

# La aplicación judicial del derecho de la competencia en Portugal\*

**J. M. Coutinho de Abreu**

Catedrático de Derecho Comercial

Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra (Portugal)

Fecha de recepción: septiembre de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 18 de octubre de 2013

## Resumen

La aplicación judicial del derecho de defensa de la competencia cuenta (más o menos) por tradición con sanciones jurídico-civiles (en particular la nulidad de negocios o de cláusulas negociales que contraríen normas de competencia), medidas cautelares procesales-civiles y recursos judiciales de decisiones de la Autoridad de la Competencia (AdC) (I). Menos tradicionales y enraizadas son las acciones de responsabilidad civil propuestas por los perjudicados por hechos ilícitos anticompetitivos (II). En el apartado n.º III trataremos de algunas

## Abstract

*By tradition, the judicial enforcement of competition law goes together (more or less) with civil legal sanctions (in particular with the nullity of business legal contracts and clauses contrary to competition rules), interim procedural-civil measures and judicial appeals on the decisions of the Competition Authority (AdC) (I). Less traditional and less well rooted are the civil proceedings for damages brought by those harmed by anticompetitive wrongdoing (II). In paragraph III we'll discuss some specialties in the framework of companies groups (III).*

\* El presente artículo se corresponde con la ponencia que el autor impartió en el Curso de Formación de Jueces del Consejo General del Poder Judicial, intitulado «La aplicación judicial del derecho de la competencia», que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca los días 27 y 29 de septiembre de 2012.

especialidades en el ámbito de los grupos de empresas (III).

**Palabras clave:** Derecho de la competencia, Aplicación privada o judicial, Acciones de nulidad, Medidas cautelares, Responsabilidad civil por daños y perjuicios, Grupos de empresas.

**Keywords:** *Competition law, Private or judicial enforcement, Actions for annulment, Interim measures, Liability for damages, Companies groups.*

## 1. APLICACIÓN JUDICIAL TRADICIONAL DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA<sup>1</sup>

### 1.1. Declaración de nulidad de los negocios jurídicos violadores de normas de competencia

Los *acuerdos entre empresas* y las *decisiones de asociaciones de empresas* injustificadamente restrictivos de la competencia son *nulos*: art. 9/2 RJC (Régimen Jurídico de la Competencia, aprobado por la Ley n.º 19/2012, de 8 de mayo), art. 101/2 del TFUE<sup>2</sup>.

La nulidad *puede ser invocada en todo momento por cualquier interesado* (cualquier sujeto que tenga interés en que no se produzcan en relación a sí mismo los efectos que los acuerdos o decisiones tenderían a producir) y *puede ser declarada de oficio por el tribunal* (judicial con competencias generales) –cfr. art. 286 del CCiv. (Código Civil).

Los acuerdos entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas tienen en general varias cláusulas o partes. La nulidad afecta a la parte o partes restrictivas de la competencia, y además a las partes que no se puedan autonomizar o separar de aquellas. Saber si las demás partes siguen siendo eficaces es un problema de reducción negocial que deben decidir los tribunales (cfr. el art. 292 del CCiv.).

Los tribunales portugueses han tenido la oportunidad de declarar la nulidad de acuerdos y decisiones restrictivos de la competencia. Dos ejemplos:

- Sentencia del TRP (*Tribunal da Relação do Porto*, tribunal de segunda instancia) de 3/11/2009<sup>3</sup>. Una sociedad anónima dedicada a la fabricación y comercialización de productos derivados de la leche ha prestado dinero a una

1. Todavía no se conoce jurisprudencia portuguesa (al menos de los tribunales superiores) en este tema.

2. Sobre la justificación convalidante de acuerdos y decisiones restrictivos de la competencia (exención de acuerdos prohibidos), v. el art. 10 del RJC y el art. 101/3 del TFUE.

3. En [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) – proceso 572/07.9TBVLC.P1.

sociedad de responsabilidad limitada cuyo objeto era la producción de leche. En el contrato de préstamo constaba una cláusula que obligaba a la prestataria a vender toda su producción lechera a la prestamista mientras debiera algún importe relativo al préstamo, y una cláusula penal para el caso de incumplimiento de la obligación de venta en exclusiva. La sociedad de responsabilidad limitada vendió leche a terceros. La sociedad anónima retuvo-compensó el importe previsto en la cláusula penal. La sociedad de responsabilidad limitada ejerció una acción demandando la restitución de aquel importe. El TRP consideró nula la cláusula de exclusividad, por violación de normas equivalentes a las del art. 9/1, b) y e) del actual RJC (prohibición de acuerdos que consistan en «limitar o controlar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones», «subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos del comercio, no estén ligadas con el objeto de esos contratos»); y juzgó nula la cláusula penal, accesoria de aquella otra cláusula.

- Sentencia del TRL (*Tribunal da Relação de Lisboa*) de 10/11/2009<sup>4</sup>. En septiembre del 1997, un club portugués realizó un partido en su casa para una competición de la UEFA. Tan sólo quince minutos antes de ese partido terminó una transmisión televisiva, por una estación portuguesa, de otro partido de la competición de UEFA realizado en el extranjero. El club, considerando que aquella transmisión televisiva, no autorizada en los términos de las normas de los estatutos de la UEFA y del respectivo reglamento de ejecución al momento vigente, produjo una pérdida significativa en la venta de entradas, pidió indemnización judicial a la sociedad que explotaba la estación de televisión. El tribunal de primera instancia condenó a la sociedad de televisión. Sin embargo, el TRL revocó la sentencia. Porque, por un lado, las normas de la asociación UEFA no vinculan a terceros, no miembros o asociados; por otro lado, las normas en cuestión eran nulas por contrarias al art. 85/1 del TCE (art. 101/1 del TFUE): consubstanciaban un acuerdo entre empresas restrictivo de la competencia, en particular porque amparaban un reparto territorial de mercados<sup>5</sup>.

Ni el art. 102 TFUE, ni el art. 11 del RJC, relativos a la prohibición de *abusos de posición dominante* de una o de más empresas, mencionan la nulidad de los negocios y actos jurídicos celebrados o practicados en el ámbito de esa prohibición.

Sin embargo, siendo esos negocios y actos contrarios a las normas legales imperativas, debe entenderse que los mismos son *nulos* (arts. 294 y 295 del CCiv.) Nulidad declarable por los tribunales judiciales con competencias generales.

4. En [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) – proceso 4292/1999.L1-7.

5. Más rigurosamente, la norma estatutaria de la UEFA sería un acuerdo entre empresas, el reglamento de transmisiones televisivas sería una decisión de asociación de empresas.

En el capítulo relativo a las operaciones de *concentración de empresas*, el n.º 4 del art. 53 del RJC tacha también con la sanción de *nulidad* los negocios jurídicos realizados en contra de la decisión de la AdC que prohíba una concentración<sup>6</sup>.

Y el n.º 6 del art. 40 establece que son en general *ineficaces* los negocios jurídicos que ejecuten una operación de concentración sujeta a notificación previa antes de ser notificada o, habiéndolo sido, antes de la decisión de la AdC autorizando la operación. Esta ineficacia (o no producción de efectos) es absoluta. De manera semejante a lo que ocurre con la nulidad, cualquier interesado tendrá legitimidad para presentar una acción de simple apreciación con el fin de obtener una declaración judicial de ineficacia.

## 1.2. *Aplicación de las medidas cautelares*

La AdC, en cualquier momento del procedimiento sancionatorio relativo a prácticas restrictivas, puede, de oficio o bajo requerimiento de cualquier interesado, adoptar medidas cautelares cuando la práctica que es objeto del proceso pueda causar perjuicio, grave e irreparable o de difícil reparación, para la competencia (art. 34 del RJC)<sup>7</sup>.

No obstante, cualquier sujeto que tenga sospecha fundada de que alguien pueda causar, por prácticas restrictivas de la competencia, una lesión grave y difícilmente reparable a un derecho o interés suyo jurídicamente protegido (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), puede requerir al *tribunal judicial de competencia genérica* la adopción de una medida cautelar conservatoria o anticipatoria adecuada (proporcionalidad) para asegurar la efectividad del derecho o del interés amenazado (arts. 381 y ss. del CPC).

En este sentido se pronunció el TRL en sentencia del 20/5/2010<sup>8</sup>. Una sociedad anónima presentó medida cautelar común contra dos sociedades anónimas. El tribunal judicial de primera instancia consideró que no era competente por razón de la materia, atribuyendo esa competencia a la AdC. Pero el TRL consideró a aquel tribunal competente para conocer del procedimiento cautelar y ordenó el proseguimiento del proceso. Por cuanto: los poderes de la AdC para imponer medidas cautelares de carácter administrativo en nada interfieren con la competencia de los tribunales judiciales para decretar medidas cautelares en materia civil; estaba en causa una materia civil, pues la sociedad anónima pedía en la acción principal «la declaración judicial de nulidad de las prácticas y acuerdos restrictivos o impeditivos de la competencia».

6. V. además, el n.º 3 del art. 50.

7. V. además, el art. 59/1.

8. En [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) – proceso1/10.OTVLSB.L1-8.

### 1.3. Recursos de decisiones de la AdC

Las decisiones de la AdC son recurribles ante el Tribunal de la Competencia, Regulación y Supervisión (TCRS) – arts. 83 y ss. del RJC. Este tribunal, instituido por el Decreto-Lei n.º 67/2012, del 20 de marzo, es un tribunal judicial de primera instancia de competencia especializada. Antes, la competencia para conocer de los recursos de la AdC competía al Tribunal de Comercio de Lisboa.

Frente a las sentencias y decisiones del TCRS en los procesos sancionadores («contraordenacionais») cabe recurso ante el «tribunal da Relação» competente, que decide en última instancia (art. 89 del RJC). En las «acciones administrativas», de las decisiones proferidas por el TCRS corresponde recurso ante el «tribunal da Relação» competente, correspondiendo el recurso de las decisiones de este, limitadamente a las cuestiones de derecho, ante el Supremo Tribunal de Justicia (STJ); si el recurso de las decisiones del TCRS se refiere solamente a cuestiones de derecho, se interpone directamente ante el STJ (art. 93 del RJC).

## 2. CONDENA JUDICIAL EN RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTOS ANTICOMPETITIVOS

Sobre esta materia he tenido ya la oportunidad de hablar en Valladolid, en el *Congreso Internacional sobre aplicación privada del Derecho de competencia* (14 y 15 de octubre del 2010), dejando constancia por escrito de mi ponencia<sup>9</sup>. Seguiré aquí de cerca lo entonces escrito, pero de modo más abreviado (omitiendo algunos puntos) y aprovechando para añadir una u otra nota de actualización (teniendo en cuenta, principalmente, el nuevo RJC).

### 2.1. Presupuestos de la responsabilidad

La responsabilidad civil en cuestión es una responsabilidad extraobligacional o extracontractual, no una responsabilidad obligacional o contractual (resultante de la violación de un derecho de crédito o del incumplimiento de una obligación en sentido técnico –cfr. art. 798 del Código Civil– CCiv.).

9. En VELASCO SAN PEDRO, LUIS A. y otros. 2011: *La aplicación privada del Derecho de Competencia*. Valladolid: Lex Nova, 103-114, y en VELASCO SAN PEDRO, LUIS A. y otros. 2011: *Private enforcement of Competition Law*. Valladolid: Lex Nova, 101-113.

Es así incluso en los casos en que el ilícito radica en un contrato restrictivo de la competencia. Tal contrato es nulo<sup>10</sup>. Por eso, no es fuente de obligaciones y de créditos. Además, la nulidad de ese contrato no se propaga, en principio, a los contratos celebrados aguas abajo. Pero las contrapartes de estos últimos contratos tienen abierta la posibilidad de indemnización por los daños causados por el ilícito anticompetitivo aguas arriba.

Presupuestos generales de la responsabilidad civil extraobligacional por hechos ilícitos son, además de la ilicitud, la culpa, el daño y el nexo de causalidad entre el hecho ilícito y culposo y el daño (cfr. el art. 483 del CCiv.).

### 2.1.1. Ilícitud

#### a) Encuadramiento general

El art. 483/1 del CCiv. prevé las formas principales de ilicitud o antijuridicidad a los efectos de la responsabilidad civil: (1) violación de derechos subjetivos absolutos, (2) violación de preceptos de ley (entendida en sentido amplio) destinados a proteger intereses ajenos.

No parece que los particulares sean titulares de un derecho subjetivo a la competencia –mucho menos de un derecho de carácter absoluto–. Pero son *titulares del interés legalmente protegido* de que las empresas no restrinjan indebidamente la competencia mediante acuerdos colusorios o abusos de posición dominante. Las reglas legales de la competencia, cuando prohíben a las empresas ciertos comportamientos, tutelan simultáneamente, y de modo no meramente reflejo, intereses legítimos de terceros (libertad de elección, aprovechamiento de bienes en condiciones no determinadas por prácticas anticompetitivas).

Si dos o más empresas constituyen un cártel para fijar precios (más elevados) de venta de sus productos, violan una disposición legal (art. 9/1,a) del RJC tuitiva (también) de intereses legítimos de los adquirentes (reales y potenciales) de esos productos. Si una empresa con posición dominante impone precios de venta desproporcionadamente elevados, viola una disposición legal (art. 11/2,a) del RJC que protege (también) intereses legítimos de los adquirentes de esos productos.

#### b) Problemas de prueba

Quien, en una acción judicial de responsabilidad, *pide indemnización tiene la carga de probar* los hechos (anticompetitivos) ilícitos causantes del daño (cfr. art. 342/1 del CCiv.). Habiendo dudas sobre la realidad de los hechos, el tribunal decidirá en contra

10. *Supra*, I, 1.

de quien tiene la carga de la prueba (art. 346 del CCiv., art. 516 del Código de Proceso Civil-CPC).

Ahora bien, probar hechos ilícitos anticompetitivos es muchas veces muy difícil. Las pruebas a veces son pocas, frecuentemente están disimuladas y se encuentran normalmente en posesión del demandado o de un tercero. Y el principio dispositivo domina ampliamente el proceso civil: por regla general, el tribunal sólo puede servirse de los hechos alegados por las partes (arts. 264, 664 del CPC).

La prueba del ilícito anticompetitivo será más fácil en una acción de responsabilidad de seguimiento (*follow on procedure*), esto es, *en una acción subsecuente a una decisión de la AdC* (o de la Comisión de la UE) que declare la existencia de una práctica restrictiva ilícita cometida por cierta o ciertas empresas.

Según el art. 16/1 del Reglamento (CE) 1/2003, las decisiones de la Comisión Europea relativas a infracciones a los arts. 101 y 102 del TFUE son vinculantes para los tribunales nacionales. No hay una norma portuguesa prescribiendo un efecto equivalente para las decisiones de la AdC. Además, una norma semejante sería posiblemente inconstitucional, atendiendo a lo dispuesto en el art. 203 de la Constitución de la República Portuguesa (CRP): «Los tribunales son independientes y solamente están sujetos a la ley»<sup>11-12</sup>. No obstante, una decisión (definitiva) de la AdC declarando la existencia de un hecho ilícito anticompetitivo, a pesar de que jurídicamente no vincularía al tribunal, *facilitará considerablemente la prueba a cargo de quien pide la indemnización* (contra las mismas empresas y con base en los mismos hechos sobre los que decidió la AdC).

En efecto, la AdC tiene *poderes inquisitivos* que el tribunal no tiene, sin dejar de estar obligado a respetar los derechos fundamentales de defensa (arts. 18 y ss. del RJC). El tribunal no desaprovechará, por lo tanto, los elementos de prueba que consten en el procedimiento instruido por aquella autoridad. Siendo cierto que, aparte de ser publicadas las decisiones finales de la AdC en su página electrónica (art. 32/6 del RJC), otros documentos que consten en los procesos emprendidos por ella pueden llegar al tribunal por orden de éste, sea por requerimiento del demandante de la indemnización, o sea por iniciativa del mismo tribunal (v. arts. 535 y 537 CPC).

11. Pero, curiosamente, no se plantearía el problema de inconstitucionalidad si el Reglamento 1/2003 (u otro) determinase el carácter vinculante de las decisiones de las autoridades de competencia nacionales (de los Estados miembros) para los tribunales portugueses...

12. En sentido diferente, v. SÉRVULO CORREIA, J. M. 2008: «Efectividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito de concorrência através de meios processuais administrativos e civis». En *Estudos em Honra do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, vol. II, 1775-1776, 1783.

## 2.1.2. Culpa

Según el art. 483 del CCiv., la responsabilidad por hechos ilícitos presupone por regla general la *culpa (dolo o negligencia)* del infractor (n.º 1); sólo existe obligación de indemnizar independientemente de la culpa en los casos especificados en la ley (n.º 2).

La legislación portuguesa de competencia *no dispensa de la culpa*. La responsabilidad civil por hechos anticompetitivos ilícitos es una responsabilidad subjetiva, no objetiva.

Incumbe al *perjudicado probar la culpa del autor del daño*, salvo si hubiera una presunción legal de culpa (art. 487/1 del CCiv.).

Las leyes de competencia no establecen presunción a favor del perjudicado (invirtiendo la carga de la prueba).

Con todo, al perjudicado por un hecho ilícito anticompetitivo no le será generalmente difícil probar la culpa del infractor. En realidad, el tribunal apreciará la culpa según los criterios de *diligencia exigible a un sujeto medio inserto en el ámbito empresarial en el que se sitúa el infractor* (cfr. art. 487/2 del CCiv.). Por consiguiente, una empresa que viola reglas de competencia difícilmente dejará de merecer un juicio de censura por haber actuado como actuó, cuando lo cierto es que una empresa medianamente diligente (conocedora y respetuosa de sus deberes) no habría actuado de esta forma. Además, en el campo de prueba de la culpa, a pesar de que no jueguen presunciones legales, juegan ciertamente las *presunciones naturales, judiciales o de hecho*. Y la experiencia muestra que la violación de las reglas de competencia normalmente es culpable.

## 2.1.3. Daño. Nexo de causalidad

No hay responsabilidad civil sin haber *daño o perjuicio* para sujetos determinados o determinables. Para la responsabilidad civil por prácticas ilícitas anticompetitivas no es suficiente el daño a la competencia, en cuanto bien al servicio del interés público o general tutelado por el Estado, que puede reaccionar punitivamente. Es necesario (también) el daño de particulares determinados o determinables (señaladamente empresas competidoras o clientes del infractor y consumidores). Son posibles casos de violación de las reglas de competencia, pero sin perjuicio para particulares (*v. g.*, se constituye un cártel, pero no llega a actuar, no tiene efectos restrictivos de la competencia). En tales casos, la autoridad pública puede reaccionar, los particulares no tienen derecho de indemnización.

Daño aquí significa esencialmente las desventajas causadas al (los) particular(es) en su patrimonio. Abarca tanto el *daño emergente* (disminución de valores existentes en el patrimonio del perjudicado —p. ej., cliente de empresa cártelizada que paga más de lo que pagaría si no hubiera existido el cártel—) como el *lucro cesante* (valor

que no entró en el patrimonio del perjudicado —p. ej., empresa que no opera en un determinado mercado porque otra, en posición dominante, le impidió el acceso a una infraestructura esencial)— (cfr. art. 564/1 del CCiv.).

*El valor de los daños* (patrimoniales) viene dado por la diferencia entre la situación real del patrimonio del perjudicado en cierto momento y la situación (hipotética) en que se encontraría en ese mismo momento si no hubiese ocurrido el comportamiento lesivo.

Indemnizables son solamente los daños *causados por el hecho ilícito anticompetitivo*. Es presupuesto de la responsabilidad civil el nexo de causalidad entre el hecho (ilícito e culpable) y el daño.

En cuanto a este nexo de causalidad, la doctrina y jurisprudencia ampliamente dominantes, apoyadas también en el art. 563 del CCiv., adoptan la concepción de la *causalidad adecuada*. La idea fundamental es ésta: se considera causa el hecho que, además de haber sido en el caso concreto condición *sine qua non* del daño, se muestra en abstracto o en general adecuado para producirlo. En la formulación más amplia de causalidad adecuada, preferible en el espacio de la responsabilidad por hechos ilícitos y culpables, el hecho que actuó como condición del daño sólo dejará de ser considerado causa adecuada si se muestra totalmente indiferente para la verificación del daño, al haberse producido éste sólo en virtud de circunstancias extraordinarias o anómalas (que tanto podrían sobrevenir al hecho ilícito como a un hecho lícito)<sup>13</sup>.

Obsérvese además que el nexo causal entre hecho y daño no tiene por qué ser directo o inmediato. Basta con que sea *indirecto o mediato*: el hecho, aunque no haya provocado el daño por sí mismo, desencadenó otra condición que directamente lo produjo, siendo esta segunda condición consecuencia adecuada de aquel hecho<sup>14</sup>.

*Sobre el perjudicado pende la carga de la prueba* tanto del daño como del nexo de causalidad (cfr. art. 342/1 del CCiv.).

## 2.2. Indemnización

### 2.2.1. Cálculo (regla y algunas excepciones)

La regla para el cálculo de la indemnización en dinero<sup>15</sup> está prevista en el artículo 566/2 del CCiv.: «Tiene como medida la diferencia entre la situación patrimonial del perjudicado, en la fecha más reciente que pueda ser atendida por el tribunal, y la que

13. V. por todos ANTUNES VARELA, J. M. 2000: *Das obrigações em geral*. 10.ª ed. Coimbra: Almedina, vol. I, 887 y ss., 891 y ss., 898 y ss. y ALMEIDA COSTA, M. J. 2008: *Direito das obrigações*. 11.ª ed. Coimbra: Almedina, 764.

14. V. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, 766.

15. La indemnización por reconstitución natural difícilmente se dará en el campo que estamos considerando.

existiría en esa fecha si no existiesen daños». Es la consagración legal de la formulación de la «diferencia»: el montante de la indemnización se corresponde con la *diferencia, en cierto momento, entre la situación real y la situación hipotética en ausencia de daños del patrimonio del perjudicado*.

Pero el propio CCiv. admite excepciones a esta regla. Por ejemplo, en el art. 494: si el causante del daño actuó con mera culpa o negligencia, «la indemnización podrá ser fijada, equitativamente, en un montante inferior al que correspondería a los daños causados, siempre que el grado de culpabilidad del agente, su situación económica o la del perjudicado y las demás circunstancias del caso lo justifiquen». O en el art. 566/3: «Si no pudiera averiguarse el valor exacto de los daños, el tribunal juzgará equitativamente dentro de los límites que tenga por probados».

### 2.2.2. Indemnización de perjudicados directos e indirectos (*passing on defence*)

Imagínese que tres grandes productores petroquímicos forman un cártel; por eso suben los precios de venta de polipropileno suministrado a seis empresas de hilatura (F) en cerca de un 30%; estas empresas (F) (a) consiguen repercutir todos los incrementos de costes en sus clientes (empresas textiles – T), a quienes continúan vendiendo idénticas cantidades de hilos<sup>16</sup>, (b) o consiguen repercutir todo el aumento del coste de la materia prima, pero pasan a vender menos hilos, (c) o no consiguen repercutir los incrementos de costes del polipropileno, y continúan vendiendo idénticas cantidades de hilos.

En todas estas hipótesis las empresas de hilatura F («adquirentes directos») sufren, inmediatamente, por causa del ilícito anticompetitivo, daño emergente (salida de valores patrimoniales para las petroquímicas y, eventualmente, para bancos financiadores, etc.). En la hipótesis (b) se registran además lucros cesantes.

Las empresas de hilatura F intentan acciones indemnizatorias contra los respectivos suministradores. Éstos prueban<sup>17</sup> que se verifica la hipótesis (a), o la hipótesis (b) – pero, en este caso, solamente en cuanto a la repercusión de los incrementos de costes de la materia prima.

Probada la hipótesis (a), *no habrá obligación de indemnizar*. Los adquirentes directos no soportan, al final, daño. La situación real actual y la situación hipotética actual del patrimonio son idénticas a pesar del ilícito. Sus desventajas (incluidos eventuales costes de gestión o de transacción para repercutir el aumento del precio de la materia

16. Esta hipótesis será difícilmente verificable. Más no imposible, pienso (con distinta opinión, VELASCO SAN PEDRO, Luis A. y HERRERO SUÁREZ, Carmen. «La «passing-on defence», un falso dilema?». En L. A. Velasco San Pedro y otros: *La aplicación...*, *op. cit.*, 599 y ss.).

17. Cfr. art. 342/2 del CCiv.

prima) fueron compensadas por las ventajas causalmente vinculadas a ellas –«compensación de las ventajas» (*compensatio lucri cum damno*)–<sup>18</sup>.

Probada la hipótesis (b), los infractores no se libran de tener que *indemnizar* (por lo menos) los lucros cesantes.

En las hipótesis (a) y (b), las empresas textiles T («adquirentes indirectos») *sufren perjuicios causados (nexo de causalidad mediato) por el ilícito anticompetitivo* practicado por las empresas petroquímicas. Si probasen todos los presupuestos de responsabilidad civil, tendrán derecho a la indemnización. Claro que ahora la prueba es más difícil: la distancia que las separa de los infractores y de la infracción lo complica. No se benefician, por ello, de una presunción legal que invierta la carga de la prueba. Ahora bien, pueden beneficiarse de presunciones de hecho.

### 2.2.3. Acción judicial de indemnización

#### a) Legitimación (especialmente en acción popular)

Cualquier perjudicado, directa o indirectamente, por un hecho ilícito anticompetitivo tiene legitimación para interponer una acción indemnizatoria (cfr. art. 26 del CPC).

Cuando una infracción de las reglas de competencia constituya también una infracción contra *intereses difusos o colectivos de los consumidores*, es posible el recurso a la «acción popular».

El *derecho de acción popular* se confiere para la prevención, la cesación o la persecución judicial (también la acción de indemnización) de infracciones contra *intereses difusos y colectivos* como la salud pública, el medio ambiente, el patrimonio cultural y, obsérvese, el *consumo de bienes o los intereses y derechos de los consumidores* (art. 52/3 de la CRP, art. 1 de la Ley n.º 83/95, del 31 agosto de 1995-LAP<sup>19</sup>). Aunque se entienda que la (defensa de) la competencia no es un interés difuso, debe entenderse que los intereses de los consumidores (asimismo) tutelados por las reglas de competencia son intereses difusos (intereses difusos en sentido estricto o intereses colectivos)<sup>20</sup>.

Titulares del derecho de acción popular indemnizatoria son, principalmente, cualquier *consumidor* (co)titular del interés difuso afectado y *las asociaciones y fundaciones* estatutariamente defensoras de los intereses en causa (cfr. arts. 2 y 3 de LAP). El

18. Acerca de este principio, de contornos muy imprecisos, v. p. ej. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, 937 y ss.; MOTA PINTO, P. 2008: *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, 710 y ss.

19. Ley de Acción Popular, llamémosla así, pese a que no regula solamente el derecho a la acción popular.

20. Sobre los intereses difusos en general y sus modalidades, v. TEIXEIRA DE SOUSA, M. 2003: *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 43 y ss.; v. tb. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, 1779-1780.

demandante [consumidor (es) o asociación o fundación] representa a todos los consumidores con derecho a indemnización, *exceptuados los que declaren en el proceso que se excluyen de esa representación* (arts. 14 y 15 de LAP) –la ley optó (bien) por el modelo del *opt-out*–. Y la sentencia emitida por el juzgado que estime procedente lo solicitado tiene «eficacia general, no abarcando, sin embargo, a los titulares de los derechos o intereses que hayan ejercido el derecho de autoexclusión de la representación» (art. 19/1 LAP).

Es reseñable el hecho de que en la acción popular le corresponden al juez *poderes inquisitivos* o de investigación bastante más amplios de los atribuidos en el sistema procesal civil tradicional. Dice el art. 17 de LAP: «En la acción popular y en el ámbito de las cuestiones fundamentales definidas por las partes, dispone el juez de iniciativa propia en materia de recogida de pruebas, sin vinculación a la iniciativa de las partes». Obsérvese, por otro lado, el régimen especial de las *costas procesales* –bastante menos gravoso del que es común (art. 20 de LAP)–.

Teniendo presente el art. 22 de LAP (poco claro al respecto), (a) el tribunal fija el *valor global de la indemnización* cuando los que tienen derecho a ella *no están individualmente identificados*<sup>21</sup> (la posterior individualización de los sujetos y de las cuotas de indemnización podrá hacerse, teniendo en cuenta circunstancias varias, por el actor de la acción popular o en acciones judiciales individuales); (b) cuando los consumidores perjudicados están *identificados*, será *a veces* posible que en el propio proceso de acción popular se *fije la indemnización de cada uno de ellos*; (c) en *otros casos* el tribunal se limitará a establecer que los demandados son *responsables por los daños causados por ciertos hechos*, cabiendo después a los perjudicados, *en acciones individuales, probar el montante de los daños a resarcir*.

## b) Prescripción del derecho de indemnización

«El derecho de indemnización prescribe en el plazo de tres años, a contar de la fecha en que el perjudicado tuvo conocimiento del derecho que le compete, aunque desconozca la persona del responsable y la extensión integral de los daños, sin perjuicio de la prescripción ordinaria si hubiera transcurrido el respectivo plazo [20 años: art. 309 del CCiv.] a contar del hecho dañoso» – art. 498/1 del CCiv.

El perjudicado tiene conocimiento del derecho de indemnización a partir del momento en que *conoce todos los presupuestos de la responsabilidad civil*: hecho ilícito (anticompetitivo), culpa (dolo o mera culpa), daño (aunque no exactamente cuantificado)

21. Para la fijación de la indemnización global el tribunal puede servirse de criterios de equidad (art. 566/3 Cciv.). Aunque, cuando sea ésa la vía escogida, lo normal será que la indemnización sea fijada en un montante equivalente al de las ganancias obtenidas por el infractor con la vulneración de las reglas de competencia. Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, 168, 173.

y nexo de causalidad entre el hecho (ilícito y culpable) y el daño. Le compete al demandado la prueba de que el plazo de tres años posterior al referido conocimiento ya ha transcurrido (art. 343/2 del CCiv.).

La prescripción constituye una excepción perentoria que comporta la absolución del *petitum* formulado en la acción indemnizatoria (cfr. art. 493/3 del CPC).

### 2.3. Medidas de «clemencia» (pública) y obligación de indemnización

El RJC regula en los arts. 75 a 82 la dispensa y la reducción de la sanción aplicable a empresas y a administradores o directores por acuerdos y prácticas concertadas prohibidas.

La AdC concede *dispensa de la multa* a una empresa que, entre otras condiciones, sea la primera en aportarle informaciones y elementos de prueba fundamentales sobre una práctica restrictiva de la competencia (art. 77). Y concede *reducción de la multa* a las empresas que, entre otras condiciones, aporten informaciones y pruebas con valor adicional significativo respecto a las informaciones y pruebas que ya estén a disposición de la AdC (art. 78). El art. 79 prevé la dispensa o la reducción de la multa a administradores y directores que cooperen «plena y continuamente» con la AdC.

La ley no prevé ninguna repercusión de la (pública) «clemencia» (total o parcial) en la responsabilidad civil de quien se beneficia de ella. *El beneficiario de la exclusión o limitación de multa no goza de exclusión o limitación de responsabilidad*. Con los demás miembros del cártel continúa obligado solidariamente a indemnizar a los perjudicados<sup>22</sup>; y en las relaciones internas sigue respondiendo en los términos legales generales<sup>23</sup>.

No me parece que deba ser de otro modo<sup>24</sup>. La (pública) «clemencia» es un instrumento para el *public enforcement* de los (contra los) cárteles, para la sanción y disuasión de prácticas contra el bien público de la competencia; la responsabilidad civil se hace valer por particulares que tienen justamente el derecho de exigir el resarcimiento de

22. Cfr. el art. 497/1 del CCiv.: «Si fueren varias las personas responsables por los daños, su responsabilidad será solidaria».

23. Cfr. el art. 497/2 del CCiv.: «El derecho de regreso entre los responsables existe en la medida de sus respectivas culpas y de las consecuencias que de ellas sobrevengan, presumiéndose iguales las culpas de las personas responsables».

24. V. en contra, sin embargo, KERSTING, Christian. «Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht», <http://ssrn.com/abstract=1161254>, 10 y ss. [el beneficiario de la dispensa o atenuación de la multa debe beneficiarse de la exclusión o limitación (en igual porcentaje) de la responsabilidad civil; en las relaciones internas, esto tendría apoyo jurídico-positivo en Alemania (aunque me parece que muy dudoso); en las relaciones externas la idea se presenta *de lege ferenda* sustentada en el hecho de que los perjudicados recibirían del infractor denunciante informaciones que llevan a descubrir el cártel y hacen viable la acción de responsabilidad].

los daños sufridos<sup>25</sup>. Beneficiar al denunciante en el campo de las sanciones públicas y además en el de las sanciones privadas sería beneficiar doblemente al infractor. Por otro lado, no es cierto que las infracciones denunciadas no serían descubiertas por la autoridad de competencia (que después, de una manera o de otra, las daría a conocer). Un miembro de un cártel sólo denunciará si cree que la infracción corre el riesgo de ser detectada y sancionada, o si al menos cree que otro miembro del cártel creerá que existe ese riesgo<sup>26</sup>. Además, la experiencia parece indicar que la denuncia hecha por un miembro de un cártel se produce sobre todo cuando éste entró en crisis o ya se disolvió.

Sin embargo, «el acceso de terceros [incluido los que pretendan reclamar la responsabilidad civil de los miembros del cártel] a los pedidos, documentos e informaciones presentados por el requirente, a efectos de la dispensa o reducción de la multa, carece de autorización de este» (art. 81). La ley portuguesa se ha colocado en línea, por lo tanto, con la interpretación de la Comisión de la UE<sup>27</sup>.

*Pero no tendría que ser así.* «Las disposiciones del derecho de la Unión en materia de cárteles (...) deben ser interpretadas en el sentido de que no se oponen a que una persona perjudicada por una infracción al derecho de la competencia de la Unión y que procura obtener una indemnización tenga acceso a los documentos relativos a un procedimiento de clemencia con respecto al autor de la referida infracción. Incumbe, sin embargo, a los órganos jurisdiccionales de los Estados-Miembros, con base en su derecho nacional, determinar las condiciones en las cuales ese acceso debe ser autorizado o rechazado, a través de la ponderación de los intereses protegidos por el derecho de la Unión»<sup>28</sup>.

Entre la eficacia de los procedimientos de clemencia en la lucha contra los cárteles y el derecho de los perjudicados a reclamar indemnizaciones (factor también de disuasión de la cartelización) aprovechándose de pruebas en la posesión de autoridades públicas, la ley portuguesa ha optado por dar primacía a la primera...

## 2.4. Responsabilidad civil de los administradores de sociedades

Las «empresas» que violan reglas de competencia son la mayoría de las veces sociedades. Representadas (orgánicamente) por los administradores, normalmente son éstos los que deciden y ejecutan (o mandan ejecutar) actos ilícitos anticompetitivos.

25. V. también, ej., WLS, Wouter P. J. «The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages», <http://ssrn.com/abstract=1296458>, 30 y ss.

26. WLS, *op. cit.*, 31, n. 132.

27. Cfr. «Comunicación de la Comisión sobre la cooperación entre la Comisión y los tribunales de los Estados miembros de la UE en la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE» (JO C101, de 27/4/2004), n.º 26.

28. Decisión prejudicial del TJ de 14/6/2011 (Pfleiderer, C-360/09).

No sorprende, por esto, que además de las sociedades infractoras también los administradores se encuentren sujetos a sanciones administrativas pecuniarias (multas) –art. 73/6 del RJC<sup>29</sup>.

Y están sujetos además (lo que no ha sido suficientemente advertido) a responsabilidad civil. En efecto, de acuerdo con el art. 79/1 del Código das Sociedades Comerciais (CSC), los administradores responden, «en los términos generales», frente a «terceros por los daños que directamente les causaren en el ejercicio de sus funciones»<sup>30</sup>.

*Presupuestos de esta responsabilidad* son, igualmente, la ilicitud –violación de reglas legales de competencia tuitivas (también) de intereses de terceros–; la culpa (dolo o negligencia); el daño («directamente» causado en el patrimonio de terceros, no siendo relevante el daño meramente reflejo, derivado del daño sufrido directamente por la sociedad); y el nexo de causalidad entre el hecho ilícito (y culpable) y el daño. *Recae en los perjudicados la carga de la prueba* relativa a todos estos presupuestos.

Cuando el hecho ilícito se basa en una deliberación del órgano de administración, los administradores que no hayan participado en ella o hayan perdido la votación no responden (art. 79/2 del CSC, remitiendo al art. 72/3). Pero el administrador que no participó en la deliberación responderá si no se opuso, cuando podía haberlo hecho, a esa deliberación –si no hizo lo que podía para impedir que fuese adoptada y/o ejecutada (cfr. art. 72/4 del CSC, al que remite el art. 79/2)–.

Siendo dos o más los administradores responsables, la obligación de indemnización es solidaria (art. 79/2, remitiendo al art. 73 del CSC).

A propósito de la prescripción del derecho de indemnización de los terceros, debe recalcar que tal derecho prescribe ahora en el plazo de *cinco años* (no tres años, plazo previsto en el art. 498/1 del CCiv., como vimos) a contar del término de la conducta dañosa del administrador, o (si fuera posterior) de la revelación de esa conducta, o de la producción del daño (si fuera posterior a aquella revelación) –art. 174/2 del CSC–.

Siempre que los administradores de una sociedad sean responsables frente a terceros, *también la sociedad responde civilmente* (art. 6/5 del CSC)<sup>31</sup>. Una y otros responden *solidariamente*. Pero si la sociedad pagara la indemnización, tiene derecho a exigir a los administradores el reembolso de todo cuanto haya pagado. Además me parece que este régimen preserva los intereses de los socios y de los trabajadores ajenos a las prácticas ilícitas y sirve de disuasión de estas prácticas.

29. Sólo ha sido en 2009 cuando la AdC ha aplicado por primera vez multas a administradores de empresas infractoras.

30. V., en general, COUTINHO DE ABREU, J. M. 2010: *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 83 y ss.

31. V. COUTINHO DE ABREU, *op. cit.*, 96 y ss.

### 3. REGLAS DE LA COMPETENCIA Y GRUPOS DE EMPRESAS

#### 3.1. Inaplicabilidad de la prohibición legal de acuerdos restrictivos de la competencia

A efectos del RJC, el n.º 2 del art. 3 considera «como una única empresa el conjunto de empresas que, aunque jurídicamente distintas, constituyen una unidad económica o mantienen entre sí lazos de interdependencia» resultantes, entre otros hechos, principalmente de participación mayoritaria (con derecho de voto) de una empresa en el capital de otra(s).

Existirá «unidad económica», ante todo, en las «sociedades en relación de grupo» o grupos de sociedades propiamente dichos. En el derecho societario portugués, estos grupos pueden ser de tres tipos (arts. 488 y ss. del CSC): grupo constituido por dominio total (inicial o superviniente), grupo contractual de subordinación y grupo contractual paritario. En los grupos de dominio total y en los de subordinación, la sociedad dominante tiene el derecho de dar instrucciones vinculantes a la administración de sociedades dominadas; estas instrucciones pueden incluso ser desventajosas para las dominadas –desde que sirvan los intereses de la dominante o de otras sociedades del grupo (arts. 491 y 503)–. Sin embargo, en contrapartida, la *sociedad dominante responde ante los acreedores de las dominadas por las obligaciones de éstas* y puede ser obligada a compensar las pérdidas anuales de las dominadas (arts. 501 y 502)<sup>32</sup>.

Existirá además «unidad económica» en los conjuntos de empresas en los cuales, a pesar de no haber «relación de grupo», *una de ellas (sociedad o no) domine totalmente (o casi)*, de forma directa o indirecta, una o más sociedades, no disfrutando esta(s) de autonomía real en la determinación de sus comportamientos en el mercado<sup>33</sup>.

Asimismo, *la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia es inaplicable en las relaciones entre empresas que constituyan una «unidad económica»* («privilegio de grupo»); los tribunales no pueden declarar la nulidad de acuerdos que la ley considera como decisiones unilaterales de una única empresa.

Interpretando literalmente el n.º 2 del art. 3 del RJC, se podría hacer valer para el conjunto de empresas que «mantienen entre sí lazos de interdependencia» una conclusión idéntica: inaplicabilidad de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia.

Supóngase que la sociedad A posee una participación en la sociedad B correspondiente al 51% del capital de ésta; A y B, con la finalidad de eliminar del mercado a

32. V. también el art. 500.

33. Esta idea de «unidad económica» se recoge también en la jurisprudencia comunitaria – v. indicaciones en COUTINHO DE ABREU, J. M. 1996: *Da empresarialidade (As empresas no direito)*. Coimbra: Almedina, (reimpr. 1999), 263-264 y, más recientes, en la sentencia del TJ de 29/9/2011 (Elf Aquitaine/ Comisión, C-521/09).

la empresa C, acuerdan vender a ésta los bienes que producen en condiciones mucho más gravosas de las que practican con relación a otros clientes comerciales (cfr. el art. 9/1,d) del RJC); si se considera como una única empresa al conjunto de las empresas A y B, aquel acuerdo no sería un verdadero acuerdo restrictivo de la competencia –habría tan solamente una parte, una empresa, no dos–.

No me parece aceptable esta conclusión. Habrá que interpretar restrictivo-teleológicamente la norma del art. 3/2. La empresa dominante A no tiene el derecho de disponer de la dominada B como si ésta fuera su sucursal y/o sección; B tiene el derecho (y el deber) de proseguir una política empresarial propia, conforme a sus propios intereses, distintos de los intereses de A, tiene la libertad para celebrar acuerdos con A; no existen razones para privilegiar estas empresas respecto a las empresas no integradas en cualquier conjunto basado en «lazos de interdependencia»<sup>34</sup>. Más, el «privilegio de grupo» viene siendo concedido por la jurisprudencia comunitaria a los agrupamientos empresariales en los cuales la sociedad madre controla al 100% las filiales<sup>35</sup>.

### 3.2. Responsabilidad civil de la empresa dominante y de las empresas dominadas

Supóngase que la empresa X (empresa dominante), Y y Z constituyen, en los términos del n.º 2 del art 3 del RJC, un conjunto de empresas considerado como «una única empresa». Y celebra con una empresa externa (fuera del conjunto) un acuerdo ilícitamente restrictivo de la competencia que provoca daños a los clientes de aquélla. Podría pensarse que estos clientes tienen el derecho de ser indemnizados tanto por Y como por X y Z –todas integrantes de «una única empresa»–. Pero no es tanto así.

La empresa Z *no es responsable, porque no ha participado en el acuerdo ilícito, ni lo ha determinado o codeterminado.*

Con relación a la empresa X, la solución es fácil si ella es sociedad «en relación de grupo» con Y.

Conforme al art. 501 del CSC, X responde de forma *solidaria, objetiva e ilimitada* por las obligaciones de la sociedad Y –independientemente, por lo tanto, de haber o no influido en el comportamiento ilícito de Y–.

Si *no existiera «relación de grupo»*, los clientes de Y que presenten acción judicial de indemnización contra (solamente o también) X, deberán *probar que ésta ha sido instigadora o auxiliar del acto ilícito practicado por Y* (cfr. el art. 490 del CCiv.). Que- dando probado, por ejemplo, que X ha orientado el comportamiento de Y para que celebrara el referido acuerdo, o que ha aprobado la intención de Y de celebrar ese

34. Cfr. COUTINHO DE ABREU, *últ., op. cit.*, 278-279.

35. V., por ejemplo, la sentencia del TJ de 24/10/1996 (Viho/Comisión, C-73/95).

acuerdo, o que X actuaba como «administrador de hecho» de Y, entonces X e Y son solidariamente responsables (art. 497 del CCiv.).

No es exactamente éste el discurso argumentativo del TJ a propósito de la responsabilidad «contraordenacional» (de la aplicación de sanciones administrativas pecuniaras). Si una sociedad madre y una filial constituyen una «unidad económica» o «única empresa», dominando aquélla al 100% o cerca de ese porcentaje a la segunda, existe presunción eludible de que la matriz ejerce efectivamente influencia determinante sobre la filial, pudiendo el comportamiento de ésta ser imputado a la matriz, y respondiendo ambas de forma solidaria, a no ser que la matriz pueda destruir esa presunción<sup>36</sup>.

Sin embargo, no me parece que este discurso se pueda trasladar a la responsabilidad civil aplicable por los tribunales portugueses (y de otros Estados miembros). Menos aún en los casos en que la empresa dominante no domina en la totalidad (o casi) a las empresas dominadas.

36. V., por ejemplo, las sentencias del TJ de 10/9/2009 (Akzo/Comisión, C-97/08) y de 29/9/2011 (Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09).