

¿Cómo influye el Derecho europeo en la tramitación procesal de las acciones de daños *antitrust*? ¿Cuál es la función del acceso a fuentes de prueba o la incidencia de los principios procesales de la Unión? ¿Cuál el papel del juez en la gestión activa de los procesos y de la prueba? Este libro ofrece una visión profunda de estas y otras importantes cuestiones de procedimiento civil basada en la dilatada experiencia práctica de su autor. Asimismo, realiza propuestas concretas de cómo se pueden adaptar las actuales prácticas procesales en España a las exigencias del Derecho europeo y del orden jurídico nacional, y a las particularidades de la litigación en esta materia, y somete estas propuestas a la comunidad jurídica para su consideración y debate. Lo hace a partir, no solamente de un análisis detallado e incisivo del Derecho europeo procesal y de la competencia, sino también del Derecho comparado británico y de la experiencia práctica de la litigación en España. La obra destaca por abordar cuestiones centrales para la litigación *antitrust*, hasta el momento insuficientemente tratadas por la doctrina, y lo hace compartiendo experiencias, análisis y críticas de su autor a partir de numerosos casos reales, lo que da a este libro un enorme valor para jueces, abogados, académicos y peritos interesados en la materia.

LA INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN LOS PROCESOS DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

PAUL HITCHINGS

+ Lectura
GRATIS
en la nube



Paul Hitchings es doctor en derecho por la Universidad Complutense en Madrid (2023), master en derecho europeo por el Colegio de Europa en Brujas (1993) y licenciado en derecho por la Universidad de Cambridge (1991). Es también abogado, inglés y español, con una dilatada experiencia en Derecho de la UE y de la competencia, habiendo ejercido en Londres, Bruselas y, desde 1998, Madrid. En 2020, creó su propia firma, Hitchings & Co., especializada en Derecho UE y de la competencia, así como en litigación compleja. Su principal área de práctica es la aplicación privada del Derecho de la competencia, campo en el que tiene una experiencia considerable. Llevó el primer caso de daños y perjuicios en materia de competencia ante los Juzgados de lo Mercantil españoles (*Conduit*) en 2005, ha intervenido en destacados asuntos *antitrust* en varias jurisdicciones de la UE (como España, Inglaterra, Francia e Italia), entre ellos el caso de "camiones", y dirigió el equipo legal que preparó el "Estudio de Pass-on" para la Comisión Europea en 2016. Ha co-dirigido un programa de formación en Derecho de la competencia para jueces en la Universidad de Valencia (2022-2023) y es el Director del *Madrid Competition Litigation Seminar*, ahora en su quinta edición.

**LA INFLUENCIA DEL
DERECHO EUROPEO EN LOS
PROCESOS DE DAÑOS POR
INFRACCIÓN DEL DERECHO
DE LA COMPETENCIA**

PAUL HITCHINGS

tirant lo blanch

Valencia, 2024

Para Ana

Índice

<i>Glosario de términos</i>	15
<i>Resoluciones judiciales citadas</i>	23
<i>Prólogo</i>	37
<i>Presentación</i>	43
<i>Introducción</i>	45

PRIMERA PARTE EL MARCO JURÍDICO DE LA UNIÓN

A. DERECHO PROCESAL CIVIL DE LA UE	53
1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN	57
1.1. Efecto directo	57
1.2. Primacía	62
1.3. Aplicación plena, efectiva y uniforme	64
1.4. Cooperación leal	76
1.5. Subsidiariedad.....	85
2. AUTONOMÍA PROCESAL	87
2.1. ¿Qué es la autonomía procesal?	87
2.2. Los límites de la autonomía procesal	91
2.3. La tutela judicial efectiva	101
2.4. Ejemplos	120
a) Organización jurisdiccional: ventajas de los tribunales centralizados o especializados	120
b) Prueba: la práctica de la prueba y el derecho a un juicio justo	128
c) Acceso a fuentes de prueba	135
d) Estándar de prueba y presunciones	140
e) Costas	146
3. ARMONIZACIÓN	148
3.1. El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia	148
3.1. Armonización sectorial	161
3.2. <i>Soft law</i>	167

B. DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA UE Y ACCIONES POR DAÑOS	175
4. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE.....	179
4.1. ¿Un Derecho europeo al resarcimiento de daños?	179
4.2. La plena eficacia de las normas de competencia de la Unión	192
a) Funciones complementarias de la aplicación pública y privada.....	197
b) Disuasión.....	202
c) Mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado interior	209
d) Coherencia y aplicación uniforme del Derecho de la competencia de la Unión	213
4.3. Tutela judicial efectiva	220
5. LA DIRECTIVA 2014/104/CE	230
5.1. Antecedentes y objetivos.....	230
5.2. Acceso a fuentes de prueba.....	250
5.3. La cuantificación del daño	260
6. <i>SOFT LAW</i>	271
6.1. Directrices sobre cuantificación	274
6.2. Comunicación sobre la Protección de la Información Confidencial	278
6.3. Buenas Prácticas de la DG COMP.....	281
6.4. Acciones colectivas.....	285

SEGUNDA PARTE

LA EXPERIENCIA BRITÁNICA

INTRODUCCIÓN	291
7. EL <i>COMPETITION APPEAL TRIBUNAL</i>	296
7.1. La institución: un tribunal especializado	296
7.2. Su régimen procesal	303
8. EL “ <i>OVERRIDING OBJECTIVE</i> ”.....	305
8.1. Propósito y alcance del “ <i>overriding objective</i> ”.....	305
8.2. Una nueva teoría de la justicia.....	307
8.3. Resistencia al cambio: jueces y abogados	311
8.4. Otros desafíos: la logística y el papel de la tecnología	318

9.	EL RÉGIMEN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DEL CAT Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO PROCESAL DE LA UE.....	320
9.1.	El nuevo régimen de las acciones colectivas	320
9.2.	<i>Merricks</i>	323
10.	CASE MANAGEMENT.....	330
10.1.	Introducción y comparación con el Derecho civil continental	330
10.2.	Funciones de la “ <i>case management</i> ”	333
10.3.	Cuestiones procesales de la “ <i>case management</i> ”	335
10.4.	La gestión procesal de los pleitos en masa	337
11.	DISCLOSURE.....	345
11.1.	¿Qué es el “ <i>disclosure</i> ”?	345
11.2.	Desafíos y reformas	348
11.3.	El papel de la gestión procesal por el juez en el <i>disclosure</i>	352
11.4.	Derecho de la competencia y el acceso a fuentes de prueba.....	355
	a) Acceso al expediente	357
	b) Exhibición de prueba <i>inter partes</i>	361
12.	LA PRUEBA PERICIAL.....	371
12.1.	El papel de los peritos.....	372
	a) ¿Qué se considera prueba pericial admisible?..	372
	b) Pruebas de hecho y los dictámenes periciales.	377
	c) Peritos y opinión jurídica.....	380
	d) El uso de peritos judiciales	382
	e) Deberes del perito	387
12.2.	El papel del juez.....	392
	a) La función indelegable de juzgar.....	392
	b) Valoración judicial de pruebas periciales contradictorias.....	395
	c) <i>BritNed</i>	402
	d) Estimación judicial	408
12.3.	El proceso	411
	a) Introducción.....	411
	b) Admisibilidad.....	414
	c) Acceso a la información	416
	d) Interacción entre peritos previa al juicio.....	419
	e) La presentación del informe pericial en juicio.	423

TERCERA PARTE

LOS RETOS PROCESALES DE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

13.	¿UNA NUEVA TEORÍA DE LA JUSTICIA?	431
13.1.	Introducción	431
13.2.	Objetivos de naturaleza política legislativa de la justicia española	438
a)	La justicia como servicio público (calidad y eficiencia)	439
b)	Igualdad de trato	448
13.3.	Conclusión provisional	462
14.	ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL: ESPECIALIZA- CIÓN	462
14.1.	Los juzgados de lo mercantil.....	463
14.2.	Impedimentos para una especialización efectiva..	468
a)	Derecho de consumo	468
b)	Remuneración de los jueces.....	471
c)	Concentración de procedimientos	473
14.3.	Especialización procesal	474
14.4.	Conclusión provisional	477
15.	GESTIÓN PROCESAL	478
15.1.	Principios generales.....	478
15.2.	Facultades específicas de gestión procesal	483
a)	La gestión de demandas paralelas.....	484
b)	Deberes de las partes y de sus abogados	499
c)	Plazos y suspensiones	505
d)	Preparación del juicio.....	518
e)	El poder de disposición de las partes sobre el proceso.....	525
15.3.	Conclusión provisional	532
16.	ACCESO A FUENTES DE PRUEBA.....	533
16.1.	Trasposición y práctica en España	533
16.2.	Un derecho europeo de acceso a fuentes de prueba.	542
16.3.	El impacto del acceso a fuentes de prueba en el proceso civil español	553
a)	Introducción.....	553
b)	Aspectos clave del nuevo régimen español de acceso a fuentes de prueba.....	557

c)	Apartado 58 de la sentencia <i>Tráficos Manuel Ferrer</i>	572
d)	Algunos ejemplos del nuevo enfoque en la práctica judicial española.....	587
e)	Proporcionalidad	592
f)	Conclusión provisional	594
16.4.	El impacto del acceso a fuentes de prueba en el estándar de prueba	595
17.	PRUEBA PERICIAL.....	608
17.1.	El papel de los peritos.....	609
a)	Naturaleza y alcance de la prueba pericial	609
b)	Hechos y pruebas en los que se basa el perito	618
c)	Peritos nombrados judicialmente	637
d)	Deberes de los peritos	645
17.2.	El papel del juez.....	649
a)	La función indelegable de la valoración judicial de la prueba pericial.....	649
b)	La valoración judicial de la prueba pericial ..	652
c)	La prueba pericial de oficio.....	663
17.3.	Proceso	667
a)	Condiciones para la presentación de pruebas periciales.....	668
b)	Posibilidades de “flexibilizar” el proceso existente	674
c)	La participación de los peritos en el proceso antes del juicio	685
d)	El juicio	693

CUARTA PARTE

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

INTRODUCCIÓN	701
18. CONCLUSIONES.....	702
18.1. Jueces nacionales como jueces europeos	702
18.2. Los retos procesales de los litigios en materia del Derecho de la competencia.....	708
19. RECOMENDACIONES	713
19.1. Propuestas institucionales	715
a) Especialización judicial	715

b) Formación	717
c) Transparencia	720
d) Gestión e impulso procesales (<i>case management</i>)	722
e) Acciones colectivas y concentración de demandas	723
19.2. Propuestas procesales	724
a) Escritos rectores.....	725
b) Informes periciales.....	728
c) Acceso a fuentes de prueba (<i>disclosure</i>)	733
d) Audiencia previa.....	735
e) Juicio	738
f) Costas y sanciones.....	739
<i>Bibliografía</i>	741

Prólogo

En un lapso muy breve de tiempo las reclamaciones de daños derivados de infracciones a las normas sobre competencia se han convertido en una realidad cotidiana ante nuestros tribunales y en uno de los temas de estudio preferidos por los académicos. La razón es obvia: la aprobación de la Directiva 2014/104 y su posterior incorporación a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros han servido para hacer aflorar un nicho de litigación que está sabiendo ser aprovechado por un sector muy activo de la abogacía, cada vez más pendiente de las resoluciones de la Comisión Europea y de los organismos reguladores de los Estados miembros. A medida que aquellas van detectando y sancionando prácticas colusorias en los más diversos ámbitos de la vida económica se abren paso las correspondientes sagas de litigación masiva (primero los camiones, ahora los coches, y así sucesivamente), que amenazan con saturar por oleadas nuestros tribunales mercantiles.

La experiencia acumulada en estos últimos años, sumada al aluvión de producción científica sobre esta materia, hacen aconsejable enfrentarse a ella de una manera diferente, que aporte auténtico valor añadido al trabajo. Se trata, ante todo, de superar una fase inicial de mera descripción del régimen legal —ya no tan novedoso— o de mero comentario de algunas resoluciones judiciales, para efectuar un diagnóstico completo de la realidad, que revele en qué medida la legislación procesal vigente —tanto la general, como la especial— está cumpliendo su función instrumental. Es necesario, en definitiva, tener claro hasta qué punto nuestro sistema está equipado para servir genuinamente a una eficaz resolución de las controversias en este ámbito. Detectadas

las deficiencias, el paso siguiente es identificar sus posibles causas para poder contribuir a la mejora, a través de propuestas que sean sensatas y, sobre todo, factibles.

Este es justamente el enfoque seguido por Paul Hitchings en este trabajo: estudiar la dimensión procesal de las acciones por daños *antitrust* ante los tribunales españoles con el propósito último de mejorarla. Este análisis se hace, además, desde el manejo de dos herramientas básicas e imprescindibles en una materia como esta.

En primer término, se aborda el estudio de la litigación privada *antitrust* desde su dimensión europea, esto es, teniendo claro que la normativa sustantiva a la que se pretende dar efectividad procede del legislador europeo, aunque haya pasado por el tamiz del legislador nacional en el momento de su incorporación. Este dato es crucial, porque obliga a tener en cuenta los objetivos perseguidos a nivel europeo con este tipo de acciones e impone al intérprete unos criterios interpretativos parcialmente diferentes a los que se manejan cuando se opera con normas estrictamente nacionales. Los jueces españoles ante los que se sustancian procesos de reclamación de daños derivados de la existencia de conductas anticompetitivas están aplicando normas concebidas para lograr ciertos objetivos definidos por el legislador europeo y, por ello, están ligados por el tan traído y llevado principio de efectividad. El propio legislador europeo, cuando logró sentar en 2014 el contenido y alcance del derecho al resarcimiento de los daños *antitrust*, era plenamente consciente de la importancia de los instrumentos procesales para asegurarse de que su política legislativa en el terreno de lo sustantivo —que las empresas asuman las consecuencias de las prácticas anticompetitivas y, a la postre, dejen de incurrir en ellas— no quedara en agua de borrajas por dificultades procesales. Esto explica por qué son tan numerosas y relevantes las normas procesales de la Directiva 2014/104, así como las adoptadas a nivel interno para trasponerla: se quería asegurar que los litigantes y los tribunales tuvieran a su disposición un *minimum* instrumental para hacer posible en la práctica la obtención de la

tutela que corresponde ante infracciones concurrenciales. Esta dimensión europea de las normas procesales especiales es un factor clave para un trabajo como el presente: es preciso interpretarlas y aplicarlas con arreglo a los cánones propios del Derecho de la Unión Europea, esto es, teniendo claro que se han adoptado con la finalidad clara de hacer efectiva la satisfacción ante los tribunales del derecho al resarcimiento.

La segunda herramienta a mi juicio imprescindible para abordar con solvencia un trabajo como este es el enfoque comparado. Desde una perspectiva primordialmente funcionalista, es esperable que un estudio que aspire a ofrecer propuestas de mejora tenga en cuenta la experiencia de otros sistemas jurídicos, tanto en lo relativo a los problemas como a las soluciones. No se trata, en modo alguno, de limitarse a describir lo que prevén las normas de los países de nuestro entorno, sino que es necesario bastante más. Ante todo, es preciso seleccionar con sensatez cuál o cuáles van a ser los términos de comparación: Paul Hitchens ha optado, en este caso, por servirse de la experiencia inglesa; y se trata de una decisión acertada, porque la regulación y la praxis acumulada en el marco de los litigios ante el *Competition Appeal Tribunal* ofrecen un muestrario muy rico e interesante de problemas y soluciones con los que afrontar la realidad española. Lo mismo puede decirse del manejo que se hace de las *European Rules of Civil Procedure* (Reglas Modelo Europeas), aprobadas en 2020 por UNIDROIT y el *European Law Institute* (ELI), en la medida en que ofrecen un compendio de buenas reglas y de buenas prácticas, que conviene igualmente tener en cuenta al tratar de ofrecer soluciones a problemas procesales concretos. No se trata, en relación con ninguno de los términos de referencia, de proponer soluciones de “copia y pega”, pues no consiste en eso el enfoque metodológico comparado; pero sí de aprovechar con inteligencia las *rationes* que subyacen a las soluciones eficaces y a las buenas prácticas, para explorar el modo de hacerlas operativas en el sistema jurídico tratado. Así lo hace Paul, con prudencia e inteligencia.

Sobre estas bases y con estas premisas, el trabajo se centra en detectar los principales problemas a los que se está enfrentando la litigación por daños *antitrust* en nuestro país y en plantear posibles soluciones que resulten factibles dentro del marco legal existente. A estas alturas no podemos conformarnos con meros brindis al sol, reclamando una mayor dotación de medios materiales y humanos para nuestros tribunales. De forma diversa, Paul Hitchings realiza un esfuerzo diferente y mucho más útil, explorando la posibilidad de hacer determinadas cosas de modo diferente para alcanzar resultados mejores de los que aporta el modo en que las cosas se han venido haciendo hasta ahora.

Basta con leer el índice del libro para identificar cuáles son esos aspectos en relación con los cuales es posible activar mecanismos de mejora que resulten factibles a corto plazo. El más interesante es, sin duda, el relativo a la gestión procesal, pues es el verdadero eje vertebrador de las propuestas. En este punto, el *leitmotiv* del trabajo es la aceptación de mayores márgenes de flexibilidad en la aplicación de ciertas reglas procesales que condicionan en la práctica el funcionamiento de estos procesos. No propone el autor inventar reglas nuevas, o improvisarlas —como han intentado hacer en algunas ocasiones nuestros tribunales—, pero sí tener en cuenta cuál es el objetivo último del proceso: así se ve, por ejemplo, con sus sugerencias en relación con la acumulación de acciones y de procesos, o con el mejor momento para plantear el acceso a fuentes de prueba y la posterior aportación y discusión contradictoria de los informes periciales.

Es habitual caer en la tentación de considerar que el sector de la litigación que uno estudia en un momento determinado necesita normas y criterios especiales, distintos de los ordinarios. No es, sin embargo, un vicio en el que haya incurrido Paul Hitchings. De un lado, porque sería legítimo exigir especialidades para los litigios en reclamación de daños *antitrust*, dado el origen europeo de las normas y el mandato de efectividad que de ello se deriva. Pero, sobre todo, porque en rigor las propuestas de flexibilización que se hacen son, en la mayoría de los casos, susceptibles de gene-

ralización y de trasvase a cualesquiera otros ámbitos de litigación: se trata, en definitiva, de recomendaciones de buenas prácticas, cuya implementación solo requiere compromiso y voluntad por parte de los sujetos implicados en la litigación (jueces, abogados y personal de la oficina judicial). En algunos extremos, de hecho, son recordatorios de reglas generales cuya vigencia no está de más reiterar, como sucede con el carácter indelegable de la función de juzgar, que debería inspirar con mayor vigor la práctica en relación con la prueba pericial.

En definitiva, tiene el lector ante sí una obra que reúne todas las virtudes del buen trabajo académico en materia jurídica y, más en concreto, en materia jurídica procesal: es un trabajo honesto, serio y riguroso, bien documentado, bien estructurado y bien razonado, guiado por el propósito de mejorar el sector de la realidad sobre el que se proyecta. Y no es casualidad que así sea, conociendo al autor y habiendo sido testigo directo de la gestación de este trabajo. Paul Hitchings es un jurista completo, de sólida formación y que ha acreditado una madurez excepcional en los sectores sobre los que se ha proyectado su actividad profesional como abogado. No tendría, pues, nada que demostrar en relación con su valía y sus cualidades, pero decidió embarcarse en la aventura de la elaboración de una tesis doctoral, guiado por la voluntad de seguir aprendiendo y de estructurar con formato académico todo el bagaje del que había venido haciendo acopio. Tuve la suerte de ser el director de la tesis que, con las debidas adaptaciones, se presenta ahora en formato de monografía. Realizar una tesis doctoral es una tarea exigente, especialmente para quien tiene una vida profesional de la que seguir ocupándose. Durante sus años de doctorado, sin embargo, Paul ha trabajado como un genuino doctorando a tiempo completo, ha participado activamente en encuentros y reuniones científicas, aprovechando al máximo las oportunidades formativas que el proceso doctoral le ha ofrecido. La suya, de hecho, es una tesis con mención internacional, que se ha enriquecido con estancias activas en Londres y Luxemburgo, que le han servido para acceder a información y relacionarse con académicos de otros contextos. Todo ese es-

fuerzo ha redundado en la magnífica calidad de su tesis y así lo reconocieron los miembros del tribunal que la enjuició el 18 de diciembre de 2023 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid: María Luisa Villamarín López, Ignacio Sancho Gargallo, Elena D'Alessandro, Enrique Vallines García y Pieter Van Cleynenbreugel. De forma unánime la valoraron con la máxima calificación de Sobresaliente *cum laude* y recomendaron su publicación, para que la comunidad jurídica pudiera aprovecharse de sus aportaciones.

Y esto es justamente lo que está haciendo el autor ahora, con la inteligente complicidad de la editorial Tirant lo Blanch. Solo me queda, pues, recomendar al lector que lo lea con calma, con la confianza de que disfrutará y, sobre todo, de que aprenderá y tendrá la sensación de haber adquirido ideas y herramientas que le ayudarán a mejorar en su actividad profesional.

En Madrid, a 1 de marzo de 2024

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Presentación

Tengo el honor y la satisfacción de presentar un libro de sumo interés, por el tema sobre el que versa (la litigación privada en Derecho de la Competencia), y de gran actualidad, por el momento en que aparece (tras la experiencia generada con la litigación del llamado cártel de los camiones).

El libro analiza un Derecho nuevo que, partiendo del Reglamento CE 1/2003, proviene esencialmente de la trasposición de la Directiva 2014/104/UE, mediante el Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, que pretendía facilitar las acciones privadas de Derecho de la competencia, con una lógica incidencia en la normativa procesal existente. Cómo muy bien se explica en la primera parte del libro, es probablemente el intento más relevante, hasta la fecha, de armonización de las legislaciones procesales de los Estados miembros de la UE. Una armonización cuya mayor o menor efectividad se está empezando a poner en evidencia en los escasos diez años de vigencia de la Directiva, como consecuencia de un caso, el cártel de los camiones, que está suponiendo un verdadero banco de pruebas sobre el sentido y alcance de la armonización. Un ejercicio masivo de acciones en toda Europa y en especial en España, permite analizar si el traje previsto en la Directiva se ajusta bien y si cumple la finalidad prevista.

Esa primera parte del libro, que contiene una exposición completa y clara del Derecho europeo y de la Competencia, de su normativa y de la jurisprudencia del TJUE, permite entender mejor el análisis que luego se hace del resultado práctico de la trasposición de la Directiva en España, a la vista también de la autonomía procesal no afectada por la Directiva. Para este análisis que ha permitido advertir las luces y sombras de nuestro sistema procesal, resulta de gran interés el estudio contenido en la parte segunda,

sobre la experiencia en el Reino Unido, no en vano ese foro tiene una mayor tradición en el ejercicio de esta clase de acciones y en el nuestro tenemos mucho que aprender de su práctica (en un doble sentido, de lo que podría funcionar aquí y de lo que no).

La experiencia vivida en estos años en España muestra que un fenómeno de nuestro tiempo, la litigación en masa, ha incidido en la aplicación que del Derecho europeo de la Competencia se está haciendo en nuestro país. El libro contiene análisis muy interesantes, sobre todo en relación con la gestión de los procedimientos y la práctica de la prueba, especialmente la pericial para el cálculo del daño, que no niego me han hecho pensar y que a cualquier lector interesado en la materia le tienen que hacer pensar.

Tanto el enfoque de este estudio, como la exhaustividad de su análisis y la sobriedad y precisión de su exposición, son debidos a la formación de su autor y a la calidad del trabajo. Paul Hitchings es un jurista experimentado, con una sólida formación académica tanto en derecho anglosajón, como en el de la Unión Europea y español, que para gozo de nuestra comunidad jurídica, decidió centrar en esta materia su tesis doctoral, fruto de la cual es el presente libro.

Solo me queda agradecer al autor el trabajo empleado para alumbrar este libro, de lectura muy conveniente, por no decir imprescindible, para cualquier interesado en la materia.

IGNACIO SANCHO GARGALLO
Madrid, 28 de febrero de 2024

Introducción

Los pleitos civiles en el ámbito del Derecho de la competencia han experimentado un enorme crecimiento en los últimos 6-7 años en Europa, desde la trasposición de la Directiva 2014/104 en 2016-2017. Se trata de una segunda fase en el desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia en la UE, centrada anteriormente en tres principales jurisdicciones del norte de Europa: el Reino Unido, los Países Bajos y Alemania. En esta segunda fase, hemos sido testigos no solo de un notable aumento en la interposición de demandas por daños y perjuicios, así como de otras acciones civiles, sino también de la progresiva aparición en este ámbito de unas “nuevas” jurisdicciones continentales como foros para litigar, incluida, muy especialmente, España.

Esta nueva ola de litigios se ha caracterizado por una serie de peculiaridades esenciales. Entre ellas: el planteamiento de cuestiones jurídicas y fácticas complejas a las que los tribunales deben dar respuesta (normalmente, con la ayuda de informes periciales); demandas masivas referidas a los supuestos efectos de infracciones en mercados enteros y, en ocasiones, en distintos eslabones del mismo mercado; cuantías económicas significativas (aunque repartidas, a veces, entre demandas de baja cuantía individual); una dimensión internacional, que va desde las diferentes nacionalidades de las partes hasta la existencia de litigios paralelos en distintos tribunales de la UE (e incluso del mundo); y el crecimiento de una nueva industria de litigios con fuertes incentivos económicos, incluidos los de bufetes de abogados (tanto del lado de demandantes como demandados), peritos (auditores, economistas, etc.) o empresas de servicios asociados (recopiladores de datos, administradores de reclamaciones, liquidadores o fondos de litigación).

Esto, a su vez, ha puesto rápidamente sobre el tapete algunos retos fascinantes para los sistemas judiciales nacionales en su apli-

cación del Derecho de la competencia. ¿Cómo garantizar un acceso proporcionado y equitativo a la justicia? ¿Cómo garantizar la aplicación efectiva del Derecho de la competencia de la Unión? ¿Cómo garantizar que las cuestiones controvertidas en el litigio se ventilan adecuadamente? ¿Cómo lograr consistencia y eficacia en la resolución de controversias? ¿Cómo facultar a los jueces adecuadamente para esta tarea? ¿Cómo evitar la mercantilización de la justicia? ¿Cómo garantizar la independencia del poder judicial, o de peritos u otros actores, con respecto a demandas con importantes implicaciones sociales o económicas? ¿Cómo abordar los posibles conflictos de intereses de los diferentes actores implicados en el proceso?

El objetivo de esta investigación no es intentar responder a todas estas preguntas ni a la infinidad de otras cuestiones interesantes que pueden surgir. Nuestro objetivo es más humilde. Pero a la vez concreto y práctico. Se trata de ofrecer una contribución al debate jurídico acerca de cómo el Derecho europeo influye en el proceso civil nacional en este campo, centrando la atención en las cuestiones más relevantes para la práctica.

Es obvio que la aplicación del Derecho de la competencia comunitario por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales (la aplicación privada) implica la aplicación por su parte del Derecho de la UE; como también sucede ahora en casos de aplicación del Derecho de la competencia nacional. Sin embargo, lo que es menos obvio es hasta qué punto el Derecho de la UE determina la forma en que los sistemas judiciales nacionales deben llevar a cabo esa tarea. Dichos sistemas lo hacen empleando mecanismos procesales nacionales y aplicando el Derecho procesal nacional. Están influidos por la tradición y cultura jurídicas propias del país. Esto es normal y legítimo. Es justamente la estructura institucional organizada a través de dos niveles que el ordenamiento jurídico de la UE ha decidido emplear desde su nacimiento. Sin embargo, este relato sólo es cierto en parte. Los órganos jurisdiccionales nacionales que aplican el Derecho de la competencia de la UE están encargados de aplicar el Derecho primario y derivado de la UE,

incluidas las disposiciones del Tratado y los principios generales del Derecho comunitario tal y como los interpreta el TJUE, y de hacerlo teniendo en cuenta la política y la práctica legislativas (y administrativas) de la UE. El marco jurídico de la UE en el que actúan incluye normas y principios procesales. Y lo hace cada vez más. De hecho, el proceso civil es fundamental para la aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE, por lo que es inseparable de los objetivos del Derecho sustantivo de la UE en este ámbito. Además, se ve influido directa (a través de las normas procesales de la UE) e indirectamente (a través de los principios, políticas y prácticas procesales de la UE) por el creciente corpus de Derecho procesal de la UE.

En consecuencia, la pregunta a la que trato de responder en este estudio es la siguiente: ¿cuál es el impacto del Derecho de la UE sobre el procedimiento civil nacional en la aplicación privada del Derecho de la competencia? Para que este ejercicio potencialmente inabordable sea viable y útil, en términos prácticos, me centraré, en particular, en una de las cuestiones centrales de casi cualquier litigio de aplicación privada: la cuantificación del daño.

Comenzaremos abordando esta cuestión con una investigación exhaustiva de las normas y principios pertenecientes al Derecho UE, tanto la normativa europea en materia de proceso civil en general, como las normas procesales específicas desarrolladas en virtud de las normas de competencia del Tratado (“*lex specialis*”). Lo haremos prestando especial atención a la cuestión de cuál es la relevancia y aplicación práctica de estas normas y principios procesales a las acciones privadas en materia de daños. Estas cuestiones procesales, en efecto, son críticas para los pleitos de competencia, y se están convirtiendo en un tema central del debate jurídico y de la jurisprudencia en este ámbito. Sin embargo, hasta la fecha, a mi juicio, no han recibido suficiente atención académica.

El análisis se nutrirá también de otra fuente de Derecho, esta vez de Derecho comparado. Investigaremos la amplia experiencia de los tribunales y del sistema procesal civil del Reino Unido en la aplicación del Derecho de la competencia de la UE. Nos cen-

traremos en los recientes avances institucionales y procesales que inciden directamente en la cuestión que hemos planteado. El examen de la experiencia del Reino Unido ofrece la oportunidad de abordar nuestro tema desde una perspectiva muy diferente pero, como veremos, en un contexto en el que la legislación y la política tanto en el Reino Unido como en los países de la UE están gravitando hacia puntos similares de compromiso y equilibrio, impulsadas por preocupaciones y objetivos similares.

Por último, abordaremos las implicaciones del Derecho de la UE, con la ayuda del Derecho comparado del Reino Unido, para la aplicación privada del Derecho de la competencia en España. Nuestra investigación incluirá un análisis en profundidad de los principales retos a los que se enfrenta el sistema español y de las soluciones iniciales que empiezan a airear tanto profesionales como tribunales y responsables políticos en este campo.

La cuantificación de daños, el principal foco de nuestra atención, plantea importantes cuestiones procesales que aquí se examinan. Entre ellas se incluyen: el acceso a fuentes de prueba (o lo que se conoce en el Derecho inglés como *disclosure*); las normas y prácticas relativas a la presentación de pruebas periciales; los métodos de valoración de dichas pruebas, etc. La tarea judicial de enjuiciar las acciones civiles también se ve influida indirectamente, pero de manera muy real, por la forma en que se tramitan y gestionan los procesos, tanto en un sentido amplio (organización judicial, competencia objetiva y territorial, acumulación de acciones o procesos, etc.) como en un sentido más concreto (plazos, hitos procesales, admisión y práctica de la prueba, confidencialidad, etc.). Todas estas cuestiones —*case management*, *disclosure* y la prueba pericial— serán objeto de nuestro análisis. A primera vista, están sujetas a normas procesales más rígidas y mucho menos flexibles en España que en una jurisdicción de *common law* como el Reino Unido. Sin embargo, como veremos, en ambos países ya soplan vientos de cambio interesantes, que consideraremos e intentaremos aprovechar, relacionados, por ejemplo, con

la práctica judicial, propuestas legislativas, protocolos de gestión procesal, etc.

Nuestro objetivo, finalmente, es ofrecer recomendaciones de buenas prácticas sobre cómo abordar los retos procesales de la aplicación privada del Derecho de la competencia, en línea con las exigencias del Derecho de la UE, y en la medida de lo posible sin exigir una reforma previa de la ley en nuestro país. Pretendo así ofrecer una contribución al debate en curso en España (y en la UE) sobre esta cuestión, así como herramientas prácticas y propuestas para su solución.

España se ha convertido en los últimos años en una jurisdicción popular para los pleitos civiles *antitrust* y ofrece un excelente caso de laboratorio para abordar los retos y las posibles soluciones que plantea la aplicación del Derecho de la competencia de la UE a través del proceso civil nacional. De hecho, muchos de los retos a los que nos enfrentamos en España son compartidos por la mayoría de las demás jurisdicciones de la UE. Además, las soluciones exigidas —o al menos influidas— por el Derecho de la UE han de ser, en la medida de lo posible, soluciones comunes y coherentes, sin dejar de atender a las importantes particularidades nacionales, fruto de siglos de desarrollo jurídico. De hecho, este trabajo llega en un momento en el que una mayor uniformidad en la práctica procesal se ha convertido en una prioridad política, pero en el que el consenso se ha alejado de la adopción de fuertes normas de armonización desde arriba (“*top-down*”) hacia una evolución pragmática y orgánica desde abajo (“*bottom-up*”), basado en cuestiones de principio y en el desarrollo de buenas prácticas. Este movimiento es de especial relevancia en asuntos de litigación compleja y más aún cuando se refiere al Derecho común de la UE, como en el caso del Derecho de la competencia.

PRIMERA PARTE
EL MARCO JURÍDICO
DE LA UNIÓN