

LAS ACCIONES DE DAÑOS DERIVADAS DE ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS EN ESPAÑA: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA RECIENTE*

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

Profesor Contratado Doctor en Derecho Mercantil, Centro Universitario Villanueva

CLARA ESTRADA MERAY

Abogada

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. COMPLEMENTARIEDAD DE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DEL DERECHO ANTITRUST
- III. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA RECIENTE: LA SENTENCIA MUSAAT
- IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La reciente Directiva¹ del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia, que viene acompañada de una serie de documentos² de *soft law*, pretende armonizar y mejorar la regulación —en los diferentes Estados miembros de la UE— de las acciones civiles que contemplan el resarcimiento patrimonial de quien se ha visto perjudicado por un ilícito anticompetitivo.

Como es sabido, el ámbito antitrust ha estado caracterizado, desde sus comienzos, por una aplicación eminentemente pública, a cargo de entidades de diversa naturaleza jurídica, pero siempre pertenecientes al ámbito del Derecho administrativo sancionador. El objetivo perseguido era la detección y sanción de las conductas anticompetitivas, dejando el aspecto del resarcimiento patrimonial a los Jueces civiles —o mercantiles, en su caso—.

Por ello, esta Directiva supone una auténtica revolución en este ámbito, y ha sido ya calificada (cuando se conoció el texto de la Propuesta) por la doctrina más atenta como un «giro copernicano»³, totalmente encomiable

* Las opiniones expresadas en esta Comunicación presentada al III Congreso sobre Derecho de la Competencia y Regulación, Universidad Rey Juan Carlos, 29 y 30 de septiembre de 2014, lo son a título personal de los autores, y en nada representan la postura de las entidades en las que trabajan.

1 DIRECTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, D.O.U.E. L349/1, de 5 de diciembre de 2014.

2 Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, DOUE L 201 de 26 de Julio de 2013, p. 0060 – 0065.

3 CANTOS, F.; CARRERA, E. y GONZALO, P., «La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita», *Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia*, Editorial LA LEY, n.º 36, Noviembre de 2013.

en cuanto a su finalidad y objetivos. A la vez, su trasposición a nuestro Derecho interno exigirá una serie de reformas de nuestro sistema legal de gran calado (ya que afecta a principios básicos y a instituciones configuradoras de nuestro Derecho Civil y Procesal) así como a un fino trabajo de resolver las problemáticas que se van a derivar de su articulación con el actual ordenamiento antitrust.

Estas dificultades se han visto reflejadas en dos sagas de pronunciamientos que han puesto de manifiesto muchas de las cuestiones más relevantes abordadas por la Directiva. Nos estamos refiriendo a los conocidos asuntos del *cártel del azúcar* y el más reciente *cártel del seguro decenal*. Asimismo, y lo veremos al hilo del examen de la jurisprudencia más reciente, se «mezclan» en este ámbito los aspectos puramente administrativos —de la normativa antitrust— con la legislación procesal, civil y mercantil —por el resarcimiento patrimonial, y la normativa de deslealtad concurrencial—.

Por ello, a la complejidad⁴ habitual de las relaciones entre la normativa de Defensa de la Competencia y la legislación de Competencia Desleal se le añade ahora esta suerte de «privatización» del ordenamiento antitrust, que —como veremos también a lo largo de estas páginas— ha encontrado una importantísima plasmación legal en el Proyecto de Ley de Código Mercantil que en junio de 2014 el Ministerio de Justicia ha remitido para su aprobación a las Cortes Generales, y que introduce una profunda reforma del Derecho de Defensa de la Competencia en general, y muy especialmente del precepto regulador de ambos cuerpos normativos —el antitrust y el de la deslealtad concurrencial—, el art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

Para llevar a cabo este análisis, se seguirá el siguiente esquema: tras este epígrafe introductorio, se analiza, en el epígrafe II, la oportunidad y conveniencia de la proyectada reforma, en el contexto de una de sus finalidades declaradas⁵: la optimización de la complementariedad aplicación pública — aplicación privada del Derecho de Defensa de la Competencia, así como una breve referencia al complejo encaje que tendrá esta normativa en nuestro sistema procesal y civil. A continuación, en el epígrafe III, se analiza la más reciente jurisprudencia en esta materia en nuestro país, con especial atención a la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014, en el asunto *MUSAAT*. Finalmente en el epígrafe IV se ofrecen una serie de conclusiones.

II. COMPLEMENTARIEDAD DE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DEL DERECHO ANTITRUST

Como ha quedado dicho en la introducción, los encargados de la aplicación —el *enforcement*— de la normativa de Competencia en Europa y en España, han sido, desde sus orígenes las autoridades públicas. En tanto en cuanto la defensa de la libre competencia se ha considerado siempre una prioridad pública, y el medio de asegurar el correcto funcionamiento del mercado, era razonable que su *enforcement* no se atribuyera a los Jueces y Tribunales civiles, que tutelan más bien intereses jurídico-privados.

Este sistema, del que puede decirse que tanto a nivel comunitario como nacional ha funcionado adecuadamente, y ha conseguido notables logros en la lucha contra los cárteles y las conductas de abuso de posición dominante en el mercado, no tenía sin embargo previsto ningún mecanismo que asegurara el resarcimiento patrimonial de las empresas o particulares que se habían visto perjudicadas por dichas prácticas anticompetitivas.

En nuestro concreto ordenamiento jurídico —y lo mismo en el resto de Estados miembros de la UE— existían cauces procesales⁶, sí, para reclamar una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula. Sin embargo, ya desde la histórica sentencia en el asunto *Courage & Crehan*⁷, del año 2001, se

4 *Vid.*, por todos, DÍEZ ESTELLA, F., «Las complicadas relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, no 213, Mayo – Junio 2001.

5 Discurso del Comisario de Competencia y Vicepresidente de la Comisión Europea, Joaquín Almunia: «Antitrust Damages in EU law and policy», *SPEECH / 13 / 887*, Colegio de Europa (Bruselas), 7 de noviembre de 2013.

6 Nos estamos refiriendo al antiguo artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establecía una suerte de «prejudicialidad» administrativa, de modo que sólo sobre la base de una Resolución firme de la Autoridad pública correspondiente podían los particulares entablar la acción de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil. Esto suponía un costoso, complejo e interminable proceso, calificado acertadamente por la doctrina como «el largo camino hacia el resarcimiento patrimonial»; CREUS, A., «La privatización del Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Competencia*, n.o 200 (1999), pág. 55.

7 Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros*, Rec. 2001 p. I-6297.

había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, hoy rebautizado como TJUE) como un derecho esencial de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos. Este principio de la «plena compensación», en consonancia con la resolución de 26 de marzo de 2009 del Parlamento Europeo⁸ y los primeros pronunciamientos⁹ que ha dictado a este respecto el TJUE, se consagra ahora como uno de los pilares de la propuesta de Directiva.

Poco tiempo después de *Courage*, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfredi*¹⁰ desarrollaría aún más este principio, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust. Entre tanto la Comisión hacía sus propios esfuerzos legislativos, que se plasmaron en la publicación de un *Libro Verde*¹¹ en 2005, y en 2009 [tras recibir toda suerte de observaciones y comentarios, encargar a una serie de operadores económicos y jurídicos la elaboración de sesudos informes¹² sobre la cuestión, y la discusión sobre documentos de trabajo¹³] un *Libro Blanco*¹⁴, con propuestas de diversa índole orientadas a garantizar el acceso a mecanismos efectivos de resarcimiento patrimonial y que el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust* no se viera obstaculizado por las normativas nacionales, de carácter sustantivo o procedimental¹⁵.

Los resultados de estas iniciativas de la Comisión y la incidencia práctica de la jurisprudencia del TJUE han sido, hasta la fecha totalmente insatisfactorios e insuficientes¹⁶. Según datos aportados por la propia DG COMP¹⁷, entre 2008 y 2012, sólo ha habido reclamaciones de daños en un 25% de las decisiones de la Comisión sancionando un cartel o una conducta abusiva, y además la práctica totalidad de estas acciones se han concentrado en Reino Unido, Alemania y Holanda.

En nuestro país, los autores que han estudiado esta materia en profundidad no dudaron en calificar, en esos primeros compases¹⁸, la aplicación privada del Derecho antitrust como en estado de «sub-desarrollo»¹⁹, y el número de acciones ejercidas como «escaso»²⁰. Estos trabajos no dudaban en señalar que no hay un motivo único

8 Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2009, sobre el Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [2008/2154(INI)], *DOUE* no C 117/E, de 6 de mayo de 2010, p. 161: «las acciones de indemnización con arreglo al Derecho privado deben estar enfocadas al pleno resarcimiento económico del daño sufrido por el perjudicado».

9 *Vid.*, entre otros, Asunto 68/79 *Hans Just v Danish Ministry for Fiscal Affairs* [1980] ECR 501; asunto 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio* [1983] ECR 3595; asuntos C-192/95 *Comateb and others v Directeur général des douanes et droits indirects* [1997] ECR I-165, C-295/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, ECR [2006] I-06619.

10 Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

11 *Libro Verde de Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, SEC (2005) 1732, 19 de diciembre de 2005.

12 *Vid.*, inter alia, STUDY ON THE CONDITIONS OF CLAIMS FOR DAMAGES IN CASE OF INFRINGEMENT OF EC COMPETITION RULES. ANALYSIS OF ECONOMIC MODELS FOR THE CALCULATION OF DAMAGES, by Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, at 31 august 2004, disponible en: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf

13 *The Discussion Paper of DG Competition on Damages Actions for Breach of Articles 81 and 82 EC*, disponible en la web: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

14 *Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2008) 0165, final.

15 HERRERO SUÁREZ, C., «La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 3, Año 2008.

16 *Vid.* un muy completo estudio de la evolución legal y jurisprudencial de esta problemática en SANCHO GARGALLO, I., «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia», *InDret*, Barcelona, Febrero de 2009.

17 Discurso del Director General de Competencia de la CE, Alexander Itlianer, «*Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions*», disponible en http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf

18 RETORTILLO ATIENZA, O., «Primeros pasos de los tribunales españoles en la aplicación privada del derecho de la competencia. Especial referencia a la reclamación de daños en los casos de cárteles», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial LA LEY, no 8, 2011, págs. 221 a 232.

19 SANTOS LORENZO, S. y TURNER-KERR, J., «¿En estado de total subdesarrollo? la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, no 245, septiembre/octubre de 2006.

20 FERNÁNDEZ, C., «Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España» en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, Editorial LA LEY, no 29, septiembre/octubre 2012, págs. 12 y ss.

por el que estas reclamaciones no habían tenido en nuestro país el éxito que se esperaba de ellas²¹. Sin embargo, y como veremos seguidamente, en los últimos años el desarrollo de la aplicación privada ha arrojado resultados muy satisfactorios, y podemos por tanto afirmar —con orgullo— que la propuesta de Directiva viene a caer en un terreno fértil y abonado para el florecimiento de las acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust*.

Efectivamente, las más recientes y exhaustivas investigaciones empíricas²² vienen a desmentir esa impresión de que en nuestro país la aplicación privada del derecho *antitrust* había fracasado por completo. En efecto, si bien es cierto que no han faltado unos momentos iniciales de cierta incertidumbre y confusión —que alcanzaba, ni más ni menos, al órgano competente²³ para conocer de este tipo de acciones—, puede ahora decirse que el sistema ha avanzando y adquirido un notable desarrollo.

La entrada en vigor el 1 de mayo de 2004 del Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre, de aplicación de las normas de competencia contenidas en los arts. 81 y 82 del Tratado de la UE —según la redacción vigente, otorgada por el Tratado de Lisboa, arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)—, zanja por completo la discusión sobre el órgano competente, al reconocer expresamente la potestad de los jueces y tribunales civiles de los Estados miembros para aplicarlos directamente, y su capacidad objetiva para conocer de acciones de daños y perjuicios basadas en la infracción de dichos preceptos del Tratado, sin el requisito de procedibilidad de la existencia de una decisión administrativa previa, sino procediendo por sí mismos (lo que se conoce como acciones «*stand-alone*»)²⁴.

Por otro lado, bien puede aventurarse que el futuro deseado por las autoridades de competencia comunitarias, compartido posiblemente por las autoridades de competencia nacionales, y desde luego el que más favorecería la adecuada protección del mercado —en su conjunto— a la vez que el justo resarcimiento de los perjudicados —en concreto— por un ilícito *antitrust*, es sin duda ninguna un equilibrio integrador entre la aplicación pública y privada del Derecho de Defensa de la Competencia.

En este planteamiento, ambos modelos están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro, ya que además cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio —*deterrence*— a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva. Pensamos que este «equilibrio» es el que permitirá superar las objeciones²⁵ y las críticas²⁶, que, naturalmente, se han puesto de manifiesto también por la doctrina más autorizada.

Como se ha señalado en la introducción, son muchos los aspectos que la Directiva plantea, que además de su intrínseco contenido «revolucionario», implican necesariamente reformas de nuestro ordenamiento en diversas áreas, especialmente la civil —de responsabilidad por daños— y procesal. El análisis completo y exhaustivo de todas estas cuestiones excedería el objeto de este trabajo, por ello nos limitaremos en este epígrafe a dejarlas señaladas, para abordar en el siguiente el estudio concreto de uno de los temas que más interés ha suscitado.

21 MARCOS, F., «¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una mirada a la experiencia española», *Derecho de los Negocios*, n.º 267, Enero-Febrero 2013, págs. 59-66. Si bien es cierto que este estudio señala que España es uno de los países de la UE con mayor número de pronunciamientos judiciales de aplicación privada, es verdad igualmente que siguen siendo pocos para los que podían generarse al hilo de las infracciones *antitrust* detectadas y sancionadas por la CNC, o que se ventilan ante los Jueces de lo Mercantil.

22 MARCOS, F., «Competition Law Private litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», *Documento de Trabajo AJ8-22*, del Instituto de Empresa, de 26 de junio de 2013, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2351770>

23 En el ámbito puramente procesal, se supera la anterior situación de confusión respecto a la capacidad de los tribunales del orden jurisdiccional civil para conocer este tipo de acciones, que desde la reforma por La Ley Orgánica 8/2003, de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial es atribuida (*ex art. 86 ter 2.f*) a los Juzgados de lo Mercantil, y como tal fue recogido por la vigente LDC 15/2007 en su Disposición adicional primera.

24 *Vid.*, como un ejemplo entre otros muchos que podrían citarse a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, que resuelve el Recurso de Casación núm. 315/2004, relativo a un litigio que enfrentaba a las entidades mercantiles «RENTA VENCAN, SL» y «CANOVEN, SL» contra la petrolera «SHELL» por un contrato de suministro de productos petrolíferos. El juez civil declara con rotundidad el carácter anticompetitivo de algunas cláusulas de dicho acuerdo por infringir el art. 101 TFUE, sin necesidad de ningún pronunciamiento previo por parte de las autoridades administrativas.

25 EGER, T. y WEISE, P., «Some limits to the Private Enforcement of Antitrust Law: A Grumbler's view on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases», *Global Competition Law Review*, Issue 4 (2010), págs. 151 a 159.

26 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia» en *InDret*, <http://www.indret.com>, Barcelona, julio de 2009.

1) Naturaleza extracontractual de la responsabilidad. En su reciente Sentencia²⁷ de 8 de junio de 2012, en el asunto *ACOR*, el Tribunal Supremo ha zanjado la discusión, decantándose por la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, señalando sin ambages —y con referencias explícitas a la terminología y principios del derecho anglosajón— que la responsabilidad por infracciones antitrust caen bajo «*the law of torts*» y no bajo «*the law of contracts*».

2) Plazo de prescripción de la acción de reclamación. Derivado de lo anterior, el plazo para la reclamación de daños, previsto por el art. 1968.2 CC, era de un año²⁸, siendo el «dies a quo» —la fecha en la que empieza a computarse este plazo— el día «en que pudieron ejercitarse» (art. 1969 CC), que es, en este caso concreto, desde que el afectado «tiene conocimiento del daño». La cuestión ha merecido el estudio por parte de la doctrina²⁹ más atenta, y parece haber quedado zanjada a partir de la reciente sentencia³⁰ del Tribunal Supremo, de 4 de septiembre de 2013, en el asunto *Céntrica*.

3) Causalidad y acreditación del daño; la defensa «passing-on»³¹. La aplicación del art. 1902 CC obliga a acreditar la existencia de un daño en el que ejercita la acción resarcitoria. En el asunto conocido como el *cártel del azúcar*, uno de los integrantes del acuerdo anticompetitivo alegaba en su recurso ante el TS que las empresas demandantes no habían sufrido el daño, porque el sobre precio derivado del cártel del azúcar había sido repercutido a los consumidores finales.

El origen de este asunto se remonta a la Resolución *AZUCARERAS*³², que declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1.1.a) LDC y el art. 85.1.a) TUE, por parte de una serie de empresas azucareras, consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996. El TDC impuso diversas sanciones a las empresas condenadas, y en particular a la mercantil *Acor* una multa de 151 millones de pesetas.

El recurso de apelación presentado por la empresa ante la Audiencia Nacional fue desestimado³³ por sentencia de 4 de julio de 2002, y el de casación ante el Tribunal Supremo, fue igualmente desestimado³⁴ por sentencia de 26 de abril de 2005. Una vez que la Resolución del TDC ganó firmeza administrativa, se presentó la correspondiente acción resarcitoria ante la Audiencia Provincial de Valladolid, que condenó³⁵ a la empresa ACOR a pagar a las empresas demandantes unas cantidades por un importe total de más de un millón de euros. El TS acoge enteramente el razonamiento de la sala de instancia, y desestima, al no considerar probado que las empresas afectadas por el cártel repercutieran el sobreprecio a su propia clientela.

En una fecha posterior, el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid dictó una sentencia³⁶ en la que se resuelve una demanda de estas mismas compañías (y algunas otras) contra la azucarera *EBRO PULEVA* consistente en el ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual por los daños causados a dichas empresas por el cartel sancionado en 1999 por el TDC. El pronunciamiento de 1.ª instancia es favorable a los demandantes, y condena a la azucarera al pago de unas cuantiosas indemnizaciones por los daños causados; curiosamente, el recurso de apelación es admitido, y en sentido contrario a lo expuesto en el pronunciamiento de la AP de Valladolid, la AP de Madrid sí considera³⁷ que ha habido «passing-on», con lo que niega el pretendido resarcimiento patrimonial a las empresas que se lo reclamaban a la azucarera *Ebro Puleva* (actualmente *Ebro*

27 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 8 de junio de 2012, rec. núm. 2163/09.

28 El artículo 10.3 obligará a una reforma, ya que establece que el plazo para el ejercicio de una acción por daños sea de al menos cinco años.

29 Véase, PÉREZ FERNÁNDEZ, P. & SCHREIBER, T., «Case comment: Judgment of the Spanish Supreme Court in Acor, (344/2012), 8 de junio de 2012», *Global Competition Litigation Review* 1/2013, p. 37 a 41.

30 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 4 de septiembre de 2013, rec. núm. 2120/11.

31 Cuestión que ha suscitado el máximo interés por parte de la doctrina; *Vid.*, entre otros, VELASCO, A. y HERRERO, C., «La passing-on defence, ¿un falso dilema?» en *La Aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 593-604; BERENGUER, L., «¿La piedra de Sísifo o el tejido de Penélope? Idas y venidas de la norma de la UE para la reclamación de daños en materia de competencia», *Anuario de la Competencia 2011-12*, Ed. Marcial Pons, Madrid (2013), págs. 42 y ss.

32 Resolución del TDC, de 15 de abril de 1999, Expte. 426/98.

33 Sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6.ª), de 4 de julio de 2002.

34 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 26 de abril de 2005.

35 Sentencia de la AP Valladolid (Sección 3.ª), de 9 de octubre de 2009, rec. 214/2009.

36 Sentencia del JPI no 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, Proc. Ord. 735/2007.

37 Sentencia de la AP de Madrid (Sección 8.ª), de 3 de octubre de 2011, rec. núm. 370/2010.

Foods, S.A.). El recurso de casación planteado ante el TS y que ha puesto fin a esta discusión³⁸ se resolvió el pasado³⁹ 7 de noviembre de 2013. En ella, el TS afirma que no debe sostenerse una concepción limitativa del *passing-on*, que se ciña a la simple repercusión del sobre precio, si no que considera que para que la excepción de *passing-on* triunfe debería no existir ningún otro perjuicio al comprador directo (además del sobreprecio) susceptible de indemnización.

La Directiva «resuelve» (Capítulo IV, Arts. 12 a 15) la cuestión estableciendo una presunción *iuris tantum* a favor del comprador indirecto para que pueda alegar que ha sufrido parte del sobreprecio que le repercutió el comprador del producto cartelizado, y por tanto prospere su reclamación de daños.

4) Cuantificación del daño. En este aspecto los jueces civiles —y mercantiles— no pueden dejar de acudir a los informes de expertos económicos, pese a que en no pocas ocasiones se les ha reprochado su ininteligibilidad⁴⁰, o las incomprensibles discrepancias de criterio pericial en aspectos puramente técnico-contables⁴¹, o los magistrados han hecho una labor de valoración más económica que jurídica de cuál de los dos informes —el del demandante o del demandado— les parecía más solvente⁴².

Precisamente para facilitar esta labor, la Comisión publicó en junio de 2011 un documento orientativo para facilitar la cuantificación del daño en las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 TFUE⁴³, al cual se remite la propuesta de Directiva, para a continuación establecer (Art. 16) una presunción de que los cárteles causan un daño, y facilitar así el ejercicio de la acción resarcitoria.

A este respecto, la Sentencia⁴⁴ de la Audiencia Provincial de Burgos de 26 de julio de 2002, resuelve un recurso de apelación sobre una acción indemnizatoria⁴⁵. El litigio civil da comienzo con la Resolución *ASE-MABYL*⁴⁶ del entonces TDC. Sin embargo, se desestimó finalmente la demanda por considerar que no se habían cuantificado adecuadamente los daños.

5) «Prejudicialidad» de las decisiones de la autoridad de competencia. El valor que, en el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas, se atribuya a las decisiones de la autoridad de competencia que se hayan dictado sobre ese asunto —en la gran mayoría de ocasiones⁴⁷, las llamadas acciones «follow-on», es precisamente la existencia de esa decisión lo que motiva el ejercicio de la acción resarcitoria— es un tema de la mayor trascendencia y complejidad⁴⁸. Incluso las sentencias firmes emanadas de la revisión jurisdiccional contencioso-administrativa que confirman las sanciones impuestas por las autoridades de competencia tampoco vinculan al Tribunal civil en virtud del art. 12 de la LOPJ⁴⁹.

38 TUDOR, C., «La admisión de la defensa *passing-on* en el cártel del azúcar: ensayo crítico sobre la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección no 8, Asunto 737/07», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial LA LEY, no 11, Madrid 2012, págs. 277 a 291.

39 Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2013, Rec. 5819/13.

40 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005, proc. ord. núm. 36/05, *Telefónica c. Conduit* (confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial, de 25 de mayo de 2006, núm. 73/2006, RJ 2006/1881): «A esta conclusión poco colabora el ininteligible informe pericial acompañado a la demanda como documento núm. 50, elaborado por don John Knox, tanto por su forma como por su contenido».

41 Fundamento Jurídico 3.º de la Sentencia del JPI no 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, Proc. Ord. 735/2007.

42 Sentencia del JMerc. n.º 7 de Madrid, de 4 de marzo de 2010, núm. 64/2010.

43 http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_es.pdf

44 Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Rec. núm. 356/2002, de 26 de julio de 2002.

45 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos, de 14 de marzo de 2002.

46 Resolución de 23 de octubre de 1991, Expte. 267/90.

47 Así lo señala, con acierto, JIMÉNEZ-LA TORRE, F., «Las reclamaciones de daños por infracciones de Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Editorial LA LEY, N.º 25, La tercera de GJ, Enero-Febrero 2012.

48 Sentencia del J.Merc. n.º 2 de Barcelona, núm. 45/2010, de 20 de enero de 2011, FD 3.º, «a diferencia de lo dispuesto en el artículo 16.1.º del Reglamento 1/2003 en relación con las decisiones de la Comisión Europea, que son vinculantes incluso si son objeto de recurso, dado que disfrutan, en principio, de una presunción de legalidad mientras no hayan sido anuladas o revocadas la Ley de 2007 no contempla tal vinculación».

49 «En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial». Véase la reciente sentencia de Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid, de 19 de junio de 2013 (núm. 625/2008), dictada escasos días después de la publicación de la Propuesta de Directiva, y en la que se expresan reticencias sobre esta cuestión.

III. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA RECIENTE: LA SENTENCIA MUSAAT

Un ejemplo de ejercicio de acciones indemnizatorias derivadas de ilícitos anticompetitivos lo encontramos en un sector que acumula un sinnúmero de pronunciamientos⁵⁰ en esta materia: el de los contratos de abanderamiento, o de suministro de productos petrolíferos para su venta en estaciones de servicio.

Esta «saga» de resoluciones ha sido analizada en profundidad por otros autores, y a sus trabajos⁵¹ nos remitimos para un estudio más detallado. Aunque ni mucho menos los conflictos se han terminado, y la litigiosidad existente entre los titulares de estaciones de servicio y las distribuidoras de carburantes permanece, y todavía va a seguir arrojando pronunciamientos tanto administrativos como judiciales, sí es cierto que una serie de Sentencias del Tribunal Supremo en el año 2010 han clarificado un poco un panorama que era jurídicamente muy confuso.

Se trata de las Sentencias⁵² de los días 10 y 17 de noviembre de 2010, dictadas al hilo de los sucesivos recursos de casación contra la Resolución *Repsol*⁵³, del entonces TDC. Al no tratarse del objeto específico de este trabajo, nos limitamos aquí a dejar reseñada esta cuestión, y nos remitimos igualmente a otros estudios⁵⁴ que las analizan en profundidad.

Sin embargo, el protagonismo más reciente, una vez que en cierta forma las Sentencias del Tribunal Supremo de 2010 y 2013 sobre el *cártel del azúcar* han puesto fin a ese asunto, lo ocupa ahora el llamado *cártel del seguro decenal*.

En efecto, es en el sector de los seguros y reaseguros, donde la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) —actualmente sustituida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia—, en resolución de 12 de noviembre de 2009, sancionó a las compañías de seguros ASEFA, MAPFRE EMPRESAS/MAPFRE RE, CASER, SUIZA/SWISS RE, SCOR y MÜNCHENER con multas que suman un total de 120.728.000 euros, por la realización de un acuerdo de cártel de fijación de precios mínimos en el seguro decenal⁵⁵ de daños a la edificación en España durante los años 2002-2007.

La resolución de la CNC fue objeto de recurso por parte de ASEFA, MAPFRE EMPRESAS/MAPFRE RE, CASER, SCOR y MÜNCHENER ante la Audiencia Nacional, que en cinco sentencias con dispares argumentos anuló las sanciones impuestas.

En la actualidad, las referidas sentencias de la Audiencia Nacional se encuentran recurridas ante el Tribunal Supremo; y en este proceso se ha personado la Comisión Europea en concepto de *amicus curiae*⁵⁶, respaldando, así, a la Autoridad de Competencia española.

50 *Vid.*, para una evolución de esta jurisprudencia, DÍEZ ESTELLA, F., «El contrato de agencia desde la perspectiva del Derecho antitrust: el Caso REPSOL. Comentario a la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 (Asunto COMP/B-1/38.348- Repsol C.P.P.)», *Noticias de la Unión Europea*, no 266, Marzo 2007.

51 ORDÓÑEZ, D., «La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho europeo de la competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, No 19, Sección Artículos, Editorial LA LEY, Enero-Febrero 2011.

52 Sentencias de la Sala de lo Contencioso (Sección 3.ª) del Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 2010 (Rec. 5309/2007); de 10 de noviembre de 2010 (Rec. 1980/2008), y de 17 de noviembre de 2010 (Rec. 6188/2007).

53 Resolución del TDC, de 11 de julio de 2001, Expte. 490/00, *Repsol*.

54 YANES, P., «Aplicación privada *antitrust*, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de ciclo?», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.o 9, Editorial LA LEY, 2011, págs. 133 a 150.

55 Seguro de daños materiales a diez años que han de contratar los promotores de edificios nuevos destinados a viviendas, que garantiza los daños causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen en elementos estructurales y que comprometan su resistencia o estabilidad. Esta obligación fue introducida por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

56 Figura de la que la Comisión Europea hace uso en casos excepcionales, prevista en el artículo 15.3 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 (actuales 101 y 102). *Vid.*, para un acertado comentario sobre lo insólito de esta actuación de la Comisión, las reflexiones del Prof. Francisco Marcos en <http://www.osservatorioantitrust.eu/es/la-intervencion-de-la-comision-europea-ante-el-ts-en-el-cartel-del-seguro-decenal/>

En este marco, nos encontramos con la reciente sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de 9 de mayo de 2014⁵⁷, que resuelve en primera instancia, estimándola, la demanda de MUSAAT, aseguradora que no participó en el cártel y que ofreció el seguro decenal a precios inferiores a los mínimos pactados. Esta sentencia condena a las aseguradoras ASEFA y CASER y a la reaseguradora⁵⁸ SCOR a pagar a MUSAAT una indemnización de 3.550.615,7 euros por los daños y perjuicios derivados de los actos de boicot y retorsión contra ella, vulnerando el art. 1 de la LDC, así como el art. 101 del TFUE.

La demandante suplica sentencia por la que:

1. Se declare que los actos y conductas llevados a cabo por las demandadas constituyen actos de boicot y retorsión a MUSAAT, contrarios a los arts. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y 101 del TFUE.
2. Sobre la base del art. 1902 del Código Civil, se condene a las demandadas a indemnizar solidariamente a MUSAAT por los daños y perjuicios causados, en concepto de daño emergente y lucro cesante en la cantidad de 23.324,364 euros; así como al pago de las costas del procedimiento.
3. Subsidiariamente, se declare que los actos y conductas de las demandadas suponen actos de Competencia Desleal subsumibles en los arts. 4 y/o 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD).
4. Como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas a cesar en la realización de los actos declarados como constitutivos de competencia desleal y/o prohibiéndose la reiteración de los mismos, así como a la publicación de la sentencia.

MUSAAT, que no es una víctima del cártel del seguro decenal sino un competidor de las aseguradoras presuntamente en él implicadas, alega en su demanda que entre finales de 2006 y principios de 2008 las demandadas llevaron a cabo contra ella actos de boicot y retorsión, como consecuencia de que comercializara un seguro decenal de daños a la edificación, a precios inferiores a los precios mínimos pactados por el cártel, y que dichos actos de boicot y retorsión afectaron al desarrollo y consecución del reaseguro⁵⁹. Así, expone que, tras sondear a varias reaseguradoras que operaban en el mercado español, sin éxito, acudió al bróker del reaseguro AON RE, para que le facilitase reaseguro. Al parecer, la reaseguradora HANNOVER RE accedió a dar reaseguro en la modalidad XL a MUSAAT por intermediación del citado bróker.

Sin embargo, el 13 de diciembre de 2006, habiendo iniciado ya MUSAAT los preparativos para su nuevo producto, HANNOVER RE remitió una misiva a AON RE en la que manifestaba que retiraba su apoyo y señalaba que *«nuestros más importantes clientes amenazaron con tomar medidas de retorsión si seguimos brindando nuestro apoyo al Programa Decenal en Exceso de Pérdida de MUSAAT»*. La demandante aduce que HANNOVER RE retiró su oferta de reaseguro XL por las presiones de las codemandadas. La sentencia, por su parte, considera que, mediante prueba documental aportada por la demandante, quedan acreditados estos hechos, así como la relación profesional con AON RE y la manifestación de ésta de la intención de HANNOVER RE de proporcionar reaseguro XL a MUSAAT. En definitiva, la juez deduce *«la intervención, como poco⁶⁰, de las tres codemandadas en la realización de actos de presión a la reaseguradora HANNOVER RE, y a otras entidades reaseguradoras»*, con la finalidad de que no proporcionaran el concreto reaseguro a MUSAAT.

Uno de los argumentos de defensa de las codemandadas pasa por la afirmación de que los contactos sobre aspectos técnicos están permitidos por la normativa comunitaria europea; argumento este que no prospera, pues la magistrada concluye que *«los hechos de los que se parte como acreditados (...) no se limitan a intercambios*

57 Sentencia n.o 88/201, procedimiento ordinario 24/2012.

58 El reaseguro consiste en un contrato que suscribe una compañía de seguros con otra (la reaseguradora) para que asuma parte (o la totalidad) del coste de un posible siniestro.

59 La Resolución de la CNC sostiene que *«ante la conducta de algunas aseguradoras cedente, y de forma particular MUSAAT, de aplicar precios inferiores a los pactados, ASEFA, CASER, SCOR, SUIZA y MRSEP reaccionaron de forma coordinada con el objetivo de mantener el nivel de precios mínimos acordado, presionando a las reaseguradoras (como HANNOVER RE) que se mostraban dispuestas a contratar con MUSAAT su negocio en SDD para 2007 a precios inferiores a los acordados»*. El reproche antitrust de la CNC a estas conductas *«surge por su origen coordinado o concertado y por su finalidad anticompetitiva: vigilar que el acuerdo de precios era respetado por las partes y por todo el mercado, y en caso de detectarse incumplimientos, ponerlos en conocimiento de los miembros del cártel de precios mínimos para, en su caso, adoptar medidas de presión, retorsión y boicot»*.

60 Ello induce a pensar que las responsables podrían ser más.

de información, sino a concretos actos de presión a terceras partes, reaseguradoras de la modalidad XL, a fin de que no procedieran a conferir el reaseguro».

La juez, que reconoce la continuidad de la conducta⁶¹, estima acreditado que:

«las tres codemandadas primero presionaron a fin de que HANNOVER RE no reasegurase a MUSAAT» y, segundo, «intentaron evitar que la entidad MUSAAT obtuviera Reaseguro en la modalidad XL de otra/s entidades, llegando a condicionar la celebración de contratos a compromisos de no contratación de tales productos con MUSAAT». En este sentido, considera que *«en cuanto comportamiento contrario a la competencia eficiente, que obstaculizó la libre competencia, sí cabe ser calificado como actos de boicot, y, análogamente, las advertencias realizadas, al menos, a la reaseguradora HANNOVER RE, pueden ser conceptuadas como actos de retorsión».*

Por otro lado, MUSAAT arguye que el comportamiento de las codemandadas se encaminaba a mantener el nivel de precios mínimos acordado. A este respecto, recoge la sentencia que de la prueba documental aportada se deduce la preocupación de las codemandadas respecto de que una aseguradora realice ofertas por debajo del «casual» precio «prácticamente común» de las demás.

La demandante alega, también, que se vio sometida a una campaña de desprestigio ocasionada por las demandadas. Pues bien, la juez encuentra problemas a la hora de concretar la autoría de la misma y considera que la demanda no es precisa a la hora de acotar los hechos que constituirían dicha campaña, por lo que desestima tal alegación.

Por lo que respecta a los daños indemnizables, MUSAAT reclama indemnización tanto en concepto de lucro cesante como de daño emergente; considera que, como consecuencia del boicot llevado a cabo por las demandadas, sufrió graves perjuicios económicos *«al incidir directamente en que sus ventas no alcanzarán los niveles que hubieran tenido de no haberse producido estos actos anticompetitivos»*, y solicita, asimismo, el coste real que le supuso la firma del contrato cuota-parte en el año 2007, como consecuencia del citado boicot.

La sentencia razona que no constan acreditados los extremos en los que MUSAAT basa su reclamación por lucro cesante y desestima tal petición. Así, expone: *«lo cierto es que no se ha acreditado que un número significativo de clientes contratara otros productos debido precisamente a las conductas que se reprochan a las demandadas. De hecho, ni siquiera se acredita que un número significativo solicitase información o acreditación sobre la solvencia o situación económica de MUSAAT, como indicio de la afirmación que realiza la actora sobre la pérdida de parte de esta oportunidad de negocio».*

En relación al daño emergente, la sentencia concluye que *«inicialmente HANNOVER estaba dispuesta a ofertar un reaseguro XL. Sin embargo, MUSAAT finalmente hubo de contratar reaseguro XL y reaseguro proporcional cuota parte del 15% que cubre la prioridad —los primeros 500.000 pero donde MUSAAT paga el 15% de todas las primas, con la reaseguradora, lo que obviamente no le ha resultado "gratis" a MUSAAT, con lo que los cálculos que cuantifican el daño emergente en "0" euros o por un importe anecdótico, son directamente descartables por contrarios a la lógica empresarial y económica».* La juez acepta, con algunas correcciones, los cálculos obrantes en el informe pericial elaborado por MARKETINGGROUP y aportado por MUSAAT.

Como es sabido, el art. 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de presentar informes periciales en un procedimiento cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos. En el caso que nos ocupa, la juez critica que los aportados en este procedimiento se extralimitan. Concretamente, su tenor literal es el que sigue: *«basta recordar que no es objeto de la pericia el acreditar y valorar la concurrencia de la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño. Sin embargo, ésta ha de abarcar la realidad o no de los daños reclamados y su valoración, acudiendo cuando ello sea posible a elementos objetivos (...) para valorar las esperanzas, expectativas, previsiones y perspectivas económicas y de mercado futuras».*

61 La CNC la calificó de infracción compleja, muy grave, única y continuada en el tiempo. Esta calificación ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de nuestra autoridad de competencia, y no ha estado exenta de cierta polémica doctrinal. *Vid.*, entre otras, las RRCNC de 30 de julio de 2013, Exp. S/0380/11, *Coches de Alquiler*; de 26 de noviembre de 2013, Exp. S/0314/10, *Puerto de Valencia*; y de 28 de febrero de 2013, Exp. S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*.

Merece mención aparte el hecho de que las tres demandadas aducen prescripción de la acción de reclamación que ejercita MUSAAT y ello porque —exponen— la demanda se funda en la acción de responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 del Código Civil, y con carácter subsidiario sobre la base del art. 1968.2 del citado cuerpo legal y del art. 35 LCD. Así, la prescripción habría tenido lugar de haber transcurrido más de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse las acciones y MUSAAT hubiera tenido conocimiento del boicot llevado a cabo por las codemandadas; momento que éstas sitúan mucho antes del pronunciamiento de la CNC. La magistrada, por el contrario, considera que «*de lo actuado no se deduce que MUSAAT tuviera conocimiento del alcance de las presiones con carácter previo a la Resolución de la CNC, ni del origen empresarial de las mismas*». Así pues, ha de entenderse como *dies a quo* la fecha en que MUSAAT tuvo conocimiento de tal resolución.

La sentencia, finalmente, declara que los actos y conductas llevadas a cabo por las demandadas constituyen actos de boicot⁶² y retorsión a MUSAAT, contrarios a los arts. 1 LDC, y 101 del TFUE⁶³. Como consecuencia de ello, y sobre la base del art. 1902 del Código Civil, condena a las demandadas a indemnizar conjunta y solidariamente a MUSAAT por los daños y perjuicios ocasionados, en concepto de daño emergente en la cantidad de 3.550.615,7 euros, no habiendo lugar a imponer las costas a ninguna de las partes.

Como se ha expuesto, MUSAAT ejercita en su demanda, de manera subsidiaria, acción de competencia desleal, en virtud del art. 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Y precisamente por tratarse de un *petitum* subsidiario y haberse estimado la acción declarativa, no se pronuncia la juez sobre el mismo. No obstante, añade que «*con todo, dado que la infracción de los arts. 1 y 2 es un acto de competencia desleal tipificado en el art. 15.2 de la LCD de 10 de enero de 1991, el actor puede, sin necesidad de ningún otro requisito adicional, ejercitar las acciones previstas en su art. 32, la cesación de la conducta ilícita, la remoción de sus efectos, la rectificación y el enriquecimiento injusto. Por lo tanto, apreciada la existencia de actos de boicot y retorsión, las concretas acciones ejercitadas hubieran encajado en tales previsiones*».

Antes de dar por concluido este somero análisis de la ya conocida como sentencia MUSAAT, procede hacer referencia a una interesante cuestión. Y es que tal decisión no se pronuncia directamente sobre el cártel, sino que lo hace sobre el boicot que llevaron a cabo las demandadas como medida de vigilancia de que el acuerdo de precios era cumplido, y, además, se dicta antes de que la Resolución de la CNC devenga firme⁶⁴. No obstante, aquí no opera la prejudicialidad, por lo que el hecho de no haber recaído sentencia firme, no obsta para que, a la luz de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia, proceda el resarcimiento patrimonial. Y aun en el caso de que el Tribunal Supremo confirmase las sentencias de la Audiencia Nacional y negase la existencia de un cártel, el boicot podría haber existido.

Es por ello por lo que la doctrina más atenta que ya ha tenido oportunidad de analizar este relevante pronunciamiento califica la acción indemnizatoria no como *stand-alone*, sino como *follow-on*, pero «parcial, atípica y anticipada»⁶⁵.

62 Un completo y exhaustivo análisis del boicot puede encontrarse en EMPARANZA SOBEJANO, A., *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Ed. Civitas, Madrid 2000.

63 La sentencia considera de aplicación el artículo 101 del TFUE dado que, «*aunque las alegaciones fácticas que fundan la demanda se basan en la Ley de Ordenación de la Edificación con aplicación en España y, por lo tanto, el aseguramiento de la responsabilidad decenal prevista en la tiene por lo general ámbito local, se ha de entender que producen efectos sobre el comercio entre Estados miembros*». El entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sentencia de 18 de marzo de 1970, admitió que un acuerdo entre empresas que contuviera restricciones de la competencia podía afectar al comercio entre Estados pese a que participasen en tal acuerdo empresas de un solo Estado miembro, y el acuerdo no afectase a las importaciones ni a las exportaciones entre Estados miembros. A mayor abundamiento, expone que «*no sólo se demanda a entidades españolas, sino que se aduce la participación en la conducta respecto de la que se reprocha su ilicitud, de una entidad francesa*».

64 Como se ha expuesto, la Resolución de la CNC fue recurrida ante la Audiencia Nacional, quien anuló las multas impuestas por la Autoridad de Competencia, y actualmente, las sentencias de la Audiencia Nacional están pendientes de pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo.

65 MARCOS, F., «Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz del cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la Sentencia del Juzgado Mercantil no 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014 (MUSAAT v. ASEFA, CASER y SCOR)», *La Ley Mercantil*, 29 de Julio de 2014, pág. 11.

IV. CONCLUSIONES

Para concluir este trabajo, unas breves reflexiones que se derivan de todo lo apuntado a lo largo de estas páginas.

En primer término, y con carácter general, al hilo de las consideraciones que la Sentencia MUSAAT lleva a cabo sobre la tipificación de la conducta de las demandadas como actos de boicot y retorsión, contrarios a la Ley de Competencia Desleal⁶⁶, pero subsumibles igualmente como ilícitos antitrust, nos parece oportuno hacer un apunte sobre la reforma legal que esta cuestión va a sufrir.

En efecto, el Proyecto de Ley de Código Mercantil lleva a cabo —entre otras muchas reformas, de no pequeño calado, cuyo análisis excede el ámbito de este trabajo— una suerte de «privatización» del Derecho de Defensa de la Competencia, al ubicar sistemáticamente su regulación en el Libro III, «*Del Derecho de la Competencia y la propiedad industrial*».

Y esto es así porque se incluye, como Título II el «*De la Competencia Desleal*», y como Título III el «*De la Defensa de la Competencia*», reuniéndose en un único Título, el IV, «*De las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia*», lo que a todas luces indica una voluntad inequívoca de nuestro legislador de categorizar la normativa antitrust como una subespecie de la normativa que regula la actividad concurrencial en el mercado, y deja de ser por tanto una norma de carácter administrativo para convertirse en Derecho privado.

La regulación del falseamiento de la competencia por actos desleales del actual art. 3 LDC se contenía —en el texto que la Comisión de Codificación presentó al Ministerio de Justicia en 2013— en el Título IV, Capítulo II, bajo la alambicada rúbrica de «*De la represión administrativa de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia*», que comprendía los arts. 342-1 (*Infracciones en materia de consumo*) y 342-2 (*Infracción en materia de defensa de la competencia*). Es en el pfo. 2.º de este artículo donde se encontraba la futura regulación del actual art. 3 LDC, con la siguiente redacción:

Igualmente tendrán la consideración de infracción en materia de defensa de la competencia los actos de competencia desleal que tenga por efecto un falseamiento de la competencia relevante desde el punto de vista del interés público en el mantenimiento de la estructura competitiva de mercado.

Sin embargo, en el texto que el Gobierno ha remitido al Congreso, en junio de 2014, ha desaparecido el art. 342-2, lo que llevará, en caso de aprobarse definitivamente tal como está ahora redactado el Anteproyecto de Código Mercantil, a la total desaparición de nuestro ordenamiento de esta figura.

Sobre esta deficiente redacción, y la falta de claridad expositiva con la consiguiente inseguridad jurídica que va a provocar en este ámbito, aumentando la confusión reinante entre la aplicación del Derecho antitrust y la normativa de deslealtad concurrencial, se ha pronunciado, en el sentido aquí expuesto, la propia CNMC, en su *Informe sobre el Anteproyecto de Código Mercantil*⁶⁷.

En **segundo lugar**, en lo que al avance del ejercicio de acciones privadas de daños y perjuicios derivadas de ilícitos anticompetitivos se refiere, cabe señalar la importancia de la existencia de estos mecanismos que permiten a los perjudicados por una conducta contraria a la libre competencia obtener un resarcimiento patrimonial por el quebranto económico sufrido. Esta suerte de *private enforcement* es, como predica la Directiva comunitaria, complementario —no sustitutivo— del *public enforcement* que tienen que seguir llevando a cabo las autoridades públicas, con los métodos disuasorios y sancionadores de que disponen.

En **tercer y último lugar**, y en lo que se refiere al pronunciamiento que hemos analizado en estas páginas, la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014, supone —como pensamos haber

66 Como se ha expuesto, la acción de competencia desleal ex artículo 15.2 de la LCD decae por ser ejercitada de manera subsidiaria; no obstante la juez concluye «*con todo, dado que la infracción de los arts. 1 y 2 es un acto de competencia desleal tipificado en el art. 15.2 de la LCD de 10 de enero de 1991, el actor puede, sin necesidad de ningún otro requisito adicional, ejercitar las acciones previstas en su artículo 32, la cesación de la conducta ilícita, la remoción de sus efectos, la rectificación y el enriquecimiento injusto. Por lo tanto, apreciada la existencia de actos de boicot y retorsión, las concretas acciones ejercitadas hubieran encajado en tales previsiones*».

67 Disponible en la página web de la CNMC: http://cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_sobre_normativa/2014/201408_IPN_DP_0010_14_CodigoMercantil%20.pdf

reflejado con nuestros comentarios— un relevante hito en la aplicación del ordenamiento antitrust por parte de la jurisdicción ordinaria, por los siguientes motivos:

- La cuantía de la indemnización concedida (más de 3 millones de euros en concepto de daño emergente);

- Lo acertado del análisis de la figura concurrencial del boicot.

- Su «desmarque» del procedimiento contencioso-administrativo: la sentencia MUSAAT constituye el primer caso en que un juez civil concede resarcimiento patrimonial sin tener en cuenta la existencia de un procedimiento contencioso-administrativo; y es que la juez no entra a valorar el cártel ni realiza el mismo análisis que llevó a cabo la CNC en su día, sino que efectúa su propio análisis para concluir que los actos llevados a cabo por las demandadas constituyen actos de boicot y retorsión contrarios a los arts. 1 LDC y 101 TFUE y que, por ende, procede indemnización a favor de MUSAAT.

Al hilo de lo anterior, cabría preguntarse si las sentencias de la Audiencia Provincial que resuelvan los recursos contra la sentencia MUSAAT estarán condicionadas por el pronunciamiento del Tribunal Supremo al resolver sobre el recurso de casación interpuesto en vía contencioso-administrativa. Parece razonable pensar que la respuesta es no pues, como se ha expuesto, en la sentencia MUSAAT la juez no entra a valorar el cártel y tampoco parte del análisis realizado por al CNC sino que lleva a cabo su propio análisis para concluir que queda acreditada la existencia de actos de boicot y retorsión. Así pues, aun en el caso de que el Tribunal Supremo confirme las sentencias de la Audiencia Nacional y niegue la existencia de un cártel, la Audiencia Provincial podría entender que sí hubo actos de boicot y retorsión.

- El hecho de ser un *follow-on*, pero no pleno ni completo;

En suma, un muy interesante pronunciamiento judicial que ha puesto sobre la mesa gran parte de las cuestiones —desde una perspectiva más amplia que el mero asunto enjuiciado— más relevantes en la actualidad de la normativa de defensa de competencia, competencia desleal, y el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos.