

DIEZ AÑOS DE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

Cani Fernández e.a.¹

El TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión europea) reconoció desde principios de la última década el carácter complementario del *private enforcement* del Derecho comunitario de la competencia en su vertiente reparadora. Ello vino acompañado de un mayor protagonismo de los jueces nacionales en el campo del Derecho de la competencia, consecuencia de su papel de responsables de la tutela efectiva de los intereses entre particulares que subyacen a dicha normativa. En esta tarea se reveló la necesidad de desarrollar una serie de reglas básicas, principalmente vía jurisprudencia del TJUE, para velar no ya porque la interpretación sustantiva de los preceptos comunitarios fuese homogénea (exigido por el principio de primacía), sino porque las particularidades en el plano procesal interno de cada Estado miembro no pudiesen constituir un obstáculo para la efectividad del mandato supranacional. Diferencias en este sentido podían resultar *de facto* en divergentes niveles en la protección de derechos, debido, por ejemplo, a distintos estándares de prueba, plazos de prescripción, o reglas para el cálculo de las indemnizaciones.

Los precedentes de *Courage y Crehan*, en 2001, y *Manfredi y otros*, en 2006, dieron la oportunidad al TJUE para concebir los ejes básicos que debían guiar la labor interpretativa de los jueces nacionales en este ámbito, allí donde en ausencia de norma sustantiva comunitaria debían enlazar con el ordenamiento procesal interno para dar una solución al caso concreto. En este contexto, el TJUE hizo uso, por primera vez en relación con la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia, de dos principios fundamentales del Derecho europeo para modular la autonomía procesal de cada Estado miembro: el principio de efectividad, consecuencia lógica del efecto directo del Derecho comunitario y que establece que las normas procesales nacionales no deben hacer excesivamente difícil o imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario; y el principio de equivalencia, que impone que dichas normas no han de ser menos favorables que las que rigen el ejercicio de los derechos equivalentes conferidos por el ordenamiento jurídico interno.

¹ Cani Fernández es abogada en Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, y fue Letrada del TJUE entre 1994 y 1997. Este artículo es resultado de un trabajo de equipo compuesto además por Alfonso Muñiz y Javier Arana, también abogados de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.

A partir de entonces se abrirían múltiples interrogantes sobre la aplicación práctica de estos fundamentos a los distintos problemas de orden procesal y material generados en acciones de daños anticompetitivos, y que la escasa casuística del TJUE sólo había empezado a abordar. En España, tras el cambio decisivo en el año 2000² en la actitud del Tribunal Supremo hacia la aplicación privada del Derecho de la competencia, el nuevo sistema introducido por el Reglamento CE 1/2003, la creación de los Juzgados de lo Mercantil y la aprobación de la Ley 15/2007, la práctica judicial se ha ido enfrentado a estos retos.

El objetivo de este artículo es sintetizar de forma sistemática, las respuestas que los principios de equivalencia y efectividad han proporcionado a las cuestiones de forma y de fondo planteadas en el ejercicio de acciones de responsabilidad por daños anticompetitivos. Ello permitirá apreciar la evolución del ordenamiento y la jurisprudencia españoles en este ámbito durante la última década y, en particular, valorar su grado de compatibilidad con las exigencias de la jurisprudencia comunitaria.

I. Fundamentos jurídicos para el ejercicio de la acción.

A. Competencia del juez o tribunal.

La primera cuestión abierta era el grado de autonomía con que cuenta cada Estado para determinar el órgano jurisdiccional adecuadamente situado para proveer una tutela judicial satisfactoria.

La jurisprudencia del TJUE ha conferido un amplio margen de diseño al legislador nacional, a partir del precedente sentado en el caso *Manfredi y otros*³. Se sometió al Tribunal una cuestión prejudicial sobre si el artículo 81 TCE se oponía a una norma nacional que obligase a los interesados a interponer las demandas de indemnización por infracción de las normas comunitarias y nacionales de defensa de la competencia ante un órgano jurisdiccional distinto del juez ordinario competente para conocer de las demandas de indemnización de la misma cuantía, ocasionando así un significativo incremento de los costes y de los plazos del proceso.

² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 2 de junio de 2000, *Distribuidora Industrial, DISA y Prodalca*, Rec. 2355/1995.

³ Sentencia del TJCE, de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros* (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-06619).

El TJUE consideró que, en ausencia de una norma comunitaria al respecto, “corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los recursos de indemnización basados en la infracción de las normas comunitarias de defensa de la competencia y configurar la regulación procesal de esos recursos, siempre que tales disposiciones nacionales no sean menos favorable que las aplicables a los recursos de indemnización basados en la infracción de las normas nacionales de defensa de la competencia ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de solicitar la reparación del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 81 CE”⁴. Por tanto, el TJUE no considera determinante si en el ordenamiento interno la acción de daños anticompetitivos se canaliza a través del orden civil o de cualquier otro, especializado o no.

En España, la Disposición Adicional 1ª de la Ley 15/2007 estableció que, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, “los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley”. Dicho cambio con respecto al sistema anterior, en el que era necesaria una declaración administrativa previa de la existencia de infracción de dichas normas, planteaba ciertas dudas dada la vaguedad de la redacción del legislador. Por ejemplo⁵, ¿comprendía la nueva competencia de los Juzgados de lo Mercantil cualquier tipo de aplicación de los artículos 1 y 2, tanto a título principal como incidental? ¿En cuál de dichas categorías se subsumían las acciones de indemnización por daños anticompetitivos? ¿Se confería a los Juzgados de lo Mercantil una competencia “exclusiva y excluyente” con respecto al orden civil (como se estableció en el mismo artículo de la LOPJ para las materias concursales)?

Lo que ha demostrado la práctica judicial posterior es una interpretación en sentido amplio de dicha competencia, de forma que en sede estrictamente mercantil se han venido dilucidando todas estas cuestiones. Ello contribuye a una mayor seguridad jurídica, gracias a una aplicación coherente y uniforme de las normas de competencia.

⁴ Sentencia *Manfredi y otros*, apartado 72.

⁵ Helmut Brokelmann (2007). “La indemnización de los daños y perjuicios”, en la obra “El Derecho de la competencia y los jueces”, dirigida por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons. Pp. 56-58.

B. Legitimación activa. La perspectiva del consumidor y las acciones colectivas.

En el plano de la legitimación activa, una primera cuestión fundamental sometida al criterio del TJUE ha versado sobre el rol de los terceros para garantizar el principio de efectividad. Es decir, se ha tratado de dilucidar si el artículo 81 TCE (101 TFUE) debía interpretarse en el sentido de que legitima a cualquier persona interesada para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por dicho artículo y, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación de dicho daño.

La respuesta, desde el pronunciamiento en el asunto *Courage y Crehan*⁶, ha sido afirmativa, basada en el carácter absoluto de la nulidad que prevé el apartado 2 del artículo 81 TCE. Un acuerdo contrario a dicha disposición no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes ni es oponible a terceros, y el principio de efectividad se manifiesta mediante un doble mandato: por un lado, cualquiera con un interés jurídicamente relevante debe poder hacer valer dicha nulidad en el marco de un proceso judicial; y, además, los ordenamientos internos deben garantizar que quienes se hallan ajenos a la práctica o acuerdo antijurídicos no están obligados a soportar los daños infligidos como consecuencia de éstos. Todo ello respetando las exigencias del principio de equivalencia, y correspondiendo a cada legislador nacional "regular las modalidades de ejercicio de este derecho, incluyendo lo relativo a la aplicación del concepto de relación de causalidad"⁷.

Otro interrogante, profundizando en lo anterior, vendría referido a la posibilidad de que los dispersamente perjudicados por conductas anticompetitivas ejerzan acciones colectivas. En este punto no existe un pronunciamiento jurisprudencial expreso del TJUE en relación con los principios de equivalencia y efectividad, de forma que no cabe afirmar con certeza que los ordenamientos internos se hallen obligados a ofrecer dicho cauce procesal.

En España aún no se ha dictado una sentencia firme en la que se avale dicha posibilidad, pero el artículo 11 LEC prevé la acción colectiva para consumidores y usuarios, teóricamente idónea en este ámbito. Por un lado, cuando sus componentes "estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables" (apartado segundo). Pero, sobre todo, este mecanismo será interesante "cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en

⁶ Sentencia del TJCE, de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan* (C-443/99, Rec. P. I-002725). Apartado 24.

⁷ Sentencia *Manfredi y otros*, Apartado 64.

juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas" (apartado tercero).

En estos momentos se halla pendiente de sentencia el asunto que enfrenta a Ausbanc y Telefónica⁸, tras una demanda interpuesta por Ausbanc en 2007 ante el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid, en reclamación de los daños y perjuicios causados a los consumidores y al mercado español, por abuso de posición de dominio (estrechamiento de márgenes en los precios de ADSL cobrados a empresas mayoristas de la competencia). La sentencia que en su momento se dicte podría proporcionar un precedente tanto para la aplicación del artículo 11.3 LEC en el ámbito del Derecho de la competencia, como en relación al papel de *amicus curiae* de la CNC en el proceso, rol que constituye una de las novedades introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 15/2007 (artículo 15 bis), específicamente para los procesos en materia de competencia. A lo largo del proceso el Juzgado ha instado la publicación de un llamamiento de los perjudicados en varios medios de comunicación para posibilitar que éstos se personen en la demanda.

No obstante, subsiste la duda que ya planteamos en 2005⁹ sobre la aplicabilidad del cauce procesal del artículo 11 LEC a colectivos distintos de consumidores o usuarios, como otro tipo de clientes, proveedores o competidores, pues no parece que el tenor literal de dicho precepto lo admita. Sería en cualquier caso posible abogar por una aplicación analógica del artículo 11 LEC, si bien esta interpretación podría verse obstaculizada por lo previsto en el artículo 10 LEC –regulador de la sustitución procesal–, que establece que sólo tendrán legitimación las personas distintas del titular de la relación jurídica u objeto litigioso en aquellos casos en que la ley así lo establezca expresamente. El artículo 11 LEC sería, así, un supuesto especial de sustitución procesal sin posibilidad de interpretación extensiva.

En definitiva, sería recomendable seguir los pasos de países como Reino Unido o Alemania que prevén en sus legislaciones de competencia expresamente la acción colectiva. Además, la tendencia actual de la UE camina indiscutiblemente hacia el refuerzo de dicho cauce procesal, con carácter general, para la aplicación nacional de todo el Derecho comunitario, tal y como demuestra la publicación del documento

⁸ Información disponible en <http://www.ausbanc.es/web/tribunalesNuevoImpulso.asp>

⁹ Cani Fernández (2005). "La eficiencia real del Derecho de la competencia: la indemnización de los daños causados", en la obra "La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea", coordinada por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons. P. 184.

de trabajo de la Comisión de 4 de febrero de 2011 «*Consulta Pública: "Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo"*»¹⁰.

C. Legitimación pasiva. Las reclamaciones ante la Administración.

Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, las dudas principales han girado en torno a la vulneración del Derecho comunitario por un órgano administrativo, así como al cauce procesal para demandar la correspondiente responsabilidad.

El tratamiento de supuestos en que la violación ha provenido de autoridades públicas se ha guiado por la analogía respecto de la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión Europea y, en general, por los principios que rigen la responsabilidad de los Estados miembros por la vulneración del Derecho comunitario¹¹. En el ámbito del Derecho de la competencia, se han dado casos de dicha vulneración "cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 81 CE o bien refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica"¹².

En consecuencia, cobrarán relevancia en este ámbito distintos desarrollos jurisprudenciales aplicados en especial a daños generados por la trasposición incorrecta de Directivas. Cabría destacar, por un lado, la doctrina de la sentencia *Francovich*¹³ relativa a la "subsidiariedad", en el sentido de que si las condiciones establecidas en el Derecho interno para declarar esa responsabilidad son menos restrictivas que las establecidas por el TJUE, nada impide que el Juez nacional las aplique, pues sólo se vulneraría la jurisprudencia del Tribunal si para la declaración de responsabilidad se aplicasen condiciones más restrictivas que las establecidas por aquél. Asimismo, se aplica a este ámbito la jurisprudencia en torno a la considerable carga probatoria, pues la actuación normativa o administrativa debe plasmar "la inobservancia manifiesta y grave,

¹⁰ En <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2012-0012&language=ES>

¹¹ David Ordóñez Solís. "La acción de indemnización en la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia". Pp. 10-13.

¹² Sentencia del TJCE, de 13 de marzo de 2008, *Doulamis* (C-446/05, Rec. p. I-1377, apartado 20). Comentada por David Ordóñez en "La acción de indemnización en la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia", p. 13.

¹³ Sentencia del TJCE, de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros* (C-6/90 y 9/90, Rec. p. I-5357).

por parte de [una institución comunitaria]¹⁴, de los límites impuestos a su facultad de apreciación”¹⁵.

Por tanto, el principio de efectividad exige que los ordenamientos internos contemplen vías para exigir daños anticompetitivos a la Administración pública.

En el caso español, es destacable que el artículo 4 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, que se refiere a conductas exentas por ley “sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia”, establece que la regulación de conductas prohibidas prevista en dicho texto normativo se aplicará a “las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”. Entendemos que en situaciones como la descrita existiría la posibilidad de reclamar responsabilidad por daños a la Administración por infracción de la normativa de competencia.

Finalmente, el cumplimiento de los principios de efectividad y equivalencia ha sido objeto de cuestiones prejudiciales al TJUE en relación a otros dos aspectos procesales relevantes cuando la Administración ostenta condición de demandada para la reparación de daños causados por una ley que vulnera el Derecho comunitario. Si bien tuvieron lugar en ámbitos ajenos al Derecho de la competencia, su alcance es sin duda general. Por un lado, se dilucidó si era contraria a dichos principios la necesidad de agotamiento de la vía administrativa para reclamar daños por una ley que vulnera el Derecho comunitario, cuando ello no es necesario en supuestos en que los daños provienen de una ley que vulnera la constitución de un Estado miembro. Por otro, se examinó cómo han de articular los Estados la acción de reclamación de daños con la acción de impugnación de la norma interna vulneradora.

El TJUE contestó en el asunto Transportes Urbanos a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español¹⁶ en este contexto. En 2005, el TJUE había declarado que la limitación del carácter deducible del IVA establecida por la Ley 37/1992 era incompatible con determinados artículos de la Sexta Directiva

¹⁴ Léase, *mutatis mutandis*, del órgano administrativo o normativo nacional correspondiente.

¹⁵ Sentencia del TJCE, de 16 de julio de 2009, *Schneider Electric* (C-440/07 P, Rec. p. I-6413). Apartado 160.

¹⁶ Sentencia del TJUE, de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos* (C-118/08, Rec. p. I-00635).

sobre dicho impuesto¹⁷. La empresa Transportes Urbanos, que había presentado autoliquidaciones por los ejercicios 1999 y 2000 con arreglo a la Ley 37/1992, no ejerció su derecho a solicitar la rectificación de dichas liquidaciones, en virtud de la Ley General Tributaria 58/2003, y resultó que tal derecho había prescrito en la fecha en la que el TJUE se pronunció. Transportes Urbanos interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción de la Sexta Directiva ante el Consejo de Ministros, quien decidió desestimarla al considerar que la omisión de haber solicitado la rectificación de las mencionadas autoliquidaciones en el plazo previsto a tal efecto había roto la relación de causalidad directa entre la infracción del Derecho de la Unión reprochada al Estado español y el daño supuestamente sufrido por dicha sociedad. Para ello se apoyó en la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho comunitario están sometidas a una regla de agotamiento previo de las vías de recurso, administrativas y judiciales, contra el acto administrativo lesivo adoptado en ejecución de una ley nacional contraria a dicho Derecho. Transportes Urbanos interpuso un recurso contra dicha resolución desestimatoria del Consejo de Ministros ante el Tribunal Supremo, quien elevó ante el TJUE una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de la regla del agotamiento previo con el Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia estableció que “el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de toda regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una Ley nacional declarada mediante sentencia del propio Tribunal de Justicia sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha Ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma Ley declarada por el órgano jurisdiccional competente”.¹⁸

Por tanto, el ordenamiento comunitario exige que la responsabilidad del Estado reciba el mismo tratamiento tanto si procede de la declaración de inconstitucionalidad de una ley como si tiene su origen en una infracción de Derecho comunitario. La consecuencia práctica más inmediata de este fallo sería la apertura de diversas vías de recuperación de impuestos o de solicitud de reparación

¹⁷ Sexta Directiva del Consejo de 17 de mayo de 1977 en materia de armonización de las legislaciones de los estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme (77/388/CEE).

¹⁸ Sentencia *Transportes Urbanos*, apartado 48.

del daño sufrido para los contribuyentes¹⁹. Sin embargo, el precedente es altamente relevante para ámbitos ajenos al tributario, y habrá de ser tenido en cuenta a la hora de reclamar daños anticompetitivos a una autoridad pública.

Finalmente, el TJUE tuvo en el asunto Unibet²⁰ la oportunidad de contestar a una cuestión prejudicial de un tribunal sueco sobre el alcance de la tutela judicial efectiva de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario a la luz de los principios de efectividad y equivalencia. En concreto, Unibet formuló demanda contra el Estado sueco ante el *tingsrätt*, solicitando que se declarase su derecho, conferido por el artículo 49 CE, de promocionar sus servicios de juegos y apuestas en Suecia a pesar de la prohibición establecida en el artículo 38 de la Ley de Loterías; que se reparara el perjuicio sufrido como consecuencia de la prohibición de promoción; y que se le declarasen inaplicables dicha prohibición y las medidas y sanciones que lleva aparejadas. El TJUE interpretó que el principio de tutela judicial efectiva no exige que en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales con el artículo 49 CE, cuando otros cauces procesales efectivos, que no sean menos favorables que los relativos a las acciones nacionales similares, permitan apreciar con carácter incidental dicha compatibilidad, extremo éste que ha de verificar el órgano jurisdiccional nacional²¹. En cambio, el Derecho de un Estado miembro sí debe garantizar que se puedan acordar medidas cautelares hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de las disposiciones nacionales de que se trate con el Derecho comunitario, cuando la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resuelva sobre la existencia de tales derechos²².

D. El trámite de la conciliación previa.

También ha suscitado controversia la compatibilidad con el principio de efectividad del trámite de conciliación previa que algunos ordenamientos imponen, como obligatorio, antes del inicio de la acción judicial de reclamación de daños anticompetitivos. Dicho trámite podría suponer para la parte actora una carga que dilata en el tiempo la reparación.

¹⁹ Juan Salvador Pastoriza Vázquez (2010). "La responsabilidad patrimonial del Estado por vulneración del Derecho de la UE". Estrategia Financiera, nº 271. P. 74.

²⁰ Sentencia del TJCE, de 13 de marzo de 2007, *Unibet* (C-432/05, Rec. p. I-02271)

²¹ Sentencia *Unibet*, apartado 65.

²² Sentencia *Unibet*, apartado 77.

En el asunto *Alassini y otros*, el TJUE afirmó que los principios de efectividad y de tutela judicial efectiva no se oponen a una normativa nacional que impone, para tales litigios, la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial obligatoria²³.

Ahora bien, enumera hasta seis condiciones que ha de cumplir la regulación de dicho procedimiento: que no conduzca a una decisión vinculante para las partes que excluya el derecho de éstas al recurso judicial; que no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial; que interrumpa la prescripción de los correspondientes derechos; que no ocasione gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes; que la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación; y que sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija.

En España no se han planteado problemas en este sentido, en la medida en que el intento de conciliación que recogen los artículos 414 y 415 LEC es un trámite ágil que se ventila al comienzo de la audiencia previa, y que no supone cargas relevantes para el reclamante de daños.

E. Plazo de prescripción.

En este terreno, el principal supuesto problemático se da en aquellos ordenamientos donde el plazo de prescripción para la acción de daños comienza a computar a partir del día en que se inicia el acuerdo o práctica prohibidos. Ello se deriva del hecho de que para la parte perjudicada puede conllevar un tiempo considerable tanto la mera constatación del daño como la recopilación de los medios probatorios del mismo y los destinados a su cuantificación. Como señala el propio TJUE a título de ejemplo en el caso *Manfredi y otros*, en el supuesto de infracciones continuadas o repetidas, podría entonces darse el caso de que el plazo de prescripción expirase antes incluso de que hubiera terminado la infracción, y entonces a toda persona que hubiera sufrido un perjuicio posterior a la expiración del mismo le sería imposible interponer demanda.

Asimismo, se trata de una cuestión relevante en los supuestos de las llamadas "acciones gemelas"²⁴, cuando concurre una pluralidad de afectados. En ellas, un primer afectado ejerce su acción y el resto espera al resultado del litigio "piloto"

²³ Sentencia del TJUE, de 18 de marzo de 2010, *Alassini y otros* (C-317/08 a C-320/08, Rec. p. I-02213). Apartado 67

²⁴ Michele Carpagnano (2007). "El private enforcement del derecho comunitario de la competencia en acción: Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C 295-298/04", InDret, Barcelona. P. 14.

para testar la bondad de su fundamentación jurídica y así minimizar el riesgo de ver desestimada su pretensión en su propio proceso ulterior.

El pronunciamiento del TJUE en el precedente *Manfredi y otros* sentó el principio de que corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si una norma interna con arreglo a la cual el plazo de prescripción se computa a partir del día en que comienzan el acuerdo o la práctica prohibidos "hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio sufrido, en particular cuando dicha norma nacional establece también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse"²⁵. Se trata, por tanto, de una solución relativamente abierta, sin una referencia cuantificada, y necesariamente evaluable caso a caso. Posteriormente, en el caso *Bulicke*²⁶ en 2010 el Tribunal reiteraría la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad, afirmando que el plazo no ha de ser menos favorable que el relativo a recursos similares de carácter interno en la misma materia, y que la fijación del momento a partir del cual empieza a correr el plazo no debe haber imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.

Por lo que respecta al ordenamiento español, se entiende que los plazos de un año para la acción de responsabilidad extracontractual (artículo 1968 CC) y de 15 años para la de responsabilidad contractual (artículo 1964 CC) no habrían de presentar ningún problema, dadas las reglas para el cómputo de los plazos. Para la responsabilidad contractual, éste "se contará desde el día en que pudieron ejercitarse" las acciones (artículo 1969 CC); mientras que para la responsabilidad extracontractual, el plazo computará "desde que lo supo el agraviado" (artículo 1968 CC). En cualquier caso, la jurisprudencia ha ofrecido una interpretación sumamente flexible para este segundo plazo, que es el que podría ser preocupante. Especialmente en supuestos en que los daños hayan sido causados por comportamientos continuados o permanentes, el plazo se inicia "desde que se conozca cabalmente y de modo cierto el daño definitivo sufrido"²⁷, siendo exigible "una verificación total de los daños producidos" para que el perjudicado pueda valorar en su conjunto las consecuencias dañosas y

²⁵ Sentencia *Manfredi y otros*, apartado 62.

²⁶ Sentencia del TJUE, de 8 de julio de 2010, *Bulicke* (C-246/09, Rec. p. I-7003). Apartado 48.

²⁷ Sentencia del TS, Sala Primera de lo Civil, de 30 mayo de 2005, Rec. 4712/1998.

cuantificar la reparación que deba ser reclamada (El TS se ha llegado a referir a una "situación jurídica de aptitud plena para el ejercicio de las acciones"²⁸).

Por tanto, pese a que podría argumentarse que el plazo de un año, aplicable a la mayoría de supuestos, es relativamente breve, entendemos que no existe un peligro real de que el ordenamiento español suspendiese el test del principio de efectividad. En primer lugar, puesto que no basta con que el daño se haya producido, ni siquiera con que el daño sea conocido. Las exigencias jurisprudenciales anteriormente aludidas implicarían que, para que el año de prescripción comience a computar, debe existir una capacidad de evaluar, cuantificar y acreditar el daño, para lo cual es imprescindible un tiempo prudencial, en función de las circunstancias, para el adecuado planteamiento de la pretensión. Y, en segundo lugar, conviene recordar que corresponde al demandado probar que la acción prescribió y, por tanto, cuándo comenzó a computar el plazo conforme a las exigencias anteriormente apuntadas, lo cual constituye una carga nada despreciable que favorece el cumplimiento del principio de efectividad en el ordenamiento español.

Sin embargo, asumimos que las reglas de los artículos 1968 y 1969 CC no habrían necesariamente de proteger al perjudicado en el supuesto de que decida esperar a un pronunciamiento judicial o administrativo sobre la ilicitud del acuerdo o conducta vulneradores. Siempre que existiesen elementos de juicio suficientes, no ya para hallarse seguro del éxito de la acción, sino meramente para poder ejercitar la misma, comenzaría a computar dicho plazo. Por tanto, quien decidiese esperar a la acción "piloto" deberá asumir el riesgo de que la prescripción llegara a producirse.

Finalmente, una última cuestión relevante versa sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad en los casos en que ésta se exija entre partes de una relación contractual que infringe las normas de competencia. Dada la magnitud de la diferencia de los plazos de prescripción entre un cauce y otro, se trata de un debate vital que aún no ha recibido una respuesta clara por parte de los operadores judiciales nacionales ni comunitarios, y que se aborda a continuación.

²⁸ Sentencia del TS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de abril de 1986, RJ 1986\1864.

II. Presupuestos para el ejercicio de la acción.

A. Naturaleza contractual o extracontractual.

Existen autores²⁹ que no descartan que la responsabilidad exigible entre particulares por el incumplimiento del Derecho de la competencia pueda ser no sólo de naturaleza extracontractual, supuesto concebible por lo general, sino también de naturaleza contractual. Ello implicaría aceptar la posibilidad de que dos partes firmen un contrato ilícito y, al cabo de un tiempo (superior al año de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual), una de las partes del acuerdo reclame a la otra daños sufridos como consecuencia de la conducta ilícita de la contraparte en el marco de dicho contrato, y ello en base a los artículos 1101 y 1124 CC. Por tanto, se estaría asimilando la infracción de una norma de carácter público a la infracción unilateral de una obligación contractual en sentido estricto.

Para este debate interesa traer a colación la sentencia del TJUE en el caso *Courage y Crehan*. El litigio que dio origen a la sentencia derivó del acuerdo celebrado entre IEL y Courage, por el que todos los arrendatarios de IEL debían adquirir su cerveza exclusivamente a Courage. El contrato tipo de arrendamiento aplicado por IEL establecía esta obligación de compra exclusiva de la cerveza suministrada por Courage sin posibilidad de negociación, y a los precios fijados en el contrato. Uno de los arrendatarios de IEL era el Sr. Crehan. En 1993, Courage interpuso una reclamación de cantidad al arrendatario Sr. Crehan, correspondiente a determinados suministros de cerveza que no se habían pagado. El Sr. Crehan opuso que Courage vendía su cerveza a los arrendatarios independientes de pubs a unos precios sustancialmente inferiores que los que figuraban en la lista de precios aplicados a los arrendatarios de los locales de IEL y que se hallaban vinculados a ella por una cláusula de exclusividad. La citada diferencia de precios tendría como consecuencia reducir la rentabilidad de la actividad de los arrendatarios de establecimientos de bebidas sujetos a una cláusula de esta índole y obligarlos a poner fin a su actividad. Entonces, el Tribunal inglés planteó una cuestión prejudicial sobre si el artículo 81 TCE debía interpretarse en el sentido de que una de las partes en un contrato ilícito de arrendamiento por contener semejante cláusula de exclusividad puede invocar dicho artículo ante un órgano jurisdiccional a fin de conseguir una protección jurisdiccional contra la otra parte contratante; y si, en caso afirmativo, la parte que solicita la protección jurisdiccional tiene derecho a que se le conceda una indemnización por daños y perjuicios por un daño que,

²⁹ Por ejemplo, David Ordóñez, en "La acción de indemnización en la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia". Pp. 11-12.

supuestamente, es el resultado de haber estado vinculada por la cláusula del contrato que infringe el artículo 81 CE.

El TJUE respondió que mientras que el entonces artículo 81 TCE “se opone a una norma de Derecho nacional que prohíbe a una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido de la citada disposición, solicitar una indemnización por daños y perjuicios como reparación de un perjuicio ocasionado por la ejecución del citado contrato por el mero hecho de que el autor de la solicitud sea parte en éste”; en cambio, “el Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia”³⁰.

Por tanto, dicho precedente pretende amparar con una acción reparadora a aquella parte en un contrato contrario al Derecho de la competencia, que no sólo acredita haber sufrido un perjuicio por la ejecución del mismo sino además una posición de suficiente debilidad respecto de la infracción y sus efectos distorsionadores de la competencia. El Tribunal establece a este respecto que incumbe al órgano jurisdiccional nacional examinar, a efectos de conceder una acción reparadora a una parte de un contrato ilícito, que ésta “se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición”³¹. Lo que no determina el Tribunal es si esta acción habría de seguir el cauce de la responsabilidad contractual o extracontractual.

A nuestro entender, el cauce apropiado es el de la responsabilidad extracontractual, pues la parte obligada a reparar no habría propiamente incurrido en defecto a la hora de cumplir sus prestaciones contractuales, en los términos exigidos por los artículos 1101 y 1124 CC. La esencia de dicha reparación hallaría su mejor encaje en la conducta antijurídica que el artículo 1902 CC pretende sancionar, y estibaría en el reproche que el ordenamiento jurídico realiza a la parte que, desde una posición de superioridad, se lucra del desequilibrio de intereses plasmado en el contrato. Sólo dicha interpretación, identificando el elemento “extracontractual” en la vulneración de una norma de

³⁰ Sentencia *Courage y Crehan*, apartado 36.

³¹ Sentencia *Courage y Crehan*, apartado 33.

Derecho público, sería satisfactoria a la hora de amparar a quien, aceptando formar parte de una relación ilícita y sin que se acredite vicio del consentimiento, reclama con posterioridad un perjuicio a cuyos propios actos han contribuido.

La jurisprudencia española no ha llegado a avalar expresamente una tesis al respecto, aunque sí es posible hallar precedentes³² en los que una parte invoca la nulidad de un acuerdo contrario a las normas de competencia, reclamando una indemnización, y el juez admite entrar en el fondo de la demanda sin apreciar la prescripción de la acción, a pesar de que han transcurrido varios años desde que se pudo ejercitar la misma. Sin embargo, la sentencia no llega a pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización, porque no hay lugar a declarar la nulidad del acuerdo en el caso concreto (resulta que de las circunstancias del supuesto no cabe deducir una vulneración del Derecho de la competencia, o bien que la parte demandante no pide expresamente dicha nulidad).

En cualquier caso, estimamos que la solución técnicamente adecuada sería conferir a dicha acción de responsabilidad naturaleza extracontractual y, en consecuencia, aplicar un plazo de prescripción de un año. Pese a que ello dificultaría en cierto modo la efectividad del Derecho comunitario, no se trataría de una traba esencial de acuerdo con la interpretación del Tribunal Supremo anteriormente expuesta, y responde a unas exigencias mínimas de coherencia y unidad exigibles a nuestro ordenamiento interno.

Además, éste es el enfoque que el Parlamento Europeo parece adoptar al expresar, en su Resolución de 26 de marzo de 2009, que en "las acciones de indemnización con arreglo al Derecho privado deben estar enfocadas al pleno resarcimiento económico del daño sufrido por el perjudicado", y en ellas "se deben respetar los principios de responsabilidad extracontractual", basados en los requisitos objetivos de la vulneración del Derecho comunitario de la competencia, el daño efectivo, y el nexo causal entre ambas realidades; junto con el elemento subjetivo de la culpa o negligencia³³.

³² Por ejemplo, sentencia del TS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2010, Rec. 1226/2006; y sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, Sección 9ª, de 4 de abril de 2011, Rec. 349/2009.

³³ David Ordóñez, en "La acción de indemnización en la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia". P. 10.

De dichos requisitos, el más interesante desde el punto de vista de la interacción entre los ordenamientos comunitario y nacional ha sido el nexo causal y, en concreto, la carga probatoria exigida para la acreditación del mismo.

B. La acreditación del nexo causal.

Por un lado, la práctica judicial viene exigiendo una prueba "concreta y completa" de los hechos que demuestren la relación de causa a efecto, para lo cual no obstante "puede tomarse en consideración una cierta probabilidad en el curso normal de las circunstancias del caso", y ello exige "realizar una interpretación restrictiva, debiendo excluirse lo basado en deducciones inseguras o desprovistas de certidumbre"³⁴. Dada la complejidad técnica inherente a la práctica probatoria en esta rama del Derecho, el ordenamiento español responde en buena medida a las exigencias del principio de efectividad al contemplar una cláusula abierta en cuanto a los medios de prueba admisibles (artículo 299.3 LEC), teniendo en cuenta que el juez analizará pruebas periciales o técnicas bajo la regla de la "sana crítica" (artículo 384 LEC).

Por otro lado, los pronunciamientos del TJUE han sido ricos en cuanto a la interpretación de la suficiencia probatoria, así como a la hora de establecer alguna presunción relevante que vincula a los jueces nacionales. Por ejemplo, tuvo particular impacto la sentencia en el caso *T-Mobile Netherlands y otros*³⁵, en relación a los intercambios de información. Según ésta, siempre que una empresa participante en una concertación permanezca posteriormente activa en el mercado de que se trate, hay presunción *iuris tantum* establecida por el TJUE y que, por tanto, forma parte integral del Derecho comunitario, de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado³⁶. El punto decisivo no es el número de reuniones que se hayan producido (pudiendo bastar una sola), sino si el contacto en cuestión ha durado lo suficiente como para obtener la información luego presuntamente empleada. Por tanto, en supuestos comparables en que se acredita un contacto directo o indirecto entre empresas, podría considerarse que los ordenamientos nacionales deben velar por que se invierta la carga de la prueba y corresponda a éstas probar que no han utilizado la información intercambiada.

III. Contenido de la resolución.

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 25 de mayo de 2006, Rec. 170/2006.

³⁵ Sentencia del TJUE, de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands y otros* (C-8/08, Rec. p. I-04529).

³⁶ Sentencia *T-Mobile Netherlands y otros*, apartado 51.

Finalmente, concluiremos este recorrido por el *iter* lógico de la sentencia con dos aspectos de vital importancia práctica, como son las reglas para el cálculo de la indemnización cuando ésta proceda, así como determinadas reflexiones sobre la atribución de las costas del proceso.

A. Cálculo de la indemnización.

En relación al cálculo de la indemnización, merece la pena resaltar al menos tres ideas fundamentales.

En primer lugar, el TJUE ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de los sistemas nacionales que prevén daños punitivos. Éstos implican descentralizar a favor de la esfera privada, cuanto menos en parte, el mecanismo del sistema de defensa de la competencia que ha de desincentivar a las empresas para llevar a cabo conductas infractoras futuras, pues la mera reparación del daño podría ser insuficiente para compensar los réditos obtenidos por la conducta ilícita. Ello tiene consecuencias especialmente graves cuando el perjuicio a los consumidores se halla muy fragmentado, de forma que el coste individual de litigar es desorbitado en comparación con la reparación obtenible. Asimismo, en tales ordenamientos, como el inglés, la previsión de los daños punitivos se complementa con una regla que obliga a descontar del importe de una hipotética multa administrativa lo ya satisfecho por dicho concepto, asunto controvertido en la mayoría de los ordenamientos comunitarios por conducir a un enriquecimiento injusto.

En el caso *Manfredi y otros*, el TJUE señaló que contemplar daños punitivos era puramente optativo para cada ordenamiento interno. Por un lado, el TJUE estableció que “de acuerdo con el principio de equivalencia, en las acciones basadas en las normas comunitarias de la competencia deben poder concederse indemnizaciones especiales, como son las de carácter disuasorio o punitivo, si tales indemnizaciones pueden concederse en acciones similares basadas en el Derecho interno” si bien, por otra parte, no resulta contrario al Derecho comunitario la ausencia de regulación de daños punitivos pues aquel “no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios³⁷”.

En segundo lugar, desde el caso *Manfredi y otros* ha quedado claro que la reparación que han de proveer los ordenamientos nacionales ante la vulneración del

³⁷ Sentencia *Manfredi y otros*, apartados 93-94.

Derecho comunitario ha de comprender, al menos, tres elementos: el daño emergente, el lucro cesante, y los intereses correspondientes. Ello suscitó polémica en aquellos ordenamientos en los que, a diferencia por ejemplo del español, la legislación civil no contempla el lucro cesante. Sin embargo, el Tribunal argumentó que "la exclusión total, en concepto de daño reparable, del lucro cesante no puede admitirse en caso de violación del Derecho comunitario, ya que, especialmente en materia de litigios de carácter económico o mercantil, tal exclusión total del lucro cesante puede imposibilitar en la práctica la reparación del daño"³⁸.

En España, uno de los ejemplos más recientes en este terreno ha sido el caso de Céntrica c. Endesa³⁹, donde Céntrica Energía S.L.U. demandó a Endesa Distribución Eléctrica S.A. por los daños derivados del incumplimiento de su obligación, como distribuidora de energía eléctrica, de comunicar a las comercializadoras determinada información sobre los puntos de suministro conectados a sus redes (SIPS), sobre la base de que la misma resultaba necesaria para el desarrollo de la actividad de comercialización de las empresas no integradas. Endesa había venido desatendiendo la obligación de permitir a las comercializadoras el acceso a la información contenida en los SIPS, impidiendo a la demandante competir de forma efectiva, lo cual tuvo un impacto negativo en la evolución del número de clientes de Céntrica. La sentencia declaró que la negativa de Endesa a la entrega de la mencionada información constituía un abuso de posición de dominio, y condenó a ésta a una indemnización que comprendía tanto los gastos legales asumidos por Céntrica para obtener el acceso masivo e incondicional al SIP, como los beneficios que hubiera obtenido de haber cumplido Endesa con la obligación legal.

En tercer lugar, otro debate interesante en este terreno versa sobre si cabe algún tipo de interacción entre la cuantía de una multa administrativa y la de una indemnización civil por unos mismos hechos, pese a que persiguen *a priori* finalidades distintas.

Por un lado, la Comunicación de la Comisión Europea sobre la política de clemencia de 2006 establece que la multa administrativa no puede utilizarse para reducir la indemnización por daños y perjuicios obtenidos a través del *private enforcement*. Parece una solución razonable, pues reducir la indemnización menoscabaría injustificadamente la reparación civil. Sin embargo, en el caso de Ausbanc c. Telefónica anteriormente referido la configuración de la reclamación presenta elementos de naturaleza mixta, y habrá que esperar a la

³⁸ Sentencia *Manfredi y otros*, apartado 96.

³⁹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, Sección 2ª, de 20 de enero de 2011, Rec. 45/2010.

sentencia que en su momento se dicte para ver qué respuesta recibe dicha configuración. Así, de acuerdo con información públicamente accesible⁴⁰, Ausbanc, que en este caso defiende intereses difusos, pretende destinar parte de la indemnización obtenida, con carácter colectivo y en beneficio de la sociedad española en general, a la mejora en España de las redes de ADSL, al incremento en la formación e información suministrada en materia de telecomunicaciones a los consumidores, así como a la mejora en la calidad de dicha información y al asesoramiento jurídico en materia de telecomunicaciones. Asimismo, y en coherencia con el destino "público" de la indemnización, la asociación parte para el cálculo de la misma de la magnitud del daño causado, según las estimaciones de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones y de la Comisión Europea (referido al sobreprecio que han pagado los consumidores durante 5 años por el acceso a Internet de banda ancha, cobrado por Telefónica de forma abusiva), restando de dicha cantidad el importe de la multa ya impuesta por la Comisión Europea y confirmada por el Tribunal General de la UE, si bien esta sentencia se halla en estos momentos recurrida ante el TJUE. De este modo, la pretensión "civil" es ciertamente innovadora, como si subsumiera las reparaciones pública (vía multa) y privada (vía indemnización) en un concepto más amplio ligado al bien general. Está por ver qué acogida dispensarán nuestros jueces a este planteamiento.

Por otro lado, en cuanto al posible efecto que la cuantía de la indemnización satisfecha pudiera tener sobre el importe de la multa, el Parlamento Europeo opinó en su Resolución de 9 de marzo de 2010 "que las multas deberían ser proporcionales al daño provocado por la infracción; propone además que la cantidad que se pague en compensación se tenga en cuenta, en su caso, al calcular la multa; pide a la Comisión que revise la base para el cálculo de sanciones económicas y que, si fuera preciso, incorpore en el Reglamento (CE) nº 1/2003 los nuevos principios que se han de observar en la imposición de multas"⁴¹. Sin embargo, dicho criterio no aparece reflejado en el proyecto de documento orientativo de la Comisión Europea sobre la cuantificación del daño en las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 TFUE, publicado en junio de 2011.

⁴⁰ Ver nota al pie nº 8.

⁴¹ Resolución del Parlamento Europeo de 9 de marzo de 2010, apartado 52, comentada por David Ordóñez, en "La acción de indemnización en la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia", p. 17.

B. Costas.

La regulación interna de las costas procesales no ha sido por el momento objeto de pronunciamiento por parte del TJUE, de forma que sólo cabe formular hipótesis acerca de cómo ésta habría de articularse para que respetase las exigencias de los principios de equivalencia y efectividad. No obstante, parece razonable asumir que el quid de la cuestión se halla en que el coste del proceso no debe desincentivar el ejercicio de acciones de daños.

A este respecto, no nos parece que el ordenamiento español corra el riesgo de presentar dificultades. Las costas han de cubrir los honorarios de defensa y los derechos de peritos y otras personas que hayan intervenido en el proceso, entre otros conceptos (artículo 241 LEC). Ello, junto con las reglas del artículo 394 LEC, según las cuales quien pierde paga (salvo casos con serias dudas de hecho o de derecho), debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes a medias en casos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones (salvo temeridad por alguna de ellas), garantiza a nuestro juicio que las empresas no tengan por qué verse desincentivadas a la hora de reclamar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento comunitario les confiere. A ello habría que sumar la posibilidad de acceso a la asistencia jurídica gratuita, incluso para las asociaciones de consumidores y usuarios.

Dicho sistema no obsta para que sea relativamente habitual que el demandado no sea condenado en costas. La explicación tiene que ver, en parte, con el hecho de que frecuentemente se reclaman conceptos difíciles de cuantificar, por ejemplo el lucro cesante. Al concurrir diversos informes periciales contradictorios, y en ocasiones de naturaleza técnica compleja, es inevitable que en algunos casos el juez carezca de la *expertise* científica requerida como para poder aceptar íntegra y exclusivamente el análisis planteado por sólo uno de ellos.

IV. Conclusión.

Una vez recorrido el panorama global sobre cómo el TJUE ha ido interpretando los principios de equivalencia y efectividad, y a la vista de la evolución legislativa y de la práctica judicial en España durante la última década, procede responder fundadamente a la cuestión planteada al inicio. ¿Son satisfactorias las soluciones que ofrece el ordenamiento español, a la luz de dichos principios, en el marco de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia?

En términos generales, nuestra respuesta ha de ser afirmativa. En los aspectos verdaderamente cruciales para obtener la reparación por daños

anticompetitivos, se ha analizado cómo el legislador español ya contaba con un sistema civil relativamente favorable a los intereses del perjudicado en las materias más relevantes (legitimación activa y pasiva, prescripción, lucro cesante, costas, etc.).

Sin embargo, esta conclusión optimista no debería distraer la atención sobre determinados aspectos mejorables. Por un lado, el TJUE ya ha indicado expresamente la incompatibilidad de la exigencia española de agotamiento de la vía administrativa previa si es una ley la que vulnera el derecho comunitario. Asimismo, los problemas tradicionales de los que adolece nuestra justicia en su conjunto, como la excesiva dilatación de los procesos en el tiempo o los escasos incentivos a la solución extrajudicial, ya han sido puestos de manifiesto en el Documento de la Comisión (DG SANCO) de evaluación de la efectividad y eficiencia de los mecanismos de recurso colectivo en la UE, dentro del informe específico sobre España, de febrero de 2008⁴². Desatender tales problemas de cara a los próximos años podría significar, tal vez, un deterioro en el acceso real de los particulares a la tutela judicial, pudiendo hacer peligrar la efectividad de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.

⁴² Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons.