificación del daño y, por último, la comunicación de sentencias.

¹⁵ STS de 8 de junio de 2012 ES:TS:2012:5462

¹⁶ “Jurisprudencia menor sobre los daños causados por el cártel de los camiones”. Francisco Marcos. Entrada de 21 de enero de 2022 en el blog Almacén de Derecho.

¹⁷ La cuestión del régimen de transitoriedad de la Directiva de daños previsto en su artículo 22 y la entrada en vigor de determinados preceptos, así como su aplicación a determinados litigios para la reclamación del daño ocasionado por el conocido como cártel de los camiones, sancionado por la Comisión Europea, no es una cuestión sencilla y ha sido objeto de una cuestión prejudicial por parte del Juzgado de lo Mercantil de León. Se trata del asunto C-267/20 *Volvo and DAF Trucks*, cuyas Conclusiones del Abogado General Rantos se encuentran ya disponibles (EU:C:2021:884).

¹⁸ Suárez, Carmen Herrero. "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* (2016): 150-183.

¹⁹ Caravaca, Alfonso Luis Calvo y Suderow, Julia. "El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust." *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2015): 114-157.

²⁰ “La prescripción de las acciones de reclamación de daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones.” Francisco Marcos. Entrada en el blog Almacén de Derecho, de 28 de junio de 2019.

²¹ Perera, Ángel Carrasco. "Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel." *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal* 1 (2018): 71-84.

Si bien estas facultades no suponen la función principal de las autoridades de competencia y, por tanto, su ejercicio es esporádico, se intentará ofrecer ejemplos prácticos de su ejercicio allí donde se pueda.

2.1. LA INTERVENCIÓN COMO AMICUS CURIAE

Desde el Reglamento 1/2003, en un contexto de descentralización en la aplicación del Derecho de la competencia, se introdujeron medidas de coordinación entre la Comisión Europea, las autoridades de competencia nacionales y los órganos judiciales nacionales con el objetivo de una aplicación uniforme del Derecho de la competencia.

El artículo 15.1 del Reglamento 1/2003 prevé que los órganos jurisdiccionales puedan solicitar a la Comisión Europea que *“les remita la información que obre en su poder”*. El alcance de este precepto es, no obstante, limitado. La Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE (**Comunicación de cooperación con los órganos nacionales**)²² menciona el tipo de información y esta es, en esencia, de carácter procedimental como, por ejemplo, saber si un determinado asunto está pendiente ante la Comisión, si esta ha iniciado oficialmente un procedimiento que puede servir para saber si ya ha adoptado una posición con el objetivo de decidir sobre la suspensión de un procedimiento o si es necesario adoptar medidas cautelares.

El mismo artículo 15.1 permite a que los órganos jurisdiccionales puedan solicitar que la Comisión *“les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias”*. Su ejercicio es, no obstante, limitado. Ciertamente, un órgano jurisdiccional nacional puede plantear cuestiones prejudiciales conforme al artículo 267 del TFUE para consultar la aplicación de las normas de competencia directamente al TJUE que es el encargado de interpretar los tratados. Esta es la opción claramente seguida por los jueces y tribunales españoles. Sirva como ejemplo reciente en un procedimiento de aplicación privada de las normas de defensa de la competencia el asunto C-333/21 *European Superleague Company*, que se encuentra pendiente de resolver por el TJUE y donde el Juzgado Mercantil nº17 de Madrid planteó varias cuestiones prejudiciales en relación con la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE a los estatutos de la FIFA y la UEFA, órganos rectores del fútbol en Europa y organizadores de la Champions League, al entender el demandante que restringen la posibilidad de crear una competición alternativa a nivel europeo. Cabe mencionar también que incluso en un asunto con aspectos más fácticos que jurídicos como son los tipos de camiones afectados por la decisión de la Comisión Europea en el cártel de los camiones, tanto el *Landgericht Hannover (C-588/20 Daimler)* como la Audiencia Provincial de Pontevedra (C-285/21 *Dalarjo*) han preferido plantear una cuestión prejudicial al TJUE que consultar a la Comisión Europea.

Mayor interés práctico tiene el artículo 15.3 del Reglamento 1/2003 en el que se prevé que tanto las autoridades nacionales como la Comisión Europea puedan presentar observaciones ante los órganos jurisdiccionales nacionales cuando se dirima la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.²³ Este es el precepto que fundamenta la intervención de las

²² OJ C 101, 27.4.2004, p. 54–64.

²³ Art. 15.3 del Reglamento 1/2003: *“Las autoridades de competencia de los Estados miembros podrán presentar por propia iniciativa observaciones escritas a los órganos jurisdiccionales nacionales de su respectivo Estado miembro sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 u 82 del Tratado. Con la venia del*

autoridades de competencia como *amicus curiae* en el procedimiento judicial. Esta institución, no tan tradicional en el ordenamiento jurídico español, implica que la autoridad de competencia no es parte en el proceso, pero asiste al órgano jurisdiccional mediante la aportación de información, experiencia o conocimiento técnico.

La asistencia debe ser neutral y objetiva, sin que se oiga a las partes por las autoridades de competencia y en ningún caso lo emitido es vinculante para el órgano jurisdiccional. En el caso de la Comisión Europea, lo puede realizar por propia iniciativa y puede solicitar al órgano jurisdiccional competente la remisión de los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto. El Reglamento 1/2003 especifica que la Comisión Europea solamente presentará observaciones cuando lo requiera la aplicación coherente de los artículos 101 y 102 del TFUE. La Comunicación de cooperación con los órganos nacionales señala que, al ser este el objetivo, la Comisión limitará sus observaciones a un análisis económico y jurídico de los hechos subyacentes al asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional.

La Comisión Europea ha empleado esta facultad en diversos asuntos, incluidos procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia.²⁴ Por ejemplo, la Comisión Europea emitió escrito de observaciones por dos veces ante el *Court of Appeal* de Reino Unido en el asunto *Visa and MasterCard (MIFs)* en el que se dirimían tres acciones de reclamación de daños en relación con los acuerdos sobre las tasas de intercambio multilateral (MIFs) de Visa y Mastercard, que habían sido objeto de sanción por la Comisión Europea.²⁵

Con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y la introducción del artículo 15 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (**LEC**) se codificó en España la colaboración entre los órganos jurisdiccionales y la autoridad de competencia. El artículo 16 de la LDC y el 15 bis de la LEC reproducen en esencia el artículo 15 del Reglamento 1/2003 y establecen que la CNMC y las autoridades regionales de competencia pueden por propia iniciativa aportar información o presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas al artículo 101 y 102 y sus equivalentes nacionales.

Si bien en el caso de la Comisión Europea la intervención como *amicus curiae* se encuentra orientada a una aplicación coherente de los artículos 101 y 102 del TFUE, en el caso de la CNMC tanto el artículo 16.1 de la LDC como el artículo 15 bis de la LEC utilizan la

tribunal de que se trate, también podrán presentar observaciones verbales ante los órganos jurisdiccionales nacionales de su Estado miembro. Cuando la aplicación coherente de los artículos 81 u 82 del Tratado lo requiera, la Comisión, por propia iniciativa, podrá presentar observaciones por escrito a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Con la venia del correspondiente órgano jurisdiccional podrán presentar también observaciones verbales.”

²⁴ Las observaciones emitidas por la Comisión Europea, que los órganos jurisdiccionales nacionales han permitido publicar se encuentran en la página web del Directorio General de Competencia de la Comisión Europea: https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/national-courts/amicus-curiae-observations_en. Cabe señalar que, en España, la Comisión Europea intervino en los recursos de casación ante el Tribunal Supremo en relación con el expte S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal contra cinco sentencias de la Audiencia Nacional que anularon la resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009. Este caso, sin embargo, se encuadra en el ámbito de la aplicación pública del Derecho de la Competencia. Véase, entre otras, la STS de 26 de mayo de 2015 ES:TS:2015:254.

²⁵ Véase el asunto C-382/12 P *Mastercard* en revisión judicial de la Decisión de la Comisión Europea. Las observaciones de la Comisión Europea en este asunto se encuentran disponibles [aquí](#).

expresión “*cuestiones relativas a la aplicación*” de estos artículos lo que podría incluir una intervención más amplia.²⁶

La doctrina ha defendido, no obstante, que las autoridades de defensa de la competencia no deben auxiliar al juez en sus funciones relacionadas con una labor jurisdiccional, sino que participan en el proceso en defensa de un interés público determinado por la ley, que estaría también relacionado con una coherente aplicación de las normas de defensa de la competencia.²⁷ Esta delimitación, sin embargo, es también bastante difusa y podría tener un alcance bastante expansivo, más aún si se tiene en cuenta que la armonización de la aplicación privada del Derecho de la Competencia también deriva del artículo 101 y 102 del TFUE²⁸ y que, por tanto, la interpretación y aplicación de sus normas de desarrollo contribuyen también a una coherente aplicación de las normas de defensa de la competencia.

Teniendo en cuenta los difusos límites y alcance de la intervención, es necesario acudir al artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC) que derogó, aunque prácticamente reproduce, el artículo 25 de la LDC.²⁹ Se observa que el legislador en su apartado c) incluye una referencia al artículo 16 de la LDC, sobre la intervención como *amicus curiae*, que no se incluye en el apartado b) que se refiere a las funciones de la CNMC en relación con la cuantificación de las indemnizaciones y que serán analizadas en la sección 2.3.

Para no vaciar de contenido esta distinción realizada por el legislador en la LCNMC, cabría entender que la CNMC no está habilitada mediante el artículo 16 de la LDC (y por su remisión mediante el 15 bis de la LEC) para intervenir en la cuantificación de las indemnizaciones surgidas como consecuencia de una conducta anticompetitiva. La cuantificación deriva del apartado b) del artículo 5.2 de la LCNMC, mientras que la intervención general como *amicus curiae* deriva del apartado c). La labor consultiva y de asistencia al órgano jurisdiccional por parte de la autoridad nacional tendría, por tanto, esa limitación.

Más allá de la referida distinción de funciones en los apartados b) y c) del artículo 5.2. de la LCNMC, el legislador no ha aclarado sobre qué “*cuestiones relativas a la aplicación*” de los artículos 101 y 102 y sus equivalentes nacionales pueden los jueces y tribunales consultar a las autoridades de competencia. La intervención será en cualquier caso esporádica si se tiene

²⁶ Art. 16.1 de la LDC: “La [CNMC] por propia iniciativa podrá aportar información o presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos [101] y [102] del [TFUE] o relativas a los artículos 1 y 2 de esta Ley, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”

²⁷ “*La CNMC como amicus curiae y valoración de la prueba pericial*” Ignacio Colomer Hernández. Entrada en el blog Almacén de Derecho, de 19 de enero de 2022.

²⁸ Véase nota al pie 8, *supra*.

²⁹ Art. 5.2 LCNMC: “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. [...] En ejercicio de esta función, llevará a cabo las siguientes actuaciones: [...] b) Informar 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 Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente. c) Informar sobre todas las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales.

en cuenta además que si la problemática versa sobre si se está en presencia de una restricción de la competencia u otros aspectos requeridos de una interpretación legal, lo lógico es que el juez o tribunal plantee una cuestión prejudicial al TJUE, en algunos casos incluso estará obligado a ello.³⁰ Por último, si el problema surge de solventar aspectos fácticos o sobre procedimientos en curso ante la autoridad, el juez o tribunal puede dirigir un requerimiento a las autoridades de competencia y estas tienen un deber general de colaborar con los jueces y tribunales que emana no solo de su condición de autoridad de competencia, sino de Administración Pública.³¹

En conclusión, la intervención como *amicus curiae* por parte de las autoridades de competencia es un mecanismo especial de intervención ante los tribunales nacionales que, aunque sus límites no están muy definidos, debiera permitir preservar la aplicación coherente del Derecho de la Competencia. No obstante, la existencia de la preferida posibilidad, a veces obligada, de plantear cuestiones prejudiciales por parte de los jueces le otorga un papel testimonial y anecdótico.

2.2. LAS FUNCIONES RELATIVAS A LA EXHIBICIÓN DE PRUEBAS Y ACCESO AL EXPEDIENTE

La determinación de los daños y perjuicios económicos suele requerir un análisis fáctico y económico de gran complejidad, que requiere la estimación de variables económicas, que permita crear un escenario necesariamente hipotético sobre qué hubiera ocurrido en ausencia de la infracción. La carga de la prueba recae en el demandante, sin embargo, la prueba puede y suele encontrarse en posesión de la parte contraria o de terceros.

La Directiva de daños recoge en sus artículos 5 a 7 un novedoso régimen de exhibición de la prueba entre las partes y de acceso a la prueba en posesión de las autoridades de competencia. Su objetivo es el acceso a información útil para fundar las pretensiones del litigio y así garantizar el derecho al pleno resarcimiento y el efecto útil de los artículos 101 y 102 del TFUE.

Desde un punto de vista más general, puede sorprender que se realice una armonización a nivel de la Unión Europea de una cuestión eminentemente procesal. De hecho, el régimen de exhibición de la prueba en el caso español se ha trasladado directamente a la LEC. No obstante, esta materia tiene una importancia capital para garantizar el efecto útil de los artículos 101 y 102 TFUE y la falta de previsión normativa en el Derecho de la Unión incidía también en la aplicación pública y la detección de prácticas anticompetitivas a través del programa de clemencia, como había puesto de manifiesto el TJUE.

Teniendo en cuenta los asuntos C-360/09 Pfleiderer y C-536/11 Donau Chemie en los que el TJUE había señalado que, con sujeción al principio de proporcionalidad, el Derecho de la Unión no se oponía a que un perjudicado que reclama una indemnización de daños y perjuicios acceda a la prueba sujeta al programa de clemencia,³² los artículos 5 a 7 de la

³⁰ En ocasiones, la intervención de la Comisión Europea en un procedimiento nacional ha tenido como único objetivo sugerir al juez el planteamiento de una cuestión prejudicial. Es el caso, en el ámbito de la aplicación pública, del asunto C-117/20 *bpost* EU:C:2022:202.

³¹ El artículo 118 de la Constitución se refiere a que “*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*”.

³² Asuntos C-360/09 *Pfleiderer* EU:C:2011:389 y C-536/11 *Donau Chemie* EU:C:2013:366.

Directiva de daños han regulado un régimen proporcionado de acceso a las fuentes de prueba que garantice la interposición de demandas sin perjudicar al mismo tiempo los incentivos para acudir a los programas de clemencia. En España se encuentra traspuesto en los artículos 283 bis a)-k) de la LEC.

El artículo 283 bis a) prevé que una parte demandante o demandada pueda, previa solicitud razonada y suficiente para justificar la viabilidad del ejercicio de una acción de daños, solicitar al juez o tribunal que ordene a la parte contraria o a un tercero la exhibición de pruebas pertinentes que tenga en su poder, en relación con identidades y direcciones de infractores, conductas y prácticas anticompetitivas, volúmenes de facturación y servicios afectados o precios aplicados. La exhibición debe ser proporcionada, lo más acotada posible y teniéndose en cuenta su respaldo en hechos y pruebas disponibles, el alcance y coste de la exhibición de las pruebas, evitándose búsquedas indiscriminadas y con especial atención y adecuado tratamiento de la información confidencial.

En particular, el artículo 283 bis b) recoge cómo lidiar con la confidencialidad. El apartado quinto prevé una serie de medidas que pueden ser ordenadas por el juez o tribunal para respetar la confidencialidad sin perjudicar la exhibición de pruebas, como disociar pasajes sensibles, realizar audiencias a puerta cerrada, encargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información o limitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a determinadas personas sujetas a una obligación de confidencialidad. Aunque su encaje en la LEC es todavía discutido, se han realizado en España también algunas *data room* o salas de datos.³³

La exhibición de pruebas se puede solicitar con carácter previo a la interposición de la demanda.³⁴ En este caso el juez competente será el que fuera competente para conocer de la demanda principal y la parte solicitante tendrá 20 días para interponer la demanda desde la terminación de la práctica de exhibición de pruebas acordada. La solicitud de acceso a fuentes de prueba también se puede realizar en la demanda o durante la pendencia del proceso. Procedimentalmente, recibida la solicitud, se convoca una vista en las que las partes exponen sus pretensiones y el juez o tribunal resuelve mediante auto en el plazo de cinco días.

Presenta un mayor interés desde el punto de vista de una autoridad de competencia, el artículo 283 bis i) y siguientes que regulan la exhibición de pruebas contenidas en el expediente de una autoridad de competencia. Este es un régimen específico al contenido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (**Ley de Transparencia**), que precisamente pretende proteger el acceso a determinada información referida a la colaboración de los infractores con la autoridad de competencia.

Un principio general y no siempre seguido por los tribunales es que, el juez o tribunal no debe requerir a las autoridades de la competencia la exhibición de pruebas contenidas en los expedientes de estas, a no ser que ninguna parte o ningún tercero sea capaz, en una medida razonable, de aportar dichas pruebas.

³³ Un ejemplo es el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia (ES:JMV:2019:48A), aunque la Audiencia Provincial de Valencia en apelación no ha considerado que estén previstas en la LEC: SAP de Valencia, de 11 de noviembre de 2021 (ES:APV:2021:4186).

³⁴ Así se ha realizada ya en múltiples ocasiones en relación con la litigación del cartel de los camiones. Sirva como ejemplo, el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia, de 14 de junio de 2019 (ES:JMV:2019:48A). Se encuentra pendiente ante el TJUE una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona sobre si el acceso a fuentes de prueba implica solo el acceso a documentos existentes o si cabe la exhibición de documentos creados *ex novo*. Se trata del asunto C-163/21 PACCAR.

El artículo 283 bis.i) incluye una “lista negra” y una “lista gris”. El juez o tribunal no puede ordenar la exhibición de la información contenida en la lista negra, que incluye las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción. Por el contrario, la lista gris protege determinados documentos solamente durante el procedimiento administrativo, pero se puede acceder a ellos una vez el procedimiento ha concluido.³⁵ La lista gris incluye la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia, la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento y las solicitudes de transacción que se hayan retirado.

La autoridad de competencia puede manifestar su disconformidad con la proporcionalidad de los requerimientos de exhibición por propia iniciativa presentando observaciones al juez o tribunal.

El acceso a documentos en posesión de la autoridad de competencia tiene un valor muy importante para los futuros demandantes. La CNMC ha observado diversas estrategias para acceder a la información del expediente que tienen como fundamento principal preparar un litigio de daños.

En primer lugar, en determinadas ocasiones, futuros demandantes han solicitado acceder a determinada información a través de la Ley de Transparencia. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre estas solicitudes. En el expediente R/0147/201536, desestimó la reclamación de un solicitante que pretendía tener acceso a toda la documentación obrante en el expediente S/0434/12 COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD.³⁷ En este caso, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno desestimó la solicitud entre otras razones por considerar que se debía aplicar preferentemente la normativa específica en aquellas materias que tienen previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información. Por el contrario, en la Resolución 752/2018, consideró que la empresa Acciona Inmobiliaria S.L.U. podía acceder a un índice del expediente administrativo del expediente S/0037/08 COMPAÑÍAS SEGURO DECENAL “*para formular solicitud de acceso a fuentes de prueba ante el órgano judicial correspondiente*”³⁸.

En segundo lugar, se ha intentado acceder a la información para las reclamaciones de daños a través de la condición de interesado en los expedientes sancionadores. Aunque son relativamente frecuentes los recursos administrativos frente a la inadmisión como interesado en un procedimiento sancionador por aquel que es inadmitido, el valor del acceso al expediente para las reclamaciones de daños también ha originado el efecto contrario, esto es, que los incoados en el procedimiento administrativo y potenciales sancionados recurran la admisión de un interesado. En el recurso R/AJ/061/19 SIEMENS, la CNMC desestimó el recurso por el que Siemens pretendía que el administrador de infraestructuras ferroviarias (ADIF) no fuera interesado en un procedimiento en el que se investigaba el reparto de mercado de unas licitaciones del propio ADIF. Siemens, quien se acogió al programa de clemencia, argumentaba que existían riesgos de que ADIF, como futuro potencial demandante de daños, accediera a

³⁵ En principio, se puede acceder una vez se adopta la resolución, sin que se vea afectado el acceso por posteriores recursos contenciosos-administrativos.

³⁶ Resolución R/0147/201536 del Consejo de Transparencia, de 15 de septiembre de 2015.

³⁷ Resolución de la CNMC, de 20 de septiembre de 2013, en el asunto S/0434/12: COLEGIO REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD.

³⁸ Resolución 752/2018, de 1 de marzo de 2019, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

información aportada en el contexto del programa clemencia y de esta manera se vaciara de contenido la regulación contenida en la LEC.

La CNMC rechazó que existiera indefensión o perjuicio irreparable para Siemens ya que el interesado no incoado no tiene acceso, en ningún caso, a las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia ni a las solicitudes de transacción, puesto que ese acceso se reserva, y exclusivamente para la tutela de sus derechos de defensa, a los interesados incoados que deben contestar las imputaciones que se realizan en el pliego de concreción de hechos y en la propuesta de resolución. Esto, no obstante, muestra la estrecha relación entre la aplicación pública y la privada.

En tercer lugar, se debe tener una especial atención a la personación de terceros no sancionados en los recursos contencioso-administrativos. Este trámite también puede ser aprovechado por potenciales demandantes de daños para acceder al expediente administrativo que es remitido por la CNMC a la Audiencia Nacional cuando sus resoluciones son recurridas. En este caso, es la Audiencia Nacional quien debe salvaguardar que potenciales demandantes de daños no accedan a la información protegida por la LEC.

En conclusión, las autoridades de competencia tienen que tener un especial cuidado en el manejo de información confidencial en los expedientes, teniendo un lógico interés en que se faciliten y prosperen las acciones de reclamación de daños por infracciones de competencia, pero sin perjudicar sus propios mecanismos de detección de prácticas anticompetitivas y respetando los derechos de defensa de las partes en el procedimiento administrativo. Este especial cuidado se traslada a la fase de revisión judicial de las resoluciones y al propio litigio de daños. La Comisión Europea ha publicado una Comunicación dirigida a los jueces y tribunales nacionales sobre la protección de la información confidencial en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia que incide en la importancia de esta cuestión.³⁹

2.3. FUNCIONES EN RELACIÓN CON LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS.

Un problema que se plantea a los órganos jurisdiccionales y a las partes en las demandas por daños y perjuicios es cómo cuantificar el perjuicio sufrido. La cuantificación implica un ejercicio de comparación entre la situación actual del demandante con la situación hipotética en la que estaría si no se hubiera producido la infracción. Cualquier evaluación hipotética de las condiciones del mercado y las interacciones de sus participantes genera cuestiones jurídicas y económicas de gran complejidad.

Ya se ha mencionado en la sección 2.1. que la CNMC puede ejercer una labor consultiva con el objetivo de informar sobre los criterios para la cuantificación de indemnizaciones por vulneraciones de la normativa de defensa de la competencia que se reconoce en el artículo 5.2.b de la LCNMC y que se distingue de su intervención como *amicus curiae*.

El artículo 5.2.b de la LCNMC establece lo siguiente:

La CNMC actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los

³⁹ Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE (OJ C 242, 22.7.2020, p. 1–17)

mercados y sectores económicos [...] En ejercicio de esta función, llevará a cabo las siguientes actuaciones: [...] b) Informar 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 Ley 15/2007, de 3 de julio, 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.

Un primer aspecto destacable del artículo 5.2.b de la LCNMC es que la iniciativa en la labor consultiva no parte de la CNMC, sino que exige requerimiento del órgano judicial competente, quien puede, por tanto, acudir a este mecanismo o ignorarlo.

La función prevista en el artículo 5.2.b) se refiere a informar *sobre los criterios* para la cuantificación de indemnizaciones en el ámbito de la aplicación privada del Derecho de la competencia. Esta labor no se debe confundir con la cuantificación o estimación de la indemnización, cuya determinación corresponde al órgano judicial competente.

Se trata, por tanto, de una labor explicativa para la aclaración de los elementos fácticos acreditados en un determinado expediente, así como los distintos criterios, variables y métodos más adecuados para cuantificar los daños en el contexto de la práctica anticompetitiva.

No debe entenderse como parecen creer las partes en determinadas ocasiones o incluso los jueces y tribunales que la CNMC interviene en el proceso judicial para emitir un informe pericial que determine una cantidad particular para los daños producidos.⁴⁰ Esto es así porque la carga de la prueba recae sobre el demandante.⁴¹ Asimismo, tras la transposición de la Directiva de daños y la inclusión en la LDC del artículo 76.2 sobre la estimación judicial del daño, es aún más evidente que la cuantificación del daño es una labor que recae exclusivamente sobre el órgano judicial competente. Así, este puede cuantificar judicialmente el daño cuando resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión sobre la base de las pruebas disponibles evitando situaciones de *non liquet*.

Por otra parte, se discute si el órgano judicial puede poner a disposición de la CNMC los dictámenes periciales y solicitar al organismo que emita informe sobre los criterios para la cuantificación del daño sobre la base de los métodos y técnicas económicas que emplean.⁴² En cualquier caso la valoración por el juez de cualquier grado de intervención de la CNMC no sería en ningún caso vinculante y la valoración de la prueba estaría siempre sujeta a las reglas de la sana crítica.

Esta función en relación con la cuantificación del perjuicio, que ya se preveía en el ordenamiento jurídico nacional, también está prevista en la Directiva de daños. El artículo 17.3 prevé una labor de “*asesoramiento*” de las autoridades nacionales de la competencia, previa petición de un órgano jurisdiccional nacional, sobre la determinación de la cuantía de los daños

⁴⁰ En “La CNMC como amicus curiae y valoración de la prueba pericial” Ignacio Colomer Hernández. Entrada en el blog Almacén de Derecho, de 19 de enero de 2022, se hace eco del auto de un Juzgado de lo Mercantil de Oviedo que se extralimitaría al requerir a la CNMC valorar las periciales de las partes.

⁴¹ Así lo reconoce el artículo 76.1 de la LDC y con carácter previo a la Directiva de daños las STSS respecto al cártel del azúcar, de 8 de junio de 2012 (ES:TS:2012:5462) y de 7 de noviembre de 2013 (ES:TS:2013:5819).

⁴² Véase Colomer Hernández, nota al pie 40, *supra* y ¿Puede la CNMC calcular el daño causado por el «cártel de los coches»? y Francisco Marcos. Entrada en el blog Almacén de Derecho, de 24 de noviembre de 2021.

y perjuicios, cuando dicha autoridad nacional de la competencia considere adecuado tal asesoramiento.⁴³

En primer lugar, el lenguaje de la Directiva de daños parece conceder la posibilidad de que la CNMC, una autoridad administrativa, tenga discrecionalidad para contestar al requerimiento de un juez si no lo considera adecuado. El legislador español no incluyó este matiz en la normativa española, pues plantearía problemas con el deber de colaboración de la Administración con los órganos jurisdiccionales.

En segundo lugar, el artículo 76.4 de la LDC que transpone este aspecto de la Directiva de Daños en España reproduce el artículo 5.2.b de la LCNMC y se refiere como este a “*informar sobre los criterios para la cuantificación*”. Su contenido y alcance parece, por tanto, más limitado que al que se refiere el artículo 17.3 de la Directiva de daños cuando menciona un “*asesoramiento a este [el órgano jurisdiccional nacional] en el tema de la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios*”.

Cabría plantearse si la facultad contenida en el artículo 76.4 de la LDC es distinta de la contenida en el artículo 5.2.b de la LCNMC y si al ser parte de la transposición de la Directiva de daños podría habilitar una labor de “*asesoramiento*” en la cuantificación de más alcance. Se ha defendido que la previsión del artículo 5.2.b de la LCNMC tendría un carácter general para la elaboración de guías o comunicaciones, mientras que la previsión del artículo 76.4 de la LDC daría una facultad a la autoridad de competencia para actuar en un procedimiento concreto.⁴⁴ Esta interpretación se fundaría en que el artículo 76.4 de la LDC, a diferencia del 5.2.b. de la LCNMC, sitúa la intervención “*en los procedimientos relativos a las reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia*”.

Desde mi punto de vista, no obstante, tanto el artículo 5.2.b. de la LCNMC como el 76.4 de la LDC permiten el mismo grado de intervención a la CNMC. El artículo 5.2.b de la LCNMC derogó el artículo 25 de la LDC, que incluía la misma facultad de intervención de la CNMC en relación con los criterios para la cuantificación de la indemnización.⁴⁵ Su reintroducción en la LDC no es, sin embargo, reiterativa o baladí, pues las autoridades regionales de competencia no están habilitadas por la LCNMC, que es solo aplicable a la autoridad nacional, mientras que sí que aplican la LDC y, por tanto, la facultad prevista en el artículo 76.4 de la LDC. La referencia en el artículo 76.4 de la LDC a las “*autoridades de competencia españolas*”, en plural, es inequívoco de este propósito. En el caso de la autoridad nacional, la CNMC, la introducción del artículo 76.4 de la LDC no parece suponer ningún cambio en el ejercicio de

⁴³ Art. 17.3 de la Directiva de daños: “Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos relativos a reclamaciones de daños y perjuicios, una autoridad nacional de la competencia pueda ofrecer, previa petición de un órgano jurisdiccional nacional, asesoramiento a este en el tema de la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios, si dicha autoridad nacional de la competencia considera adecuado tal asesoramiento.”

⁴⁴ Véase la contribución de la Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC) respecto al borrador de Guía para cuantificación de daños de la CNMC, disponible en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/mejora-regulatoria/consultas-publicas/consulta-cuantificacion-de-danos> y Comer Hernández, nota al pie 40, *supra*.

⁴⁵ El derogado artículo 25 de la LDC indicaba: “La Comisión Nacional de la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia. [...] En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia dictaminará sobre: [...] c) 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 aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.

sus funciones en relación con la cuantificación de los daños respecto a cómo estaban en previstas en su ley de creación.

Por tanto, el legislador español ha otorgado a las autoridades nacionales de competencia facultades bastante limitadas en relación con la cuantificación del daño. Ya existe un *soft law* disponible con los criterios económicos para la cuantificación del daño que permite al juez orientar el análisis de las distintas periciales,⁴⁶ que es perfectamente conocido por los órganos judiciales españoles y citado con frecuencia en sus sentencias.

Teniendo en cuenta la habilitación legal y el *soft law* disponible, la utilidad de este informe sobre los criterios de cuantificación por las autoridades nacionales es bastante limitada. Esto es puesto de manifiesto por la SAP de Madrid, de 3 de febrero de 2020, en relación con el cartel de los sobres que indica que “*poco aporta para la cuantificación del daño*” y que “*se limita a establecer pautas generales, conocidas y comunes para cuantificar las indemnizaciones*”. La crítica es seguramente justificada, pero la elaboración de pautas generales parece ser precisamente el objetivo perseguido por el legislador. La CNMC se encuentra, de hecho, embarcada en la elaboración de su propia guía que, al estilo del *soft law* de la Comisión Europea, ofrezca pautas generales sobre los criterios de cuantificación.⁴⁷

En conclusión, las funciones en relación con la cuantificación del daño de las autoridades de competencia son bastante limitadas y se concretan en la elaboración de pautas generales sobre los criterios de cuantificación, que, por otra parte, son ya conocidos por los jueces y tribunales. La transposición de la Directiva de daños no ha permitido dotar de contenido o clarificar esta facultad, que, por tanto, seguirá teniendo una virtualidad práctica reducida en el litigio de daños.

2.4. COMUNICACIÓN DE AUTOS Y SENTENCIAS

Una última función que cabe recoger brevemente respecto a la cooperación de la autoridad de competencia con los órganos jurisdiccionales es la comunicación de los autos de admisión a trámite de las demandas y las sentencias que se pronuncian sobre los artículos 101, 102 y sus equivalentes nacionales por parte de los jueces y tribunales a la autoridad nacional de competencia. Esta función se encuentra prevista en el artículo 16.3 de la LDC y, más allá de su interés estadístico, tiene un objetivo instrumental que permita a la autoridad nacional remitir una copia del texto de las sentencias que se pronuncien sobre los artículos 101 y 102 a la Comisión Europea, como prevé el artículo 16.4 de la LDC, así como decidir sobre el ejercicio

⁴⁶ Entre el *soft law* disponible que la Comisión Europea pone a disposición de los jueces y las partes se encuentra: (i) la Comunicación de la Comisión, 13 de junio de 2013, sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (ii) la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea que acompaña a la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (iii) Directrices, de 9 de agosto de 2019, destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto (iv) 2 estudios encargados por la Comisión Europea: OXERA “Quantifying antitrust damages, towards non-binding guidance for the Courts” 2009: Estudio encargado por la Comisión Europea y RBB Economics y Cuatrecasas “Study on the Passing-on of Overcharges: Final report”.

⁴⁷ El Borrador de guía ha sido sacado a consulta pública y se encuentra en fase de elaboración. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/mejora-regulatoria/consultas-publicas/consulta-cuantificacion-de-danos>

de las otras facultades descritas anteriormente, fundamentalmente la intervención como *amicus curiae*. El artículo 213.3 de la LEC prevé que sea el Letrado de la Administración de Justicia quien remita las sentencias a la CNMC.

3. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO VÍCTIMA.

La Administración Pública, fundamentalmente en sus labores de contratación pública, es susceptible de resultar perjudicada por la comisión de una práctica anticompetitiva. Como tal, las diferentes administraciones públicas están facultadas para reclamar el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios a los infractores y acudir a los jueces y tribunales del orden civil como demandante.

Las prácticas anticompetitivas en el contexto de licitaciones públicas son especialmente perniciosas en tanto afectan a la estructura competitiva del mercado y generan sobrepuestos, ausencia de ofertas recibidas o descensos en la calidad de los servicios prestados a la Administración Pública. La consecuencia inmediata es su incidencia en el gasto público y por consiguiente en los ciudadanos como contribuyentes.

Pese a la prioridad en la persecución de cárteles en licitaciones públicas por parte de las autoridades españolas,⁴⁸ las acciones de daños por parte de las administraciones públicas han tenido hasta el momento un papel anecdótico. Se puede pensar en diversos motivos como la tradicional falta de desarrollo de la aplicación privada en España o la falta de conocimiento específico en este campo por las asesorías jurídicas de las distintas administraciones públicas, más acostumbradas a desenvolverse en la defensa de los intereses públicos que de sus también intereses privados. Cabe plantearse también si puede haber incidido el hecho de que, aunque la administración pública no haya sido sancionada por la autoridad de competencia,⁴⁹ tuviera cierta implicación (ya sea directa o *in vigilando*) en que la conducta anticompetitiva se produjera. Otra posibilidad es que, en ocasiones, los contratos públicos afectados estén ejecutándose y existan mecanismos propios de la normativa de contratos públicos como penalizaciones que en cierta medida resarzan el daño.

La “teoría del daño” habitual que permite a la Administración Pública reclamar daños deriva de prácticas anticompetitivas como las ofertas de cobertura, el reparto de licitaciones, el uso anticompetitivo de Uniones Temporales de Empresas (UTEs) o subcontrataciones fraudulentas. Este tipo de prácticas anticompetitivas incidiría directamente en el precio pagado por la administración pública perjudicada en su contratación con las entidades infractoras, siendo el daño concreto para una licitación concreta la diferencia entre el precio pagado y el que se hubiera pagado en ausencia del cártel de licitaciones públicas.

A falta de casos nacionales, cabe mencionar otros asuntos de otros países en que las administraciones públicas han solicitado daños a infractores de la normativa de competencia.

⁴⁸ Entre 2015 y 2019 aproximadamente el 50% del total de sanciones impuestas por la CNMC han tenido que ver con prácticas anticompetitivas relacionadas con la Administración Pública.

⁴⁹ En esta comunicación no se aborda la situación en la que las administraciones públicas participan en la conducta anticompetitiva y son por tanto infractoras y potenciales demandadas. Un ejemplo en España de ello es la STS, de 18 de julio de 2016, TS:2016:3525 en relación con el expediente S/0167/09 Uvas y Vinos de Jerez donde fue declarada infractora la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía. Dependiendo de la administración pública involucrada, podría enfrentarse a un procedimiento civil de reclamación de daños o quizá se debería canalizar como una reclamación patrimonial a la Administración Pública.

Algunas sentencias relevantes del TJUE por ejemplo han surgido a raíz de reclamaciones por parte de administraciones públicas. En *Skanska*, el TJUE señaló que el concepto de empresa no puede tener un alcance diferente en el ámbito de la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia y que por tanto las sociedades sucesoras de unas empresas sancionadas por la autoridad finlandesa podían ser responsables de los daños y perjuicios. El litigio principal consistía en una demanda del Ayuntamiento de Vantaa, Finlandia, a Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy y Asfaltmix Oy para la reparación del perjuicio resultante de una práctica colusoria consistente en el reparto de los mercados, la fijación de precios y la presentación de ofertas para licitaciones en el mercado del asfalto en Finlandia. El Ayuntamiento de Vantaa consideraba solidariamente responsables a estas tres sociedades por el sobrecoste que soportó durante la realización de ciertas obras de asfaltado, debido a la sobrefacturación de los encargos como consecuencia de la práctica colusoria en cuestión.⁵⁰

Sin embargo, la “teoría del daño” soportado por las administraciones públicas no se limita al mencionado sobrecoste en el bien o servicio objeto de una licitación pública. En este sentido, puede que la Administración Pública no sea el comprador del bien o servicio cartelizado. En el asunto C-435/18 *Otis II*, en relación con unos cárteles relativos a la instalación y mantenimiento de ascensores y escaleras mecánicas, el Estado Federado de Alta Austria demandó a los integrantes del cártel como organismo que concedía préstamos en condiciones favorables (debido al tipo de interés aplicado, inferior al del mercado) a los compradores de los productos. En concreto, dentro de su presupuesto destinado a la promoción de la construcción de viviendas, concedió préstamos en condiciones favorables destinados a financiar proyectos de construcción. El Estado Federado de Alta Austria alegaba que los costes de instalación de los ascensores, incluidos en los costes globales de construcción pagados por los beneficiarios, eran más elevados como consecuencia del cártel controvertido. Esto dio lugar a que esta entidad se viera obligada a prestar cantidades mayores. De no haber existido el cártel controvertido, el Estado Federado de Alta Austria habría concedido préstamos de menor importe y habría podido invertir la diferencia al tipo de interés medio de los préstamos del Gobierno federal.⁵¹

El TJUE resolvió que el artículo 101 debe interpretarse en el sentido de que las personas que no actúan como proveedores o compradores en el mercado afectado por un cártel, pero que han concedido subvenciones en forma de préstamos en condiciones favorables a compradores de productos ofrecidos en ese mercado, pueden solicitar que se condene a las empresas que participaron en dicho cártel a reparar el perjuicio que han sufrido debido a que, al ser el importe de dichas subvenciones más elevado que el que habría resultado de no existir el mencionado cártel, esas personas no han podido utilizar esa diferencia para otros fines más lucrativos.

Es este un ejemplo de que la Administración Pública puede valerse de la aplicación privada del Derecho de la competencia para resarcirse del daño causado no solo habiendo concluido contratos con el cártel o infractor de la normativa de defensa de la competencia. Las “teorías del daño” económico que derivan del artículo 101 han sido, pues, interpretadas por el Tribunal de Justicia de una manera generosa.⁵²

⁵⁰ Asunto C-724/17 *Skanska* EU:C:2019:204.

⁵¹ Asunto C-435/18 *Otis II*, EU:C:2019:1069

⁵² En el asunto C-557/12 *Kone* EU:C:2014:1317, el TJUE reconoció que era contrario al principio de efectividad del artículo 101 del TFUE una normativa nacional que no permitía la reclamación de los efectos paraguas de un cártel (la subida de precios general o subsiguiente en el mercado afectado incluso para aquellos

En España, el autor de esta comunicación solo conoce un caso en el que se haya interpuesto una demanda por una Administración Pública. Es el caso del Ayuntamiento de Torrelavega en relación con el cártel de asfaltos de Cantabria.⁵³ La autoridad nacional española sancionó una serie de acuerdos de reparto de mercado y fijación de precios a través del reparto de las licitaciones para asfaltado de obras públicas y privadas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (carreteras, autovías). La demanda del Ayuntamiento de Torrelavega fue desestimada íntegramente al estar prescrita la acción por expiración del plazo de un año, considerando el juez que el *dies a quo* era la resolución de la CNC de 2013 y no la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2015 como defendía el ayuntamiento demandante.⁵⁴ Pese a la desestimación íntegra de la demanda, el juez no impuso las costas a la demandante “*dada la evidente y grave infracción reprochada a la demandada, y las dudas que la modificación del sistema del art 13.2 de la ley de 89 en la LDC de 2007, habiéndose realizado la infracción desde 1998 hasta 2011, pueden haber generado al ayuntamiento actuante*”.

Además del referido asunto de los asfaltos de Cantabria, se han sancionado recientemente por la CNMC otra serie de prácticas anticompetitivas que podían ser, o podrían haber sido, buenos candidatos para una reclamación de daños por la Administración Pública. En los últimos años, se pueden destacar:

- Resolución de la CNMC, de 26 de julio de 2018, en el expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS que consistió en un reparto de mercado en relación con licitaciones de la AEAT, GISS, SEPE o el INSS.
- Resolución de la CNMC, de 13 de febrero de 2020, en el expte S/DC/0628/18 RADARES METEOROLÓGICOS que afectó a licitaciones de la AEMET.
- Resolución de la CNMC, de 2 de febrero de 2021, en el expte S/0644/18 RADIOFARMACOS donde se vieron afectados diversos hospitales públicos.
- Resolución de la CNMC, de 16 de junio de 2021, en el expte S/0011/19 TRANSPORTE CÁNTABRO DE VIAJEROS en relación con licitaciones de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Cantabria.
- Resolución de la CNMC, de 17 de agosto de 2021, en el expte S/0013/19 CONSERVACION DE CARRETERAS en relación con licitaciones del Ministerio de Fomento.
- Resolución de la CNMC, de 29 de septiembre de 2021, en el expte. S/DC/0614/17 SEGURIDAD FERROVIARIA en relación con licitaciones de ADIF.

La CNMC incluye en ocasiones el listado de licitaciones afectadas de tal manera que las distintas administraciones públicas pueden observar si sus licitaciones están directamente afectadas,⁵⁵ sin perjuicio de que una licitación dentro del mercado cartelizado pueda no estar

oferentes que no participaron en el cartel como consecuencia del mismo) por no existir un contrato con los infractores.

⁵³ Resolución de la CNC, de 8 de marzo de 2013, en el expte. S/0329/11: ASFALTOS CANTABRIA. El expediente fue confirmado por el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS, de 30 de noviembre de 2015, ES:TS:2015:4965.

⁵⁴ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil no. 1 de Santander, de 8 de abril de 2019. ES:JMS:2019:212.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, la Resolución de la CNMC, de 11 de mayo de 2021, en el expte. S/DC/0627/18, CONSULTORAS en la que se sancionó un reparto de mercado a través principalmente de ofertas de cobertura en los servicios de consultoría a multitud de administraciones públicas.

incluida entre la prueba contenida en la resolución sancionadora y también ser propicia para fundar una acción de daños por la Administración Pública. En ocasiones, la CNMC en sus facultades de investigación dirige requerimientos de información a estas administraciones públicas afectadas para recabar información, lo que puede poner en alerta a las administraciones públicas requeridas de que sus licitaciones pueden haberse visto afectadas por una conducta anticompetitiva y comenzar a recabar información en preparación de una futura demanda.

No se ha incluido en el listado por merecer un comentario singular el expte S/DC/0598/16 ELECTRIFICACION Y ELECTROMECHANICA FERROVIARIAS. En dicho expediente, la CNMC sancionó a 15 empresas por la formación de tres cárteles para un reparto de mercado de las licitaciones de ADIF para la instalación y mantenimiento de la electrificación y electromecánica de las líneas convencionales y de alta velocidad de tren.

ADIF en relación con este expediente ha hecho una apuesta decidida para reclamar los daños y perjuicios por los tres cárteles sancionados. ADIF ha sacado a concurso público la representación y defensa jurídica con el objeto de reclamar los daños y perjuicios con un importe estimado de 25 millones de euros.⁵⁶ El contrato incluye tanto la defensa judicial como extrajudicial del litigio e incluye el presupuesto para la elaboración de los informes periciales para la cuantificación de daños. ADIF justifica la licitación en la falta de conocimiento específico en estos procedimientos de su propia Asesoría Jurídica.

En conclusión, el marco legal habilita a las administraciones públicas para demandar a los infractores de la normativa de defensa de la competencia por los perjuicios sufridos en relación con las bastante habituales prácticas anticompetitivas en relación con su actividad, fundamentalmente en relación con la contratación pública. La reclamación de los daños y perjuicios por parte de las administraciones públicas debe superar el estado de lo anecdótico para convertirse en una práctica habitual que permita recuperar el dinero ilícitamente ganado por el infractor de la normativa de defensa de la competencia y contribuya a la disuasión de prácticas anticompetitivas que revierta en una mejor utilización de los fondos públicos.

4. CONCLUSIÓN

Esta comunicación ha repasado algunos de los aspectos más relevantes de la aplicación privada del Derecho de la competencia en relación con las administraciones públicas. La aplicación privada del Derecho de la competencia ha experimentado un vertiginoso crecimiento en los últimos años al que las administraciones públicas no se han todavía unido. Es necesario que las distintas administraciones públicas se conciencien de la relevancia que tiene reclamar los daños y perjuicios por prácticas anticompetitivas y de esta manera contribuyan desde su posición a un mejor funcionamiento de los mercados.

En este repaso de la vertiente privada desde una perspectiva pública, se han analizado las distintas funciones de las autoridades de competencia, incidiendo en su escasa virtualidad práctica y en la necesidad de aclarar el marco en el que pueden intervenir en colaboración con los órganos judiciales.

⁵⁶ Contrato de servicios de representación y defensa jurídica para la reclamación de los daños y perjuicios causados a ADIF, respecto a las conductas sancionadas por la Resolución de 14 de marzo de 2019, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. BOE 30 octubre de 2021, pág. 61027 a 61028.