

LA PROPAGACIÓN DE LA NULIDAD EN EL ÁMBITO DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA¹

THE PROPAGATION OF NULLITY FOR INFRINGEMENT OF COMPETITION LAW

Jaume Martí Miravalls² – <https://orcid.org/0000-0002-2596-5971>

Resumen

El presente artículo tiene por finalidad analizar la propagación de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia. Para ello, tras analizar el fundamento de la nulidad, el trabajo analiza cómo la propagación de la nulidad no es la solución correcta en todos los contratos conexos. En algunos supuestos la solución será la indemnización de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia ejercitada por el perjudicado frente a la empresa infractora, aunque no tenga relación contractual directa con ella, pero no la nulidad.

Palabras clave: Nulidad; Derecho de la competencia; Contratos conexos; Contratos derivados; Indemnización por daños y perjuicios.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the propagation of the nullity for infringement of the Competition Law. For this, after analyzing the basis of nullity, the paper analyzes how the propagation of nullity is not the correct solution in all related contracts. In some cases the solution will be the compensation of damages for infringement of the Competition Law exercised by the injured against the infringing undertaking, even though it has no direct contractual relationship with it, but not the nullity.

Keywords: Nullity; Competition law; Related contracts; Compensation for damages.

Recibido 02.07.2019 / Aprobado 24.07.2019

¹ Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-098295-B-I00 "Restricción, abuso y discriminación en el mercado tecnológico y sectores regulados" del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

² Profesor Titular del Departamento de Derecho Mercantil "Manuel Broseta Pont" de la Universitat de València.

I INTRODUCCIÓN

El apartado segundo del artículo 101 TFUE establece que “los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho”³. El precepto declara, por tanto, la nulidad de los acuerdos colusorios prohibidos por el apartado primero del artículo 101 TFUE, esto es, los acuerdos entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior⁴.

La nulidad de pleno derecho como sanción civil en el marco de la infracción del Derecho de la Competencia es típicamente europea⁵ y de influencia francesa⁶. Su origen se remonta al artículo 65.4 del TCECA⁷, para incorporarse, con una redacción más simple, al artículo 85.2 TCE (actual 101.2 TFUE) y de allí a la mayoría de los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros⁸.

En España, ya el apartado segundo del artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, establecía que “son nulos, como contrarios a la Ley y al orden público, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las prohibidas en el apartado anterior”⁹.

³ Sobre el mismo, ver, WAELBROECK, M./ FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, Bosch, T. I, 1998, p. 707 y ss; ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia: los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, 2011, p. 361 a 427; DI GIÒ, A., “Contract and restitution law and the private enforcement of EC Competition law”, *World Competition*, núm. 2, 2009, p. 199 a 220; WHISH, R./ BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford, 2015, 343 y ss. Monográficamente, PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares, 1999; y GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, Marcial Pons, 2016, p. 96 y ss.

⁴ Ver, HERRERO SUÁREZ, C., “La nulidad de las conductas anticompetitivas”, *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, 2017, p. 223 y ss; y CALVO CARAVACA, A.L., “Derecho antitrust europeo y sanciones civiles: la nulidad (art. 101.2 TFUE)”, *Culpa y responsabilidad*, Thomson-Aranzadi, 2017, p. 149 y ss.

⁵ En los EEUU la Sherman Antitrust Act, de 2 de julio de 1890, no se refiere a la declaración de nulidad, sino a la declaración de ilegal: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”.

⁶ Donde la nulidad de pleno de derecho se correspondía con el grado máximo de ilegalidad. En este sentido, entre otros, ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, 1960, p. 160; MELI, M., *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese concorrenziali*, Giuffrè, 2001, p. 23; LIBERTINI, M./ MAUGERI, M. R., “Infringement of Competition Law and invalidity of contracts”, *ERCL*, núm. 2, 2005, p. 252.

⁷ Que establecía que “Los acuerdos o decisiones prohibidos en virtud del apartado 1 del presente artículo serán nulos de pleno derecho y no podrán ser invocados ante ningún órgano jurisdiccional de los Estados miembros. La Comisión tendrá competencia exclusiva, sin perjuicio de los recursos que puedan interponerse ante el Tribunal, para pronunciarse sobre la conformidad de dichos acuerdos o decisiones con las disposiciones del presente artículo”.

⁸ Alemania no contempla en su normativa sobre Defensa de la Competencia la sanción de nulidad para los acuerdos colusorios, lo cual no ha impedido a la doctrina, extraer dicha conclusión por la vía del 134 del su Código civil, que se proclama la nulidad de los contratos contrarios a la Ley.

⁹ Declaración de nulidad que la LRPC atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia (artículo 13.2). Como recuerda ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., p. 366, nota 621, el Tribunal de Defensa de la Competencia se configuró por la

Posteriormente, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia y la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establecen en sus apartados segundo del artículo 1 que “son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley”.

La racionalidad del precepto, atendiendo a sus orígenes históricos, es clara. Destruir el vínculo creado por los operadores económicos, vedando cualquier posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales a exigir su cumplimiento, y eliminar los efectos que este haya creado por ser contrario a normas imperativas de orden público económico¹⁰.

II FUNDAMENTO DE LA NULIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En la doctrina científica¹¹ se ha debatido mucho sobre el fundamento de la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, pudiendo distinguirse dos grandes posiciones. Por un lado, quienes consideran que el negocio jurídico es nulo de pleno derecho porque adolece de un vicio intrínseco a la relación jurídica: causa u objeto ilícito. Por otro, quienes consideran que la nulidad es externa a la relación jurídica y deriva de sobrepasar los límites impuestos a la autonomía de la voluntad por la Ley¹².

Atendida la estructura de la prohibición de acuerdos colusorios en Europa, sostener la nulidad por causa u objeto ilícito no parece adecuado¹³. En efecto, el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, establece que “los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las

LRPRC como un organismo jurisdiccional (jurisdicción especializada) cuyas decisiones no eran susceptibles de recurso alguno (artículo 10). Y que fue tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 cuando dejó de ser un órgano jurisdiccional para ser un órgano administrativo.

¹⁰ Como expresamente recoge la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, asuntos C-430/93 y C-431/93, caso Van Schijndel, “Procede señalar que las normas sobre la competencia mencionadas por el órgano jurisdiccional nacional son normas imperativas, directamente aplicables en el ordenamiento jurídico nacional”.

¹¹ Principalmente la italiana, ver, entre otros, LIBERTINI, M., “Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust”, *Danno e responsabilità*, núm. 10, 2004, pag. 940; SCHININÀ, M., “La nullità delle intese anticoncorrenziali”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, núm. 2, 2004, p. 424; CASTRONOVO, C., “Antitrust e abuso della responsabilità civile”, *Danno e responsabilità*, núm. 5, 2004, p. 469. En la doctrina española, ver, PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad...*, cit., p. 178 y ss; y GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., p. 96 y ss.

¹² Así, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., p. 376 a 381.

¹³ Como nos enseñó DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Civitas, T. I, 1993, p. 242, hay que distinguir la ilicitud de la causa de la ilicitud misma del contrato. El contrato que choca con una prohibición legal o contrato *contra legem* queda fuera de los límites de la autonomía privada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1255 CC y le es aplicable la sanción de nulidad establecida por el artículo 6.

condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto”¹⁴.

Por su parte, en nuestro ordenamiento, el criterio es el mismo en relación con la LDC¹⁵, puesto que la nulidad se extiende a las prácticas colusorias prohibidas en el artículo 1.1 LDC que no estén amparadas por las exenciones previstas en la propia norma, esto es, tanto las que resultan de la aplicación de una Ley (artículo 4.1 LDC¹⁶) como las derivadas de los apartados tercero¹⁷, cuarto¹⁸ y, en su caso, quinto¹⁹ del artículo 1 LDC.

En consecuencia, en un sistema sin prohibiciones *per se*, donde todo negocio jurídico puede estar autorizado si reúne las condiciones del apartado tercero del actual artículo 101 TFUE, no parece que pueda sostenerse que su fundamento radique en un vicio de su formación intrínseco a la relación jurídica²⁰.

La nulidad deriva por motivos externos a la relación jurídica. Su fundamento está en la transgresión de los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico²¹. Los acuerdos colusorios son nulos de pleno derecho por traspasar los límites de la autonomía de la voluntad²².

¹⁴ Artículo 1.2 Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

¹⁵ GALÁN CORONA, E., “Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición”, *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad* (dir. García-Cruces), Tirant lo blanch, 2014, T. I, p. 119.

¹⁶ “Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley”. Sobre el mismo, MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Conductas exentas por ley”, *Comentario a la Ley de defensa de la competencia*, Thomson-Civitas, 2015, p. 297 y ss.

¹⁷ “La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados”.

¹⁸ “La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE”.

¹⁹ “Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia”.

²⁰ En la doctrina, defendiendo como fundamento de la nulidad la causa ilícita, LIBERTINI, M., *Ancora sui rimedi civili...*, cit., pag. 940; y LIBERTINI, M./ MAUGERI, M. R., *Infringement of Competition Law...*, cit., p. 253. Es cierto que el artículo 1.275 Cc establece que: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”. Pero como ha señalado la doctrina, la oposición a las leyes significa que el fin perseguido va en contra de lo dispuesto en una ley imperativa. En consecuencia, en el marco de acuerdos verticales o acuerdos horizontales de cooperación, no puede afirmarse que el fin perseguido por las partes vaya en contra de una ley imperativa. Su aplicación podría reducirse a determinados tipos de cárteles – aunque se trata de una cuestión discutible–.

²¹ En este sentido, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., p. 379; SCHININÀ, M., *La nullità delle intese anticoncorrenziali...*, cit., p. 424.

²² DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de derecho civil*, vol. 35, 1982, p. 987 a 1086

Ello sitúa la cuestión en nuestro ordenamiento en el marco del artículo 6.3 Cc²³: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”; y en el artículo 1255 Cc: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. Como ha señalado la doctrina, la norma del artículo 1255 Cc es una norma imperativa o prohibitiva del artículo 6.3 Cc²⁴.

En esta línea se sitúa la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia núm. 634/2014, de 9 de enero de 2015, caso Mediapro, se afirma que afirma que en cuanto la normativa antitrust y nacional tiene carácter imperativo, pues a través de ella se establecen límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público -español o comunitario- en el mantenimiento de la Competencia, la nulidad de los pactos contractuales que infringen dicha normativa se justifica por el traspaso de estos límites a la autonomía privada de la voluntad (artículos 6.3 y 1.255 Cc)²⁵.

Este fundamento, además, resulta más coherente con la propia configuración del sistema de Derecho de la Competencia. En no pocas ocasiones la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia puede ser una nulidad sobrevenida, no originaria²⁶.

En efecto, al menos en tres ocasiones es perfectamente posible que un negocio jurídico lícito desde la perspectiva del Derecho de la Competencia devenga ilícito por motivos externos a la relación jurídica. No siendo posible argumentar la existencia de un vicio de su formación intrínseco a la misma. Estos motivos son el cambio de norma, el aumento de la cuota de mercado y la contribución del acuerdo a un efecto de redes paralelas.

En el primer caso, el cambio de norma, es un viejo conocido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, está incorporado en los Reglamentos de

²³ Sobre el mismo, por todos, ver el clásico y extenso trabajo de CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 6.3 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, T. I, 1992, p. 769 a 842.

²⁴ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Thomson-Aranzadi, 2010, p. 720. El autor afirma que si los negocios inmorales o contrarios al orden público incurren en nulidad contractual no puede ser por otra razón sino porque la norma del artículo 1255 Cc es una norma imperativa o prohibitiva del artículo 6.3 Cc o porque este negocio incurre en una ilicitud estructural del artículo 1275 Cc. Pero –concluye- esto no quiere decir que todos los contratos que incurran en la contravención a que se refiere el artículo 6.3 Cc sean contratos ilícitos en su causa. Una prohibición si desvalor de la conducta podrá conducir a la nulidad del artículo 6.3 Cc, pero no a la del artículo 1275 Cc.

²⁵ Planteamiento que ya estaba presente en la Sentencia núm. 540/2000 del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2000, caso Disa, y que posteriormente ha sido seguida, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 863/2009, de 15 de enero de 2010, caso Repsol.

²⁶ La ineficacia es originaria cuando el negocio es inválido desde el mismo momento en que se celebró, y sobrevenida cuando la invalidez se produce en un momento posterior a la celebración del negocio, como consecuencia de un hecho sobrevenido. Sobre estas cuestiones, ver, GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., p. 259 a 268.

exención en sus regímenes transitorios²⁷, y ha estado muy presente en la jurisprudencia española en materia de estaciones de servicios²⁸.

Por centrarnos en uno de ellos, en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya desde el la Sentencia de 6 de abril de 1962, asunto 13/61, caso Bosch, se reconoce que la entrada en vigor de un nuevo régimen jurídico puede tener como consecuencia la ineficacia –nulidad de pleno derecho– de los negocios celebrados antes de la entrada en vigor²⁹. Posteriormente, el TJ afrontó nuevamente la cuestión en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 30 de noviembre de 2006, asuntos C-376/05 y C-377/05, caso Brünsteiner, en relación con la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002³⁰. Y, más recientemente, en el Auto de 27 de marzo de 2014, caso C-142/2013, asunto Brighth Service, que ha obligado al Tribunal Supremo español a cambiar su posición respecto la invalidez sobrevenida por la entrada en vigor de un Reglamento de exención por categoría con exenciones distintas al anterior. El TJ es claro al afirmar que cuando “un órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que un acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento n° 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento n° 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento núm. 2790/1999”.

El segundo caso, aumento de la cuota de mercado, resulta especialmente clarificador a este respecto: un negocio jurídico lícito desde la perspectiva del Derecho de la Competencia puede devenir ilícito por motivos externos a la relación jurídica, no siendo posible sostener la existencia de un vicio de su formación intrínseco a la misma.

El Derecho de los Contratos es un derecho eminentemente estático, en el sentido de que está configurado para prolongarse en el tiempo. En cambio, el Derecho de la Competencia es un derecho dinámico, cuyo régimen jurídico puede variar en función de la evolución del mercado. Ello tiene como consecuencia que determinados acuerdos lícitos desde la perspectiva del Derecho Privado y del Derecho de la Competencia celebrados por un operador económico con una determinada cuota de mercado, pueden devenir ilícitos desde la perspectiva del Derecho de la Competencia por el mero hecho de la evolución del mercado, cuando dicha evolución conlleva un aumento de la cuota de mercado de dicho operador. El éxito en el mercado puede conllevar la nulidad de determinadas cláusulas o, incluso, contratos. Tanto en el ámbito de los artículos 101 TFUE y 1 LDC, como en el ámbito de los artículos 102 TFUE y 2 LDC.

²⁷ Así, por ejemplo, el artículo 9 del Reglamento UE 330/2010, “Periodo transitorio”, establece que: “La prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, del Tratado no se aplicará durante el período comprendido entre el 1 junio de 2010 y el 31 mayo de 2011 a los acuerdos ya vigentes el 31 mayo de 2010 que no cumplan los requisitos para la exención establecidos en el presente Reglamento, pero que en dicha fecha sí cumplían las condiciones establecidas en el Reglamento (CEE) n o 1999/2790”.

²⁸ Ver el análisis que se realiza posteriormente a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 763/2014, de 12 de enero de 2015, caso Repsol II.

²⁹ En el caso concreto se refería a la entrada en vigor del Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero 1962: primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

³⁰ Relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.

Por poner un ejemplo, el artículo 7 del Reglamento UE 330/2010, de exención por categorías en acuerdos verticales, establece en su letra d) que: “cuando una cuota de mercado no supere inicialmente el 30 % pero se incremente a posteriori sin exceder del 35 %, la exención prevista en el artículo 2 seguirá aplicándose durante un período de dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral del 30 %”; por su parte, en su letra e) declara que: “cuando una cuota de mercado no supere inicialmente el 30 % pero se incremente a posteriori por encima del 35 %, la exención prevista en el artículo 2 seguirá aplicándose durante un año natural a contar a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral del 35 %”.

Es decir, que contratos y cláusulas que respetan el Reglamento de exención por categorías, y que no están prohibidas por aplicación de los artículos 2 y 3 del mismo³¹, siendo lícitas tanto desde la perspectiva del Derecho contractual y de la competencia, pueden perder el beneficio de la exención y resultar prohibidas por el Derecho de la Competencia, si aumenta la cuota de mercado y el acuerdo en cuestión, analizado con la cuota de mercado que posea en ese momento, no cumple con los requisitos cumulativos del apartado 3 de los artículos 101 TFUE y 1 LDC.

Pero, incluso sin aumento de cuota de mercado por encima de los umbrales permitidos por los Reglamentos de exención, es posible que, por la evolución del mercado, en atención a su especial estructura, determinadas cláusulas o contratos originariamente lícitos, pueden devenir en prohibidos y nulos de pleno derecho por contrarios al Derecho de la Competencia. Se trata del denominado “efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos”.

En efecto, el artículo 6 del Reglamento UE 330/2010, bajo la rúbrica “no aplicación del Reglamento”, establece que: “Con arreglo al artículo 1 bis del Reglamento núm. 19/65/CEE, la Comisión podrá declarar mediante un reglamento que, cuando existan redes paralelas de restricciones verticales similares que abarquen más del 50 % de un mercado de referencia, el presente Reglamento no se aplicará a los acuerdos verticales que contengan restricciones específicas relativas a dicho mercado”.

Ello tendrá como consecuencia, nuevamente, que contratos y cláusulas que, siendo lícitas tanto desde la perspectiva del Derecho contractual como del Derecho de la Competencia, pueden perder el beneficio de la exención y resultar prohibidas por el Derecho de la Competencia, simplemente por el “efecto acumulativo de redes paralelas”, si cuando tras declararse la no aplicación del Reglamento no cumple con los requisitos cumulativos del apartado 3 de los artículos 101 TFUE y 1 LDC.

En resumen, el fundamento de la nulidad está en la transgresión de los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico, no en un vicio de su formación intrínseco a la relación jurídica. Si bien, en todo caso, con independencia de su fundamento jurídico, la consecuencia de la

³¹ El artículo 2 establece el beneficio de la exención: “Con arreglo al artículo 101, apartado 3, del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, se declara que el artículo 101, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los acuerdos verticales...”. Por su parte, el artículo 3 establece el umbral de la cuota de mercado: “La exención prevista en el artículo 2 se aplicará siempre que la parte del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la parte del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales...”.

nulidad de pleno derecho por infracción del Derecho de la Competencia no varía: la destrucción del vínculo y la eliminación de los efectos.

III LA PROPAGACIÓN DE LA NULIDAD EN EL ÁMBITO DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1 La propagación de nulidades: cuestiones generales

En este contexto, una de las cuestiones que mayor debate doctrinal ha generado en sede de nulidad por infracción del Derecho de la Competencia, principalmente en la doctrina italiana³², ha sido la cuestión de la propagación de las nulidades o “reacción en cadena de nulidades”³³.

En la doctrina es posible distinguir dos posiciones contrapuestas. Por un lado, quienes consideran que la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia solo es aplicable a los acuerdos anticompetitivos, no pudiéndose trasladar a los contratos “aguas abajo”. Sin perjuicio de la acción de daños y perjuicios que asiste al contratante “aguas abajo”³⁴. Por otro lado, están quienes sostienen que los contratos “aguas abajo” pueden estar afectados por la ilicitud de la conducta anticompetitiva cuando el contrato “aguas abajo” es un medio a través del cual se hace efectiva la restricción a la Competencia³⁵.

En sede de propagación de nulidades el TJUE han venido a proclamar dos reglas³⁶: por un lado, que el Derecho europeo de la Competencia no regula ni

³² Debido al debate que se generó a raíz del asunto Normas Bancarias Uniformes. Estas normas bancarias unitarias eran reglas establecidas por la Asociación Bancaria Italiana que se incorporaban a los contratos que celebraban los bancos con sus clientes. En 1994 se concluyó que la NBU constituían una decisión dirigida a coordinar el comportamiento de las entidades de crédito y que ello era contrario al Derecho de la Competencia. Motivo por el que eran nulas de pleno derecho. Tras esta decisión se ordenó la modificación de los contratos que habían incorporado estas reglas, eliminado los efectos anticompetitivos que producían. Ello dio lugar a una intensa discusión doctrinal sobre los efectos de la nulidad de las NBU respecto de los contratos celebrados con los clientes. En extenso, sobre el asunto, y con abundante cita doctrinal, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., p. 397 a 399. En la doctrina italiana, por todos, GUIZZI, G., “Mercato e concorrenza e teoria del contratto”, *Riv. dir. Comm.*, núm. 1, 1999, p. 67 a 129; ídem. *Il mercato concorrenziale: problema e conflitti*, Giuffrè, 2010, 197 y ss.

³³ La teoría de la “reacción en cadena de nulidades”, como indicó DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., p. 477, considera que aquellos negocios celebrados al amparo de un negocio jurídico nulo son también nulos de pleno derecho. Sobre esta cuestión, en la doctrina comparada, CAUFFMAN, C., “The impact of voidness for infringement of article 101 TFEU on linked contracts”, *European Competition Journal*, vol. 8, 2012, p. 95 y ss. Sobre la propagación de nulidades, recientemente, HERRERO SUÁREZ, C., *La nulidad de las conductas anticompetitivas...*, cit., p. 246 a 255; y CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho antitrust europeo y sanciones civiles...*, cit., p. 161 y 162.

³⁴ Para un detenido análisis de los fundamentos en defensa de esta posición, con referencias bibliográficas, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., p. 408 a 421.

³⁵ Sobre esta posición, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., p. 401 a 408.

³⁶ Sentencia de 14 de diciembre de 1983, asunto C-319/82, caso Kerpen: “De esta misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular de la sentencia de 30 de junio de 1966, Société Technique Minière (56/65, Rec. p. 337), se deduce que la nulidad de pleno derecho prevista en el apartado 2 del artículo 85 solo afecta a las disposiciones contractuales incompatibles con el apartado 1 del artículo

extiende la nulidad del artículo 101.2 TFUE a los contratos derivados; y, por otro, que corresponde a los ordenamientos nacionales determinar la propagación o no de la nulidad³⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna regla general sobre las consecuencias que la nulidad de un acto jurídico ha de producir en otro negocio subordinado o dependiente o derivado³⁸. En principio, la ineficacia queda limitada al ámbito del contrato que nulo. Sin embargo, en virtud del nexo de conexión existente entre diferentes contratos, es posible que la ineficacia de uno alcance otros que con aquel se encuentran en una especial relación de conexión o dependencia. En ausencia de una solución legal, la cuestión de la propagación de la nulidad dependerá del tipo de contrato que se celebre “aguas abajo”. La solución será diametralmente opuesta si se trata de contratos coligados o conexos o si se trata de contratos derivados.

Los primeros son contratos cuyo vínculo es instruido por la voluntad de las partes a fin de alcanzar un determinado resultado, formando un “conjunto negocial”. Se trata de relaciones negociales autónomas, pero dependientes. Mientras que los segundos, en los que no existe “conjunto negocial”, no pretenden un resultado común, sino que uno es resultado del otro, siendo contratos autónomos e independientes con causa y objeto distinto.

2 La propagación en los contratos coligados o conexos

Si se trata de contratos coligados o conexos el vínculo existente entre ambos contratos tiene como consecuencia la propagación de la nulidad³⁹. Esta ha sido la posición del Tribunal Supremo en el ámbito los contratos de abanderamiento, en relación con los contratos reales de superficie o arrendamiento que habitualmente se celebraban.

El supuesto de hecho más común era la constitución mediante escritura pública de un derecho de superficie a favor de la petrolera. El derecho de superficie se constituía para que la petrolera pudiera, ejercitando el *ius aedificandi*, construir en el suelo, subsuelo de los terrenos las instalaciones necesarias para el

85. Las consecuencias de esta nulidad respecto de los demás elementos del acuerdo no están reguladas por el Derecho comunitario. Lo mismo sucede en relación con los posibles pedidos realizados y los suministros efectuados conforme a dicho acuerdo y con las obligaciones de pago que de ellas resultan de los mismos”.

³⁷ Véase, CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho antitrust europeo y sanciones civiles...*, cit., p. 162; y HERRERO SUÁREZ, C., *La nulidad de las conductas anticompetitivas...*, cit., p. 248.

³⁸ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos...*, cit., p. 699. El autor apunta que no es útil acudir a la genérica noción de accesoriedad, sino que resultan más adecuados, por ser más concretos, los criterios que propuso la STS de 10 de noviembre de 1964: la nulidad se propaga cuando el negocio posterior presuponga para su validez una determinada condición o estado que se intentó por el primer contrato (nulo), cuando la causa u objeto que hace ilícito al primer contrato se extienda al segundo, por unidad de propósito o que el segundo negocio constituya la consecuencia o culminación del primero.

³⁹ La diferencia entre los contratos coligados y los contratos conexos se encuentra en el diferente vínculo o causa. Mientras que los primeros el vínculo pretende un resultado concreto, en los segundos la vinculación procede de la propia naturaleza de uno de los negocios que depende del otro. Entre nosotros, la doctrina que con mayor profundidad ha estudiado la figura de los contratos conexos señala que “habrá conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico-jurídica que a través de ellos quiere articularse”, LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, Bosch, 1994, p. 282.

funcionamiento de una estación de servicio de carburantes y derivados, para la venta al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción. El derecho de superficie se pactaba con una duración media de unos 20 o 25 años. Y la petrolera, además de pagar precio por el contrato, costeaba la construcción de las instalaciones de la estación de servicio. Construida la estación de servicios, la petrolera suscribía con el propietario del terreno un contrato de “comisión en exclusiva para la venta de combustibles y carburantes y arrendamiento de estación de servicios”. El problema que aquí interesa surge cuando se considera que la cláusula de aprovisionamiento exclusivo es contraria al Derecho de la Competencia. Y que su nulidad de pleno derecho se expande al resto del contrato –nulidad total-. Es en este punto donde la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse sobre la propagación de la nulidad del contrato al contrato de superficie.

La doctrina fijada por el Tribunal Supremo, que proclama la propagación de la nulidad, se recoge en la importante Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 12 de enero de 2015: “La ineficacia sobrevenida de la cláusula de duración de la exclusiva en el suministro no puede determinar únicamente la nulidad de dicha cláusula, desde el día 1 de enero de 2002, sino que afecta a todo el entramado contractual, esto es, a los contratos de superficie y de arrendamiento, pues todos ellos, aunque tuvieran su causa propia, respondían a una finalidad común y entre ellos existía un equilibrio de prestaciones, que se rompe cuando se declara la nulidad de la cláusula de suministro en exclusiva a los pocos años de firmarse el contrato, sin que haya habido tiempo de amortizarse la inversión realizada por la demandada”⁴⁰.

3 La no propagación en los contratos derivados: la indemnización de daños y perjuicios

En el caso de los contratos derivados la solución debe ser la opuesta a la de los contratos coligados y conexos, es decir, no procede una propagación de la nulidad. De lo que se trata aquí es de si la nulidad de un cártel, por ejemplo, en el que se acuerda una subida de precios, se expande a los contratos de compra-venta celebrados por las empresas cartelizadas con terceros.

Para un sector de la doctrina si la nulidad absoluta de la infracción del Derecho de la Competencia requiere eliminar del mundo jurídico los efectos de la restricción de la competencia, la no propagación de la nulidad a los contratos derivados, supone no eliminar dichos efectos. Se considera que aquellas infracciones que se imponen en las relaciones negociales con terceros y/o que se desarrollan a través de los contratos celebrados “aguas abajo” igualmente deben desaparecer del mundo jurídico, en la medida en que también ellas contradicen las normas imperativas, perjudican el bienestar general y los derechos de los particulares⁴¹.

A nuestro juicio, esta posición no es adecuada. Como se ha dicho anteriormente, la ineficacia que provoca la nulidad de pleno derecho se refiere a los efectos negociales, pero no se ha de entender como si lo nulo no hubiese sucedido, por lo que el negocio ineficaz puede haber producido una mutación en la realidad social idéntica a la que ocasionaría un negocio eficaz. La declaración de nulidad de

⁴⁰ Recogiendo esta doctrina de la propagación de la nulidad, STS de 30 de diciembre de 2015.

⁴¹ En este sentido, ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, cit., p. 415.

pleno derecho alcanza al negocio jurídico que infringe el Derecho de la Competencia. Por ejemplo, el cártel de precios. Los negocios jurídicos a través de los que se ejecuta la restricción no poseen un vínculo jurídico suficiente como para admitir la propagación. Ni existe finalidad común y entre ellos existe un equilibrio de prestaciones.

Ello no significa, en ningún caso, negar que las normas de Defensa de la Competencia alcancen a las relaciones con terceros. Esta posición sería contraria a toda la jurisprudencia del TJUE sobre el efecto directo o útil de las normas de competencia. Lo que significa es que la propagación de la nulidad no puede producirse por la ausencia de vínculo jurídico suficiente entre el cártel y los contratos de venta a través de los cuales se implementa la subida de precios.

El remedio que el Derecho de la Competencia ha previsto para los contratos derivados es el derecho al pleno resarcimiento, es decir, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios que se deriven del negocio prohibido declarado nulo, sin que se afecte a la validez de los negocios “aguas abajo”⁴². No puede interpretarse la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia y sus efectos sin tener presente la finalidad del Derecho de la Competencia⁴³, el fundamento de la nulidad, así como que el legislador europeo y nacional ha regulado los efectos jurídico-privados de la infracción con las acciones de daños. De hecho, la propagación de la nulidad en contratos derivados puede llegar a afectar el correcto funcionamiento de determinados mercados⁴⁴.

En efecto, las normas de Defensa de la Competencia, tanto europeas como nacionales, producen efectos directos en las relaciones entre particulares, y generan para los afectados derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar⁴⁵. Este principio es relevante por cuanto las prácticas

⁴² GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos...*, cit., p. 234, cita como ejemplo de esta solución el caso Ryanair contra Esso italiana, sentencia de la Court of appeal, Civil división, de 19 de noviembre de 2013, donde indica que se afirma que el hecho de que el precio sea más elevado como consecuencia de un cártel no implica la nulidad de los contratos derivados, sino una acción por daños y perjuicios a favor de las víctimas que hayan sufrido el sobre precio.

⁴³ En efecto, como es sabido, el Derecho de la Competencia no realiza una composición de los intereses de las partes del contrato, sino que su finalidad es impedir que a través de determinadas prácticas se obstaculice el correcto funcionamiento del sistema de economía de mercado, no pudiéndose cumplir sus objetivos de eficiencia económica. Esto significa que la normativa antitrust protege un interés público, cual es que el mercado de libre competencia funcione correctamente, impidiendo que los empresarios se pongan de acuerdo para restringir la competencia en beneficio propio, pero en perjuicio de todos los demás participantes en el mercado. Por tanto, que el bien jurídico protegido por el artículo 101 TFUE y 1 LDC es el mercado es algo que no puede pasar desapercibido en el enjuiciamiento de las consecuencias jurídicas de la infracción del Derecho de la Competencia.

⁴⁴ Como ha señalado con acierto la doctrina, HERRERO SUÁREZ, C., *La nulidad de las conductas anticompetitivas...*, cit., p. 251: “No solo las dificultades prácticas en su aplicación y los escasos resultados –en relación a la protección de la competencia– que supone la extensión de la ineficacia a contratos no prohibidos directamente por la norma antitrust, desaconsejan su reconocimiento. Las pretendidas ventajas e intereses tutelados han de ser ponderados con otros intereses cuya afectación es susceptible de causar aún mayores distorsiones en los mercados. La nulidad en cadena puede ser sumamente perturbadora del tráfico jurídico. La declaración de invalidez de contratos no prohibidos directamente por la norma cuestiona la máxima *pacta sunt servanda* introduciendo dudas sobre la estabilidad de las relaciones con terceros y la seguridad del tráfico en los mercados”.

⁴⁵ El efecto directo horizontal de los artículos 101 y 102 TFUE en las relaciones entre particulares ya fue establecido por el TJUE en su famosa sentencia de 30 de enero de 1974, asunto 127/73, caso BRT/SABAM: “...dado que, por su misma naturaleza, las prohibiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares, dichos artículos crean directamente derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales

restrictivas de la competencia no solo lesionan el interés general, por cuanto atentan contra el mantenimiento de un orden competitivo no falseado en el mercado, sino que también lesionan y generan daños en los patrimonios de los operadores económicos presentes en el mercado. Y actualmente este principio se encuentra positivizado en Europa tras la aprobación de la “*Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*”, traspuesta tardíamente en España por el RDL 9/2017, de 26 de mayo⁴⁶, que modifica la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Pese a que en Europa, a diferencia de EEUU, hasta principios de este siglo el Derecho de Defensa de la Competencia se ha concebido como un Derecho de aplicación eminentemente pública –realizada a través de las autoridades europeas y nacionales de la Competencia, *public enforcement*-, lo bien cierto es que la vertiente privada o *private enforcement* siempre ha estado en la genética del Derecho *antitrust*⁴⁷. La consecuencia inherente a esta aplicación privada, núcleo de un bien entendido Derecho de la Competencia, es el derecho al resarcimiento a favor del perjudicado por un ilícito *antitrust*⁴⁸. Por tanto, los tribunales nacionales tienen una

nacionales deben tutelar”. Si bien, el verdadero hito para la aplicación privada de la Competencia lo representan las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, caso Courage; y de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, caso Manfredi. En los puntos 26 y 27 del caso Courage se afirma: “26. La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia. 27. En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”. Sobre ello, por todos, KOMMINOS, A., *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008. Sobre el sistema de compensación de daños en Competencia, por todos, un buen resumen, RUIZ PERIS, J.I., “El sistema europeo de compensación de daños en material de competencia”, *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Tirant, 2018, p. 13 y ss.

⁴⁶ Sobre la Directiva y su transposición a todos los ordenamientos en los Estados Miembros, recientemente, por todos, AA.VV., *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States* (Dir. Rodger, Ferro y Marcos), Oxford, 2018. Por su parte, respecto de la transposición en España, por todos, AA.VV., *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (Dir. Ruiz Peris), Thomson-Aranzadi, 2019.

⁴⁷ En cierta manera, la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia son dos caras de una misma moneda, que es el Derecho de la Competencia. Como el yin y el yang, son dos fuerzas opuestas y complementarias, que se encuentran en una única cosa: el Derecho de la Competencia. Sobre la complementariedad de la aplicación pública y privada del Derecho *antitrust*, entre otros, DÍEZ ESTELLA, F., y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., “La directiva de acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2014, p. 41 y ss.

⁴⁸ No hay que olvidar que el legislador español, hasta la aprobación de la vigente Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, siempre ha previsto una indemnización de daños y perjuicios por ilícito *antitrust* en su normativa nacional. Así, artículo 6 de la Ley 110/1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia; y artículo 13 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Cuestión distinta es su utilización por parte de los operadores económicos. Sobre las trabas que existían, ALONSO SOTO, R., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Competencia*

función esencial en la aplicación de estas normas de Competencia desde su vertiente privada. La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones establecidas en cualquier norma de Defensa de la Competencia, exigen que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, principalmente la Administración, pueda reclamar ante los tribunales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones.

En conclusión, a diferencia de cuanto ocurre con los contratos conexos, la nulidad de pleno derecho no alcanza a los contratos derivados, sino que se detiene en el acuerdo restrictivo. Los negocios jurídicos a través de los que se ejecuta la restricción no poseen un vínculo jurídico suficiente como para admitir la propagación, pues ni existe finalidad común ni entre ellos existe un equilibrio de prestaciones. En estos casos el legislador europeo ha previsto que el remedio jurídico aplicable sea la indemnización por daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia. El artículo 3 de la Directiva 2014/104/UE es claro cuando establece que los Estados miembros velarán por que “cualquier persona” física o jurídica “que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia” pueda reclamar y obtener el “pleno resarcimiento” de dicho perjuicio⁴⁹. Así configurado, el derecho al resarcimiento se reconoce – legitimación activa- a cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia. Por tanto, quien soporta daño por la celebración de un contrato derivado de otro declarado nulo por infringir Derecho de la competencia está legitimado activamente para solicitar, no la declaración de nulidad de su contrato, sino el resarcimiento del daño a la “empresa infractora”⁵⁰.

y acciones de indemnización, (Coord. FONT RIBAS y GÓMEZ TRINIDAD), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 123 y ss. Con todo, no puede decirse que el ordenamiento jurídico español haya sido ajeno a la aplicación privada de la Competencia. MARCOS, F., “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Global Competition Law Review*, vol. 6, núm. 4, 2013, p. 167 y ss.

⁴⁹ El término “cualquier persona” fue el escogido por el TJUE en la sentencia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, caso Courage, apartados 22 y 26. El artículo 3 de la Directiva 2014/104/UE, por tanto, viene a confirmar el acervo europeo establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos Courage y Manfredi. Cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia puede solicitar resarcimiento por el daño emergente (*damnum emergens*), el lucro cesante (pérdida de beneficios o *lucrum cessans*), más los intereses, con independencia de si en las normas nacionales estas categorías se definen por separado o conjuntamente. El pago de intereses se configura, como ya había dicho la jurisprudencia europea, como un elemento esencial del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos. Exigiéndose desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización. Ello sin perjuicio de que en el Derecho nacional esos intereses se califiquen de intereses compensatorios o de demora. Y de que se tenga en cuenta el transcurso del tiempo como categoría independiente (interés) o como parte constitutiva de la pérdida experimentada o de la pérdida de beneficios. Por ello, y siendo completamente positivo el reconocimiento expreso del derecho a ser resarcido con los intereses, la ausencia de una unificación respecto del tipo de interés a abonar, nos lleva a la conclusión de que este será un elemento que contribuirá al *forum shopping* en aquellos ilícitos *antitrust* en los que los daños se manifesten en varios Estados miembros. A estos efectos resulta interesante la consulta del EUI Working Paper LAW 2016/11, titulado “*EU law and interest on damages for infringements of competition law – A comparative report*”, editado por Giorgio Monti y disponible on-line.

⁵⁰ En efecto, aunque no se prevé expresamente, todo el sistema de responsabilidad por daños configurado en la Directiva se cimienta sobre la regla de que es “responsable” la “empresa” declarada

IV CONCLUSIONES

El fundamento de la nulidad por infracción del Derecho de la competencia está en la transgresión de los límites de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma imperativa de orden público económico. En este contexto, una de las cuestiones que mayor debate doctrinal ha generado en sede de nulidad por infracción del Derecho de la Competencia ha sido la cuestión de la propagación de las nulidades.

Los primeros son contratos cuyo vínculo es instruido por la voluntad de las partes a fin de alcanzar un determinado resultado, formando un “conjunto negocial”. Se trata de relaciones negociales autónomas, pero dependientes. Mientras que los segundos, en los que no existe “conjunto negocial”, no pretenden un resultado común, sino que uno es resultado del otro, siendo contratos autónomos e independientes con causa y objeto distinto.

Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, si se trata de contratos coligados o conexos el vínculo existente entre ambos contratos, que conforma un “conjunto negocial”, tiene como consecuencia la propagación de la nulidad. En cambio, en el caso de los contratos derivados, que no pretenden un resultado común, sino que son contratos en los que uno es resultado del otro, la solución debe ser la opuesta a la de los contratos coligados y conexos, es decir, no procede una propagación de la nulidad.

La declaración de nulidad de pleno derecho alcanza al negocio jurídico que infringe el Derecho de la Competencia. Los negocios jurídicos a través de los que se ejecuta la restricción no poseen un vínculo jurídico suficiente como para admitir la propagación. Ni existe finalidad común y entre ellos existe un equilibrio de prestaciones. Ello no significa, en ningún caso, negar que las normas de Defensa de la Competencia alcancen a las relaciones con terceros. Esta posición sería contraria a toda la jurisprudencia del TJUE sobre el efecto directo o útil de las normas de competencia. El remedio que el Derecho de la Competencia ha previsto para los contratos derivados es el derecho al pleno resarcimiento, es decir, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios que se deriven del negocio prohibido declarado nulo, sin que se afecte a la validez de los negocios “aguas abajo”.

V BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia* (Dir. Ruiz Peris), Thomson-Aranzadi, 2019

“infractora”. Así se ha pronunciado expresamente el TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2019, caso Skanska, apartado 31: “Pues bien, habida cuenta de que la responsabilidad del perjuicio resultante de las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia tiene carácter personal, incumbe a la empresa infractora responder del perjuicio causado por la infracción”; añadiendo el apartado 47 que: “De ello se deduce que el concepto de “empresa», en el sentido del artículo 101 TFUE, que es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, no puede tener un alcance diferente en el ámbito de la imposición por la Comisión de multas con arreglo al artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 y en el de las acciones por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión”.

- AA.VV., *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States* (Dir. Rodger, Ferro y Marcos), Oxford, 2018
- ALONSO SOTO, R., “La aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Competencia y acciones de indemnización*, (Coord. FONT RIBAS y GÓMEZ TRINIDAD), Marcial Pons, Madrid, 2013
- ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, 1960
- CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 6.3 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, T. I, 1992
- CASTRONOVO, C., “Antitrust e abuso della responsabilità civile”, *Danno e responsabilità*, núm. 5, 2004
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de derecho civil*, vol. 35, 1982
- DI GIÒ, A., “Contract and restitution law an the private enforcement of EC Competition law”, *World Competition*, núm. 2, 2009
- DÍEZ ESTELLA, F., y PÉREZ FERNANDEZ, P., “La directiva de acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2014
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Civitas, T. I, 1993
- GALÁN CORONA, E., “Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición”, *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad* (dir. García-Cruces), Tirant lo blanch, 2014
- GONZÁLEZ GARCÍA, S., *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, Marcial Pons, 2016
- KOMNINOS, A.P., *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008
- LIBERTINI, M., “Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust”, *Danno e responsabilità*, núm. 10, 2004
- LIBERTINI, M./ MAUGERI, M. R., “Infringement of Competition Law and invalidity of contracts”, *ERCL*, núm. 2, 2005

- MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Conductas exentas por ley”, Comentario a la Ley de defensa de la competencia, Thomson-Civitas, 2015
- MARCOS, F., “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Global Competition Law Review*, vol. 6, núm. 4, 2013
- MELI, M., *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese concorrenziali*, Giuffrè, 2001
- ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia: los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, 2011
- PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares, 1999
- SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *Indret*, núm. 1, 2009
- SCHININÀ, M., “La nullità delle intese anticoncorrenziali”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, núm. 2, 2004
- WAELEBROECK, M./ FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, Bosch, T. I, 1998
- WHISH, R./ BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford, 2015.