



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial  
European Judicial Training Network  
Réseau européen de formation judiciaire

## Red Europea de Formación Judicial

---

# **Daños antitrust, derecho europeo de la competencia y jueces: acciones públicas y privadas en aplicación de los artículos 101, 102 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por los jueces nacionales (REFJ1224)**

Barcelona: 20, 21 y 22 de junio de 2012

Aula 9-10  
Escuela Judicial  
Carretera de Vallvidrera 43-45  
08017-Barcelona

*Director del curso*  
**David Ordóñez Solís**  
**Doctor en Derecho**  
*Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-  
Administrativo nº 4 de Oviedo*

---

### **Miércoles, 20 de junio de 2012**

11:30 h. La aplicación privada del Derecho de la Competencia en Los Estados Unidos de América:  
algunas sugerencias para la reflexión.

**Sra. Joanna Goyder.**  
Abogada. Freshfields, Bruckhaus & Deringer (Bruselas)

# **APLICACIÓN PRIVADA Y PÚBLICA, LEGISLACIÓN EUROPEA SOBRE COMPETENCIA Y JUECES NACIONALES**

**ESCUELA JUDICIAL, BARCELONA, 20-22 DE JUNIO DE 2012**

## **Aplicación privada de la legislación sobre competencia en EE.UU.: Elementos de reflexión**

**Joanna Goyder, Freshfields Bruckhaus Deringer**

### **I. Introducción**

En ocasiones, los europeos criticamos el sistema estadounidense de aplicación privada de la legislación sobre competencia. Es probable incluso que los juristas estadounidenses no optasen hoy en día por el sistema actual si tuviesen que empezar de cero. Pero como la UE está en cierta medida empezando de cero, es importante que aprovechemos al máximo la experiencia estadounidense para moldear nuestro sistema de cara al futuro. Fijarnos en el sistema estadounidense no tiene por qué aportarnos referencias claras en Europa, ya que ambos (conjuntos de) sistemas legales se basan desde sus inicios en principios muy diferentes y se han desarrollado de un modo muy distinto. No obstante, la antigüedad y la extensión de la experiencia estadounidense en ese ámbito puede, al menos, proporcionarnos muchos elementos de reflexión.

La experiencia estadounidense demuestra, entre otras cosas, que un mayor grado de aplicación privada en la UE implicaría un mayor compromiso por parte de los jueces nacionales a la hora de dar forma al sistema de aplicación de la legislación sobre competencia. En la UE, los jueces nacionales tendrán que desempeñar un papel fundamental a la hora de desarrollar la aplicación privada, especialmente porque en este tipo de casos influye mucho la legislación procesal nacional, que los jueces tienen la función de interpretar y aplicar. Muchos Estados miembros ya están introduciendo sus propios cambios legales en ese ámbito, en parte porque las medidas a escala comunitaria están surgiendo con mucha lentitud, con alcance limitado y en su mayoría sin carácter vinculante. Todo ello parece indicar que los jueces nacionales tendrán un papel cada vez más importante y destacado en la aplicación de la legislación sobre competencia.

### **II Visión de conjunto del sistema de aplicación de la legislación sobre competencia y el papel de la aplicación privada en EE.UU.**

Los Artículos 1 y 2 de la Ley Sherman estadounidense guarda similitudes con los Artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que prohíben los acuerdos contrarios a la competencia y abuso de posición dominante, respectivamente. Los Artículos 1 y 2 de la ley estadounidense son muy breves y concisos, y la legislación sobre competencia depende en gran medida de la jurisprudencia. Los pleitos entre particulares sobre prácticas monopolistas han sido percibidos desde el principio como un importante complemento a la aplicación de la

legislación por parte de los organismos públicos: a los litigantes particulares se les ha llamado “fiscales generales particulares”.

El castigo y la disuasión son elementos clave de la filosofía que inspira al sistema de aplicación privada estadounidense. El sistema ofrece incentivos importantes a los demandantes y refleja un punto de vista según el cual los infractores de la legislación sobre competencia deben ser tratados con mayor dureza que casi cualquier otro infractor del derecho civil. Esta situación contrasta con la situación en los países de la UE, donde suelen prevalecer los propósitos y principios de la imparcialidad y una indemnización justa para las víctimas.

### **III. Evolución histórica del sistema de aplicación privada en EE.UU.**

La Ley Sherman entró en vigor en 1890, en una época en la que no había fondos asignados para la aplicación de la legislación por parte de organismos públicos. Lo común era pensar que las demandas privadas constituían el principal medio de aplicación de la legislación. El sistema de triple indemnización se contemplaba desde el principio. Pero aun así, la aplicación privada se desarrolló tímidamente durante los primeros 50 años de vida de esa ley. Según un estudio, únicamente se habían dictado diez casos reales de triple indemnización hasta 1946.

Pero tras la Segunda Guerra Mundial las demandas privadas aumentaron rápidamente. Ello se debió en gran parte a los cambios introducidos por la jurisprudencia en el derecho sustantivo, que aumentaron sustancialmente las posibilidades de que los demandantes presentasen reclamaciones basándose en infracciones *per se* (es decir, en las que el demandante no necesitaba demostrar perjuicios a la competencia). Se ha llegado a calificar a los años 60 y al principio de los 70 de “picnic de demandantes”. Entre las sentencias más importantes figuran *Schwinn* (1967) sobre restricciones verticales del territorio y de la clientela, *Utah Pie* (1967) sobre fijación de precios predatorios, *Albrecht* (1968) sobre mantenimiento de precios máximos de reventa, y *Chicken Delight* (1968) sobre compra exclusiva impuesta a los titulares de franquicias. Muchos de estos casos fueron revocados en un plazo de diez años, pero durante un tiempo fueron de gran utilidad para los demandantes.

A partir de finales de los años 70 aproximadamente, se produjo un sorprendente descenso en el número de demandas particulares. Se han planteado varias explicaciones para este descenso, incluidos los cambios en el procedimiento para la aplicación de la legislación por parte de los organismos públicos y los cambios normativos en la representación de los consumidores indirectos, pero el motivo fundamental parece ser una larga serie de fallos favorables a los demandados por parte del Tribunal Supremo, como *Brunswick* (1977), que introdujo el requisito de “daños por monopolio”, con objeto de desalentar demandas infundadas por parte de empresas rivales. Otros casos importantes, que redujeron sustancialmente la capacidad de los demandantes de presentar demandas basadas en infracciones *per se*, fueron *Pennsylvania* (1977) sobre restricciones territoriales verticales, *Matsushita* (1984) sobre fijación de precios predatorios, y *Jefferson Parish* (1988) sobre compra exclusiva. Simultáneamente, la influencia de la “Escuela de Chicago” dio más peso a la economía en la legislación sobre competencia. Ello a su vez provocó que los jueces se sintieran poco capacitados para decidir, por ejemplo, en qué se diferenciaba la fijación

de precios predatorios de las rebajas honestas de precio. Ello, junto con la tendencia entre los políticos estadounidenses de la época a optar por errores de omisión a la hora de aplicar la legislación sobre competencia, llevó a los jueces a preferir una aplicación escasa de la legislación antes que su aplicación excesiva. Además, en aquella época se extendió la creencia de que el coste de acudir a los tribunales por este tipo de cuestiones no compensaba, y también una tendencia en ciertos sectores a confiar más en la normativa que en el derecho de la competencia.

Aunque los jueces hayan impuesto condiciones más estrictas para obtener compensaciones, el número y el alcance de los casos por perjuicios a la competencia sigue siendo enorme. Según un estudio, únicamente los 40 casos más importantes del período 1990-2007 dieron lugar a indemnizaciones por un valor total aproximado de unos 19.000 millones de dólares. No obstante, en los dos últimos años se ha producido un ligero descenso de los pleitos entre particulares, aunque podría deberse al hecho de que el número de demandas suele estar ligado a los niveles de actividad económica. El saldo entre los pleitos públicos y privados sigue claramente inclinado hacia la iniciativa particular: por ejemplo, el 97% de todos los casos basados en la legislación antimonopolios de los tribunales federales en el año que finaliza en marzo de 2011 fueron por iniciativa particular.

#### **IV. Características principales del sistema estadounidense de aplicación privada de la legislación sobre competencia**

- *Amplias posibilidades de pago de los honorarios por acuerdo “quota litis” o según condiciones*

Muchas de las personas que desean presentar demandas sobre competencia no tienen que invertir ninguna cantidad para hacerlo, y los honorarios en los procedimientos colectivos antimonopolio suelen ser del orden del 10-25% de las indemnizaciones que finalmente se obtengan.

- *“Cultura del litigio” y una abogacía muy activa*

Existe una sólida cultura del litigio y los abogados buscan activamente demandantes potenciales, por ejemplo en cuanto se informa de una investigación oficial.

- *Requisitos exigentes sobre exhibición de documentos*

A cada parte implicada en un procedimiento judicial se le solicita que exhiba a la otra documentación extensa y variada. Este proceso supone una carga considerable, en principio tanto para el demandante como para el demandado. No obstante, en la práctica, al menos en los procedimientos colectivos de consumo, la carga es mucho mayor para los demandados.

- *Normalmente no existe pena de nulidad para los acuerdos contrarios a la competencia*

No existe este incentivo para fomentar que los contratos no incumplan la legislación sobre competencia.

- ***Triple indemnización aplicable a casi todos los casos sobre competencia***

La regla de la triple indemnización existe desde 1890, y el comité de modernización de la lucha contra los monopolios (*Antitrust Modernization Committee*) de 2007 ofrece cinco justificaciones para ello: castigo, disuasión, restitución de beneficios, indemnización íntegra e incentivo a las víctimas para que hagan aplicar la ley. No obstante, en la práctica la triple indemnización se paga en raras ocasiones. Ello se debe a que la mayoría de los demandantes se conforman con el valor atribuido a los daños en sí o menos, e incluso, cuando se dicta sentencia, no suele concederse ningún interés previo al fallo.

- ***Normativa sobre costas favorable a los demandantes***

La norma general en los tribunales estadounidenses es que cada parte soporte sus propias costas, pero los casos sobre competencia están sujetos a cambios desiguales en los honorarios: los demandados que pierden deben pagar las costas del demandante y las suyas propias, pero los demandantes que pierden solo tienen que soportar sus propias costas.

- ***Responsabilidad solidaria y derecho de no contribución***

Supone un importante incentivo para que los demandados alcancen rápidamente un acuerdo y evita pleitos sobre demandas de contribución. Pero puede percibirse como algo injusto y contrario a los principios generales de la responsabilidad civil.

- ***Procedimientos colectivos***

Con frecuencia los procedimientos colectivos dan lugar a cuantiosas indemnizaciones y pagos de carácter polémico, incluso en EE.UU. La combinación de honorarios por acuerdo “quota litis”, triples indemnizaciones, requisitos exigentes sobre exhibición de documentos y el sistema de exclusión voluntaria “opt-out” (en el que todos los demandantes potenciales quedan incluidos en el procedimiento a no ser que ellos mismos soliciten que se les excluya) ejerce una presión enorme sobre los demandados para que lleguen a un acuerdo, y con frecuencia se percibe como un incentivo a las demandas infundadas. Algunos casos recientes han contribuido a aumentar la dificultad de emprender procedimientos colectivos, como por ejemplo *Twombly* (2007). Pero el marco normativo sigue siendo muy favorable a los demandantes.

- ***Responsabilidad per se muy limitada***

En todos los casos basados en la monopolización (similar al abuso de posición dominante del derecho comunitario) o los acuerdos verticales (incluido el mantenimiento del precio de reventa), es necesario demostrar un perjuicio real a la competencia para que exista infracción.

- ***Ausencia de “passing-on defence” (defensa de daños repercutidos) o pretensiones indirectas del comprador (a escala federal)***

El enfoque federal posibilita una aplicación eficaz de la legislación, pero puede percibirse como injusto. Asimismo, distintos enfoques por parte de organismos federales y de los estados provocan multiplicidad y duplicidad en los procedimientos.

- *Cálculo de los daños*

Una vez que el demandante expone una valoración razonable del daño causado, corresponde al demandado prestar declaración para rebatirla.

- *Juicio con jurado*

Las demandas por daños relativos a la legislación sobre competencia se enjuician ante jurado.

## **V. Elementos de reflexión en la Unión Europea**

- Los demandantes particulares tienen una energía y unos recursos que pueden ser aprovechados para la defensa de la legislación sobre competencia;
- Un derecho formal a emprender acciones legales no garantiza un número elevado de demandas;
- Las indemnizaciones triples o gravosas pueden no ser necesarias para incentivar los procedimientos particulares si pueden cobrarse los intereses devengados hasta la fecha del fallo;
- Los demandantes particulares no actúan necesariamente en defensa del interés general. Por tanto, es fundamental que exista una normativa sustantiva y procesal sólida, y cualquier sistema de procedimientos colectivos debe diseñarse cuidadosamente para reducir al máximo las demandas infundadas;
- De lo contrario, los jueces podrían reaccionar adaptando el derecho procesal y el sustantivo para alcanzar un resultado “correcto”, aunque la discrecionalidad sobre los recursos puede disminuir el riesgo de que los jueces eludan injustificadamente el procedimiento;
- Cuando una demanda particular tenga como único objetivo lograr una compensación justa, un sistema público de indemnización puede ser más eficaz y eficiente: si el incentivo para emprender acciones es existir, sería positivo que existiese un elemento disuasorio ante las demandas particulares;
- El cálculo de la cuantía de los daños quizás debería quedar condicionado a una fuerza probatoria razonablemente elevada;
- ....?