

Nº 2

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE  
PROFESORES DE DERECHO PROCESAL  
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS

Directora:  
CORAL ARANGÜENA FANEGO



APPDPUE

*Asociación de Profesores de  
Derecho Procesal de las Universidades Españolas*



**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN  
DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL  
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS  
Nº 2**

*Directora:*

**CORAL ARANGÜENA FANEGO**  
*(Universidad de Valladolid)*

*Subdirectora:*

**ESTHER PILLADO GONZÁLEZ**  
*(Universidad de Vigo)*

*Secretaria:*

**MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO**  
*(Universidad de Valladolid)*

**tirant lo blanch**

Valencia, 2020

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: V-1936-2020  
ISSN: 2695 - 9976  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

## CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

- Teresa Armenta Deu** (*Universidad de Girona*)  
**José M<sup>a</sup> Asencio Mellado** (*Universidad de Alicante*)  
**Silvia Barona Vilar** (*Universidad de Valencia*)  
**Chiara Besso** (*Università degli Studi di Torino*)  
**Paolo Biavati** (*Università di Bologna*)  
**Ángel Bonet Navarro** (*Universidad de Zaragoza*)  
**Hess Burkhard** (*Instituto Max Planck de Luxemburgo*)  
**Manuel Cachón Cadenas** (*Universidad Autónoma de Barcelona*)  
**Loïc Cadiet** (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*)  
**Pía Calderón Cuadrado** (*Universidad de Valencia*)  
**Valentín Cortés Domínguez** (*Universidad Autónoma de Madrid*)  
**Olga Fuentes Soriano** (*Universidad Miguel Hernández, Elche*)  
**Faustino Cordón Moreno** (*Universidad de Navarra*)  
**Andrés de la Oliva Santos** (*Universidad Complutense de Madrid*)  
**Antonio del Moral García** (*Magistrado del Tribunal Supremo*)  
**Ignacio Díez-Picazo Giménez** (*Universidad Complutense de Madrid*)  
**Vicente Gimeno Sendra** (*Universidad Nacional de Educación a Distancia*)  
**Juan Luís Gómez Colomer** (*Universidad Jaume I de Castellón*)  
**José Luis González Montes** (*Universidad de Granada*)  
**Fernando Jiménez Conde** (*Universidad de Murcia*)  
**José de los Santos Martín Ostos** (*Universidad de Sevilla*)  
**Juan Montero Aroca** (*Universidad de Valencia*)  
**Víctor Moreno Catena** (*Universidad Carlos III de Madrid*)  
**Julio Muerza Esparza** (*Universidad de Navarra*)  
**Manuel Ortells Ramos** (*Universidad de Valencia*)  
**Eduardo Oteiza** (*Universidad de la Plata Argentina*)  
**Giovanni Priori** (*Pontificia Universidad Católica del Perú*)  
**Francisco Ramos Méndez** (*Universidad Autónoma de Barcelona*)  
**José M<sup>a</sup> Rifá Soler** (*Universidad Pública de Navarra*)  
**Carmen Senés Motilla** (*Universidad de Almería*)  
**Isabel Tapia Fernández** (*Universidad de las Islas Baleares*)  
**John Vervaele** (*Universidad de Utrecht, Holanda*)

## **CONSEJO DE REDACCIÓN:**

**Soraya Amrani Mekki** (*Universidad de París Ouest-Nanterre La Défense*)

**Federico Bueno de Mata** (*Universidad de Salamanca*)

**Ignacio Colomer Hernández** (*Universidad Pablo de Olavide Sevilla*)

**Mercedes Fernández López** (*Universidad de Alicante*)

**Fernando Gascón Inchausti** (*Universidad Complutense de Madrid*)

**Juan Francisco Herrero Perezagua** (*Universidad de Zaragoza*)

**Mar Jimeno Bulnes** (*Universidad de Burgos*)

**Fernando Martín Diz** (*Universidad de Salamanca*)

**Santiago Pereira** (*Universidad de Montevideo, Uruguay*)

**Stefano Ruggeri** (*Università degli Studi di Messina, Italia*)

**M<sup>a</sup> Luisa Villamarín López** (*Universidad Complutense de Madrid*)

# ÍNDICE

<b>ANULACIÓN DE LAS ABSOLUCIONES PENALES Y EL SUBTERFUGIO A LOS LÍMITES DE LA APELACIÓN: LA CONVENIENCIA DE SU REFORMULACIÓN.....</b>	<b>7</b>
<i>RICARDO JUAN-SÁNCHEZ</i>	
<b>EL REALISMO MÁGICO DEL NUEVO PROCESO CIVIL.....</b>	<b>37</b>
<i>SONIA CALAZA LÓPEZ</i>	
<b>TRIBUNALES DE JUSTICIA Y AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA TRAS LA DIRECTIVA ECN+.....</b>	<b>71</b>
<i>JESÚS MIGUEL HERNÁNDEZ GALILEA</i>	
<b>LA RESPUESTA ANTE LA FALTA DE COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA. REFLEXIONES AL HILO DE LAS DENEGACIONES REITERADAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS ODE EN EL CASO PROCÉS.....</b>	<b>105</b>
<i>ALEJANDRO HERNÁNDEZ LÓPEZ</i>	
<b>DESPEGÁNDOSE DEL LITIGIO: EL NECESARIO IMPULSO DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>141</b>
<i>TOMÁS FARTO PIAY</i>	
<b>ARISTAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DIRECTIVA 2011/99/UE REGULADORA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN EUROPEA.....</b>	<b>177</b>
<i>RAQUEL BORGES BLÁZQUEZ</i>	

# TRIBUNALES DE JUSTICIA Y AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA TRAS LA DIRECTIVA ECN+<sup>1</sup>

## NATIONAL COURTS AND COMPETITION AUTHORITIES AFTER ECN+ DIRECTIVE. THE SPANISH CASE

**Jesús Miguel HERNÁNDEZ GALILEA**

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Oviedo

hgalilea@uniovi.es

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA. III. LA COMPLEJA INTERRELACIÓN ENTRE TRIBUNALES Y AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA. 1. El carácter vinculante de las resoluciones de las autoridades de competencia. 2. Mecanismos de colaboración de las autoridades competencia con los jueces nacionales. 3. Facultades ejecutivas de las autoridades de competencia y ejercicio privado de acciones. IV. NOVEDADES Y DESAJUSTES EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL. 1. Los diversos tipos de prejudicialidad en el derecho de la competencia. 2. Un nuevo tipo de documento secreto y las consecuencias de su uso ilícito. 3. Posibles inmunidades frente a procesos criminales. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

**Resumen:** La normativa europea sobre derecho de la competencia de los últimos años, cuyo último exponente es la Directiva (UE), 2019/1, ha supuesto la incorporación al ordenamiento procesal civil interno de instrumentos hasta ahora desconocidos, con el objetivo de conseguir una defensa del libre mercado homogénea y efectiva. Pero las herramientas para lograrlo pueden provocar distorsiones en nuestro sistema de justicia, especialmente en las relaciones entre las autoridades de competencia y los tribunales o en materia de prejudicialidad, así como el establecimiento de regímenes de inmunidad hasta ahora inexistentes. Además, se dificulta el ejercicio de acciones independientes por los particulares y la creación de jurisprudencia civil en materia de derecho de la competencia. El trabajo pretende destacar los cambios más relevantes producidos y las repercusiones que están teniendo o pueden llegar a tener.

---

<sup>1</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* conocida por las siglas en inglés de su nombre abreviado (European Competition Network plus. [i.e. reforzamiento]).

**Palabras clave:** Proceso Civil, derecho de la competencia, ECN+, prejudicialidad, programas de clemencia, inmunidad

**Abstract:** European Competition Law of late, including the Directive 2019/1, is introducing unknown tools within the Spanish civil procedural system. The target of these regulations is to ensure an homogeneous and effective defense of the free market. However, these new procedural tools can cause distortions in Spanish justice system, particularly in the relationships between the competition authorities and the courts or in matters of preliminary judgments and will lead to establish immunity regimes never existing before in Spain. In addition, due to this new regulation, stand-alone actions may be hampered and, therefore, the case law making on the matter. This work aims to highlight the most relevant changes have been done and the impact they may have.

**Keywords:** Civil Justice, Competition Law, ECN+ Directive, estoppel, whistle blower immunity.

## ABREVIATURAS UTILIZADAS:

AC	Autoridad/Autoridades de la Competencia
ANC	Autoridad/Autoridades Nacionales de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
DD	Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 <i>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</i> (conocida como Directiva de Daños)
DENC+	Directiva (UE), 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 <i>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</i>
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEC	Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil
STJUE	Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de la Competencia ha recibido siempre una especial atención en el ámbito de la Unión Europea, pues afecta a la realidad del libre mercado, aspecto clave desde el origen de la Unión e incluido desde entonces

entre sus las atribuciones normativas de la Comunidad Europea. Pero su importancia se ha hecho más patente en los últimos tiempos, tanto por el despliegue normativo llevado a cabo para armonizar las regulaciones de los estados miembros en esta materia, como por las cuantiosas multas que la Comisión y las ANC han impuesto a las empresas infractoras.

Un despliegue normativo abundante, acompañado de comunicaciones, criterios, guías, documentos de trabajo, etc., que han hecho de esta materia algo dinámico y ciertamente peculiar. Dinámico, porque la Comisión Europea no está teniendo ningún empacho en dictar cuantas disposiciones considera necesarias para asegurar su eficacia o quizá, más precisamente, para garantizar la eficacia de las facultades ejecutivas de la Comisión y las ANC; y peculiar, porque esta materia siempre lo es, ya que confluyen en ella intereses generales y particulares, públicos y privados, que amplifican sus repercusiones.

Desde el punto de vista procesal civil, esto ha supuesto cambios significativos que han provocado un gran interés en la doctrina, también por el hecho de que parecen consolidar la tendencia hacia la construcción de un derecho procesal civil europeo. La aparición de estas incursiones en el derecho procesal está entrelazada con los vaivenes del ajuste del derecho de la competencia europeo a la globalización, y conecta con la progresiva importancia de los planteamientos económicos en el derecho europeo de la competencia, de influencia estadounidense<sup>2</sup>. Su origen está en la década de los 90 del siglo pasado y se materializó en el Reglamento 1/2003<sup>3</sup>, que, en nuestro derecho interno, dio origen a la modificación de la LDC llevada a cabo en 2007.

Haciendo una síntesis, necesariamente inexacta, podríamos decir que la influencia del derecho sustantivo de la competencia estadounidense se dejó ver, entre otras cosas, en la descentralización de la aplicación de los entonces arts. 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea —hoy arts. 101 y 102 del TFUE—, a través de la aplicación conjunta por las ANC y la Comisión. Descentralización que pronto se mostró como un riesgo para la aplicación homogénea y llevó a la creación de la Red Europea de Competencia<sup>4</sup> y a una progresiva recentralización consumada con la DECN+.

---

<sup>2</sup> Sobre la evolución origen y consecuencias de esta tendencia *vid.* extensamente WITT, A. C. *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (2016).

<sup>3</sup> Reglamento (CE), n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado

<sup>4</sup> *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* Diario Oficial de la UE de 27/04/2004, 0043-0053

Los objetivos perseguidos por estas regulaciones son un ejercicio de equilibrio: conseguir la modernización del derecho de la competencia europea, pero sin dispersiones interpretativas; la flexibilización de la aplicación y de los conceptos, dependiendo de la eficiencia económica, pero sin que cada país aproveche para ir por su cuenta; la promoción del resarcimiento de los daños, especialmente a los consumidores, pero sin las consecuencias negativas de las *class actions*; conseguir que los tribunales nacionales acepten los criterios de la Comisión, pero respetando su independencia. Todo esto, y algunas cosas más, es lo que subyace en esta normativa. Una mezcla intrincada de tendencias e intereses, manifestados abiertamente en algunos casos, escondidos en otros, a veces contradictorios, con diferentes actores y diferentes niveles, tanto normativos como de aplicación. Y, evidentemente, uno de los puntos neurálgicos era conseguir hacer compatible la existencia de las jurisdicciones nacionales con esa aplicación homogénea que se considera imprescindible<sup>5</sup>. Sobre todo por la concurrencia de competencias jurisdiccionales civiles y administrativas que se da en el derecho de la competencia sobre la misma materia.

La confluencia de facultades administrativas y jurisdiccionales civiles sobre una misma materia no es un fenómeno único del derecho de la competencia, sino que se está extendiendo a otros ámbitos, por la aparición de nuevos tipos de procesos normativos complejos, debidos a una mayor autonomía y competencias de las agencias, y a la aparición de regulaciones y certificaciones privadas<sup>6</sup>. En relación con ello, la doctrina ha advertido que este nuevo modelo normativo se caracteriza por que el control político y judicial es débil y por la proliferación de agencias y organismos independientes. Se le ha llegado a poner un nombre: *agencificación*<sup>7</sup>. La creación de organismos reguladores y supervisores independientes, como las agencias de protección de datos, de control de la energía, de la propiedad intelectual, etc., desplazan hacia la jurisdicción contencioso administrativa la aplicación de normas hasta ahora pertenecientes al derecho privado. Podría incluirse

---

<sup>5</sup> Gerber D. J. "Two Forms of Modernization in European Competition Law" *Fordham International Law Journal* vol. 31, 5 (2007), 1235-1265.

<sup>6</sup> Cf. Partiti, E. "Orchestration as a form of public action: The EU engagement with voluntary sustainability standards" *European Law Journal* 1, vol. 25 (2019), 94-95.

<sup>7</sup> Vid. Andrés Sáez de Santamaría, P. "El estado de Derecho en el sistema institucional de la unión europea: realidades y desafíos" en *Estado de Derecho y Unión Europea*, dirs. Liñán Noguerras y Martín Rodríguez (Madrid, 2018), 146-148. Vid. tb. en relación con este problema, la *Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de febrero de 2019, sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas* [2018/2114(INI)].

dentro de esta tendencia el Tribunal Unificado e Patentes como organismo autónomo con funciones jurisdiccionales, aplicable a las patentes europeas con efecto unitario<sup>8</sup>.

Todo esto merece una reflexión detenida, especialmente desde el ámbito del derecho procesal, que aquí no es posible hacer, que contribuya a que la función jurisdiccional, y su específica posición en la aplicación del derecho, no se pierdan de vista en el desarrollo del derecho de la Unión Europea. En este trabajo me limito a un aspecto concreto de este fenómeno en relación con el derecho de la competencia que es la compleja interacción entre las AC y los tribunales, comenzando por exponer la problemática derivada de la armonización procesal, para exponer después algunos desajustes derivados de la reciente normativa europea.

## II. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

A diferencia de lo que sucede con otras materias, en las que se deja en manos de los estados miembros la implementación de las normas procesales que aseguren la protección de los derechos —estableciendo, como mucho, unos mínimos que deben cumplirse (armonización negativa)—, en el caso del derecho de la competencia, las normas europeas han descendido al ámbito procesal con mecanismos e instituciones concretas, configurando un marco procesal específico (armonización positiva). Con ello, como ha puesto de relieve Gascón Inchausti, se sitúa a los legisladores nacionales en una posición difícil, pues se les obliga a injertar elementos ajenos en sus sistemas procesales, con el riesgo de romper su coherencia<sup>9</sup>.

La oportunidad y justificación de esta técnica positiva de armonización procesal ha sido objeto de valoraciones de diverso signo. Algunos autores la han considerado una intromisión innecesaria y perturbadora que, no solo desconoce el principio general de autonomía procesal de los estados miembros, sino que impide el desarrollo armónico y original del proceso de cada estado y elimina la posibilidad de una sana competencia entre los sistemas de justicia de los diferentes estados<sup>10</sup>. Para otros, esta armonización posi-

<sup>8</sup> Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes DOUE (2013/C 175/01), de 19 de febrero de 2013, pendiente de la firma de algunos países, entre otros España, para su entrada en vigor.

<sup>9</sup> Gascón Inchausti, F. *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización* (2018), 15-37 y 139.

<sup>10</sup> Alfaró Águila-Real, J. “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia”, *InDret* 3 (2009), 2-35, *passim*.

tiva puede servir para modernizar los sistemas procesales, introduciendo mecanismos presentes en otros países. En todo caso cabe apreciar un general rechazo al modo en que se ha traspuesto la DD<sup>11</sup>. Y en este punto debe aclararse que existía una gran diferencia entre la propuesta de la Comisión Nacional de Codificación<sup>12</sup> y el texto que finalmente fue aprobado. La propuesta inicial permitía una trasposición de la directiva de modo más abierto, no restringido al derecho de la competencia, que incluía una reelaboración de las diligencias preliminares y de la exhibición de documentos de la LEC. La reforma aprobada, por el contrario, se limitó a la estricta trasposición de la DD con una ubicación ciertamente extraña en la LEC y perturbadora desde el punto de vista sistemático<sup>13</sup>.

El sustrato común en toda esta normativa es el reforzamiento del poder de actuación de la Comisión y de la dependencia de ella de las ANC. Pero, junto a él, tanto en los documentos de trabajo previos como en los considerandos del Reglamento 1/2003 y de las directivas, se ha hecho siempre referencia a la importancia de conseguir, además de la libertad de mercado y la persecución de las infracciones, el resarcimiento de los daños ocasionados<sup>14</sup>. E igualmente se ha hecho siempre mención, en todos ellos, a la importancia de la aplicación privada del derecho de la competencia, aunque sin remover ninguno de los obstáculos que la están dificultando.

Para conseguir una aplicación homogénea del derecho de la competencia, las AC cuentan con la facultad exclusiva y excluyente de sancionar y, previamente, apreciar la existencia de infracciones, cuestión esta última compartida con los juzgados civiles. Como las ANC están sometidas a la Comisión, la aplicación homogénea está garantizada en este ámbito sancionador, pues las discrepancias jurisprudenciales que puedan existir entre

---

<sup>11</sup> Díez-Picazo, I. "Sobre algunas dificultades para la llamada «aplicación privada» de las normas de competencia en España" en *1989-2007. Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia – Libro marrón del Círculo de Empresarios* (Madrid, 2008), 53-74, *passim*. Vid. Tb. Sopena Blanco V. y Martín Martín G. "La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida" *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 17 (2015), 2-3.

<sup>12</sup> Propuesta de Ley de la Sección Especial para la Trasposición de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 del Ministerio de Justicia, sin fecha. Disponible en la página web del Ministerio.

<sup>13</sup> Vid. Gascón Inchausti, F. "Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición" *Cuadernos de Derecho Transnacional* 1, vol. 9 (2017), 125-126 y González Granda, P. "La regulación del acceso a las fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunas sombras relativas al sistema y a su naturaleza jurídica" *Justicia*, 2 (2017), 117-121.

<sup>14</sup> Considerando 7 del Reglamento 1/2003 y Considerandos 4-6 de la DD.

los estados miembros pueden llevar a la Comisión a reservarse los nuevos expedientes sobre esos asuntos dudosos o conflictivos<sup>15</sup>, provocando con ello que, en caso de recurso, sea el TJUE quien se pronuncie.

No ocurre lo mismo con el ejercicio de acciones por particulares, donde también pueden producirse disparidades jurisprudenciales entre los altos tribunales nacionales, pero no existe un mecanismo de unificación. Como el riesgo de discrepancias jurisprudenciales es inevitable, lo que se ha hecho en este caso es garantizar a las AC una posición privilegiada en el proceso civil, de manera que, en los supuestos en que los particulares ejerciten acciones derivadas de infracciones —declaradas o presuntas—, exista la posibilidad de una inmediata intervención de las AC.

El resultado de todo ello es que el control jurisdiccional sobre la aplicación y cumplimiento de estas normas de naturaleza híbrida —mercantil, pero con repercusiones de interés general— se sitúa, de manera general, en el orden contencioso administrativo, aunque, la posibilidad de reclamaciones indemnizatorias por particulares, siga haciendo posible un control de los tribunales civiles que, sin embargo, contarán con la posible presencia en el proceso de las AC.

Ese es el contexto en el que se han producido las reformas en nuestro país. Reformas que, como dijimos, tienen su origen en el Reglamento 1/2003, aunque se materializaron de la mano de la modificación de la LDC llevada a cabo en 2007. En la disposición adicional segunda de esta última se introdujeron numerosas modificaciones en la LEC, destinadas a hacer posible esa colaboración entre tribunales y autoridades nacionales de la competencia.

En ese mismo año 2007, se atribuyó la competencia en materia de derecho de la competencia a los juzgados de lo mercantil, mediante la disposición final primera de la Ley Orgánica 13/2007. En 2017, a través del Real Decreto-ley 9/2017, se traspusieron las previsiones procesales de la DD, mediante la introducción en la LEC de una nueva sección y once artículos dentro del capítulo dedicado a las disposiciones generales de la prueba. Finalmente, nos encontramos ahora con una nueva DECN+ que, junto a su objetivo fundamental de *fortalecimiento de la actuación de la Comisión y las autoridades de la competencia de los estados miembros*, incluye nuevamente normas procesales. Como veremos, se trata de normas que necesitan una contextualización adecuada, así como el análisis de la finalidad que persiguen, de modo que puedan trasponerse de forma armónica con el

---

<sup>15</sup> Art. 11.6 Reglamento 1/2003.

resto del ordenamiento procesal, sin duplicidades ni reiteraciones y evitando dejar sin resolver cuestiones que tarde o temprano van a surgir.

Cabe plantearse cuáles son los límites dentro de los que la armonización debe mantenerse, de manera que se respete la función jurisdiccional. Es decir, hasta qué punto el legislador europeo, que en este caso coincide también con el órgano administrativo que aplica la norma, puede condicionar la función jurisdiccional de aplicación del derecho al caso concreto de manera irrevocable. Porque, p. ej., la previsión del art. 76.4 LDC de que los tribunales puedan acudir a las autoridades nacionales de competencia, para que les informen sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones, se ha convertido en 2013 en una *Comunicación sobre cuantificación de los daños* y una guía práctica para su correcta utilización<sup>16</sup> y, posteriormente, en 2019, —abordando el difícil cálculo del daño producido en los supuestos el demandante ha repercutido el sobrecoste a sus compradores (*passing-on defence*)— en otra *Comunicación de la comisión sobre Directrices* destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales *sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto*<sup>17</sup>. Indudablemente en nuestro ordenamiento interno existen normas parecidas, como sucede con el título IV de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Pero se trata de normas legales, no de indicaciones o actualizaciones dictadas por un órgano administrativo, por muy independiente que sea. Sin duda la existencia de normas de ese tipo, y la comprobación de su efecto expansivo, es un dato más que interpela a la ciencia del derecho procesal acerca de la necesidad profundizar en la función jurisdiccional y actualizarla dogmáticamente a estos nuevos escenarios de complejidad técnica y tecnológica, de expansión del derecho administrativo y de desjudicialización de diversos sectores.

No es ese un fenómeno nuevo ni exclusivo de Europa, aunque quizá en cada sistema jurídico tenga su propia etiología. No obstante, en la actualidad, al menos desde el punto de vista del derecho procesal, creo que puede relacionarse con el oscurecimiento del papel del juez en el sistema jurídico, cada vez más generalizado. En esa búsqueda de aplicación homogénea del derecho de la Unión, la función de los jueces puede aparecer como un obstáculo en determinadas áreas. No es algo que se diga abiertamente, claro,

---

<sup>16</sup> *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* de 13.6.2013 DOUE 2013/C 167/07, pág. 19 y la *guía práctica* que la acompaña.

<sup>17</sup> El resaltado es nuestro (2019/C 267/07), de 9 de agosto de 2019 disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019XC0809\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019XC0809(01)&from=EN)

pero sí se trasluce en algunos de los fenómenos ya mencionados como la proliferación de organismos reguladores o agencias independientes que, aun siendo Administración, muchas veces aparecen dotadas de un estatuto cuasi jurisdiccional. Al mismo tiempo, existe una tendencia a considerar que determinadas materias solo pueden valorarse adecuadamente por organismos especializados: bien porque tienen un contenido *político* o porque son demasiado técnicas para que la justicia tenga la última palabra. Semejante planteamiento, lastrado por el *paradigma tecnocrático*, ha sido rechazado por el TJUE en su sentencia de 26 de junio de 2019 as. C-723/17-*Lies Craeynest*.

Como dice Gascón Inchuasti, lo sensato sería convertir estos injertos obligados en oportunidades para mejorar, minimizando los impactos negativos. Y, para ello, participar activamente en los procedimientos legislativos previos, de manera que la adaptación no sea perjudicial<sup>18</sup>. Pasemos ahora a mostrar, dentro de este marco procesal específico del derecho de la competencia, la compleja interrelación que se da entre los órganos jurisdiccionales y las AC.

### III. LA COMPLEJA INTERRELACIÓN ENTRE TRIBUNALES Y AC

A raíz del Reglamento 1/2003 se ha hecho posible el conocimiento de las reclamaciones de daños por los tribunales civiles y, consecuentemente, la distinción entre la aplicación pública y privada del derecho de la competencia<sup>19</sup>. En efecto, se ha abierto la puerta a una posibilidad que, aunque teóricamente ya existía, había terminado por ser absolutamente desconocida. Las autoridades de la competencia tenían las potestades de declaración, cesación y sanción mientras que la exigencia de reparación estaba reservada a la jurisdicción civil. Pero, puesto que se exigía una resolución administrativa previa —o, en su caso, la sentencia firme—, la posibilidad de reparación estaba disponible solo mucho tiempo después de la infracción y producción del daño y era, por tanto, ineficaz<sup>20</sup>. Con la regulación vigente se eliminó la exigencia de una resolución administrativa previa, relativa a la existencia de la infracción, aunque se introdujeron mecanismos de colaboración entre

<sup>18</sup> *Derecho europeo y legislación*, 139-140.

<sup>19</sup> Hernández Bataller, B. “Pistas sobre la Directiva 2014/104/UE”, *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*, dir. Ruiz Peris, J. I. (2018), 37.

<sup>20</sup> Cf. Díez-Picazo, I. “Sobre algunas dificultades”, 58.

los jueces nacionales y las autoridades de la competencia para reforzar la primacía del derecho de la unión<sup>21</sup>.

La eliminación de la vía administrativa como requisito para el ejercicio de acciones civiles tiene como consecuencia que, si bien la sanción de los ilícitos anticompetitivos sigue reservada a las AC, la competencia de los tribunales civiles no se limita a la indemnización, sino que puede previamente determinar si ha existido o no la infracción, lo que produce la ya mencionada confluencia entre las potestades administrativas y su control jurisdiccional posterior —en el orden contencioso administrativo— y la aplicación por los jueces civiles del derecho de la competencia.

Precisamente esta confluencia es la que hace que la interrelación entre las AC y los tribunales nacionales sea compleja. Las peculiaridades de la materia regulada, y el interés de la Unión Europea por conseguir una aplicación homogénea, provocan, inevitablemente, tensiones entre los tribunales nacionales y las AC, porque la deseada armonización de los ordenamientos internos, en todo aquello que haga relación a la efectividad del derecho de la Unión y a su aplicación homogénea, está supeditada en gran medida a la jurisprudencia de los altos tribunales de los estados miembros.

Los órganos jurisdiccionales de los estados miembros aplican el derecho europeo teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE, cuando existe, o planteando cuestiones prejudiciales, cuando lo consideran necesario. Pero la homogeneización que puede conseguirse por esa vía acaba siendo un proceso lento y, de ahí, que el derecho procesal haya hecho aparición en la normativa europea, pues sólo a través de él puede intentarse prevenir la aparición de discrepancias jurisprudenciales o agilizar la formación de una jurisprudencia homogénea. Claro está que todo ello debe hacerse sin franquear la línea roja de la división de poderes, indispensable en el *Rule of Law* europeo<sup>22</sup>, que en ocasiones parece estar bordeando<sup>23</sup>.

La DD, al refirmar la posibilidad de ejercicio de acciones por los particulares, que ya existía en la mayoría de los estados miembros, también en el nuestro, es consciente de esas las tensiones que surgirán entre tribunales civiles y AC, y trata de hacer posible una coordinación entre ellas<sup>24</sup>. Es decir, trata de que la posibilidad de acudir a los tribunales civiles por los perjudi-

---

<sup>21</sup> Baño León J.M. “La evolución del Derecho de la Competencia y su irradiación en el derecho público” *Revista de administración pública*, 200 (2016), 302.

<sup>22</sup> Wilms, G. *Protecting fundamental values in the european union through the rule of law Articles 2 and 7 TEU from a legal, historical and comparative angle* (2017), 3-4.

<sup>23</sup> Baño León. J.M. “La evolución del Derecho” 304.

<sup>24</sup> Considerando 6 de la DD.

cados por conductas anticompetitivas no produzca disparidad de criterios en la aplicación de esta normativa. Para conseguirlo se establecen tres elementos claves: el carácter vinculante de las resoluciones de las AC, la creación de mecanismos de colaboración entre AC y tribunales y, finalmente, un peculiar equilibrio entre las facultades de las AC y el ejercicio de acciones por particulares.

## 1. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LAS AC

La LDC de 1989 preveía, como requisito de procedibilidad para ejercitar acciones de resarcimiento ante la jurisdicción civil, la existencia de una resolución previa del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la infracción competencial. Esto acabó dando lugar a un doble tratamiento para reclamaciones, dependiendo de que se invocara el derecho interno o el derecho europeo. Para la aplicación del derecho interno se exigía una resolución previa del Tribunal de Defensa de la Competencia, mientras que, si lo que se invocaba era la aplicación de los art. 81 y 82 del TUE, no era necesaria<sup>25</sup>.

El cambio de paradigma se produjo con el ya mencionado Reglamento 1/2003 cuyo art. 16, recogiendo la jurisprudencia del TJUE al respecto<sup>26</sup>, convertía en vinculantes para los tribunales nacionales las resoluciones de la Comisión en esta materia. Allí se indica con toda claridad que los órganos jurisdiccionales no pueden pronunciarse sobre asuntos que hayan sido objeto de decisión por parte de la Comisión en sentido contrario a lo decidido, sin perjuicio, claro está, de la facultad de plantear, en su caso, una cuestión prejudicial al TJUE<sup>27</sup>. Obviamente, debe entenderse que el efecto vinculante lo produce un acto no recurrido o una sentencia firme<sup>28</sup> y solo respecto de resoluciones que afirmen la existencia del ilícito anticompetitivo, pero no respecto de las que declaren su inexistencia<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Para una explicación de la evolución legislativa y jurisprudencial *vid.* Sancho Gargallo, I. “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia” *InDret*, 1 (2009), 3-9.

<sup>26</sup> STJUE de 14 de diciembre de 2000 as. C-344/98 *Masterfoods*. Cf. Torre Sustaeta, M. V. “Sobre el efecto vinculante de la resolución judicial a la administrativa antes y después de la directiva de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia” *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 3 vol. 27 (2015), 425-446 y Hernández Bataller, B. “Pistas sobre la Directiva”, 35-36.

<sup>27</sup> Cf. art. 267 TFUE. Cf. Baño León, B. “La evolución” 30.

<sup>28</sup> Alfaro Águila Real, J. “Contra la armonización”, 28.

<sup>29</sup> Rodríguez Díaz, I. “Defensa de la competencia, acción de daños y exenciones” *Revista Lex Mercatoria* 6 (2017), 79-85.

Además, el art. 16 del Reglamento añade que, si en el momento de ir a dictar la sentencia existe un procedimiento iniciado ante la Comisión sobre el mismo asunto, los jueces deben evitar tomar decisiones que puedan ser contrarias a las que finalmente adopte la comisión. Para lo cual deberán estar facultados para, si lo estiman oportuno, suspender el procedimiento. Ambas previsiones suponen una interferencia notable en el ejercicio de la función jurisdiccional.

La DD en su art. 9 dio un paso más y extendió ese efecto vinculante a las resoluciones de las AN, respecto de las acciones de reclamación de daños que pudieran ejercitarse ante órganos judiciales del propio Estado. Estas previsiones han sido incorporadas a nuestro ordenamiento mediante el art. 75 de la LDC.

## 2. MECANISMOS DE COLABORACIÓN DE LAS AC CON LOS JUECES NACIONALES

Desde el punto de vista de la aplicación uniforme y homogénea del derecho de la UE, el carácter vinculante de las resoluciones de la Comisión solo sirve en los supuestos en los que las AC han intervenido utilizando sus facultades de oficio, pero no para aquellos otros que han sido planteados directamente ante los órganos judiciales civiles por los afectados por la infracción anticompetitiva. En estos supuestos, dado que el TJUE no es funcionalmente superior a los altos tribunales en el ámbito civil, resulta enormemente difícil encontrar una forma de colaboración entre AC y jueces que no comprometa la independencia de estos y su exclusivo sometimiento a las leyes.

Tradicionalmente existen formas de colaboración, previstas con carácter general, que no plantean ningún problema, como sucede con las actuaciones de las AC, que exigen autorización judicial previa, especialmente en su labor de investigación o inspección. La DECN+ trata de aumentar la autonomía de actuación de las AC, distinguiendo, dentro de sus facultades de inspección, las que se llevan a cabo en las sedes o locales de las empresas (art. 6), de las que se practican en otras dependencias, entre las que se incluyen los domicilios particulares (art. 7). La inspección de las primeras, salvo requisitos especiales del derecho nacional, como es nuestro caso<sup>30</sup>, no requeriría autorización judicial, mientras que la de las segundas sí.

---

<sup>30</sup> Cf. art. 40.2 LDC.

Pero, al margen de ello, la UE ha ido estableciendo otros mecanismos de colaboración mutua entre los jueces y las AC en el ejercicio de sus respectivas facultades. Inicialmente el art. 15 del Reglamento 1/2003 establece una colaboración mutua consistente en que los tribunales de los estados miembros pueden solicitar a la Comisión que les remita la información de que disponga, o sus dictámenes, sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias. Por su parte, la Comisión y a las ANC tienen la facultad de presentar, por propia iniciativa, observaciones escritas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre las mismas cuestiones y de solicitar al tribunal *todos los documentos necesarios*.

A pesar de la matizada terminología utilizada por el Reglamento 1/2003, que diferencia entre la *información* o dictámenes que se puede pedir a la Comisión y los *documentos* que la Comisión o ANC pueden pedir a los tribunales, la aplicación de esta normativa podía dejar sin protección determinada documentación, especialmente los documentos de los programas de clemencia. En efecto en 2011 el TJUE determinó que, mientras no hubiera una norma europea sobre las reclamaciones de daños, debían ser los tribunales nacionales los que decidieran, según el derecho interno, y valorando los intereses en presencia, si se podía o no autorizar el acceso a los documentos de la Comisión<sup>31</sup>. La clarificación de este aspecto fue uno de los cambios introducidos por la DD que, como veremos más abajo, estableció diferentes categorías de documentos con diversas posibilidades de acceso y utilización. Además, está previsto que los estados remitan a la Comisión las sentencias que se dicten en aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.

El mecanismo fundamental de colaboración con los jueces es la posibilidad de las AC de intervenir en cualquier fase del proceso, que en nuestro derecho interno se ha regulado en la LEC. El art. 15 bis configura el modo en que las AC pueden estar presentes en los procesos civiles relacionados con los arts. 101 y 102 del TFUE, tal como lo exigía el art. 15 del Reglamento 1/2003, dando lugar a un singular supuesto de *amicus curiae* en el proceso civil español. Para hacer efectiva esta posibilidad de personarse, se establece el deber de comunicar a las AC la admisión de cualquier demanda que verse sobre esta materia (art. 404 de la LEC), así como las sentencias que recaigan (art. 212 LEC). Del mismo modo, se introduce la posibilidad de suspender el plazo para dictar sentencia en estos asuntos, como veremos más adelante.

---

<sup>31</sup> as. C-360/09-*Pfleiderer AG*, de 14 de junio de 2011 y as. C-536/11-*Bundeswettbewerbshörde* de 6 de junio de 2013.

### 3. FACULTADES EJECUTIVAS DE LAS AC Y EJERCICIO PRIVADO DE ACCIONES

Hablábamos al comienzo del carácter singular, público y privado, del derecho de la competencia, que se traduce en que su aplicación deba ser garantizada por las autoridades administrativas competentes, en este caso las AC, que tienen la facultad de vigilar, investigar y sancionar a quienes infrinjan el derecho de la competencia. Todo esto es a lo que se refiere el término inglés de *public enforcement*.

Pero el carácter híbrido de estas normas sobre el libre mercado hace que la exigencia de su cumplimiento no sea un monopolio de las AC, sino que los particulares pueden ejercitar las acciones correspondientes ante la jurisdicción civil, una vez que haya adquirido firmeza la resolución sobre la infracción. Pero, además, los particulares también pueden ejercitar directamente las acciones derivadas del derecho de la competencia, consiguiendo que el tribunal civil declare que una determinada actividad o acuerdo infringe el derecho de la competencia y se pronuncie sobre los daños y su cuantía. El tribunal civil no puede sancionar, pero sí puede valorar la existencia de la infracción y establecer las consecuencias que de ella se derivan en el ámbito jurídico privado, aunque no exista una declaración previa de infracción. Esto es a lo que responde el término inglés *private enforcement*.

Dentro del ejercicio de acciones ante la jurisdicción civil, esto es, dentro del *private enforcement*, cabe distinguir entre las acciones consecutivas y las acciones independientes, cuya denominación hace referencia a la existencia o no de una resolución previa de la AC. Las acciones consecutivas (*follow-on*), persiguen la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta anticompetitiva que ha sido sancionada por la AC. Las acciones independientes (*stand alone*), son acciones ejercitadas por particulares ante la jurisdicción civil, precisamente para conseguir que se declare una determinada conducta como contraria al derecho de la competencia y, en su caso, obtener la correspondiente indemnización<sup>32</sup>.

En el ámbito europeo el *private enforcement* ha sido hasta ahora residual en el derecho de la competencia, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, donde ha sido el principal instrumento de impulso desde la mitad del siglo XX<sup>33</sup>. En el marco procesal europeo, resultante de las últimas modificaciones, ambas vías estarían llamadas a jugar su papel en el

<sup>32</sup> Cf. Renda, A. et al. *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report for the European Commission* (2007), 153-155.

<sup>33</sup> Huschelrath K. and Peyer S. "Public and private enforcement of competition law: a differentiated approach" *World Competition*, 36 (2013), 585.

mantenimiento de las reglas del mercado, si bien la DD claramente privilegia las facultades ejecutivas de las AC y parece estar pensando únicamente en las acciones consecutivas en el ámbito civil<sup>34</sup>. En efecto, a pesar de la expresa declaración de apoyo al ejercicio de acciones por particulares, la DD manifiesta, a renglón seguido<sup>35</sup>, su preocupación por las distorsiones que el *private enforcement* puede provocar. Preocupación que acabará siendo el leitmotiv de la norma, que dedica gran parte de su contenido a evitar que los procedimientos iniciados por las AC puedan verse interferidos o dificultados por procesos judiciales iniciados en el ámbito civil<sup>36</sup>. Y, desde luego, no se encuentra en ella nada de la supuesta promoción o facilitación del ejercicio privado y, mucho menos, mediante acciones colectivas, a las que únicamente se hace referencia para dejar claro que no es obligatorio que los estados miembros tengan regulado este mecanismo de tutela<sup>37</sup>.

Con estas observaciones no pretendemos dar a entender que la norma tenga la intención de engañar sobre sus propósitos. La diferencia entre lo que se esperaba de la directiva y lo que finalmente ha quedado regulado, concretamente respecto al ejercicio privado de acciones, tiene su origen en una tramitación inicial excesivamente ambiciosa que, finalmente no llegó a hacerse realidad<sup>38</sup>. Los documentos de trabajo que se elaboraron para a tramitación de la DD llevaban por título *Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, y mencionaban la utilidad del *collective redress* para conseguir la plenitud de la indemnización a los perjudicados, que era el objetivo perseguido. El fundamento de ese objetivo y del ejercicio de acciones privadas para conseguirlo había sido reconocido por el TJUE, aclarando que

---

<sup>34</sup> Marino, S. “Recent (and future), developments of EU Competition Law”. *EU and comparative law issues and challenges series 4* (2020), 741-748.

<sup>35</sup> Considerando 7.

<sup>36</sup> Cf. Sopeña Blanco V. y Martín Martín, G.A. “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida” *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 17 (2015), 2-3. Vid. Tb. Hernández Galilea, J.M. “La trasposición de la Directiva 2014/104/UE al derecho procesal: el “blindaje” de los programas de clemencia”, *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, dir. Jiménez Conde (2018), 377-385.

<sup>37</sup> Considerando 13.

<sup>38</sup> Cf. Schreiber, T. and Seegers, M. “The EU Directive on Antitrust Damage Actions and the Role of Bundling Claims by Assignment” *Antitrust Chronicle* 2 (2015), 2. Sobre las acciones colectivas en Europa y los ensayos realizados por algunos países vid. Corominas Bach, S. “El nuevo modelo alemán de acción declarativa (mfgk): ¿una tutela colectiva efectiva del dieselgate?” *Revista General de Derecho Procesal*, 49 (2019), y tb. Izquierdo Grau, G. “Análisis sobre la regulación de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español a la luz de las directrices de la Comisión Europea” *Ib. loc. cit.*

este derecho de las víctimas estaba garantizado por el derecho comunitario<sup>39</sup>. En concreto, el derecho de cualquier ciudadano que sufra daños, como consecuencia de la violación del derecho de la competencia, a reclamar la reparación correspondiente a quien lo causó, aparece en el art. 1 de la DD como uno de sus ejes fundamentales. Lo cierto, sin embargo, es que la DD no tiene intención de promover el *private enforcement* ni, mucho menos, los mecanismos de *collective redress* sino que trata más bien de marcar los límites de esos mecanismos.

A la creación de falsas expectativas contribuyó también, muy probablemente, la coincidencia temporal de los trabajos de elaboración de la DD con los de una normativa europea sobre *recursos colectivos* que finalmente no llegó a promulgarse, pero que dejó como resultado la *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*<sup>40</sup>, en la que se alude al *Competition Law* como un ámbito específico en el que las acciones colectivas serían adecuadas<sup>41</sup>. El debate, aún vivo, en los Estados Unidos sobre la financiación y otros problemas de los litigios colectivos<sup>42</sup> explica las reticencias de la UE para promover este tipo de acciones y también por qué, finalmente, la mención de las acciones colectivas en la DD es anecdótica y restrictiva<sup>43</sup>. De hecho, incluso la doctrina más favorable a la directiva y sus planteamientos, no tiene más remedio que reconocer esta discordancia. Como ha dicho Hernández Bataller, “[I] a sensación general que se desprende del texto finalmente adoptado es, por tanto, que más que en incentivar realmente, la aplicación privada del derecho de la competencia en Europea, la Comisión está más interesada en asegurar una protección efectiva de los programas de clemencia”<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> Doctrina ampliada últimamente a terceros afectados indirectamente por el cártel STJUE de 12 de diciembre de 2019, resolviendo una cuestión prejudicial.

<sup>40</sup> (2013/396/UE), (DO L201/60), así como la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones* Estrasburgo, 11.6.2013 COM (2013), 401 final, titulada *Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo*.

<sup>41</sup> Cf. ap. 3 y 7.

<sup>42</sup> Vid. Kidd, J. “Probate Funding and the Litigation Funding Debate”, *Washington and Lee Law Review* 76 (2019), 261-310.

<sup>43</sup> Cf. DD Considerando 13 y art. 2.4.

<sup>44</sup> Hernández Bataller, B. “Pistas sobre la Directiva”, 71. Vid. Tb. Angulo Garciandía A. “La interacción entre el programa de clemencia y las acciones privadas de daños por infracciones del Derecho de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución* 23 (2018), Cf. tb. Hernández Galilea, J.M. “La trasposición de la directiva” 385-386.

Los llamados programas de clemencia son, como es sabido, un incentivo para que los infractores confiesen su participación en los hechos y delaten a los demás participantes en un cártel. A cambio de esa colaboración la AC les exime parcial o totalmente del pago de las multas que les corresponderían<sup>45</sup>. Estos programas son efectivos ya que las multas que se evitan los delatores son muy cuantiosas, pero no extinguen las obligaciones de indemnización a los perjudicados<sup>46</sup>. Por ello, en la medida en que los perjudicados puedan llegar a conocer la identidad y responsabilidad de todos los implicados — incluido el colaborador exento de multa— el incentivo puede perder gran parte de su atractivo<sup>47</sup>.

Pues bien, volviendo al ejercicio de acciones por particulares ante la jurisdicción civil, hasta ahora, la posibilidad de ejercitar acciones independientes ha sido utilizada en contadas ocasiones. La mayoría de los procesos civiles son consecuencia de acciones consecutivas ejercitadas de manera individual o litisconsorcial, pero no mediante acciones colectivas, reservadas en nuestro sistema a las asociaciones de consumidores autorizadas. La escasa utilización de las acciones independientes no es un fenómeno exclusivo de nuestro país y tiene su explicación en una serie de factores disuasorios como las posibles consecuencias negativas para las relaciones comerciales futuras del demandante; la dificultad del análisis económico necesario para evaluar el daño; la existencia de asimetría en la información, especialmente cuando se trata de infracciones cometidas por cárteles secretos; y, finalmente, la excesiva duración de los procesos y su elevado coste económico<sup>48</sup>. Obstáculos que no han sido abordados de ninguna forma por la DD, que en este aspecto lo único que revela es una preocupación por la posible utilización abusiva de las acciones de daños, que trata de evitar estableciendo algunas precauciones como la prohibición expresa de que puedan aplicarse *daños punitivos*, pensando, sin duda, en la negativa experiencia de los Estados Unidos al respecto<sup>49</sup>.

Este marco normativo, refractario a las acciones independientes y distante de las acciones colectivas, se ha visto superado, sin embargo, por el desarrollo de nuevas formas de litigación, surgidas alrededor de infraccio-

---

<sup>45</sup> Cf. arts. 1-3 y 65-66 LDC y su desarrollo en los arts. 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

<sup>46</sup> STJUE as. C-557/12-*Kone*.

<sup>47</sup> Cf. Gutiérrez Hernández, A. y Guerra Fernández, A. “Primeras experiencias en la aplicación del programa de clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* vol. Especial 1 (2011), 140.

<sup>48</sup> Cf. Schreiber, T. and Seegers, M. “The EU Directive”, 2.

<sup>49</sup> Cf. DD, Considerando 12.

nes con un número grande de afectados de fácil identificación. Se trata de formas de litigación colectiva surgidas al amparo de instituciones ya existentes, como la acumulación de acciones o la cesión de créditos, que han dado lugar, en nuestro país, a *estructuras de defensa* o *fondos de litigación* muy activos en acciones consecutivas de asuntos, como el *cártel de los camiones*, con gran número de afectados. También en el ámbito del ejercicio de acciones independientes se están dando nuevos modos de actuar. Puesto que estamos ante el ejercicio de acciones en el ámbito privado, en las que rige el principio dispositivo, puede suceder, y de hecho está sucediendo, que empresas que se consideran víctimas de un cartel, consigan preparar eficazmente una demanda mediante información obtenida de alguno de los implicados, a cambio del compromiso de no dirigirla contra él, o de un acuerdo previo beneficioso. No por ello se librará de la multa, pero podría conseguir una rebaja a tenor del art. 64.3 LDC.

#### IV. NOVEDADES Y DESAJUSTES EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL

La entrada en vigor del Reglamento 1/2003 y de las normas que incorporaban la DD no parecen haber provocado problemas entre los jueces de lo mercantil y las secciones especializadas que son, en general, muy receptivos y diligentes en la aplicación de las normas de origen europeo. No obstante, en estos últimos meses la sanción de la Comisión al denominado *Cártel de los camiones*, está suponiendo un auténtico “test de esfuerzo”, que pone de manifiesto la necesidad de rodaje de estas normas para clarificarlas y unificar su aplicación. En el ámbito civil los problemas interpretativos se están surgiendo en torno a la legitimación pasiva y la determinación de la competencia internacional unida a ella así como a la valoración de la proporcionalidad en la solicitud de documentos de la parte demandada con vistas a la cuantificación, entre otros.

Con el orden jurisdiccional penal no ha habido problemas hasta ahora y no parece fácil que existan. En primer lugar, porque las conductas anticompetitivas tienen difícil encuadre en el Código Penal, desde la desaparición de la expresión *cualquier otra maquinación fraudulenta*<sup>50</sup>. Esta fórmula de cierre, presente en Códigos anteriores al de 1995, por su amplitud, podría

---

<sup>50</sup> Albella Amigo S. y de San Román, J. “Notas sobre el régimen sancionador penal y administrativo del abuso de mercado (información privilegiada y manipulación de precios)” en *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos* (2010), 267.

haber comprendido los actos anticompetitivos pero, una vez eliminada, los tipos en las estas conductas podrían encuadrarse han quedado totalmente desdibujados. En segundo lugar, no parece que exista interés en Europa por utilizar la vía penal como mecanismo disuasorio en el caso del derecho de la competencia, a diferencia de lo que ha ocurrido en el ámbito los mercados financieros con la Directiva 2014/57/UE, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado.

El aumento del peso específico del derecho de la competencia y la intervención de las ANC ha provocado, en aquellos países en los que estas conductas están tipificadas, una tendencia a concebir la aplicación del derecho penal como subordinada a la aplicación del derecho administrativo o mercantil<sup>51</sup>. Sucede también en otros ámbitos, como los delitos fiscales o medioambientales, en los que las autoridades administrativas han ido adquiriendo un poder de aplicación normativa, investigador y sancionador igual o mayor al de los jueces del orden penal<sup>52</sup>, de manera que, aunque no se excluye la persecución penal, se la considera casi como un complemento de las sanciones administrativas. De hecho, como es sabido, la compatibilidad de la acumulación de sanciones penales y administrativas ha sido admitida bajo ciertas circunstancias por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>53</sup>.

En el ámbito contencioso administrativo es donde más se resienten las aspiraciones de control de las ANC, como le sucede a la Comisión con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Especialmente enconado ha sido, en nuestro País, el pulso entre la CNMC y Audiencia Nacional sobre la cuantificación de las multas, zanjado de momento por el Tribunal Supremo, pero pendiente de la evolución de la jurisprudencia del TJUE<sup>54</sup>. Lo mismo ha sucedido con el control sobre las labores de inspección e investigación de las ANC. No en vano, como ha observado Baño León<sup>55</sup>, gran parte de la jurisprudencia relativa a derechos fundamentales del TJUE se ha hecho con

---

<sup>51</sup> Tricot, J. "Special Procedures for White-Collar and Corporate Wrongdoing". *The Oxford Handbook of Criminal Process*, 1403 (2019), 438.

<sup>52</sup> *Ibid.*, 441.

<sup>53</sup> STJUE de 26 de febrero de 2013 as. C-617/1-Åkerberg Fransson.

<sup>54</sup> STS de 29 de enero de 2015 ECLI:ES:TS:2015:112. Sobre ella existen posiciones encontradas en la doctrina. *Vid.* p. ej. Sánchez, P. "Defensa de la competencia y diseño institucional" en *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, coord. Segura, J. (2018), 69-70. *Vid.* tb. Díez Estella, F. y García-Verdugo J. "Las Guidelines del Bundeskartellmat como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015" *Anuario de la competencia* 1 (2015), 341-362, *passim*; Casino Rubio, M. "El discutido cálculo de las multas en materia de defensa de la competencia" *Revista de administración pública* 199 (2016), 155-170, *passim*.

<sup>55</sup> Baño León, J.M. "La evolución del Derecho", 305.

ocasión de la aplicación del derecho de la competencia: el derecho a no declarar contra sí mismo, la exclusión de las comunicaciones abogado cliente que no incluyen a los abogados de la empresa, el estatuto de las sedes sociales a los efectos de entradas y registros, etc.

Entre las cuestiones que suscita este nuevo marco procesal me centraré en tres, que están estrechamente conectadas con la interacción entre los tribunales y las AC: los diversos tipos de prejudicialidad, la limitación de acceso a documentos de las AC y la aparición de un nuevo tipo de inmunidad.

## 1. LOS DIVERSOS TIPOS DE PREJUDICIALIDAD EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las disposiciones del Reglamento y de ambas directivas obligarán a clarificar el régimen de prejudicialidad del ordenamiento procesal español que, dicho sea de paso, está necesitado de ella. En efecto, el criterio general respecto de la prejudicialidad está en el art. 10 de la LOPJ en el que se dispone que [a] *los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente*. Al hablar de orden se entiende que se refiere a los órganos de cada uno de ellos y, por tanto, a cada órgano judicial unipersonal o colegiado. En cuanto al significado exacto de *los solos efectos prejudiciales*, no exento de problemas, puede entenderse referido a que la solución que el órgano haya dado a un problema jurídico, ajeno a su orden jurisdiccional, pero que era premisa necesaria de la decisión finalmente adoptada, no tendrá efectos fuera de ese proceso. Es decir, una vez dictada la sentencia se podría suscitar de nuevo ese asunto, resuelto *a los solos efectos prejudiciales*, ante el órgano judicial del orden que debería haberlo decidido, sin que pueda oponerse la excepción de cosa juzgada, con la posibilidad de obtener un resultado diferente que, sin embargo, no afectaría al anterior proceso.

Este criterio general, de que cada órgano resuelva, a los solos efectos prejudiciales, lo que necesite para dictar sentencia, no se aplica respecto de los asuntos que pertenecen al orden penal. Así se dispone en el párrafo 2º del art. 10 de la LOPJ que establece que, no obstante ese criterio general, la existencia de una cuestión prejudicial penal, de la que no pueda prescindirse para la debida decisión, o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca. Se trata de una excepción bastante lógica que expresamente contempla la LDC en su art. 46.

De hecho uno de los objetivos principales de la DECN+ es conseguir una adecuada coordinación de los programas de clemencia con las posibles sanciones individuales, especialmente las de carácter penal, evitando las cuestiones prejudiciales y, en la medida de lo posible, la tipificación de estas conductas<sup>56</sup>. No obstante, lo ordinario será la inadmisión o, en su caso, a la correspondiente deducción de testimonio, pues no es fácil que la determinación sobre si algo es o no delito se dé como premisa para dictar sentencia, como no sea en las falsedad de la prueba documental, expresamente prevista en la LEC, o en la en la responsabilidad civil derivada del delito que, precisamente, está supeditada a la existencia de una sentencia penal previa condenatoria. De ahí las advertencias de las Sala civil del Tribunal Supremo en el sentido de que para que proceda la suspensión por prejudicialidad penal es preciso razonar de qué forma el pronunciamiento penal podrá condicionar la decisión del proceso civil, pues no obliga a suspender la valoración penal que puedan tener algunos de los elementos de convicción traídos al proceso civil<sup>57</sup>.

Este régimen de prejudicialidad, que permite la existencia de resoluciones contradictorias entre órdenes jurisdiccionales, ha intentado ser clarificado por el Tribunal Constitucional que considera incompatible con la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva la existencia de pronunciamientos contradictorios de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas. Si bien aclara que esto no implica una aceptación mecánica de los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada<sup>58</sup>. Esto coincidiría con lo previsto en el art. 75 de la LDC, ya analizado, que considera irrefutable la constatación de una infracción en una resolución jurisdiccional o en una resolución de las AC españolas. Aunque se trata de precepto que funciona en una sola dirección, pues parece presumir que la competencia de los juzgados de lo mercantil se refiere únicamente a la determinación del daño y su cuantificación, esto es, parte de que las acciones civiles serán siempre consecutivas.

---

<sup>56</sup> Wagner-Von Papp, F. "Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market" (ECN Plus Directive), *Competition Policy International* 7 (2019), 2. *Vid.* Tb. Tricot, J. "Special Procedures", 43.

<sup>57</sup> Cf. STS 24/1026 de 3 de febrero de 2016.

<sup>58</sup> STC 192/2009, de 28 de septiembre y las allí citadas.

Pues bien, a esta regulación sobre prejudicialidad, incluida la aclaración del Tribunal Constitucional, debe añadirse la prejudicialidad *sui generis* que se produce cuando estamos en el ámbito del derecho de la competencia. Según hemos visto el Reglamento 1/2003 hace vinculantes para los tribunales las resoluciones firmes de la Comisión y establece también que los tribunales están obligados a evitar adoptar decisiones que pueden entrar en conflicto con las que vaya a dictar la Comisión en procedimientos pendientes. Ciertamente es que la redacción del art. 16, en la que esto se establece, parece tratar de ocultar este efecto prejudicial, pues habla de que *a tal fin* —esto es, a fin de que no entrar en contradicción—, *corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento*. Pero acto seguido añade que [e]sta obligación se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial frente a la resolución que finalmente dicte la Comisión. Es decir, si hay un procedimiento pendiente ante la Comisión sobre el asunto que se está conociendo u otro análogo —susceptible de entrar en contradicción, dice el Reglamento—, debe suspenderse el proceso antes de dictar sentencia.

En nuestro ordenamiento procesal civil esto se ha materializado en los arts. 434 y 465 de la LEC que, sin embargo, no son equivalentes. Por un lado, en ningún caso de habla de la obligación de suspender y el motivo de la suspensión es distinto: no es la posibilidad de entrar en conflicto con una resolución pendiente, sino la necesidad de conocer el pronunciamiento. Por otro, incluye, además de a la Comisión Europea, a las ANC como consecuencia de la ampliación posterior de la DD. Y, finalmente, está previsto solo para la sentencia de instancia y la apelación, si bien la personación de la AC puede producirse también en casación según se desprende del art. 15 del Reglamento 1/2003. Esta suspensión está prevista de modo tan amplio que no hace falta que el procedimiento pendiente sea iniciado ante la misma AC desde su origen, ni que esté iniciado con anterioridad a la personación de la AC en el proceso civil. Podemos por tanto hablar de un nuevo tipo de prejudicialidad *sui generis*, administrativa, en el orden civil, que tiene un encaje difícil en nuestro sistema de justicia<sup>59</sup>.

Con ello se evitarán los desajustes producidos en algunas sentencias, como la conocida sobre el *cártel del Azúcar*<sup>60</sup>, pero a costa de la posibilidad de impedir el ejercicio de acciones independientes y por tanto de anular la competencia de los juzgados civiles en esta materia.

---

<sup>59</sup> Cf. al respecto las consideraciones de Baño León J. M. “La evolución del Derecho” 304.

<sup>60</sup> SSTs núm. 651/2013 de 7 noviembre.

## 2. UN NUEVO TIPO DE DOCUMENTO SECRETO Y LAS CONSECUENCIAS DE SU USO ILÍCITO

La necesidad de proteger información confidencial en el ámbito del proceso civil no es una novedad, como puede verse en los preceptos de la LEC relativos a las diligencias preliminares (arts. 256, 259 y ss. y 348 LEC), y en otras normas, como la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes en su art. 122, o la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales en el art. 15. Lo mismo sucede con el secreto abogado-cliente, basado en el artículo 542 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, por cierto, es mencionado expresamente en la DD (art. 5.6), pero se ha omitido en la trasposición de la directiva a la LEC.

Pues bien, ninguna de estas referencias es equiparable con lo que la DD establece respecto de los documentos relacionados con infracciones de derecho de la competencia. Se trata de un régimen sin precedentes en nuestro ordenamiento, hasta el punto de que podemos hablar de un nuevo tipo de documento secreto: el documento incorporado a un expediente sancionador de una AC. Estas previsiones han sido incorporadas a la LEC y a la LDC creando un régimen específico de acceso a la información, distinto del derecho de acceso a la información pública previsto en el artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>61</sup>.

Siguiendo a Marino<sup>62</sup> se puede decir que el régimen de confidencialidad de estos documentos de la DD tienen dos niveles de protección: la “lista negra” de documentos cuya exhibición está prohibida (art. 6.6 DD) y “lista gris” de documentos que el tribunal puede ordenar exhibir si concurren determinadas circunstancias, descritos en el art. 6.5 DD. Además, se fijan los criterios que debe valorar el juez para autorizar la exhibición de los documentos de la “lista gris” especificados en el art. 6.3 DD.

Los documentos de la “lista negra” están recogidos en el art. 283 bis i) que es una reproducción textual del art. 6.6 de la DD. Esos documentos son: las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, y las solicitudes de transacción. Con respecto a ellos, lo único que el juez puede hacer, a instancia de parte, es comprobar si el documento solicitado está efectivamente incluido en una de esas dos categorías.

<sup>61</sup> Vid. CNMC *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la ley 15/2007* (4 de junio de 2020), 1.

<sup>62</sup> Marino, S. “Recent (and future), developments of EU Competition Law”. *EU and comparative law issues and challenges series 4* (2020).

Los documentos de la “lista gris” son determinados documentos de expedientes de AC, ya concluidos, bien por adopción de resolución o de otro modo. Se concretan en el art. 283 bis i), 5, que es una reproducción textual del art. 6.5 DD y son: la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia; la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento; y las solicitudes de transacción que se hayan retirado.

Los criterios que debe valorar el juez a la hora de decidir la exhibición o no de estos últimos documentos de la “lista gris” y, en general, de cualquier otro que soliciten las partes, están concretados en el art. art. 283. bis a), 3, equivalente al art. 6.3 DD. Allí se establece que el tribunal limitará la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado. Y, para valorar la proporcionalidad, además de los intereses legítimos de todas las partes y terceros interesados, tendrá en cuenta: la medida en que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas; el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas, especialmente para cualquier tercero afectado, también para evitar las búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento; el hecho de que las pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial, especialmente en relación con terceros y, por tanto, las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial.

Tratándose de un régimen de confidencialidad específico y regulado con tanto detalle, llama la atención la aclaración, hecha en el art. 238 bis, i), LEC y en la DD, de que esas normas de confidencialidad se aplicarán sin perjuicio de la aplicación de las normas y prácticas en materia de acceso público a los documentos con arreglo al Reglamento (CE), n.º 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, y de las normas y prácticas del Derecho de la Unión o del Derecho Español sobre la protección de los documentos internos de las AC y de la correspondencia entre las AC<sup>63</sup>. Se trata de una remisión genérica a normas de rango normativo heterogéneo, que resulta sorprendente, te-

---

<sup>63</sup> Entre los que se incluyen las normas —reglamentos, comunicaciones, guías—, emanadas de la propia CNMC como la *Comunicación de la CNMC sobre el programa de clemencia* de 2013 (sin fecha), disp. en: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Competencia/ComunicacionClemenciaAnexo2\\_013.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/ComunicacionClemenciaAnexo2_013.pdf); o la *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia*

niendo en cuenta que se está estableciendo una limitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Para completar el régimen de confidencialidad de estos documentos, junto a las prohibiciones de exhibición, se prevén prohibiciones de utilización en el caso de que, por el cauce que sea, se disponga de ellos. El art. 283 bis k), establece que el intento de valerse de documentos conculcando las normas de confidencialidad, no solo conllevará la inadmisibilidad del documento regulada en el art. 283 bis j) o la posible declaración de su nulidad en aplicación del régimen general de la ineficacia probatoria del art. 11 de la LOPJ, sino las consecuencias específicas que se recogen en el art. 283 bis k). Lo que ahí se dispone es que, la parte perjudicada por la violación de la confidencialidad, podrá pedir al tribunal que se declare al infractor civilmente responsable de los daños y perjuicios causados y le condene a su pago, así como la imposición de las costas al infractor, cualquiera que sea el resultado del proceso. Pues bien, además de todo ello, se prevé la posibilidad de la desestimación como sanción.

En efecto en el apartado a), del núm. 1 del art. 283 bis k), se dispone que la parte perjudicada por la violación del secreto, podrá pedir *la desestimación total o parcial de la acción o excepciones ejercitadas u opuestas en el proceso principal, si éste se encontrase pendiente en el momento de formularse la solicitud*. El establecimiento esta posibilidad, que es un invento de la DD (art. 8. 2), es realmente extraño, porque, a diferencia de la inadmisión o la nulidad, la desestimación no puede funcionar como una sanción, ya que la estimación o desestimación de la pretensión es consecuencia del juicio jurisdiccional que se forma libremente y no puede imponerse al juez. Cosa distinta es la *facta confesio* del art. 283 bis h), ante las maniobras de obstrucción o negativa a entregar los documentos, que coinciden con el régimen general de prueba documental.

La violación del deber de confidencialidad puede obligar al juez a no tener en cuenta una prueba, pero no puede conllevar la desestimación de las pretensiones, pues el hecho que trataba de probarse mediante el documento confidencial puede haber quedado acreditado de otra forma, o el documento confidencial no tener trascendencia para los pronunciamientos que deban hacerse. Afortunadamente, a renglón seguido, la ley exige que *la parte perjudicada fijará con precisión las acciones o excepciones que deban desestimarse*, lo que convierte esta extraña previsión en una amenaza solo

---

de la Ley 15/2007 de 4 de junio de 2007, o la *Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia* de 10 de junio de 2020.

aparente: si la parte solicitante debe fijar con precisión la conexión que existe entre la información ilícitamente aportada y la desestimación que solicita, el tema queda reconducido al régimen general del art. 11 de la LOPJ y el juez puede libremente estimar o no la petición.

Consciente, sin duda, de la singularidad de esta posibilidad y su dificultad de aplicación, en su empeño por garantizar la confidencialidad de estos documentos, la norma prevé que, si el tribunal considera que el incumplimiento no es grave —valoración para la que no se aporta criterio alguno—, podrá optar por la imposición de una multa de 6.000 a 1.000.000 de euros, añadiendo que, [a] *estos efectos, se podrá considerar infractor tanto a la parte como a sus representantes y defensores legales, pudiéndose imponer multas separadas a cada uno de ellos*. No sé si conociendo todo este conjunto de consecuencias posibles alguien osará intentar utilizar un documento confidencial, pero el precepto transmite la sensación de una innecesaria desmesura.

Aún podemos encontrar otra singularidad en este precepto y es que, en el apartado primero, antes de describir las consecuencias que pueden derivarse del intento de utilizar documentos confidenciales en el proceso, aclara que todas ellas se darán [s] *in perjuicio de la responsabilidad penal en que en su caso pudiera incurrirse por delito de desobediencia a la autoridad judicial*. Esto no sería más que una fórmula redundante —pues la responsabilidad penal se da con independencia de que lo digan o no las normas procesales— si se limitara a mencionar la responsabilidad penal *que corresponda*. Pero tipifica los hechos como desobediencia a la autoridad judicial, metiéndose en un terreno normativo ajeno, lo que le priva de efecto alguno, y sin tener en cuenta, además, que muchas de las infracciones a las que se está refiriendo tienen origen normativo, sin que el juez haya intervenido ni, por tanto, haya podido ser desobedecido.

En conjunto, entre el art. 15 bis de la LEC, que instaura la intervención como *amicus curiae* de la Comisión y de las Autoridades Nacionales de Competencia, garantizada a su vez por la comunicación obligatoria de las demandas en esta materia del art. 404.3; la posibilidad contemplada por el art. 434 de la LEC de suspender el plazo para dictar sentencia cuando haya alguna resolución pendiente de esas autoridades relacionada con el objeto del proceso; junto a las limitaciones establecidas en los arts. 283 bis y ss. que acabamos de mencionar, y la nueva redacción de los arts. 75 y 76.4 de la Ley de Defensa de la competencia, se puede hablar de progresivo *asedio* sobre la jurisdicción civil que trata de evitar, en la medida de lo que es esté-

ticamente admisible, que se interfiera en las investigaciones y sanciones de las autoridades de la competencia, a las que se otorga absoluta prioridad.

### 3. POSIBLES INMUNIDADES FRENTE A PROCESOS CRIMINALES

La última manifestación de la protección a toda costa de las actuaciones de las AC es la previsión de inmunidades o exenciones de responsabilidad penal para las personas que han colaborado con ellas en expedientes sancionadores. De poco serviría proteger a la persona jurídica si no se garantiza, además, la protección de quienes realmente han solicitado la exención de la multa y han colaborado en la investigación, que son personas físicas. Esa es precisamente la cuestión que se aborda en el art. 23 de la directiva: la protección de los directivos, gestores y otros miembros del personal, actuales y antiguos, de solicitantes de exención del pago de las multas frente a cualquier sanción administrativa e incluso penal<sup>64</sup>.

Respecto a las sanciones administrativas, el número 1 del art. 23 de la DECN+ permite proteger completamente al delator de un cártel secreto frente a sanciones no penales siempre que, en fecha anterior a la apertura de la investigación, sea el primero en revelar su participación y coopere de forma activa con la investigación. Esto no plantea problemas en nuestro ordenamiento, que tiene prevista esta posibilidad con carácter general en el art. 62.4 de la Ley de Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y algunos otros que podrían tener efecto similar<sup>65</sup>.

El mismo criterio sigue la norma en el apartado 2 respecto a las posibles exigencias de responsabilidad penal a esas personas: protección total en los mismos supuestos, siempre que exista colaboración con la investigación criminal, lo que supone la concesión de inmunidad, que impediría dirigir la acusación contra esas personas. No obstante, el legislador europeo, admite en el número 3 del art. 23 que, en defecto de esa exclusión del proceso, la legislación nacional puede prever su articulación como eximente o atenuante<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Protección que, por otra parte, ya aparecía apuntada en el art. 12.3 del Reglamento 1/2003.

<sup>65</sup> Cf. Martínez Saldaña, D. et al. "La protección del whistleblower tras la directiva (UE), 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos" *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 53 (2019), 48-56 y Bachmaier Winter L. "Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión" *Diario La Ley* 9539 (2019).

<sup>66</sup> Esta previsión puede considerarse una especialidad dentro de la previsión general de protección a los denunciantes de infracciones del derecho europeo. Cf. Directiva 2019/1937. Directiva

Como ya hemos mencionado, las conductas anticompetitivas tienen difícil encuadre en nuestro Código Penal y, de hecho, no constan causas relativas a hechos sancionados por el TDC o la CNMC ni parece que haya existido interés en promoverlas<sup>67</sup>. En consecuencia, antes de decidir cómo se traspone la directiva en este punto, habrá que tomar una decisión sobre si se deben tipificar claramente estas conductas o por el contrario se opta, de manera igualmente clara, por su despenalización<sup>68</sup>. No existe consenso sobre la conveniencia o no de utilizar la vía penal como instrumento de defensa de la competencia. Indudablemente sería un buen complemento disuasorio, que existe en otros países, pero es evidente que pondría en peligro la colaboración en los programas de clemencia<sup>69</sup>. Lo cierto es que la Directiva ECN+ parece admitir —quizá temer— la expansión de una tendencia criminalizadora y se ha apresurado, como no, a proteger a los *whistle-blowers*, introduciendo estas exenciones.

La ausencia de reproche penal de las conductas anticompetitivas ha pasado desapercibida hasta ahora. La actividad de la CNMC, la cuantía de sus multas y la sensación de que se trata de asuntos administrativos, quizá hayan influido en ello. Pero los trabajos de trasposición de la Directiva ECN+ han puesto el foco sobre esta omisión y existen voces que exigen la tipificación expresa y que son críticas frente a esa inmunidad o tratamiento privilegiado de la DECN+. De hecho, en contextos donde estas conductas están tipificadas, la directiva ha sido vista en este punto como un como una norma que pretende un proceso penal especial para delitos de cuello blanco<sup>70</sup>.

La concesión de inmunidad, es decir, el compromiso válido y legalmente eficaz de no acusar a una persona a cambio de la información que pueda proporcionar sobre el delito cometido, los partícipes, la organización criminal y

---

2019/1937 del parlamento europeo y del consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

<sup>67</sup> Gutiérrez Rodríguez, M. “La protección penal de la libre formación de los precios en el mercado” en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* Beneito Pérez J.M. y Maillo González-Orús, J. Dirs. (2019), 585-609, considera que los arts. 262, 281 y 284 del Código Penal permitirían sancionar la muchas de estas conductas. No opina lo mismo Mendo Estrella, A. “la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aclaraciones, propuestas y aplicabilidad a los cárteles económicos” *ib.*, 656-658 que considera que la tipificación no está clara. Ambos reconocen, en cualquier caso que apenas han sido utilizados esos preceptos.

<sup>68</sup> Y, como comenta Baño León, J.M. “La evolución del Derecho”, 298, existe una seria dificultad para hacer compatible la potestad sancionadora con conceptos jurídicos indeterminados de carácter económico.

<sup>69</sup> Sánchez, P. “Defensa de la competencia”, 71. Sobre las opciones de los diversos países cf. Lozano Manero, A. “Prevenir y castigar: ‘Compliance’ penal y criminalización de los cárteles” en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, 616-622.

<sup>70</sup> Tricot J. “Special Procedures”, 43.

su modus operandi, es absolutamente desconocida en nuestro ordenamiento. Fundamentalmente porque el derecho penal y su aplicación por los órganos jurisdiccionales se rige por el principio de legalidad y, como es sabido, esto significa que, quienes tienen encomendada la persecución de los delitos y la acusación, tienen obligación de investigar ante la supuesta comisión de un delito, y de acusar, cuando lleguen a la conclusión de que los hechos se han producido y pueden atribuirse a una persona identificada<sup>71</sup>.

El Código Penal y otras disposiciones destinadas a erradicar formas concretas de delincuencia, caracterizadas por su dificultad de persecución, contemplan la posibilidad de tomar en consideración la colaboración del autor o cómplice del delito con la investigación, pero en ninguno caso para concederle una inmunidad como la que aparece en el art. 23.2 de la DECN+ sino, como mucho, una disminución de la pena, que puede llegar a la exención en algún delito leve en el que la colaboración es más bien reparación. Hay países que, ante determinados tipos de criminalidad, entre los que se encuentran las tramas de corrupción entre particulares, han incluido la concesión de inmunidad como mecanismo para aumentar la efectividad de la persecución. Medidas que van desde la rebaja de la pena y el cambio de identidad, hasta la exención total de la pena o el archivo de las actuaciones respecto al delator. Puede ser que, al final, no tengamos más remedio de buscar la manera de incorporar estos mecanismos a nuestro sistema, pero lo cierto es que ahora mismo no tenemos nada parecido<sup>72</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La armonización de los sistemas procesales civiles de los estados miembros de la Unión Europea es un fenómeno que parece consolidarse y el derecho de la competencia está siendo uno de sus campos más recurrentes en los últimos años. El carácter híbrido de esta normativa, derecho mercantil, pero con repercusión en el mercado y control administrativo, provoca un ámbito competencial compartido entre las AC y los tribunales de justicia que genera tensiones y desajustes importantes.

En concreto, la preocupación por asegurar unas condiciones de libre mercado homogéneas en la Unión ha llevado al legislador europeo a esta-

---

<sup>71</sup> Ortiz Pradillo J.C. “El difícil encaje del delator en el proceso penal español” *Diario La Ley* 4064 (2015), 8.

<sup>72</sup> Ortiz Pradillo, J. C. “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia” en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 1, vol. 3 (2017), 39.

blecer normas que constituyen limitaciones o interferencias en la actividad jurisdiccional. Así sucede con el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión y las ANC o los mecanismos de intervención de las AC en los procesos civiles que, diseñados aparentemente como mecanismos de colaboración, interfieren la independencia de los tribunales. Además, en toda la normativa existe una tensión entre el deseo manifestado de promover el ejercicio privado de acciones y la prevención frente a las interferencias que el ejercicio de esas acciones y la jurisprudencia resultante pueden provocar en la aplicación homogénea de las normas.

El resultado, como he tratado de reflejar con el examen de los aspectos más destacados, es bastante deficiente y en cierto modo inquietante; y se inserta en un fenómeno más amplio, de surgimiento de nuevos modelos de creación y aplicación del derecho, en los que la propia función jurisdiccional queda desdibujada o incluso puede ser vista como un obstáculo. Esto pone de relieve la necesidad de actualizar y reforzar los planteamientos de la dogmática procesal de modo que pueda dialogar sin complejos, junto con las demás ramas jurídicas, con otras ciencias, como la economía que, como ocurre en el derecho de la competencia, están de algún modo colonizando ámbitos que deben ser compartidos.

Como ha señalado la doctrina, para que nuestro sistema procesal pueda acompañarse a las necesidades de homologación y modernidad sin perder su calidad y coherencia es necesaria una mayor participación en la génesis de las normas europeas y un estudio más detenido del contexto y finalidad que pretenden, así como de la virtualidad de los mecanismos ya previstos en nuestro ordenamiento procesal.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Albella Amigo, Sebastián y de San Román, Jaime. “Notas sobre el régimen sancionador penal y administrativo del abuso de mercado (información privilegiada y manipulación de precios)” en *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos*. (Fundación de Estudios Financieros, 2010), 261-272.
- Alfaro Águila-Real, Jesús “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia” *InDret* 3 (2009), 2-35 [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/667\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/667_es.pdf)
- Andrés Sáez de Santamaría, Paz. “El estado de Derecho en el sistema institucional de la unión europea: realidades y desafíos” en *Estado de Derecho y Unión Europea*, dirs. Liñán Noguera, D.J. y Martín Rodríguez, P.J. (Madrid, 2018), 146-148.

- Angulo Garcíandía, Álvaro “La interacción entre el programa de clemencia y las acciones privadas de daños por infracciones del Derecho de la Competencia” *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución* 23 (2018), 1-20.
- Baño León, José María “La evolución del Derecho de la Competencia y su irradiación en el derecho público” *Revista de administración pública*, 200 (2016), <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.200.15>
- Bachmaier Winter, Lorena: “Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión”, *Diario La Ley*, 9539 (2019).
- Casino Rubio, Miguel “El discutido cálculo de las multas en materia de defensa de la competencia” *Revista de administración pública* 199 (2016), 155-170.
- Corominas Bach Sergi “El nuevo modelo alemán de acción declarativa (mfkg): ¿una tutela colectiva efectiva del dieselgate?” *Revista General de Derecho Procesal*, 49 (2019), Rev. electrónica.
- Díez Estella, Fernando y García-Verdugo Javier “Las Guidelines del Bundeskartellmat como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015” *Anuario de la competencia* 1 (2015), 341-362.
- Díez-Picazo Giménez, Ignacio “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España” en *1989-2007. Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia – Libro marrón del Círculo de Empresarios*, (Madrid, 2008), 53-74.
- Fernández López, M. “La competencia de los Tribunales de marca comunitaria” *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil* 33 (2006), 40-50.
- Font Ribas, Antoni y Gómez Trinidad, Silvia “Primera aproximación a la Ley 15/2007 de defensa de la competencia” *Revista jurídica de Catalunya* 4, vol. 107 (2008)1101-1130.
- Gascón Inchausti, Fernando. “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición” *Cuadernos de Derecho Transnacional* 1, vol. 9 (2017), <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3616>
- Gascón Inchausti, Fernando. *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización* (Madrid, 2018).
- Gerber D. J. “Two Forms of Modernization in European Competition Law” *Fordham International Law Journal* vol. 31, 5 (2007), 1235-1265.
- González Granda, Piedad. “La regulación del acceso a las fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunas sombras relativas al sistema y a su naturaleza jurídica” *Justicia*, 2 (2017), 117-175.
- Gutiérrez Hernández, Alfonso y Guerra Fernández, Antonio “Primeras experiencias en la aplicación del programa de clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* vol. Especial 1 (2011), 135-141.

- Gutiérrez Rodríguez, María “La protección penal de la libre formación de los precios en el mercado” en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Beneito Pérez J.M. y Maillo González-Orús, J. Dirs. (2019), 585-609.
- Hernández Bataller, Bernardo “El derecho al pleno resarcimiento en la directiva 2014/104/UE” en *Derecho europeo de la competencia* dir. Ruiz Peris J., coord. Estevan De Quesada, C. (2017), 189-258.
- Hernández Bataller, Bernardo “Pistas sobre la Directiva 2014/104/UE” en *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*, dir. Ruiz Peris, J.I. (Valencia 2018), 35-108.
- Hernández Galilea, Jesús Miguel “La trasposición de la directiva 2014/104/UE al derecho procesal, el blindaje de los programas de clemencia” *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*. Coord. Fuentes Soriano, O y González Cano, I. Dir. Jiménez Conde, F. (Valencia, 2018), 377-386.
- Huschelrath, Kai and Peyer, Sebastian “Public and private enforcement of competition law: a differentiated approach” *World Competition*, 36 (2013), <https://madoc.bib.uni-mannheim.de/33780/1/dp13029.pdf>
- Izquierdo Grau, Guillermo “Análisis sobre la regulación de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español a la luz de las directrices de la Comisión Europea” *Revista General de Derecho Procesal* 49 (2019).
- Kidd, Jeremy. “Probate Funding and the Litigation Funding Debate” *Wash. & Lee L. Rev.* 76 (2019), 261-310.
- Lozano Maneiro, Amparo “Prevenir y castigar: ‘Compliance’ penal y criminalización de los cárteles” en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Beneito Pérez J.M. y Maillo González-Orús, J. Dirs. (2019), 611-629.
- Marcos, Francisco “Incontinencia judicial en defensa de la competencia” *La Ley Mercantil* 26 (2016).
- Marino, Silvia “Recent (and future), developments of EU Competition Law”. *EU and comparative law issues and challenges series* 4 (2020), <https://doi.org/10.25234/eclic/11925>
- Martínez Saldaña, David; Abril Martínez, Javier; Rodríguez Celada, Enrique y Reyes Rico, Itziar “La protección del whistleblower tras la directiva (ue), 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 53 (2019), 24-68.
- Mendo Estrella, Álvaro. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aclaraciones, propuestas y aplicabilidad a los cárteles económicos” en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Beneito Pérez J.M. y Maillo González-Orús, J. Dirs. (Pamplona, 2019), 631-662.
- Ortiz Pradillo, Juan Carlos “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia” en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 1, vol. 3 (2017), 39-70.

- Ortiz Pradillo, Juan Carlos. C. “El difícil encaje del delator en el proceso penal español (1)” *Diario La Ley* 8560 (2015), 1-10.
- Partiti, Enrico. “Orchestration as a form of public action: The EU engagement with voluntary sustainability standards” *European Law Journal* 1, vol. 25 (2019), 94-117.
- Pérez Fernández, Patricia “Intereses públicos y privados en acciones por resarcimiento de daños derivados de ilícitos anticompetitivos” (Repositorio de la Universidad de Castilla la Mancha 2019), <http://hdl.handle.net/10578/22261>
- Renda, A. (Coord.); Peysner J.; Riley, A.J.; Rodger, B.J.; Van Den Bergh, R.J.; Keske, Sonja; Carli, G.; Pardolesi, R.; Camilli, E.L. and Caprile, P. *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report For The European Commission* (2007), [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_white\\_paper/impact\\_study.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf)
- Rodríguez Díaz, Isabel. “Defensa de la competencia, acción de daños y exenciones” *Revista Lex Mercatoria* 6 (2017), <https://doi.org/10.21134/lex.v4i1.1308>
- Sánchez, Pilar. “Defensa de la competencia y diseño institucional” en *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, coord. Segura, J. (Madrid, 2018), 41-144.
- Sancho Gargallo, Ignacio “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia” *InDret* 1 (2009), 3-35 <https://indret.com/ejercicio-privado-de-las-acciones-basadas-en-el-derecho-comunitario-y-nacional-de-la-competencia/>
- Schreiber, Till and Seegers, Martin “The EU Directive on Antitrust Damage Actions and the Role of Bundling Claims by Assignment” *Antitrust Chronicle* 2 (2015), 1-20.
- Serrano Masip, Mercedes “Efectos de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea sobre el proceso civil interno” *Revista de Estudios Europeos* 68 (2016), 5-32.
- Sopeña Blanco, Vera y Martín Martín, Gustavo Andrés “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida” *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 17 (2015), 1-21.
- Torre Sustaeta, M<sup>a</sup> Victoria. “Sobre el efecto vinculante de la resolución judicial a la administrativa antes y después de la directiva de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia” *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 3 vol. 27 (2015), 425-446.
- Tricot, Juliette “Special Procedures for White-Collar and Corporate Wrongdoing”. *The Oxford Handbook of Criminal Process*, 1403 (2019), 437-472.
- Vidal, Patricia; Capilla Agustín y Gual Cristian. “El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 47 (2017), 39-53.

Wagner-Von Papp, Florian. "Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market" (ECN Plus Directive), *Competition Policy International* 7 (2019), 2-11.

Wilms, Günter *Protecting fundamental values in the European Union through the rule of law Articles 2 and 7 TEU from a legal, historical and comparative angle*. Florence, 2017. DOI. 10.2870/083300.

Witt, Anne C. *The more economic approach to EU antitrust law* (Oxford, 2016).