

# EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LAS POLÍTICAS DE CLEMENCIA Y LAS RECLAMACIONES DE DAÑOS POR ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS: PERSPECTIVAS DE FUTURO<sup>1</sup>

MARINA SAN MARTÍN CALVO  
Profesor Contratado Doctor  
Área de Derecho Mercantil- Universidad de Burgos  
ORCID: 0000-00002-6233-1046  
RESERCHER ID: D-9536-2014

## RESUMEN

La relevancia de los programas de clemencia en la lucha contra los cárteles es indudable. Constituyen el instrumento más efectivo y el que implica menor coste económico al Estado. La Directiva 2014/104/UE vino a regular la interacción de la clemencia con las acciones de reclamación de los daños que pudieran interponer los afectados por el cártel, adoptando un sistema que está causando serias dificultades en su aplicación práctica, y que se ha traducido en un importante descenso del número de solicitudes de clemencia presentadas ante las ANC. Es necesario plantearse si las medidas adoptadas por la Directiva de Daños para proteger al solicitante de clemencia son lo bastante atractivas y si el sistema de consenso que pretendió arbitrarse funciona. Sobre este particular y las medidas que pueden implementarse para que la clemencia siga despertando interés entre los cartelistas versa este trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** Clemencia- TJUE- Directiva 104/2014/UE- Pfleiderer- Daños- Unión Europea- Cártel- ANC- Derecho de la Competencia

## ABSTRACT

The relevance of leniency programs in the fight against cartels is unquestionable. They constitute the most effective instrument and implies the least economic cost to the State. Directive 2014/104/EU came to regulate the interaction of leniency programs with the actions to claim damages that could be submitted by the victims. The system adopted is causing serious difficulties in its practical application, and that has resulted in a significant decrease in the leniency applications submitted to the NCAs. It is necessary to consider whether the measures adopted by the Directive to protect the leniency applicant are attractive enough, as well as the consensus system still works. This paper concerns on this matter and the measures that can be implemented so that leniency continues to arouse interest among the cartel participants.

**KEYWORDS:** Leniency programs-CJEU-claims-Directive 104/2014/EU- Pfleiderer-Damages-National Competition Authority-Competition Law

---

<sup>1</sup> Este trabajo queda integrado en el marco del Proyecto de Investigación “El Derecho Procesal Civil y Penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (CAJI)” (Proyecto I+D+i PID2021-124027NB-I00, Ministerio de Ciencia e Innovación). La autora es miembro del Grupo de Investigación Reconocido (GIR) de la Universidad de Burgos “La Cooperación Judicial Civil y Penal en el Ámbito de la Unión Europea: Instrumentos Procesales (CAJI)”, coordinado por la Prof. Dra. M<sup>a</sup> del Mar Jimeno Bulnes.

## INDICE

- I. INTRODUCCIÓN. EL EFECTO DISUASORIO DE LAS SANCIONES ECONÓMICAS
- II. CONFIDENCIALIDAD, CLEMENCIA Y REPARACIÓN DEL DAÑO
- III. LA REGULACIÓN DEL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA
  - 1.- El régimen de exhibición de pruebas en la Directiva 104/2014/UE
  - 2.- La accesibilidad a los medios de prueba y el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TJUE
- IV. EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA
  - 1.- La legitimación activa
  - 2.- Legitimación pasiva y responsabilidad subsidiaria
- V. CONCLUSIONES
- VI. BIBLIOGRAFÍA

### **I. INTRODUCCIÓN: EL EFECTO DISUASORIO DE LAS SANCIONES ECONÓMICAS**

La clemencia, probablemente el medio más rápido y económico de obtención de pruebas de la existencia de acuerdos colusorios, se ha revelado como un instrumento extremadamente eficaz en la lucha contra los cárteles<sup>2</sup>. La experiencia acumulada desde la implantación de los *leniency programs* tanto en Estados Unidos<sup>3</sup> como en la Unión Europea<sup>4</sup> demuestran que las políticas de clemencia actúan como importantes elementos

---

<sup>2</sup> El indudable éxito de las políticas de clemencia es un hecho indiscutible tanto desde el punto de vista de las administraciones públicas como para la doctrina jurídica, que unánimemente se ha pronunciado a favor de su establecimiento. *Vid.* entre otros, SLOT. P.J., FARLEY, M., *An Introduction to Competition Law*, 2ª ed., Bloomsbury, Oxford, 2017, pp. 230 ss.; SILBYE, F., “A note on antitrust damages and leniency programs”, *European Journal of Law and Economics*, New York, 2015, Tomo 33, n.º 3, pp. 691-699, <https://www.springer.com>; BRISSET, K., THOMAS, L. “Leniency Program: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions”, *European Journal of Law and Economics*; 2004, New York, Tomo 17, n.º 1:5, <https://www.springer.com>

<sup>3</sup> EE.UU fue el primer país del mundo en implantar políticas de clemencia, concretamente en el año 1978, si bien el sistema no se perfeccionaría hasta la aprobación, en 1993, del *US Corporate Leniency Program*, disponible [en línea] en <https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>. Para más información sobre el nacimiento de la política de clemencia en Estados Unidos, *vid.* PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “Influencias de la política de *leniency* estadounidense en las políticas comunitaria y española de defensa de la competencia”, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Luis-Antonio Velasco San Pedro y otros, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 761 ss.

<sup>4</sup> La clemencia fue introducida formalmente en la Unión Europea por la *Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas* ( DOCE de 18 de julio de 1996, n.º C 207) y redactado nuevamente en la *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (Comunicación de Clemencia de la Comisión Europea)*, de 2006 (DOUE de 8 de diciembre de 2006, n.º C 298, pp. 17-22). El sistema introducido por la Comisión Europea a través de la *Comunicación de 1996* ya preveía la exención o la reducción del pago de multas a las empresas que colaboraran con las autoridades de la competencia para la desarticulación de un cártel en el que estuvieran involucradas. Con un sistema similar al estadounidense, se preveía no sólo la exención total del pago de la multa para la primera empresa que aportara pruebas concluyentes de la existencia de cártel, sino también la reducción de una parte del importe de la sanción para las que hubieran colaborado posteriormente.

de desestabilización de los cárteles, brindando a sus miembros un interesante incentivo para apartarse del acuerdo colusorio<sup>5</sup>.

Siguiendo la estela marcada por Estados Unidos<sup>6</sup>, la Unión Europea durante años ha intentado desarrollar un sistema que equilibrara la aplicación privada y la aplicación pública del Derecho de la Competencia, configurando un sistema mixto que garantizara la efectiva aplicación de los artículos 101 y 103 TFUE y, al mismo tiempo, implementara un sistema de aplicación privada basado en la compensación que reconociera a las víctimas de conductas anticompetitivas el derecho a reclamar por el daño sufrido<sup>7</sup>.

Elemento clave para garantizar la eficacia del sistema de clemencia es la imposición de sanciones que funcionen como elemento disuasorio, puesto que la mera adopción de programas de clemencia no puede asegurar su efectividad, si no se aplica un régimen sancionador lo suficientemente severo como para evitar que a los responsables de ilícitos anticompetitivos les compense correr el riesgo de ser descubiertos, bien porque los Estados carecen de medios suficientes para perseguir a los cárteles, bien porque las previsibles sanciones económicas no son lo suficientemente gravosas. En este sentido, la Directiva (UE) 2019/1, de 11 de diciembre de 2018<sup>8</sup> (en adelante Directiva 2019/1 o

---

<sup>5</sup> Es tal la efectividad demostrada por los programas de clemencia que la práctica totalidad de los Estados miembros de la UE ha implementado estos instrumentos. A pesar de ser una figura atípica en nuestro ordenamiento jurídico, calificada incluso de “extravagante” por parte de la doctrina jurídica (*vid.* BERENGUER FUSTER, L., “Reflexiones en torno al programa de clemencia”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2012, nº 28). También España prevé estas medidas en los arts. 65 y 66 LDC y en la *Comunicación de 19 de julio de 2013, de la Comisión Nacional de Competencia* (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), *sobre el Programa de Clemencia* (BOE núm. 196, de 16 de julio de 2013), claramente inspirado en la *Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel* (DOUE de 8 de diciembre de 2006, nº C 298, pp. 17-22)

<sup>6</sup> Los programas europeos de clemencia se basan en gran medida en el modelo introducido por la Ley Antimonopolio por el Departamento de Justicia de EEUU, que parte del principio de cooperación de las empresas con las autoridades competentes, articulado a través de la presentación de declaraciones (“*Declaraciones corporativas*”), que exige la aportación de pruebas documentales que les incriminan a sí mismos y a otros infractores. Estos programas se basan en la recompensa de los cooperantes de forma proporcional al momento, el alcance y la calidad de la cooperación. CARUSO, A., “Leniency Programms and Protection of Confidentiality: the experience of European Commission”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, vol. 1, n.º 6, pp. 453-477, <https://academic.oup.com/jeclap>.

<sup>7</sup> A modo de síntesis, diremos que esta evolución comenzó en 2005, con la publicación por la Comisión Europea del *Libro Verde*, en el que se advertía que las legislaciones nacionales de los distintos Estados Miembros sobre las condiciones de la reparación de daños y perjuicios “*ofrece una imagen de total subdesarrollo*”. El TJUE, a través de las sentencias dictadas en los casos *Courage* (STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99) y *Manfredi* (STJUE 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 y C-298/04), consagró la función resarcitoria de la responsabilidad civil por prácticas anticompetitivas y la posibilidad de alegarla ante los órganos jurisdiccionales. En 2009, la Comisión publicó el *Libro Blanco* en el que presentó medidas concretas encaminadas a garantizar la plena compensación (incluyendo daño emergente, lucro cesante e intereses) a los perjudicados por prácticas anticompetitivas.

<sup>8</sup> Directiva (UE) 2019/1, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. DOUE de 14

Directiva ECN+), se perfila como un instrumento esencial, que aboga por dotar a las autoridades nacionales de competencia (en adelante ANC) de los recursos suficientes, tanto de personal experto cualificado como de medios económicos, técnicos e informáticos adecuados, para garantizar un desempeño eficaz de sus funciones. Precisamente, el fortalecimiento de los poderes de decisión e investigación de las ANC, el régimen de clemencia y la armonización de los criterios seguidos para la imposición de multas, son los pilares sobre los que se sustenta la Directiva ECN+<sup>9</sup>.

Una vertiente fundamental de las políticas de clemencia lo constituye el importe de las sanciones pecuniarias, aspecto sobre el que la doctrina ha venido sosteniendo la importancia de imponer fuertes multas, ya que está acreditado que las sanciones leves carecen de fuerza intimidatoria<sup>10</sup>. Así pues, la dotación a las autoridades competentes de los medios técnicos y personales necesarios para que los posibles infractores puedan percibir un alto riesgo de ser descubiertos, debe coexistir con una amenaza real de sanciones severas para los *cartelistas*, que se sustente en una regulación jurídica lo bastante transparente y previsible como para permitir a las empresas conocer, con un alto grado de certeza, las consecuencias a las que tendrán que enfrentarse si son sorprendidos en una práctica colusoria<sup>11</sup>.

A fin de evitar que el efecto disuasorio de las multas pueda verse mitigado por la diferencia de criterios aplicables en los diferentes Estados de la UE, la Directiva ECN+

---

de enero de 2019, nº L 11, pp. 3-33. La aprobación de este instrumento, que ha hecho necesaria la modificación de la LDC, fue objeto de transposición al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto Ley 7/2021, de 28 de abril.

<sup>9</sup> Art. 5.1. de la Directiva 2019/1. Ya en su Exposición de Motivos, par. 50, la Directiva ECN+ afirma que “*Los programas de clemencia son una herramienta esencial para la detección de cárteles secretos y, por tanto, contribuyen al enjuiciamiento eficiente y la imposición de sanciones a las infracciones más graves del Derecho de la competencia*”. La Directiva (UE) 2019/1 se perfila así como un instrumento orientado a dotar a las autoridades competentes de los Estados miembros de medios más eficaces para aplicar y ejecutar las normas reguladoras de la libre competencia, garantizando su independencia e imparcialidad, lo que se traduce en la dotación de recursos económicos y legales bastantes para lograr la imposición de sanciones económicas, con el fin de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior. SAN MARTÍN CALVO, M., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia y su incidencia en los programas de clemencia”, en JIMENO BULNES, M. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 113-143.

<sup>10</sup> *Vid.*, entre otros, CARUSO, A., “Leniency Programms and Protection of Confidentiality: the experience of European Commission”, op.cit., pp. 457 ss. ;FRANCO DE SÁ, P., “Reformas en la política comunitaria de clemencia a raíz de la Directiva ECN+”, en OLMEDO PERALTA, E.(Dir), *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y España*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 67-95.

<sup>11</sup> BRUSICK, P., *Competition Guidelines: Leniency Programmes*, UNCTAD Mena Programme (Regional Economic Integration through the Adoption of Competition and Consumer Protection Policies, Gender Equality, Anticorruption and Good Governance), UNCTAD/DITC/CLP/2016/3, United Nations Publications. En consecuencia, el régimen sancionador debe basarse no sólo en su capacidad disuasoria, sino también en su proporcionalidad, orientado a la consecución de su objetivo final, que no es otro que incidir en la toma de decisiones de las empresas que pudieran estar tentadas de incurrir en ilícitos competitivos.

establece normas que favorezcan la asistencia mutua entre los Estados miembros, introduciendo medidas como el refuerzo del papel de la Red Europea de Competencia (REC)<sup>12</sup> y fijando cuantías máximas para las sanciones económicas, de carácter obligatorio para todos los Estados miembros, en función de la importancia y la gravedad de la infracción (artículo 14.1 en relación con art. 15.1 Dir. (UE) 2019/1). Obviamente, esta disposición obliga a tener en consideración el volumen de negocio de las empresas infractoras en países distintos del Estado miembro ante el que se ha solicitado clemencia, con las dificultades que eso conlleva<sup>13</sup>. De hecho, es posible apreciar diferencias significativas entre los Estados en cuanto al método para calcular las multas lo que, en última instancia, daría lugar a importantes variaciones en la determinación de los valores finales<sup>14</sup>.

## II.- CONFIDENCIALIDAD, CLEMENCIA Y REPARACIÓN DEL DAÑO

Partiendo del hecho de que, junto al daño concurrencial público, que se solventa mediante la imposición de multas, frecuentemente concurre el daño concurrencial privado, que afecta al patrimonio de las víctimas de los cárteles, queda por dilucidar la siempre espinosa cuestión de la reparación del daño y su interacción con las políticas de clemencia<sup>15</sup>. Con anterioridad a la aprobación de la Directiva 104/2014/UE, la relación entre la clemencia y las acciones privadas de daños había sido abordado por el Tribunal

---

<sup>12</sup> Art. 1.3. Directiva (UE) 2019/1. Instrumento de cooperación ya previsto en el Reglamento (CE) 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 (101 y 102 TFUE) del Tratado y a la Declaración Común del Consejo y de la Comisión, la REC está formada por la Comisión y las autoridades nacionales de competencia (ANC) de los Estados miembros, con el fin de establecer medidas contra las conductas anticompetitivas transfronterizas. La REC, dedicada a la aplicación de las normas europeas en materia de competencia en todo el territorio de la Unión, permite a las ANC compartir información y experiencias. *Vid.* CAMPUZANO, A.B., SANJUÁN, E., *Mercado y Derecho de la Competencia. Reglas de actuación y funcionamiento*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 118 ss..

<sup>13</sup> *Idem*, art. 16. *Vid.* FRANCO DE SÁ, P., “Reformas en la política comunitaria de clemencia a raíz de la Directiva ECN+”, *op. cit.*, pp. 75 ss.

<sup>14</sup> Sobre el importe de las multas y su cálculo, arts. 13 a 15 Directiva (UE) 2019/1, de 11 de diciembre de 2018.

<sup>15</sup> El indudable éxito de las políticas de clemencia deriva, sin duda, de la generación de importantes incentivos para los denunciantes, pero no resolvía uno de los aspectos más controvertidos de este instrumento: la coordinación de estas políticas con la responsabilidad civil en que hayan podido incurrir los denunciantes por los daños causados a otros operadores en el mercado. Estos “daños privados” debían solventarse en la vía civil, mediante el ejercicio de acciones de responsabilidad. Obviamente, el derecho de las víctimas de los cárteles a ser indemnizadas por los infractores de las normas de la competencia –la pieza seguramente más importante del sistema de aplicación privada antitrust– puede entrar en contradicción con la eficacia de la aplicación pública de tales normas cuando las propias víctimas pretenden acceder a la información obtenida por la autoridad de competencia en el marco de un programa de clemencia. En consecuencia, el incentivo que puede suponer para los integrantes del cartel el perdón total o parcial de la sanción impuesta puede verse reducido por el riesgo real de interposición de acciones de reclamación por los daños y perjuicios causados.



de Justicia<sup>16</sup> en cuatro destacadas ocasiones (*Pfleiderer*<sup>17</sup>, *Donau Chemie*<sup>18</sup>, *Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims*<sup>19</sup> y *EnBW Energie Baden-Württemberg*<sup>20</sup>), Tras estas sentencias, los posteriores pronunciamientos del TJUE, especialmente tras la aprobación de la Directiva, han ido delimitando círculos cada vez más amplios en relación con la protección de los derechos de los perjudicados por prácticas anticompetitivas<sup>21</sup>.

En este contexto, es fundamental que los infractores conozcan el tratamiento que pueden esperar si solicitan clemencia. Sin duda, gozan de importantes ventajas, siendo la primera de ellas de índole económica<sup>22</sup>. La segunda, y no menos importante, es la limitación del acceso a las pruebas que inculpan al beneficiario de clemencia. Sin embargo, la solicitud de clemencia conlleva también riesgos importantes. El primero de ellos es que la colaboración con la ANC puede determinar la exención o reducción de la sanción, pero carecerá de efectos en relación a la responsabilidad civil por los daños causados, cuyo importe, y a diferencia de las multas, difícilmente puede cuantificarse con antelación. En segundo lugar la jurisprudencia del TJUE deja al criterio de los tribunales nacionales autorizar el acceso a los documentos aportados por el clemente, por lo que éste no puede tener absoluta certeza sobre el mantenimiento de la reserva de dichos documentos<sup>23</sup>. Por último, la resolución sancionadora establece una presunción *iuris tantum* de la existencia del cártel, eximiendo al perjudicado de la prueba de la existencia de la conducta anticompetitiva, lo que indudablemente facilita la interposición de la demanda en vía civil<sup>24</sup>.

---

<sup>16</sup> Sobre la jurisprudencia del TJUE relativa a la aplicación privada del Derecho de la competencia y su influencia en la Directiva de Daños, *vid.* SAN MARTÍN CALVO, M., "La aplicación privada del Derecho de la Competencia y su incidencia en los programas de clemencia", *op. cit.*, pp. 121-125

<sup>17</sup> STJUE *Pfleiderer*, de 14 de junio de 2011, asunto C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389..

<sup>18</sup> STJUE *Donau Chemie y otros*, de 6 de junio de 2013, asunto C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366

<sup>19</sup> STJUE *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y otros*, de 21 de mayo de 2015, Asunto C-352/13, ECLI: ECLI: EU: C: 2015: 335

<sup>20</sup> STJUE *Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, de 27 de febrero de 2014, C-365/12, ECLI:EU:C:2014:112

<sup>21</sup> JIMENO BULNES, M., "The CJEU case law after preliminary ruling on behalf of Private Enforcement of EU competition law", en S. Marino, *Language and Law. The role of language and translation in EU Competition Law*, Springer, Suiza, 2018, pp. 39-67.

<sup>22</sup> Nos referimos a la exención total del pago de la multa para el solicitante de clemencia que haya aportado elementos probatorios suficientes para desarticular el cártel, así como una reducción sustancial del importe de la sanción para los implicados que aporten pruebas con posterioridad, concediendo una ventaja significativa al primer denunciante. *Vid.* Cap. VI, arts, 17 a 23 Directiva (UE) 2019/1.

<sup>23</sup> Sobre este particular, *vid.* STJUE *Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, de 27 de febrero de 2014 C-365/12, ECLI:EU:C:2014:112

<sup>24</sup> GONZÁLEZ CASTILLA, F., "Presentación de documentos y política de clemencia: La confidencialidad de los expedientes de las autoridades de competencia", en RUIZ PERIS, J.I., (dir.), *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto Europeo "Training of National Judges in EU Competition Law"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 175-196.

Consciente de estas dificultades, que podrían desincentivar a los infractores a la hora de solicitar clemencia, la Directiva 104/2014/UE o Directiva de Daños, intenta minimizar los riesgos a los que se enfrenta el *cartelista* arrepentido, estableciendo a su favor una serie de privilegios tanto en relación a los daños causados a terceros como respecto a sus relaciones con el resto de los integrantes del cártel. El primero de ellos es el tratamiento procesal de la información incorporada al expediente administrativo, limitando el acceso y el uso de la misma por los terceros perjudicados. El segundo es la dotación de cierta protección al clemente frente a posibles reclamaciones posteriores por los daños y perjuicios causados, bien limitando la obligación de indemnizar al resto de los miembros del cártel, bien estableciendo su responsabilidad subsidiaria.

### III. LA REGULACIÓN DEL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA

#### 1. El régimen de exhibición de pruebas en la Directiva 104/2014/UE

Como ya se ha mencionado, uno de los pilares del programa de clemencia de la UE es la protección de la confidencialidad de la información aportada por los denunciantes, lo que implica la adopción de un sistema de compromiso que asegure el frágil equilibrio entre la efectividad del *private enforcement* y el indudable éxito de los programas de clemencia en la lucha contra los cárteles. Este sistema marcó la orientación final de la Directiva 104/2014/UE que establece la protección del clemente como uno de sus objetivos principales<sup>25</sup>. De hecho, la doctrina mayoritaria entiende que la Directiva apuesta claramente por asegurar el sistema de clemencia, siguiendo así la tendencia seguida por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos internos de la UE (entre ellos el español) que, ante la dicotomía entre aplicación pública y privada, se muestran más proclives a garantizar la defensa de la competencia por medio de sanciones que a facilitar la reparación privada de daños, solucionándose las tensiones entre el derecho al pleno resarcimiento de los daños causados por un ilícito anticompetitivo y la exhibición de documentos al amparo de un programa de clemencia, a favor de la protección de la aplicación pública del Derecho de la Competencia<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> MARTÍ MIRAVALLS, J., “Cuestiones sustantivas sobre las reclamaciones de daños en el marco del cártel de los fabricantes de automóviles”, en RUIZ PERIS, I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., *Nuevos horizontes del Derecho de la Competencia*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2021, pp. 31-82

<sup>26</sup> El Prof. Ruiz Peris critica abiertamente lo que considera una “preferencia de la Directiva por el enriquecimiento del cartelista frente al potencial enriquecimiento de la víctima”, Vid. RUIZ PERIS, J.I., “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del Derecho de la Competencia a la responsabilidad compartida”, en J. I. Ruiz Peris (dir.) *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 22-23.

En relación con el régimen de exhibición de pruebas, la Directiva de Daños parte de tres premisas básicas:

- i. La primera de ellas es que no puede colocarse en peor condición al infractor que ha colaborado en la desarticulación del cártel que a los cartelistas que han optado por permanecer en él.
- ii. La segunda es la necesaria preservación de los programas de clemencia que, indubitadamente, constituyen el arma más eficaz en la lucha contra los cárteles.
- iii. Por último, la obligada ponderación que, en aplicación de la *doctrina Pfleiderer*, en virtud de los principios de equivalencia y efectividad, deben realizar los tribunales nacionales entre el acceso a la documentación por parte del perjudicado y la preservación de su confidencialidad, preservando en todo caso el derecho del perjudicado al pleno resarcimiento.

Unánimemente considerado como uno de los aspectos más relevantes de la Directiva 104/2014/UE, el régimen de exhibición de pruebas introducido en los arts. 5 a 8 establece un conjunto de normas generales (art. 5) junto a otras medidas aplicables especialmente a los supuestos de exhibición de pruebas que obran en un expediente administrativo incoado por una ANC (art. 6 y 7)<sup>27</sup>. Y lo es, precisamente, porque gran parte de las pruebas que va a necesitar el demandante para acreditar la relación de causalidad entre la conducta ilícita y los daños sufridos no serán de fácil acceso, puesto que estarán contenidas en el expediente administrativo instruido por las ANC o en manos del propio demandado o de terceros<sup>28</sup>. Respecto a este último supuesto, en virtud del *principio general de accesibilidad*, el art. 5.1 de la Directiva 2014/104, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno por el art. 283 bis a) LEC, impone a los Estados miembros la obligación de “*velar*” para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar

---

SAN MARTÍN CALVO, M., “La aplicación privada del derecho de la Competencia y su incidencia en los programas de clemencia”, *op. cit.*, pp. 138-139

<sup>27</sup> Sobre las reglas que regulan la exhibición de pruebas en la Directiva, *vid.* MARTÍN ARESTI, P., “Relaciones entre el derecho de la competencia de la Unión Europea y el derecho nacional español”, en CARBAJO CASTEJÓN, F. (Coord.), *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 84-87.

<sup>28</sup> En relación con las facilidades probatorias, *vid.* Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017, arts. 75.2, 76.4 y 79.2 LCD, en transposición de los arts. 9.1, 14.2 y 17.3 Directiva 104/2014/UE. Para un conocimiento más profundo sobre esta materia, entre otros, *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados e infracciones de las normas sobre defensa de la competencia”, *La Ley Mercantil*, 2017, n° 38. <https://www.wolterskluwer.es/>; GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Presentación de documentos y política de clemencia:...”, *op. cit.*, pp. 185 ss.



a la parte demandante o un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado, con ciertos límites relacionados con el respeto al *principio de proporcionalidad* y, en todo caso, previa motivación razonada del demandante. Estaríamos refiriéndonos a una exhibición probatoria limitada antes del juicio, en la que el tribunal, a instancia de parte, limitará la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado, tras tomar en consideración los intereses legítimos de todas las partes en conflicto (art. 283 bis a) 3).

## **2. La accesibilidad a los medios de prueba y el principio de proporcionalidad.**

### **La jurisprudencia del TJUE**

Como presupuesto previo a la admisión de una demanda de reclamación civil, el demandante debe acreditar la legitimidad de su pretensión, es decir, que como consecuencia de la actividad del cártel, ha sufrido daños. Para demostrarlo primero debe probar su relación, directa o indirecta con el cartelista y, en segundo lugar, establecer una comparativa entre la situación que tenía antes y después del cártel, que demuestre que su situación ha empeorado como consecuencia de las prácticas colusorias<sup>29</sup>. Evidentemente, no es tarea fácil, en especial si los integrantes del cártel están en condiciones de oponer una defensa *passing-on*<sup>30</sup>.

Precisamente, y en relación con la exhibición de las fuentes de prueba, la jurisprudencia del TJUE, concretamente, STJUE *Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, de 27 de febrero de 2014 (C-365/12) atribuye a los tribunales nacionales la competencia para autorizar el acceso a los documentos aportados por el clemente, por lo que éste, en una fase inicial del procedimiento, no puede conocer el alcance de la reserva de la prueba por él mismo aportada y que, huelga decirlo, le incrimina directamente.

A fin de preservar el sistema de clemencia que tan buenos resultados ha dado en España, los artículos 283 bis i) LEC y 283 bis j) LEC, que incorporan a nuestro ordenamiento jurídico los artículos 6.6 y 7.1 de la Directiva, establecen una prohibición absoluta de acceso a las declaraciones que obren en un expediente administrativo como consecuencia

---

<sup>29</sup> Vid. ZURIMENDI ISLA, A., “La indemnización de los daños y perjuicios”, en ROBLES MARTÍN-LABORDA (Coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Comares, Granada, 2017, pp. 269-304

<sup>30</sup> Siendo la finalidad de la indemnización compensatoria, no disuasoria, solo se podrán indemnizar los daños efectivamente sufridos, con lo que si el sobreprecio, o una parte del mismo, se ha repercutido “aguas abajo” en clientes o consumidores posteriores, aunque sea parcialmente, no podrá ser objeto de reclamación en la parte efectivamente repercutida.

de su comunicación al amparo de un programa de clemencia, es decir, las contenidas en la *lista negra o black list*<sup>31</sup>. Concretamente, el artículo 283 bis i) 6.a) LEC, que transpone el artículo 6.6.a) de la Directiva establece, respecto a la exhibición de las fuentes de prueba en poder de la ANC española, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) que, en ningún caso, podrá el tribunal ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de las declaraciones comunicadas al amparo de un programa de clemencia.

Si bien dicha prohibición recaería exclusivamente sobre aquellas partes de los documentos que quedan amparados por la confidencialidad inherente al programa de clemencia, pero no sobre aquellas partes del documento que no se encuentren amparadas por tal protección (DA 4ª LDC), puede tener el efecto de dificultar notablemente las reclamaciones de daños y, en su literalidad, se aparta de la doctrina establecida por la jurisprudencia del TJUE, puesto que una norma que impide el acceso a cualquier documento que obre en un expediente administrativo entorpece el derecho de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo. En última instancia, y si dicha prohibición fuera absoluta, podríamos estar ante una vulneración de los derechos de las víctimas, reconocidos en la doctrina sentada por el propio TJUE en los *Asuntos Courage*<sup>32</sup> y *Manfredi*<sup>33</sup>.

Para alcanzar una solución de consenso que conjugue el derecho de los perjudicados sancionado por el TJUE en los ya mencionados asuntos *Courage* (2001), *Manfredi* (2006), *Pfleiderer* (2011) u *Otis* (2012) con la necesaria preservación de la confidencialidad de la documentación aportada por el solicitante de clemencia, la LDC, en su artículo 283 bis i), en transposición de los arts. 5 a 7 de la Directiva /104/2014/UE, establece que el demandante podrá solicitar motivadamente al tribunal el acceso a las pruebas que obren en el expediente administrativo comunicadas en el marco de un

---

<sup>31</sup> El programa de clemencia fue introducido en la legislación española a través de la Ley 25/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), concretamente en sus artículos 65 y 66 LDC, siguiendo el programa comunitario de exención y/o reducción de la multa establecido por la Comunicación de 2002 relativa a la *dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*<sup>31</sup>. Sin embargo, no entró en vigor hasta el momento del desarrollo reglamentario de la LDC, mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC) (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008). A pesar de la semejanza entre la Comunicación europea y el Reglamento español, existen algunas diferencias. La más notable quizá sea que el sistema español, de forma similar al sistema americano y a diferencia del programa europeo de clemencia, permite que puedan acogerse a él tanto personas físicas como personas jurídicas (art. 61.1 LDC).

<sup>32</sup> STJUE *Courage & Crehan*, de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465

<sup>33</sup> ANGULO GARCIANDÍA, A., “La interacción entre el programa de clemencia y las acciones privadas de daños por infracciones del Derecho e la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, 2018, n° 23, 1 de julio de 2018, <https://www.wolterskluwer.es>

programa de clemencia, a los efectos de comprobar si dichas aportaciones se encuentran protegidos por la confidencialidad del programa. Esto permitiría que el demandante que ostente una pretensión legítima con apariencia *fumus boni iuris*, pueda solicitar al órgano jurisdiccional nacional el acceso a tales documentos para comprobar si están efectivamente comprendidos en la *black list*, es decir, aquellas declaraciones realizadas en el marco de un programa de clemencia y en las solicitudes de transacción, cuya exhibición nunca podrá ordenarse.

Aún asumiendo que la accesibilidad es el principio general de la Directiva 104/2014/UE y, por ende, del Derecho interno español, debemos admitir que esta accesibilidad está matizada por el *principio de proporcionalidad*, de especial relevancia en los documentos confidenciales, por lo que no se puede sostener que, con carácter general, todos los documentos que obren en un expediente, fuera de los aportados en clemencia, pueden ser exhibidos. El conflicto se plantea principalmente respecto a los medios prueba comprendidos en la denominada *lista gris* o *gray list*, es decir, aquella información preparada específicamente para el procedimiento administrativo iniciado por la ANC.

Sobre esta cuestión, la reciente sentencia del TJUE de 12 de enero de 2023 (asunto C-57/21), pone de manifiesto, en primer lugar la necesidad de una unificación del Derecho de la UE, al afirmar que “*La efectividad y la coherencia de la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE por parte de la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia requieren un planteamiento común en toda la Unión por lo que se refiere a la exhibición de pruebas contenidas en archivos de las autoridades de la competencia*”.

Así pues, la actuación de una ANC en relación a la exhibición de las pruebas obrantes en un expediente administrativo, no debe desvirtuar la efectividad de la aplicación del Derecho de la competencia, lo que exige una “*atenta valoración*” del requisito de proporcionalidad, cuando dicha exhibición pueda comprometer la estrategia de investigación de una ANC al revelar qué documentos forman parte del expediente. En especial, el TJUE llama la atención sobre las búsquedas genéricas o demasiado amplias, a las que denomina “*exhibiciones de pesca*”, que poco o nada aportan al derecho del demandante pero que pueden interferir notablemente la labor investigadora de la ANC<sup>34</sup>. En consecuencia, debe procederse con cautela respecto a la exhibición de pruebas que, de ordenarse, interferirían con una investigación en curso efectuada por el órgano administrativo correspondiente (ANC o Comisión), de forma que sólo podrá ser

---

<sup>34</sup> STJUE (Sala Segunda), de 12 de enero de 2023, Asunto C-57/12, ECLI:EU:C:2023:6

divulgadas en procedimientos de reclamación de daños una vez que la autoridad de Competencia haya cerrado su propio procedimiento; no debiendo ser estimadas las solicitudes de exhibición de los medios de prueba obrantes en un expediente de forma automática, sino que deben ser cuidadosamente ponderadas en base al principio de proporcionalidad, y valorando en todo caso las circunstancias y los intereses legítimos en juego. Así pues, el TJUE parece acogerse a una interpretación restrictiva del art. 6 de la Directiva, incluso en relación a los medios de prueba integrados en la *lista blanca*, al establecer que los órganos jurisdiccionales nacionales deben limitar la exhibición de pruebas a lo estrictamente pertinente y necesario.

#### **IV. EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA**

El legislador europeo y el Tribunal de Justicia han venido construyendo un sistema de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia fundado en un concepto muy amplio de perjudicado y estableciendo un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores. La Directiva de Daños, a fin de garantizar a los perjudicados el pleno resarcimiento, establece en su art.11.1 el principio general de solidaridad, que, sin embargo, quiebra en dos supuestos (art. 73): Cuando el cartelista participe en un programa de clemencia y cuando tenga la condición de pequeña y mediana empresa, en los términos establecidos en la Recomendación 2003/361/de la Comisión, siempre, en este último caso, que no haya dirigido el cártel o coaccionado a otras empresas para que participen en la colusión. Si se cumplen estos requisitos, las pymes sólo responderán de los daños causados a sus compradores directos e indirectos<sup>35</sup>.

##### **1.- Legitimación activa.**

El Tribunal de Justicia ha ido ampliando progresivamente la consideración de los sujetos legitimados para el ejercicio de las acciones de daños. Cabe recordar que los primeros pronunciamientos del TJUE se referían a la materia de una forma genérica, al considerar que de los arts. 101 y 102 TFUE se derivan “*efectos directos en las relaciones entre particulares y engendran directamente a favor del justiciable, derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar*”<sup>36</sup>. Cabría deducir, por tanto, que de la

---

<sup>35</sup> ZURIMENDI ISLA, A., “La indemnización de los daños y perjuicios”, op. cit, pp. 294-295

<sup>36</sup> STJUE Stergios Delimitis v. Henniger Bräu AG, (Sentencia *Delimitis*), de 28 de febrero de 1991, Asunto C-234/89, ap. 45, ECLI:EU:C:1991:91. En sentido similar, Sentencia de 30 de enero de 1974, Belgische

normativa europea se derivan derechos y obligaciones que vinculan a todos los operadores económicos, sean particulares, empresas o entes públicos, y que todos los perjudicados, sean consumidores o competidores podrán hacer valer sus derechos ante posibles vulneraciones de dichas normas<sup>37</sup>.

Superada esta primera fase, en la que tanto clientes directos como compradores indirectos están legitimados para reclamar daños, bien de forma individual o a través del ejercicio de acciones colectivas, en las condiciones y formas que las legislaciones nacionales impongan, la jurisprudencia europea amplía el concepto de perjudicado a sujetos que se encuentran fuera de la cadena vertical de producción o distribución de los productos o servicios objeto de la práctica anticompetitiva<sup>38</sup>. Así, a través de la sentencia *Kone*, el TJUE incrementa notablemente el ámbito de la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de daños, estimando la reclamación de los afectados por los daños sufridos como consecuencia de los *umbrella effects*<sup>39</sup>.

Por último, y en cuanto a la *legitimación activa* para el ejercicio de estas acciones indemnizatorias, cabe mencionar que la sentencia *Otis* amplió notablemente su campo de

---

Radio en Televisie y Société Belge des Auteurs, Compositeurs et  diteurs v. SV SABAM y NV Fonior, (Sentencia *BTR II*), Asunto C-127/73 esp. ap. 16. ECLI:EU:C:1974:25

<sup>37</sup> Como refleja el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros v. República Italiana, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90 (Sentencia *Francovich*), ECLI:EU:C:1991:428, “*al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias* (ap. 31).

<sup>38</sup> “*This implies that one needs to be interested in all effects of competition law violations and cannot assume a priori that relevant harm only occurs on certain levels of a vertical chain*”, MAIER-RIGAUD, F., “*Umbrella effects and the ubiquity of damage resulting from competition law violations*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 5 (4), 247-251. No obstante, los casos en que un cártel produce efectos fuera de la cadena vertical de distribución del producto no se limitan a los supuestos del efecto paraguas. Sus consecuencias pueden percibirse también en el caso de productos complementarios. En tales casos, el aumento de precios de uno de los productos (como consecuencia de un cártel) implica normalmente que la demanda del bien complementario disminuya. De ello se deriva el perjuicio de situación la empresa productora del bien complementario deberá reducir el precio de sus productos, por lo que sufrirá un doble daño como consecuencia del cártel: el de la disminución de ventas y el de la bajada de precios que ha tenido que operar.

<sup>39</sup>STJUE, *Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufz ge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH y ThyssenKrupp Aufz ge GmbH v.  BB Infrastruktur AG*, de 5 de junio de 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317. A través de esta resolución el Tribunal de Justicia resuelve una cuestión prejudicial en la que se planteaba si es contraria al ordenamiento comunitario una norma nacional que impida a los clientes de una empresa que no ha participado en el cártel reclamar a los cartelistas los daños que han sufrido como consecuencia del efecto generalizado de subida de precios en el mercado del producto que el cártel produjo, y que se manifiestan en el incremento de precios que sufrieron los productos de una empresa que no participaba en el cártel. En concreto, se cuestiona sobre la posibilidad de reclamar los daños sufridos como consecuencia de lo que se ha denominado “efecto paraguas” de un cártel (en terminología anglosajona, “*umbrella effects*” o “*umbrella pricing*”).

aplicación, al establecer el derecho de las instituciones de la UE a solicitar la reparación de los daños sufridos como consecuencia de un cártel<sup>40</sup>.

## 2.- Legitimación pasiva y responsabilidad subsidiaria

Entre los privilegios del clemente destacan los relacionados con la pluralidad pasiva. Siendo las prácticas colusorias, por definición, conductas en las que intervienen una pluralidad de infractores, es esencial determinar criterios sobre el reparto de responsabilidad entre ellos; teniendo en cuenta que estos privilegios sólo afectan a los beneficiarios de la exención de multa, no a los que hayan obtenido una reducción de la sanción.

La LEC, en transposición de la Directiva 104/2014/UE, ha incorporado en su art. 73.4.a), el *principio de solidaridad*, en cuya virtud los *cartelistas* beneficiarios de la exención responderán solidariamente ante sus proveedores directos e indirectos<sup>41</sup> y el *principio de subsidiariedad* al señalar, en su art. 73.4.b) que los clementes sólo serán responsables solidariamente ante otras partes perjudicadas, que no fueran sus compradores directos e indirectos, cuando no sea posible obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas implicadas en el cártel. Sirva como crítica, que, a diferencia de otros Estados miembros, la LEC no ha fijado el inicio del plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños que pudieran ejercer los perjudicados frente a los clementes, en el supuesto de que no hubieran obtenido el pleno resarcimiento de los demás *cartelistas*,<sup>42</sup>. Desoye así el legislador español la disposición establecida en la Directiva de Daños que, en su art. 11.4 *in fine* obliga a los Estados miembros a establecer un plazo “razonable y suficiente” para que los perjudicados puedan entablar las acciones que correspondan.

Este sistema de privilegios establecidos a favor del beneficiario de clemencia se completa con la limitación de la responsabilidad del clemente en las denominadas “*acciones de regreso*” (art. 73.5 LDC), en las que el clemente (a diferencia del resto de los infractores,

---

<sup>40</sup> Sentencia *Otis y otros*, de 6 de noviembre de 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684. Las instituciones comunitarias habían sido víctimas de los incrementos de precios derivados del cártel de los ascensores, tras haber concertado contratos de instalación, mantenimiento y renovación de ascensores y escaleras mecánicas en edificios del Consejo, del Parlamento, la Comisión, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones y la Oficina de Publicaciones de la UE (Constatado en la decisión de la Comisión de 21 de febrero de 2007)

<sup>41</sup> Sobre la determinación de la condición de “comprador o proveedor directo o indirecto”, *vid.* DE LA VEGA GARCÍA, F., “Los privilegios de la clemencia en el régimen de la solidaridad de la acción de daños y su aplicación *ratione temporis*”, en RUIZ PERIS, J.I y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dirs.), Atelier, Barcelona, pp.109-128

<sup>42</sup> DE LA VEGA GARCÍA, F., “Los privilegios de la clemencia en el régimen de la solidaridad de la acción de daños y su aplicación *ratione temporis*”, *op.cit.*, p. 114.



contra los que el cartelista que haya satisfecho la indemnización podrá repetir “por una cuantía que se determinará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado”), sólo responderá hasta el límite de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus compradores o proveedores directos o indirectos<sup>43</sup>; privilegio aún más exorbitante si, como no es infrecuente, el clemente fuera a su vez el integrante más destacado del cártel y, por tanto, el que debería asumir una mayor cuota de responsabilidad económica, si ésta no estuviera limitada al daño que directamente hubiera causado a sus proveedores o clientes directos.

Cuestión distinta se plantea respecto a la extensión de los privilegios a los representantes legales y directivos de la empresa infractora. En el ámbito administrativo, la LDC expresamente prevé la imposición de sanciones económicas de hasta 60.000 euros a cada uno de los representantes legales o directivos que hayan intervenido en el acuerdo colusorio (art. 63.2 LEC); pero también prevé la posibilidad de ejercitar contra ellos una acción de resarcimiento de daños, bien bajo los criterios generales de la responsabilidad bien, respecto a los administradores, ejercitando las acciones de responsabilidad, social o individual, previstas la Ley de Sociedades de Capital (LSC)<sup>44</sup>. Presupuesto necesario para el ejercicio de estas acciones en vía civil es que pueda acreditarse la responsabilidad del directivo o administrador, puesto que la legitimidad pasiva de la sociedad infractora no se traslada de forma automática a sus directivos<sup>45</sup>.

En este sentido, si bien el art. 71.2.b) parece comprender en el ámbito de aplicación del Capítulo VI LCD tanto a la empresa infractora como a sus directivos y administradores, en aras del derecho de los perjudicados a obtener el pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria, lo cierto es que el art. 73.1 LCD establece la responsabilidad conjunta y solidaria sólo respecto a “*las empresas, asociaciones uniones o agrupaciones de empresas*” que hubieran infringido de forma conjunta el derecho de la competencia, dejando al margen a los directivos y administradores de éstas. En consecuencia, debemos considerar que su eventual responsabilidad no es solidaria con la de los demás cartelistas,

---

<sup>43</sup> Sobre esta cuestión, *vid* GÓMEZ ASENSIO, C. “Las acciones de regreso entre los infractores por daños en el derecho de la competencia”, *RDCD*, n° 27, 2020, pp. 2-4

<sup>44</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital,

<sup>45</sup> La responsabilidad de los administradores sólo surge como consecuencia de su participación activa en la infracción anticompetitiva de la sociedad, mediante una conducta dolosa o negligente del propio administrador en el cumplimiento de sus funciones. Se establece así un necesario nexo de causalidad entre la conducta culpable del directivo o administrador y la infracción. *Vid.*, REBOLLO PUIG, M., “Tribulaciones sobre los responsables de las infracciones contra la competencia”, en MIRANDA SERRANO, L.M. y COSTAS COMESAÑA, J., *Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, 2018, pp. 362-393

sino que su fundamento debe establecerse en las acciones social o individual, contempladas en la LSC, como responsables de los daños causados a terceros por el incumplimiento de sus deberes sociales<sup>46</sup>.

Si bien la jurisprudencia española en esta materia es escasa, a la vista de las resoluciones dictadas sobre esta cuestión en otros tribunales europeos, podemos afirmar que existe una tendencia importante en los últimos años en nuestro ámbito hacia el reconocimiento de la responsabilidad de los altos directivos por su implicación en infracciones anticompetitivas. Citamos aquí la sentencia dictada por el Tribunal de Distrito de Noord-Nederland (Países Bajos) y confirmada por el Tribunal General de la UE en 2016<sup>47</sup>, por la que condena al exdirector de la empresa Heiploeg, implicada en el *cártel de los camarones*, al pago de la mitad de la multa de 27 millones de euros impuesta por la Comisión a la citada empresa y a tres más (las también neerlandesas Klaas Puul y Kok Seafood, junto con la alemana Stührk) por su implicación en el *cártel de los camarones* que había venido operando en el Mar del Norte entre los años 2000 y 2009, al considerar que el director de Heiploeg había actuado negligentemente al participar activamente en la colusión, que *existía un vínculo causal entre la administración negligente del demandado y la multa impuesta* por la Comisión Europea, y, en consecuencia, era responsable personalmente por los daños y perjuicios causados<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Sobre la responsabilidad de los representantes legales, directivos y administradores de las sociedades de capital en relación con la LDC, ver DE LA VEGA GARCÍA, F., “Los privilegios de la clemencia en el régimen de la solidaridad de la acción de daños y su aplicación *ratione temporis*”, *op.cit.*, pp. 116-119.

<sup>47</sup> STG (Sala Novena), de 8 septiembre 2016, asunto T-54/14, ECLI:EU:T:2016:455. sentencia dictada en apelación en el recurso interpuesto por Heiploeg contra la resolución sancionadora dictada por la Comisión Decisión C(2013) 8286 final de la Comisión, de 27 de noviembre de 2013, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 101 TFUE (asunto AT.39633 — Camarones). La Comisión declaró probado que Heiploeg, Klaas Puul, Kok Seafood y Stührk, sociedades que operan en el sector de los camarones grises del mar del Norte, habían participado en períodos comprendidos entre junio de 2000 y enero de 2009 en diversos acuerdos y prácticas concertadas e intercambiado información sensible, lo que dio lugar a una infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1.

<sup>48</sup> Como consecuencia del estado previo financiero de la empresa y la multa impuesta por la Comisión, se declaró la quiebra de la compañía en 2014. En el curso del procedimiento concursal, los liquidadores de Heiploeg iniciaron una acción de responsabilidad civil contra el exdirector, por el incumplimiento de sus obligaciones de gestión al violar la normativa de competencia y actuar en perjuicio de los acreedores. Señalaron que la gestión del director había sido “*deliberada y gravemente negligente, comportamiento que no puede considerarse como una toma de riesgos empresarial normal*”. En su análisis, el Tribunal neerlandés concluyó que el directivo desempeñó un papel “continuo, directo y personal” en la conducta anticompetitiva al menos durante la infracción, al haber participado en las reuniones y las correspondencias con otros participantes del *cártel* en las que se intercambiaba información comercialmente sensible relativa a sus negocios y que finalmente condujo a la fijación de precios en el mercado. Sobre esta base, el Tribunal estimó la demanda basada en la responsabilidad de los directores y concluyó que *existía un vínculo causal entre la administración negligente del demandado y la multa impuesta* por la Comisión Europea, por consiguiente, atribuyó al director a título personal el pago de 13 millones de euros. En relación con el objeto de este trabajo es necesario destacar que el Derecho interno español también aplica la clemencia a los directivos de la empresa infractora (art. 65.3, en relación con art. 66.4 LCD); sin embargo, no está claro si

## V. CONCLUSIONES

Si en algún aspecto del Derecho de la Competencia hay un amplio consenso es en que el equilibrio entre las políticas públicas de clemencia y la aplicación privada del Derecho de la Competencia es complicado. Como ya se ha mencionado, la Directiva 2014/104/UE se decantó por soluciones de compromiso que pretendían asegurar el delicado equilibrio entre la efectividad del *private enforcement* y el indudable éxito de los programas de clemencia en la lucha contra los cárteles.

Indudablemente, la clemencia es, como afirma la Directiva ECN+ en su Exposición de Motivos, “*una herramienta esencial para la detección de cárteles secretos*”, pero también es cierto que el éxito de los programas de clemencia está condicionado por el derecho de los perjudicados a obtener el pleno resarcimiento de los daños causados, en aplicación de la doctrina Pfleiderer. La aplicación privada del Derecho de la Competencia, ya que la posibilidad de divulgación de documentación y el acceso a declaraciones confidenciales proporcionado por infractores en el contexto de clemencia puede reducir la adhesión a este eficaz instrumento.

Si bien la doctrina mayoritaria entiende que la Directiva de Daños y, en su transposición, los ordenamientos internos de los Estados miembros, apuestan claramente por asegurar el sistema de clemencia en detrimento de los derechos de los perjudicados, lo cierto es que, desde la aprobación de la Directiva las solicitudes de clemencia no han hecho sino decrecer, según datos aportados por la propia CNMC<sup>49</sup>, en cuantía inversamente proporcional al número de las demandas de reclamaciones de daños interpuestas, que se han incrementado considerablemente.

Si bien la Comisión no publica información sobre el número de solicitudes de clemencia recibidas cada año, todo apunta a un importante descenso de las solicitudes presentadas en los últimos años, precisamente desde que la Comisión Europea sancionó en julio de 2016 (Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016<sup>50</sup>) a las empresas integrantes del *cártel de los camiones* por importe de 3.800 millones de euros, la mayor sanción aplicada en su historia, dando inicio así a una dura batalla judicial, cuyo final es impredecible, y

---

podrían aplicarse a los administradores y directivos los mismos privilegios que a la empresa infractora en una hipotética acción por resarcimiento de daños.

<sup>49</sup> En este sentido, es muy recomendable el estudio realizado por P. VIDAL MARTÍNEZ, VIDAL MARTÍNEZ, P., “Interacción ente reclamaciones de daños por ilícitos de competencia y las políticas de transacción” en RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2022*, Civitas-Thomson Reuters, 2022, 339-375

<sup>50</sup> Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, Asunto AT. 39824. Camiones. o C(2016) 4673, DOUE de 6 de abril de 2017, nº C 108, pp. 6-8.

que haya hecho necesaria la intervención del TJUE, que hasta en siete ocasiones (hasta la fecha), ha tenido que pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales elevadas por los tribunales nacionales en relación a reclamaciones de daños causados por el cártel.

Como consecuencia, se está generando una ingente cantidad de procesos judiciales en toda Europa. También en España, donde se han interpuesto más de mil denuncias en los juzgados, siendo las sentencias favorables a los demandados en más del 90% de los casos, con las consiguientes indemnizaciones millonarias que de ellas se derivan<sup>51</sup>. El éxito judicial que están obteniendo los demandantes en el *cartel de camiones* está allanando el camino a los perjudicados por el *cártel de coches*, que podría haber afectado a diez millones de consumidores que adquirieron su vehículo entre 2006 y 2013.

Con estos datos, se explica fácilmente la pérdida de atractivo de los programas de clemencia, a pesar de la reciente jurisprudencia del TJUE que, quizá en un intento desesperado por apoyar las políticas de clemencia, está adoptando una decidida postura *pro-defendant*. Citamos aquí la STJUE de 12 de enero de 2023 (Asunto C-57/21), estudiada en este trabajo, que decididamente apuesta por la confidencialidad de los medios de prueba obrantes en un expediente de clemencia, o la aún más reciente, de 16 de febrero de 2023 (Asunto C-312/21), que se abre a la posibilidad de imposición de las costas procesales causadas a su instancia al demandado, en caso de estimación parcial de la demanda, quizá en un intento desesperado por apoyar los programas de clemencia, que puede adivinarse también en la lentitud.

La situación en España es aún más complicada, A la existencia de una jurisdicción especializada en Derecho Mercantil, que ha desarrollado una teoría de presunción del daño prácticamente irrefutable, se une la postura claramente *pro-claimant* ardorosamente defendida por la doctrina mayoritaria y aplicada también por los tribunales españoles. En cualquier caso, el debate está sobre la mesa y deberían plantearse nuevas propuestas y retos que deberían abordarse en un futuro no demasiado lejano. Algunas voces se alzan ya en favor de modificar la Directiva de Daños, en el sentido de conceder al clemente la misma inmunidad en las reclamaciones civiles que ya ha obtenido en el ámbito público (es decir, la exención del pago de la multa), redistribuyendo la cuantía de la

---

<sup>51</sup> Según fuentes de la Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM), solo en España podríamos hablar de unas 7.300 reclamaciones de 4.500 clientes, que implican a más de 34.000 vehículos, por un importe total que podría superar los 700 millones de euros. Como decíamos, el Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado sobre este particular, pero sí lo están haciendo las AP y, por supuesto, los juzgados mercantiles. A fecha 28/4/2022, se habían dictado ya más de 900 sentencias en juzgados mercantiles y 189 en Audiencias Provinciales.

indemnización a la que ha sido condenado entre el resto de los cartelistas. Otras posturas abogan, al amparo de las disposiciones de la Directiva ECN+, por reforzar los medios de investigación de oficio, dotando a las ANC de los medios técnicos y humanos suficientes para hacerlas menos dependientes de las solicitudes de clemencia. Por si de interés para el lector la opinión de la autora, esta última postura sería, en principio, la más acertada.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ANGULO GARCIA DÍA, A., “La interacción entre el programa de clemencia y las acciones privadas de daños por infracciones del Derecho e la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, 2018, nº 23, 1 de julio de 2018. <https://www.wolterskluwer.es>

BERENGUER FUSTER, L., “Reflexiones en torno al programa de clemencia”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2012, nº 28, disponible en <http://www.gacetajuridica.com>

BRISSET, K., THOMAS, L. “Leniency Program: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions”, *European Journal of Law and Economics*, New York, enero 2014, Tomo 17, nº 1:5. Disponible [en línea] <https://www.proquest.com/docview/222695081/9D5BF1340ED44A12PQ/1?accountid=17195>.

BROKELMANN, H., “La Directiva de Daños y su transposición a España”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2015, nº 37, <https://www.iustel.com>

BRUSICK, P., “Competition Guidelines: Leniency Programmes”, *UNCTAD Mena Programme (Regional Economic Integration through the Adoption of Competition and Consumer Protection Policies, Gender Equality, Anticorruption and Good Governance)*, UNCTAD/DITC/CLP/2016/3, United Nations Publications.

CAMPUZANO, A.B., SANJUÁN, E., *Mercado y Derecho de la Competencia. Reglas de actuación y funcionamiento*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CANTERO GAMITO, M., “Los programas de clemencia en la lucha antitrust”, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, en L. Velasco San Pedro (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 695-708.

CARUSO, A., «Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: the experience of European Commission», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, vol. 1, nº 6, pp. 453-477. <https://academic.oup.com/jeclap>

CARRASCO PERERA, A., “El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño”, *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, 2019, nº 25. <https://www.wolterskluwer.es>

DE LA VEGA GARCÍA, F., “Los privilegios de la clemencia en el régimen de la solidaridad de la acción de daños y su aplicación *ratione temporis*”, en RUIZ PERIS, J.I y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dir.), *Atelier*, Barcelona, pp.109-128

DÍEZ ESTELLA, F., “Programas de clemencia y acciones de daños: una conflictiva relación”, en J.I. Ruiz Peris, *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 261-284.

ESTEVAN DE QUESADA, C., “Algunas reflexiones sobre la admisión de la *passing-off defence*” en la Directiva 2014/104/UE”, en J. I. Ruiz Peris (dir.) *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 339-354

FRANCO DE SÁ, P., “Reformas en la política comunitaria de clemencia a raíz de la Directiva ECN+”, en E. Olmedo Peralta (dir), *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y España*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 67-95.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados e infracciones de las normas sobre defensa de la competencia”, *La Ley Mercantil*, 2017, nº 1/38. <https://www.wolterskluwer.es>

GÓMEZ ASENSIO, C. “Las acciones de regreso entre los infractores por daños en el derecho de la competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución (RDCCD)*, nº 27, 2020.

GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Presentación de documentos y política de clemencia: La confidencialidad de los expedientes de las autoridades de competencia”, en J. I. Ruiz Peris (dir.), *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto Europeo “Training of National Judges in EU Competition Law”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 175-196.

HERNÁNDEZ BATALLER, B., “Pistas sobre la Directiva 2014/104/UE”, en J.I. Ruiz Peris (dir.) *Derecho Europeo de Compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 35-108



JIMENO BULNES, M., “The CJEU case law after preliminary ruling on behalf of Private Enforcement of EU competition law”, en S. Marino, *Language and Law. The role of language and translation in EU Competition Law*, Springer, Suiza, 2018, pp. 39-67.

MAIER-RIGAUD, F., “Umbrella effects and the ubiquity of damage resulting from competition law violations”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, vol. 5, n° 4, pp. 247-251.

MARCO ALCALÁ, L.-A., “Indemnización de daños y perjuicios derivados de ilícitos contra la libre competencia por infracción de reglas sobre acuerdos verticales”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, 2014, n° 14, <https://www.wolterskluwer.es>

MARCOS, F., “Primeras sentencias de las Audiencias Provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, 2020, n° 26, <https://www.wolterskluwer.es>

MARTÍ MIRAVALLS, J., “Cuestiones sustantivas sobre las reclamaciones de daños en el marco del cártel de los fabricantes de automóviles”, en RUIZ PERIS, I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., *Nuevos horizontes del Derecho de la Competencia*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2021, pp. 31-82

MARTÍN ARESTI, P., “Relaciones entre el derecho de la competencia de la Unión Europea y el derecho nacional español”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Coord.), *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 54-92.

MARTÍNEZ MORIEL, I., “La protección de la información aportada en el contexto de una solicitud de clemencia ante las acciones civiles de daños y perjuicios”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2013, n° 32, <http://www.gacetajuridica.com>

OLMEDO PERALTA, E., “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (*umbrella pricing*): Una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia”, 2014, *La Ley Mercantil*, n° 7, <https://www.wolterskluwer.es>

PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “Influencias de la política de *leniency* estadounidense en las políticas comunitaria y española de defensa de la competencia”, en L. Velasco San Pedro (dir.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 759-773

REBOLLO PUIG, M., “Tribulaciones sobre los responsables de las infracciones contra la competencia”, en MIRANDA SERRANO, L.M. y COSTAS COMESAÑA, J.,

*Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, 2018, pp. 362-393

RUIZ PERIS, J.I., “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del Derecho de la Competencia a la responsabilidad compartida”, en J. I. Ruiz Peris (dir.) *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 15-52.

SAN MARTÍN CALVO, M., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia y su incidencia en los programas de clemencia”, en JIMENO BULNES, M. (dir) y RUIZ LÓPEZ, C. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 113-143.

SAN MARTÍN CALVO, M., “The Direct Effect of EU Competition Law: From Regulation No 1/2003 to Directive 2014/104/EU”, en *Language and Law. The Role of Language and Translation in EU Competition Law*, Springer, 2018, pp. 69-86.

SILBYE, F., “A note on antitrust damages and leniency programs”, *European Journal of Law and Economics*, 2012, New York, Tomo 33, núm. 3, pp. 691-699

SLOT. P.J., FARLEY, M., *An Introduction to Competition Law*, 2ª ed., Bloomsbury, Oxford, 2017.

TORRE SUSTAETA. V., *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia. La tutela procesal del Derecho de la Competencia en el plano nacional español*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016

VIDAL MARTÍNEZ, P., “Interacción ente reclamaciones de daños por ilícitos de competencia y las políticas de transacción” en RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2022*, Civitas-Thomson Reuters, 2022, 339-375

VILATA MENADAS, S., “La compensación de daños. El cartel de camiones y el acceso a la fuente de prueba”, *Actualidad civil*, 2018, nº 1,

ZURIMENDI ISLA, A., “La indemnización de los daños y perjuicios”, en ROBLES MARTÍN-LABORDA (Coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Comares, Granada, 2017, pp. 269-304