

SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA

**LA NULIDAD
DE LOS NEGOCIOS
RESTRICTIVOS
DE LA COMPETENCIA**

Prólogo de
Alberto Alonso Ureba
y Arístides Jorge Viera González

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	13

PARTE PRIMERA

MARCO JURÍDICO POSITIVO Y ASPECTOS DE POLÍTICA JURÍDICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DE LA SANCIÓN DE NULIDAD

CAPÍTULO I. RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL MODELO DE CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE LOS ESTADOS MIEMBROS: LA CONFIGURACIÓN DEL DERE- CHO DE LA COMPETENCIA	17
I. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA	17
1. Breve excurso histórico: orígenes y evolución del Derecho de la Unión Europea y su repercusión en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros	17
2. El Derecho de la Competencia en los Tratados de la Unión Europea: el distinto tratamiento de las normas de defensa de la competencia y competencia desleal	20
2.1. La competencia exclusiva de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia	20
2.2. Las competencias compartidas en materia de competencia desleal.	22
3. La relación entre la función jurídico-económica de las normas de de- fensa de la competencia y la evolución del modelo europeo de econo- mía de mercado	25
3.1. Primera etapa: convivencia del modelo económico europeo y los distintos modelos nacionales	26

3.2. Segunda etapa: yuxtaposición de modelos y eficiencia económica	27
4. Los problemas que plantea la protección de la competencia en el modelo resultante de la yuxtaposición del modelo europeo y el estatal.....	30
II. ASPECTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONALES Y DE DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	33
1. La relación entre el Derecho de la UE y la Constitución española	33
2. La relevancia del derecho a la libertad de empresa en el modelo que se configura en la «Constitución económica».....	35
3. El derecho a la libertad de empresa como fundamento del Derecho de la Competencia	39
3.1. El Derecho de la Competencia forma parte del contenido del derecho a la libertad de empresa	39
3.2. La relevancia del Derecho de la Competencia y la función jurídico-económica del derecho fundamental a la libertad de empresa	43
CAPÍTULO II. LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	45
I. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA	45
1. La aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia	45
2. La aplicación privada de las normas de competencia desleal y de defensa de la competencia	47
3. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. ¿Hacia una nueva norma general en materia de competencia?	51
II. EN PARTICULAR, LA APLICACIÓN PRIVADA DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	58
1. El reconocimiento de la aplicación privada de las reglas de Derecho <i>antitrust</i>	58
1.1. El reconocimiento jurisprudencial de la aplicación privada durante la vigencia del Reglamento 17/1962	58
1.2. La consolidación normativa: el Reglamento 1/2003	66
2. Los efectos civiles derivados de la infracción de las reglas del Derecho <i>antitrust</i> : la nulidad y la indemnización de daños y perjuicios	68
CAPÍTULO III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SANCIÓN DE NULIDAD: LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA CAUSALISTA ESPAÑOL	71
I. EL FUNDAMENTO Y LA FINALIDAD DE LA NULIDAD EN EL DERECHO PRIVADO DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y EN LAS PROPUES- TAS ARMONIZADORAS ELABORADAS EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	71
1. La relación entre la nulidad y la infracción de las reglas de Derecho <i>antitrust</i> : la búsqueda de una interpretación integradora	71
2. La configuración del fundamento y la finalidad de la nulidad en los sistemas tradicionales	72

2.1.	La opción causalista francesa	72
2.2.	El sistema anticausalista germánico	77
2.3.	La singularidad del Codice Civile italiano	80
2.4.	El modelo de la «consideration» del <i>Common Law</i>	83
3.	Las propuestas armonizadoras elaboradas en el seno de la UE.....	87
II.	LA NULIDAD EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS ESPAÑOL: UNA INTERPRETACIÓN PROPIA	91
1.	Los principales presupuestos del sistema causalista español	91
2.	El fundamento de la nulidad: la infracción de las normas imperativas relativas a la formación del negocio	96
2.1.	Vicio extrínseco: negocio que va más allá de los límites de la autonomía privada	99
A.	Las leyes: infracción textual o virtual.....	100
B.	El orden público: orden público estatal y orden público económico europeo.....	100
C.	La moral: el último límite	105
2.2.	Vicio intrínseco: negocio con causa u objeto ilícito	106
A.	Causa ilícita: el propósito común ilícito	106
B.	Objeto ilícito: la ilicitud de los intereses que se reglamentan en el negocio	111
3.	La finalidad de la nulidad	112
3.1.	La ineficacia de los negocios prohibidos (con o sin causa ilícita)...	113
3.2.	La facultad de las partes de pedir la restitución de lo que se hayan entregado.....	113
A.	Fundamento: el cumplimiento de la obligación nacida del negocio nulo	114
B.	Finalidad: suprimir los efectos materiales	115
C.	Efectos: procedimiento, plazo y legitimación.....	117

PARTE SEGUNDA

SUPUESTOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA NULIDAD DERIVADA DE LA INFRACCIÓN DE LAS REGLAS DE DERECHO ANTITRUST: LOS NEGOCIOS RESTRINGIDOS DE LA COMPETENCIA

CAPÍTULO IV. LA NULIDAD DE LOS NEGOCIOS RESTRINGIDOS DE LA COMPETENCIA	121
I. LA NULIDAD DE LOS NEGOCIOS COLUSORIOS	121
1. El supuesto de hecho	121
2. Los negocios colusorios aptos para restringir la competencia en el mercado	122
2.1. Sujetos activos y pasivos: la relación entre empresarios y consumidores	123

2.2.	Objeto material: la nulidad de las conductas jurídicamente vinculantes	124
2.3.	Tipo de actividad	131
2.4.	El elemento intencional: distinción entre negocios restrictivos por su objeto o por sus efectos.....	132
	A. Negocios restrictivos por su objeto: posible causa ilícita.....	135
	B. Negocios restrictivos por sus efectos: causa lícita.....	137
3.	Excepciones a la aplicabilidad de la prohibición	138
3.1.	La falta de afectación sensible o apreciable de la competencia ...	138
3.2.	Exención legal individual	142
3.3.	Exención por categorías.....	143
	A. Acuerdos de investigación y desarrollo	145
	B. Acuerdos de especialización	147
	C. Acuerdos verticales	148
	D. Acuerdos verticales en el sector de vehículos de motor	152
	E. Acuerdos de transferencia de tecnología.....	153
3.4.	Conductas exentas por ley	154
3.5.	Las declaraciones de inaplicabilidad	155
3.6.	La limitación del carácter «excusante» de las políticas de clemencia, los compromisos, el sobreesimiento de una investigación, la desestimación de una denuncia y las cartas de orientación al ámbito de la aplicación pública	156
II.	LA NULIDAD DE LOS NEGOCIOS EN LOS QUE SE MATERIALIZA UN ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.....	157
1.	El supuesto de hecho	157
2.	Los negocios en los que se materializa un abuso de posición dominante	160
2.1.	Sujetos activo y pasivo	161
2.2.	Objeto material	162
2.3.	Tipo de actividad	163
2.4.	Elemento intencional: negocios prohibidos con una causa ilícita que excepcionalmente puede ser lícita	163
	A. Abuso de exclusión	165
	B. Abuso de explotación.....	168
3.	Excepciones a la prohibición.....	169
3.1.	La falta de afectación sensible de la competencia en el ámbito estatal	169
3.2.	La conducta es proporcional, es objetivamente necesaria o genera eficiencias suficientes	169
3.3.	Conductas exentas por ley	171
3.4.	La situación de reconocida ilegalidad de la víctima y el consentimiento o petición del cliente no son causa de exención.....	171

CAPÍTULO V. LA NULIDAD DE LOS ACTOS QUE INFRINGEN LAS NORMAS DE COMPETENCIA DESLEAL 173

I. LA DESLEALTAD DE LAS CONDUCTAS QUE INFRINGEN LAS REGLAS DE DERECHO *ANTITRUST*: SU PROYECCIÓN SOBRE LAS RECOMENDACIONES O DECISIONES VINCULANTES Y LAS PRÁCTICAS CONCERTADAS O CONSCIENTEMENTE PARALELAS DE CARÁCTER COLUSORIO Y DETERMINADAS SITUACIONES DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE 173

II. LA DESLEALTAD DE DETERMINADAS CONDUCTAS LÍCITAS O EXENTAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO *ANTITRUST* 176

III. EL FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES 178

PARTE TERCERA

LA INEFICACIA DE LOS NEGOCIOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

CAPÍTULO VI. LAS CARACTERÍSTICAS DE UNA INEFICACIA ESTRUCTURAL 185

I. PLANTEAMIENTO: LA EXISTENCIA DE UNA IRREGULARIDAD ESTRUCTURAL CUYOS EFECTOS JURÍDICOS DEBEN SER ELIMINADOS 185

II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA INEFICACIA DE LOS NEGOCIOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA VARÍAN EN FUNCIÓN DE LA LICITUD O ILICITUD DE SU CAUSA..... 186

CAPÍTULO VII. INEFICACIA AUTOMÁTICA: APLICACIÓN JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL 189

I. LA CONSOLIDACIÓN DE LA INEFICACIA AUTOMÁTICA DE LOS NEGOCIOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA..... 189

II. LA RELATIVIDAD PROCESAL DE LA INEFICACIA AUTOMÁTICA 191

 1. La declaración judicial de la nulidad 192

 2. La declaración extrajudicial de la nulidad: en particular, el arbitraje..... 196

 2.1. Las dificultades que plantea la declaración de nulidad por el árbitro..... 200

 2.2. El control del laudo arbitral 203

CAPÍTULO VIII. INEFICACIA ABSOLUTA O LEGITIMACIÓN *ERGA OMNES* 209

I. LOS INTERESES Y LAS PERSONAS AFECTADAS: LA PROTECCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO 209

II. LA OPERATIVIDAD DE LA INEFICACIA ABSOLUTA A FALTA DE ACUERDO DE LAS PARTES SOBRE LA INVALIDEZ	210
1. Legitimación activa	210
2. Legitimación pasiva.....	213
CAPÍTULO IX. INEFICACIA TOTAL O PARCIAL: UNA CUESTIÓN DE CAUSALIDAD	215
I. PLANTEAMIENTO: LA IMPORTANCIA DE LA CAUSA	215
1. La relación entre la ineficacia total y la ineficacia parcial.....	215
2. La ineficacia conjunta de varios negocios	217
II. LA INEFICACIA TOTAL.....	217
1. Los negocios colusorios restrictivos por su objeto.....	217
2. Los negocios en los que se materializa un abuso de posición dominante.....	222
III. LA DENOMINADA «PROPAGACIÓN» DE LA INEFICACIA	223
1. Lo accesorio no siempre sigue a lo principal	223
1.1. La ineficacia de los negocios coligados.....	224
1.2. La ineficacia de los negocios conexos	227
2. Los contratos derivados: los límites de la causa.....	227
2.1. Los contratos derivados restrictivos de la competencia	233
2.2. Los contratos derivados que desarrollan el contenido de un negocio restrictivo de la competencia: resarcimiento de daños y perjuicios	233
2.3. La posible aplicación de las normas protectoras de los consumidores y de condiciones generales de la contratación	234
A. La nulidad de las condiciones generales de la contratación ...	237
B. La nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores	239
IV. LA INEFICACIA PARCIAL.....	240
1. La delimitación de la parte nula	240
2. Supuestos de nulidad parcial	242
2.1. Nulidad parcial por mandato de ley.....	242
A. La nulidad de las cláusulas grises	243
B. Los contratos derivados que contienen cláusulas o condiciones abusivas	247
2.2. Nulidad parcial en ausencia de mandato de ley.....	248
A. Nulidad parcial subjetiva o en atención a la voluntad de las partes.....	248
B. Nulidad parcial objetiva o para evitar el fraude de ley	251
3. Los efectos de la nulidad parcial en el contrato	254
3.1. La ineficacia parcial eliminatória	254
3.2. La ineficacia parcial sustitutiva	255

CAPÍTULO X. INEFICACIA ORIGINARIA O SOBREVENIDA 259

I. EL ORIGEN DE LA INEFICACIA: ¿INEFICACIA ORIGINARIA O SOBREVENIDA?..... 259

II. LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE INEFICACIA SOBREVENIDA: LA IMPORTANCIA DE LAS REGLAS PREVISTAS EN LOS REGLAMENTOS DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS..... 260

1. Ineficacia sobrevenida por mandato de ley 260

2. Ineficacia sobrevenida por cambio de norma 263

CAPÍTULO XI. INEFICACIA DEFINITIVA..... 269

I. NO ADMITE SANACIÓN POR EL PASO DEL TIEMPO 269

II. NO ADMITE CONFIRMACIÓN NI CONVERSIÓN 270

PARTE CUARTA

LA RESTITUCIÓN DERIVADA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

CAPÍTULO XII. LA RESTITUCIÓN 275

I. LA REGLA GENERAL DE LA RECÍPROCA RESTITUCIÓN 275

1. Planteamiento: la importancia de la causa..... 275

2. Legitimación 276

2.1. Legitimación activa 276

2.2. Legitimación pasiva..... 277

3. Plazo 277

4. El alcance de la restitución 278

4.1. El momento de la evaluación de la restitución 278

4.2. La restitución de las prestaciones: obligaciones de dar, hacer o no hacer..... 279

4.3. La restitución por pérdida de la cosa: su aplicación a los contratos derivados 282

II. LA EXCEPCIÓN A LA RECÍPROCA RESTITUCIÓN: LA CAUSA TORPE 285

1. El fundamento y la finalidad de la excepción..... 285

2. Presupuestos: la aplicación del régimen jurídico de la causa torpe a los negocios restrictivos de la competencia (negocios prohibidos) con causa ilícita 287

2.1. La relación entre la causa ilícita y la causa torpe 288

2.2. El criterio de imputación: la culpa..... 289

3. Legitimación 294

3.1. Ausencia de legitimación: culpa compartida 295

A. Cumplimiento de lo acordado por ambas partes 295

B. Retención de lo recibido sin cumplir lo pactado..... 299

3.2. Legitimación limitada: culpa de una de las partes.....	299
4. Plazo	302
5. Alcance de la restitución.....	302
5.1. El momento de la imputación de la culpa condiciona la restitución	302
5.2. La torpeza se proyecta sobre las atribuciones patrimoniales definitivas.....	304
 CAPÍTULO XIII. LA RELACIÓN ENTRE LA ACCIÓN RESTITUTORIA, LA REIVINDICATORIA, LA USUCAPIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL	307
I. LA RELACIÓN ENTRE LA ACCIÓN RESTITUTORIA, LA REIVINDICATORIA Y LA USUCAPIÓN	307
1. Planteamiento: la adquisición de la propiedad	307
2. La venta nula: negocios restrictivos de la competencia	310
3. La venta de cosa adquirida en virtud de un negocio nulo: contratos derivados.....	311
3.1. La relación entre las partes que suscribieron el negocio restrictivo de la competencia	312
3.2. La relación entre las partes que llevaron a cabo el contrato derivado	312
3.3. La relación entre el propietario y el poseedor de la cosa.....	313
4. Las particularidades que presenta la causa torpe.....	314
II. LA RELACIÓN ENTRE LA ACCIÓN RESTITUTORIA Y LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	315
1. La responsabilidad civil en el ámbito del Derecho <i>antitrust</i>	315
2. El fundamento y la finalidad de la responsabilidad civil: su relación con la nulidad y la restitución.....	318
3. La naturaleza de la responsabilidad civil derivada de la infracción de las reglas de Derecho antitrust: carácter extracontractual	318
3.1. La compatibilidad de la responsabilidad extracontractual y la contractual: el contrato derivado en el que se materializa el <i>cártel</i>	320
3.2. Los límites de la responsabilidad civil extracontractual: <i>«umbrella effect»</i>	323
4. Presupuestos de la responsabilidad civil	324
4.1. La antijuridicidad de la conducta y el resultado	324
A. La antijuridicidad del resultado: la importancia del dolo y la negligencia.....	326
B. La prueba de la antijuridicidad del resultado	328
4.2. El daño	330
A. La prueba del daño por la víctima	333
B. La prueba del sobrecoste en la <i>passing-on defence</i>	333
C. La prueba de la ilicitud de la conducta y del sobrecoste para el comprador directo por parte del comprador indirecto	335

D. Limitación del acceso a las pruebas relativas a las declaraciones que se realizan en el marco de un programa de clemencia y a las solicitudes de transacción.....	335
4.3. La relación de causalidad material entre la conducta ilícita y el daño	337
4.4. La imputación jurídica del daño	339
A. Imputación objetiva	341
B. Imputación subjetiva.....	342
5. El alcance de la responsabilidad extracontractual conjunta y solidaria .	343
6. Aspectos procesales	344
6.1. Legitimación	344
6.2. Plazo	347
BIBLIOGRAFÍA.....	351

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Sergio González García

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9123-067-0

Depósito legal: M. 24.226-2016

Fotocomposición: Francisco Javier Rodríguez Albite

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Rfo Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2016

PRÓLOGO

Tras el pleno reconocimiento de la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia, primero a nivel jurisprudencial y finalmente en el plano normativo (Reglamento 1/2003 y Ley 15/2007), se ha iniciado un progresivo y cada vez más profundo proceso de iusprivatización en el que empieza a delimitarse el alcance y la importante función que la acción de nulidad y la de responsabilidad por daños van a tener en el futuro desarrollo de nuestro Derecho antitrust. En relación con la acción de nulidad, nuestro Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre aspectos como la delimitación de sus supuestos, la extensión total o parcial de la misma al contrato (STS de 30 de julio de 2009), así como la eventual incidencia de sus efectos en los negocios coligados y la restitución de prestaciones realizadas (SSTS de 30 de junio de 2009 y de 26 de febrero de 2009, con continuidad en otros pronunciamientos). No es difícil prever que una vez que se trasponga a nuestro ordenamiento la Directiva 2014/14 UE, relativa a las acciones por daños derivados de la infracción del Derecho de la Competencia, los operadores jurídicos y económicos centrarán su atención en las acciones de nulidad y de responsabilidad por daños como instrumento de tutela frente a los ilícitos concurrenciales. Las características propias de la nulidad (esencialmente las derivadas de la legitimación erga omnes), unidas a su función económica en orden a eliminar las limitaciones a la libre competencia que establecen los operadores económicos, deberían dar a esta acción una función relevante en la configuración de nuestro futuro Derecho de la Competencia iusprivatizado, en el que no es imaginable que surjan las inevitables contradicciones entre los distintos órdenes jurisdiccionales, como ya sucediera con algunos supuestos de actos de competencia desleal.

El trabajo que hoy tenemos el honor de prologar responde al desafío que esta renovada funcionalidad del Derecho de la Competencia plantea a los iusprivatistas, teniendo su origen en la tesis doctoral que Sergio GONZÁLEZ preparó y defendió en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Y constituye uno de los muchos méritos el haber realizado la difícil tarea de situar, primero, el complejo marco jurídico-normativo y conceptual de la nulidad en nuestro Derecho común para, después, aplicarlo al concreto supuesto de los negocios restrictivos de la competencia. Es de justicia felicitar al autor por el excelente trabajo realizado, fruto del esfuerzo que sólo pueden hacer las personas que descubren lo mejor de sí mismas en la compañía del estudio y la investigación universitaria.

Para la exposición del tema el autor nos ofrece una sistemática dividida en cuatro partes. En la primera aborda el marco jurídico positivo y los aspectos de política jurídica del Derecho de la Competencia y de la sanción de nulidad. Partiendo del proceso configurador y de los fines de las normas de competencia, termina conjugándolos con los fines propios de la aplicación privada y, en especial, de la acción de nulidad. Y lo hace con un estilo propio: conciso, sin caer en la superficialidad, al contrario, con la profundidad que sigue a un ejercicio de reflexión serio y riguroso en el que cada frase, cada palabra, ha sido pensada. Nada es azar, ni premura. En la segunda parte aborda los supuestos en los que se fundamenta la nulidad derivada de la infracción de las reglas del Derecho antitrust, estableciendo una clara delimitación de qué supuestos de ilicitud anticompetitiva pueden ser objeto de la acción de nulidad, lo que le da la oportunidad de exponer su propia visión del marco de relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal. En la tercera parte expone lo que en la manualística más tradicional sería la legitimación y los presupuestos de la acción de la nulidad, pero lo hace siguiendo a la doctrina más moderna, a partir de las características propias de la ineficacia estructural, en función de la licitud o ilicitud de la causa (ineficacia absoluta, total o parcial, originaria o sobrevinida y definitiva). En esta parte destaca el detallado y fundamentado estudio que realiza sobre la extensión de los efectos de la nulidad a los negocios coligados y conexos, de donde se deriva que lo accesorio no sigue siempre a lo principal. Finalmente, la parte cuarta está dedicada a la restitución de las prestaciones que las partes de un negocio nulo hayan podido realizar. En este punto no se conforma con abordar la mera exposición del alcance de la acción restitutoria (alcance y excepciones), sino que realiza la minuciosa tarea de delimitar el marco de relaciones entre esta acción y la reivindicatoria, la usucapión y la responsabilidad civil. Llamamos la atención sobre este último aspecto de la responsabilidad por daños, porque en ella el autor traza con finura las funciones complementarias que puede realizar con respecto a la acción restitutoria, aspecto que, quizá, pueda arrojar luz en el futuro desenvolvimiento de la relación entre la nulidad, la restitución y la responsabilidad por daños, como instrumentos de tutela jurídico-privada del Derecho de la Competencia.

En definitiva, el lector se encuentra ante una obra que no se limita a desbrozar, lo que en esta materia ya sería un gran mérito, sino que hace camino, se prescinde de lo accesorio y se construye su propio discurso de forma clara y, muchas veces, muy contundente. Estamos ante una obra rigurosa, que responde a una excelente construcción dogmática y que aporta valiosos elementos de interpretación y aplicación normativa, reflejo de un compromiso permanente del autor con el estudio y la investigación.

Nuestro reconocimiento y gratitud al doctor Sergio GONZÁLEZ por su valiosa colaboración en las tareas docentes y de investigación en el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos, de la que es reflejo este excelente trabajo.

Alberto ALONSO UREBA
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Rey Juan Carlos

Arístides Jorge VIERA GONZÁLEZ
Acreditado a catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Rey Juan Carlos

ABREVIATURAS

AAC	Autoridad Autonómica de la Competencia.
AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
AC	Autoridad de la Competencia.
AGCM	Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil.
AJPI	Auto del Juzgado de Primera Instancia.
ALCM	Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2104.
ANC	Autoridad Nacional de la Competencia.
AUE	Acta Única Europea (<i>DO</i> , núm. L 169, de 29 de junio de 1987).
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado.</i>
c.	Contra.
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (<i>BOE</i> , núm. 206, de 25 de julio de 1889).
C. de Co.	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (<i>BOE</i> , núm. 289, de 16 de noviembre de 1885).
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979 (<i>BOE</i> , núm. 243, de 10 de octubre de 1979).
CEE	Comunidad Económica Europea.
CESL	Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea (CESL) de 11 de octubre de 2011 (2011/0284 COD).
CL	Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (<i>DO</i> , núm. L 339, de 21 de diciembre de 2007).
CNC	Comisión Nacional de la Competencia.
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
Constitución	Constitución Española (<i>BOE</i> , núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (<i>BOE</i> , núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).
DCFR	Draft Common Frame of Reference.
DL	Decreto Legislativo.
<i>DO</i>	<i>Diario Oficial.</i>
Exp.	Expediente.
FTC	Federal Trade Commission.

JPI	Juzgado de Primera Instancia.
JM	Juzgado de lo Mercantil.
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (<i>BOE</i> , núm. 309, de 26 de diciembre de 2003).
LB	Libro Blanco sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [COM (2008) 165 final, de 2 de abril de 2008].
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (<i>BOE</i> , núm. 164, de 10 de julio de 2003).
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (<i>BOE</i> , núm. 10, de 11 de enero de 1991).
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (<i>BOE</i> , núm. 89, de 14 de abril de 1998).
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (<i>BOE</i> , núm. 159, de 4 de julio de 2007).
LDC 1989	Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (<i>BOE</i> , núm. 170, de 18 de julio de 1989).
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (<i>BOE</i> , núm. 7, de 8 de enero de 2000).
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (<i>BOE</i> , núm. 15, de 17 de enero de 1996).
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (<i>BOE</i> , núm. 157, de 2 de julio de 1985).
LRPRC	Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (<i>BOE</i> , núm. 175, de 23 de julio de 1963).
LV	Libro Verde sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de competencia [COM (2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005].
PCM	Propuesta de Código Mercantil de junio de 2013.
PECL	Principles of European Contract Law.
PMDOC	Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia en 2009.
RBI	Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (<i>DO</i> , núm. L 12, de 16 de enero de 2001).
RBI bis	Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (<i>DO</i> , núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012).
RD	Real Decreto.
RDC	Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (<i>BOE</i> , núm. 50, de 27 de febrero de 2008).
REC	Reglamento de Exención por Categorías.
RECAID	Reglamento (UE) núm. 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (<i>DO</i> , núm. L 335, de 18 de diciembre de 2010).
RECAE	Reglamento (UE) núm. 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tra-

	tado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización (<i>DO</i> , núm. L 335, de 18 de diciembre de 2010).
RECATT	Reglamento (UE) núm. 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (<i>DO</i> , núm. L 93, de 28 de marzo de 2014).
RECAV	Reglamento (UE) núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (<i>DO</i> , núm. L 102, de 23 de abril de 2010).
RECAVSV	Reglamento (UE) núm. 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (<i>DO</i> , núm. L 129, de 28 de mayo de 2010).
RRI	Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RRI) (<i>DO</i> , núm. L 177, de 4 de julio de 2008).
RRII	Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RRII) (<i>DO</i> , núm. L 199, de 31 de julio de 2007).
RTDC	Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SDC	Servicio de Defensa de la Competencia.
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TCEE/TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 (posteriormente Tratado de la Comunidad Europea).
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (<i>DO</i> , núm. C 83, de 30 de marzo de 2010).
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TPI	Tribunal de Primera Instancia.
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (<i>BOE</i> , núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).
TS	Tribunal Supremo.
TUE	Tratado de la Unión Europea (<i>DO</i> , núm. C 191, de 29 de julio de 1992).

INTRODUCCIÓN

La aplicación privada de las normas de defensa de la competencia responde esencialmente a una doble finalidad. De un lado, permite eliminar las limitaciones a la libre competencia que introducen los propios competidores a través de la nulidad y de la acción restitutoria que pueda derivarse de la misma. Y de otro, posibilita el ejercicio de otras acciones civiles, como pueda ser la acción de indemnización de daños y perjuicios. Este trabajo se sitúa dentro del marco general de las distintas vías que ofrece nuestro ordenamiento jurídico-privado para proteger de forma efectiva la competencia frente a los negocios que pueden restringirla, planteando, además, vías alternativas para reparar los posibles daños que puedan derivarse. En particular, constituye el objeto central de nuestro estudio la nulidad de los negocios restrictivos de la competencia y su marco de relaciones con otras posibles acciones.

La nulidad sirve como acción para justificar la existencia de un negocio ilícito, pedir la restitución de lo entregado y, cuando proceda, reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que se hayan causado, pudiéndose, asimismo, alegar como excepción para evitar el cumplimiento de dicho negocio. Estos efectos adquieren especial significado en el ámbito de las normas de defensa de la competencia debido a la relevancia que han adquirido en los últimos años las *stand alone actions* frente a las *follow on actions*. Aquéllas permiten declarar la nulidad, así como ejercitar la acción restitutoria derivada de la misma y/o, en su caso, la acción de responsabilidad civil, sin necesidad de que se haya producido un pronunciamiento previo de una Autoridad de la Competencia, como sucede en el caso de las *follow on actions*. De esta forma, la aplicación privada convive con la aplicación pública, pero por medio de la nulidad adquiere una cierta independencia.

Cuando se superan los límites de la autonomía de la voluntad como consecuencia de la infracción de las normas de defensa de la competencia, la nulidad afecta a la formación del negocio (ineficacia estructural) y actúa como una sanción de carácter público-privado, de forma que su apreciación tiene efectos declarativos (ineficacia automática) y puede producirse en cualquier momento, desde la aparición del vicio (ineficacia originaria o sobrevenida), a instancia de cualquier interesado (ineficacia absoluta). En estos casos se sostiene, desde una perspectiva causalista, que el alcance de la ineficacia dependerá de la intención

de las partes, de modo que cuando actúen con un propósito común ilícito, conociendo y queriendo los elementos del ilícito (causa ilícita), la ineficacia será total, y cuando lo hagan sin ese propósito (causa lícita) la ineficacia podrá ser parcial. La intencionalidad condiciona el alcance de la ineficacia e incide de forma directa en la configuración de los negocios coligados restrictivos de la competencia, así como en los contratos conexos que puedan vincularse a los mismos.

Declarada la nulidad, la subsiguiente acción restitutoria encuentra su fundamento en el cumplimiento por la parte demandante de la obligación nacida del negocio inválido y su finalidad es restablecer el equilibrio económico patrimonial entre las partes. El carácter marcadamente subjetivo de la restitución requiere determinar si las partes actuaron con un propósito común ilícito, conocido y querido por ambas (causa ilícita), y, en su caso, si prestaron su consentimiento de forma libre (causa torpe). En este sentido, los negocios restrictivos de la competencia que tienen una causa lícita darán lugar a la recíproca restitución de las cosas que se hayan entregado, mientras que en aquellos que responden a una causa ilícita se impedirá la restitución a la parte o a las partes que la hayan consentido libremente, con culpa. La interpretación que se propone condiciona la legitimación, el plazo y el alcance de la acción restitutoria, en atención a la conducta de las partes y desincentiva, por tanto, la realización de este tipo de negocios.

A partir del referido marco de relaciones entre la nulidad y la acción restitutoria se analiza el juego de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Cuando una conducta restrictiva de la competencia causa un daño jurídicamente imputable a un determinado sujeto o sujetos, el análisis de la intencionalidad y de la culpa debe proyectarse sobre el resultado dañoso. En consonancia con lo anterior, se abordan cuestiones objeto de debate con motivo de la transposición de la Directiva 2014/104/UE, relativa a las acciones por daños derivados de la infracción del Derecho de la Competencia, como la relación entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual (en particular se analiza el *umbrella effect*), la carga de la prueba, la relación de causalidad y la imputación jurídica del daño, sin perjuicio de los aspectos procesales de legitimación y plazo, íntimamente ligados a la nulidad.

El estudio de las materias referidas determina la sistemática de la presente obra. En la primera parte se aborda el marco de relaciones entre el Derecho de la Competencia, su aplicación privada y, en particular, la nulidad. A continuación, se sitúa la nulidad en el ámbito de los negocios restrictivos de la competencia, prestando especial atención a su proyección sobre los actos desleales. Seguidamente se analiza el alcance de la ineficacia de los negocios restrictivos de la competencia afectados por un vicio de nulidad. Y, en último lugar, se estudia la acción restitutoria y su relación con otras acciones, particularmente, con la acción de indemnización de daños y perjuicios.

PARTE PRIMERA

**MARCO JURÍDICO POSITIVO
Y ASPECTOS DE POLÍTICA JURÍDICA
DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA
Y DE LA SANCIÓN DE NULIDAD**

CAPÍTULO I

RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL MODELO DE CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE LOS ESTADOS MIEMBROS: LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

I. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Breve excurso histórico: orígenes y evolución del Derecho de la Unión Europea y su repercusión en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros

La realidad jurídica presente de toda institución no es sino fruto y resultado de su histórico pasado. Por ello, con carácter previo e introductorio al estudio del Derecho de la Competencia y su aplicación privada, parece oportuna una breve referencia histórica a los orígenes y desarrollo de los Tratados fundacionales de la actual Unión Europea (que conforman el denominado «Derecho originario») y del nacimiento paulatino de normas conocidas como de «Derecho derivado», esto es, las normas comunitarias aprobadas por las instituciones y derivadas de los Tratados constitutivos para hacerlos operativos. Todo este acervo normativo tendrá importantísimas repercusiones en los ordenamientos jurídicos nacionales de cada uno de los Estados miembros tras la firma por el Gobierno y la preceptiva ratificación por el Parlamento de los respectivos Tratados de Adhesión y sin perjuicio de las singularidades contempladas en cada caso.

La actual Unión Europea (en adelante UE) se constituyó como tal en el Tratado de Maastricht de 1992 (TUE)¹, pero sus orígenes se remontan a los tres sucesivos Tratados constitutivos, suscritos después de la Segunda Guerra Mundial

¹ Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) (*DO*, núm. C 191, de 29 de julio de 1992).

(1939-1945), para pacificar y reconstruir económicamente la nueva Europa de posguerra. A comienzos de la década de 1950 la rivalidad entre Francia y Alemania en torno al carbón y al acero constituía una seria amenaza para la estabilidad europea occidental. Con el fin de evitar nuevos conflictos, Francia y la República Federal Alemana (RFA) pusieron en marcha una acción conjunta que, liderada inicialmente por la primera, daría lugar, con el transcurso de los años y tras superar numerosos obstáculos y vicisitudes, a la progresiva adhesión e integración económica de un número creciente de Estados europeos.

El proceso de construcción de la UE se inició el 9 de mayo de 1950 con la célebre declaración del ministro de Asuntos Exteriores francés Robert Schuman, en la que Francia ofreció a Alemania «poner en conjunto la producción franco-alemana del carbón y del acero bajo una autoridad común, en una organización abierta a la participación de otros países de Europa»². Apenas unos meses después de esta propuesta, el 18 de abril de 1951, Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) suscribieron el Tratado de París, constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCECA)³, que instauró para los 160 millones de habitantes de los seis países miembros un mercado común del carbón (210 millones de toneladas) y del acero (33 millones de toneladas) bajo el control único de la Alta Autoridad de la CECA, de carácter supranacional e independiente. Para la creación de este mercado común se suprimieron los derechos de aduana y las restricciones cuantitativas a la libre circulación de productos y se prohibieron las medidas o prácticas discriminatorias, las subvenciones, las ayudas o las cargas especiales del Estado y las prácticas restrictivas. Este primer Tratado supuso una importante cesión de la soberanía nacional en materia económica por parte de los Estados miembros en favor de la CECA, que, conforme a sus reglas de funcionamiento interno, asumió la competencia para tomar las decisiones que afectaban a la organización de la libre circulación y acceso del carbón y del acero, proteger la competencia y controlar que se cumpliesen las decisiones adoptadas, siendo éstas vinculantes y obligatorias para los Estados miembros.

El éxito de este primer Tratado —constitutivo de la CECA— propició la creación de otros dos Tratados fundacionales, también de contenido económico: los Tratados de Roma, firmados el 25 de marzo de 1957. El primero estableció la Comunidad Económica Europea (CEE), posteriormente Comunidad Europea (CE)⁴, y dio lugar a la creación de un mercado común europeo (TCEE)⁵, y el segundo constituyó la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEAA), que tenía como finalidad la creación de una Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEAA)⁶. Estos Tratados, al igual que el TCECA, supusieron nuevas

² Traducción literal de la Declaración de 9 de mayo de 1950 (fecha elegida para conmemorar y celebrar el «Día de Europa»), pronunciada por Robert Schuman en el Salón del Reloj del Quai d'Orsay.

³ El Tratado CECA expiró el 23 de julio de 2002.

⁴ A raíz de la aprobación del TUE.

⁵ El Tratado CEE crea un mercado común, lo que implica la supresión de todos los obstáculos que impidan el libre tráfico de mercancías y, por tanto, de barreras aduaneras, y la libre circulación de personas, bienes y capitales, así como la transparencia de las transacciones mercantiles mediante el respeto a la libre competencia.

⁶ Tratados de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEAA), firmados el 27 de marzo de 1957, que al igual que el Tratado CECA tenían carácter sectorial. Para más información sobre los Tratados *vid.* <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>.

cesiones de soberanía nacional de los Estados miembros en la línea de una integración europea supranacional⁷.

La Europa de los seis (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo) pasó a ser la Europa de los nueve en enero de 1973, tras la firma y ratificación del Tratado de Adhesión de 22 de enero de 1972, que supuso la incorporación de Gran Bretaña, Dinamarca e Irlanda (Noruega, que también había firmado el Tratado de Adhesión, no pudo incorporarse al ser rechazado por el referéndum popular convocado al efecto). Posteriormente, en enero de 1981 se incorporó Grecia y, finalmente, a partir del 1 de enero de 1986, con la firma del Tratado de Adhesión a la CEE de 12 de junio de 1985 por España (ratificado, a tenor del art. 93 de nuestra Constitución, por Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto) y Portugal, los diez miembros pasaron a ser doce.

Con posterioridad, varias leyes orgánicas han autorizado la ratificación de los Tratados posteriores que modifican los Tratados constitutivos. El Acta Única Europea de 1986 (AUE)⁸, que constituye la modificación de mayor trascendencia producida antes del TUE, y los Tratados posteriores reflejan la dualidad existente entre integración económica y cooperación política⁹. Si se toma como referencia el TUE se puede constatar que desde un primer momento se ha avanzado hacia la integración económica y monetaria a nivel europeo (UEM), dejando en un segundo plano la cooperación política en otras materias. La «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa» (art. 1 TUE) se asienta sobre la integración económica, en el marco de un modelo de «economía de mercado abierta y de libre competencia» (art. 3 TUE). El TUE diferencia dos tipos de reglas: las relativas a la integración económica, que tienen carácter supranacional y forman parte de un marco institucional único dentro de la Unión Europea, y las de cooperación en política exterior y seguridad y en asuntos de justicia de interior. El distinto peso y configuración de unas y otras ha ido dando forma al modelo actual. Los Tratados que se han suscrito a lo largo de los últimos años (Tratados de Ámsterdam, Niza, Roma y Lisboa)¹⁰ han atribuido nuevas competencias a la UE para avanzar hacia una mayor integración económica, en consonancia con el modelo —ahora convertido en principio— de economía de mercado abierta y de libre competencia previsto en el art. 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

⁷ Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *La naturaleza de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2009, p. 19.

⁸ Acta Única Europea (1986) (DO, núm. L 169, de 29 de junio de 1987), firmada el 17 de febrero de 1986, revisa los Tratados de Roma para reactivar la integración europea y llevar a cabo la realización del mercado interior; modifica las normas de funcionamiento de las instituciones europeas, y amplía las competencias comunitarias en materia de investigación y desarrollo, medio ambiente y política exterior común. En este mismo año se produjo la adhesión de España y Portugal a las Comunidades.

⁹ Francisco Javier ROLDÁN BARBERO, «La Unión Europea y la soberanía de España», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, 2009, pp. 239-282, esp. p. 14, disponible en <http://www.ugr.es/~redce/ReDCEportada.htm>.

¹⁰ El Tratado de Ámsterdam (DO, núm. C 340, de 10 de noviembre de 1997), firmado el 2 de octubre de 1997; el Tratado de Niza (DO, núm. C 80, de 10 de marzo de 2001), firmado el 26 de febrero de 2001; el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (DO, núm. C 310, de 16 de diciembre de 2004), firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 (no ratificado por Francia y Holanda), y el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO, núm. C 306, de 17 de diciembre de 2007), firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.