

ACCIONES DE DAÑOS POR ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS: LA TRASPOSICION ESPAÑOLA DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE*

Luis Antonio Velasco San Pedro
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid (España)

1. APLICACIÓN PÚBLICA Y APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

La expresión *aplicación privada del Derecho de la competencia* procede del ámbito angloamericano, donde se viene haciendo referencia al *Private Enforcement of Competition* (o *Antitrust*) *Law*, para diferenciarlo de su aplicación pública o *Public Enforcement*. En el primer caso, se trata de la aplicación de dicho Derecho por los tribunales de justicia como consecuencia del ejercicio por particulares de acciones civiles, básicamente de nulidad y, sobre todo, de daños; en el segundo de su aplicación por autoridades (administrativas) de la competencia, principalmente mediante la instrucción de expedientes sancionadores, y la imposición de multas y otros remedios¹.

En los Estados Unidos, que, como es sabido, es donde surgió el primer Derecho de la competencia (a raíz de la célebre *Sherman Act* de 1890), han venido coexistiendo ambos sistemas de aplicación del Derecho antitrust, con mayor predominio de uno u otro según épocas. Con todo, puede considerarse que ha tenido y tiene más peso económico la aplicación privada², lo que no es de extrañar porque esta modalidad conecta, por un lado, con la amplia cultura social que existe en ese país en relación con las acciones de daños, cuyo ejercicio quedaba además estimulada en este caso concreto por el reconocimiento (a partir de la *Clayton Act*, § 4) de la regla de los triples daños (*treble damages*), de manera que los perjudicados por prácticas anticompetitivas pueden reclamar a los responsables como *daños punitivos* el triple de los daños acreditados, más los costes razonables de su defensa jurídica³. Pero, por otro, porque también este

* Trabajo destinado al *Livro de Aniversário do Professor Jorge Coutinho de Abreu*. y se realiza en el marco de los proyectos VA015G18, "Distribución y competencia: retos y problemas en el marco de una economía global y digitalizada", de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, y RTI2018-094201-B-C22 "El impacto de la economía digital en el Derecho de la Competencia y la Distribución: del Big Data al Blockchain", del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

¹ También puede considerarse una manifestación de aplicación pública la persecución pública de conductas anticompetitivas que se tipifican como delitos. P. ej. en Estados Unidos los cárteles, o en España algunas modalidades de éstos (en relación con subastas públicas, o materias de primera necesidad: arts. 262.1 y 284.1 del Código penal español). Véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M./ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Conductas restrictivas de la competencia y Derecho penal", en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (dir.), *La lucha contra las restricciones de competencia. Sanciones y remedios en el Derecho español*, Comares, Granada 2017, pp. 79 y ss.

² Véase LANDE, R. H., "Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de la competencia", en VELASCO SAN PEDRO, L.A. et al. (dir), *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid 2011, p. 61 y ss., que señala cómo en los 40 casos más relevantes de aplicación privada que él junto al Prof. Davis examinaron entre 1990 y 2007, se obtuvieron entre 18.006 millones y 19.630 millones de dólares como indemnización por las víctimas, mientras el programa de cárteles del Ministerio de Justicia impuso multas por solo 6.800 millones, incluyendo en esta valoración el tiempo pasado en prisión por los responsables (valorado en 6 millones de dólares por año) o en arresto domiciliario (valorado en 3 millones de dólares por año).

³ Para una primera aproximación a este sistema, véase HERRERO SUAREZ, C., "El sistema estadounidense de "treble damages": ¿un modelo a importar?", en GÓMEZ TOMILLO, M. et al. (coord.), *Límites entre el*

tipo de aplicación casa mejor con la idiosincrasia norteamericana individualista (el famoso *espíritu de los pioneros*) renuente al intervencionismo público.

En Europa las normas sobre defensa de la competencia tendrán que esperar hasta después de la II Guerra Mundial. Fueron precisamente las autoridades de ocupación norteamericanas y británicas en las zonas que se les atribuyeron de Alemania, las primeras que dictaron normas antitrust en 1947, al objeto de descartelizar una economía que bajo el régimen nazi había estado fuertemente concentrada antes y durante la guerra. De ahí, y una vez constituida la actual República Federal, se pasó a diversos intentos de hacer una legislación anticárteles o de defensa de la competencia en Alemania, que culminarían en una primera Ley de 1957, que entró en vigor al año siguiente y cuya elaboración suscitó un gran debate en aquel país⁴. Este proceso coincidió en el tiempo con la constitución de las Comunidades Europeas en los años 50, incluyendo los tratados tanto de la CECA (1951), como de la CEE (1957), normas de defensa de la competencia⁵.

Estas primeras normas de Derecho de la competencia en Europa estaban influenciadas por el Derecho norteamericano: el de sus leyes antitrust y el de la jurisprudencia que las aplicó, partiendo además de la importancia que se atribuye a esta última como fuente del Derecho en los sistemas de raíz anglosajona a través de los precedentes (*Common Law*). Pero en su conformación tuvo su peso la idiosincrasia en parte distinta de los europeos, así como las ideas ordoliberales de la *Escuela neoliberal de Friburgo*, ambas proclives a un cierto intervencionismo público, en el marco de la llamada *economía social de mercado*⁶. Por ello no es de extrañar que en aquel momento se optase por un sistema de aplicación pública de este sector, justificada además adicionalmente por lo novedoso de aquella primera legislación antitrust, así como por la falta de conciencia social sobre los beneficios de la competencia.

En el caso concreto del Derecho comunitario de la competencia, su administración pública se atribuyó, además de manera fuertemente centralizada, a la Comisión Europea (CE), por el primer Reglamento 17/62 de 6.2.1962, de aplicación de los entonces arts. 85 y 86 del Tratado, que completó el contenido de las prohibiciones establecidas en dichos preceptos, con sanciones administrativas en forma de multas⁷.

En los Derechos nacionales en la materia, que fueron surgiendo paulatinamente en los distintos Estados miembros (EE. MM.), de manera análoga se fueron atribuyendo

derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas, Lex Nova, Pamplona 2012, pp. 127 y ss.

⁴ Una referencia detallada a estos antecedentes y debates en REICH, N., *Mercado y Derecho*, trad. española, Ariel, Barcelona 1985, pp. 215 y ss.

⁵ De las reglas que se introdujeron en el Tratado de Roma (primitivos arts. 85 y ss.), surgen las actuales que se contienen en el Tratado de Funcionamiento de la UE (arts. 101 y ss.).

⁶ Esta diferencia idiosincrásica se pone de relieve, entre otros aspectos, en los dos modelos diferentes de capitalismo que prosperaron a un lado y otro del Atlántico, y que reflejó, entre otros, ALBERT, M., *Capitalismo contra capitalismo*, trad. Española, Paidós, Barcelona 1992, al distinguir entre el *capitalismo renano* y el *capitalismo neoamericano*.

⁷ Aunque obviamente los procedimientos sancionadores podían comenzar por denuncia de los afectados, lo más habitual era entonces como hoy en día, que se iniciasen de oficio. A estas modalidades se añadió a partir del año 1996 el *programa de clemencia* [Comunicación de la CE *relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas* (96/C 207/04), DOCE, C 207/4 de 18.7.1996] que, en la actualidad, se ha convertido en un poderoso instrumento para la detección de cárteles.

competencias a autoridades nacionales de competencia (ANC), frecuentemente configuradas como agencias u organismos especializados gubernamentales.

En España estos planteamientos influyeron asimismo en la primera ley antitrust –la Ley de prácticas restrictivas de la competencia de 1963–, que creó el entonces llamado *Tribunal de Defensa de la Competencia* (TDC)⁸, organismo que posteriormente fue sustituido por la *Comisión Nacional de la Competencia* (CNC), hasta llegar, ya en el marco de la vigente Ley de defensa de la competencia (LDC) de 2007, a la actual *Comisión de los Mercados y la Competencia* (CNMC), que tiene atribuida la condición de ANC en España⁹.

Aunque el ejercicio de *acciones civiles* por los particulares afectados por las prácticas anticompetitivas, no se contemplaba expresamente en el citado Reglamento 17/62, lo cierto es que tampoco se excluía por lo que, al menos en teoría, ese ejercicio era posible, máxime cuando el citado art. 85.2 del Tratado (actual art. 101 del Tratado de funcionamiento de la UE) establecía la *nulidad* de los acuerdos restrictivos prohibidos, consecuencia que, con independencia de su alcance, era de la indudable competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, ante los que se podía hacer valer ejercitando una acción u oponiendo una excepción, como pronto dictaminaría la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJ)¹⁰.

En España el art. 6 de la Ley de prácticas restrictivas de la competencia de 1963, contemplaba ya específicamente el ejercicio de acciones de daños por los perjudicados, aunque sometiéndole al requisito de que previamente se hubiera declarado una práctica prohibida por el entonces TDC¹¹. Requisito este que constituía una suerte de “prejudicialidad” administrativa que posteriormente se llevaría al art. 13 de la posterior LDC de 1987¹².

Entretanto en otros países europeos también se planteaba la posibilidad de ejercitar acciones de daños por los perjudicados. El TJ tuvo la ocasión de enfrentarse a este problema en la STJ 20.9.2001, asunto C-453/99 *Courage y Crehan*, donde se estimó que la efectividad del propio Derecho comunitario de la competencia, exigía el reconocimiento por los ordenamientos de los EE. MM. de un derecho de los

⁸ Por más que las sanciones contempladas en esta primera Ley fueran de escasa cuantía, muy alejadas de las establecidas en el Derecho comunitario europeo.

⁹ No solo a los efectos de la aplicación del Derecho español, sino también de la aplicación (descentralizada) del europeo en España. No obstante, para restricciones de ámbito autonómico, están las autoridades autonómicas de competencia, surgidas a raíz de la STC 208/1999 de 11.11.1999 y la Ley 1/2002, de 21.2.2002, de coordinación de las competencias del estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

¹⁰ A partir de la STJ de 25.11.1971, asunto 22/71 *Beguelin*.

¹¹ "Los perjudicados por las prácticas restrictivas declaradas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán ejercitar acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil ordinaria en plazo no superior a un año, a contar del día en que sea firme la declaración del Tribunal".

¹² "1. Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada paso procedan.

"2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles".

perjudicados al pleno resarcimiento de los daños sufridos¹³. A esta sentencia seguirían otras en el mismo sentido como la STJ 13.7.2006, asuntos C-295/04 a C-298/04 *Manfredi*, relativo a un cártel de seguros.

En este contexto se preparó una gran reforma de la forma de administrar el Derecho europeo de la competencia a comienzos de los años 2000, en vísperas de la ampliación a los países del este de Europa, que pasaba por descentralizar su aplicación – en aquellos momentos fuertemente concentrada en la CE– en las ANC y los tribunales de los EE. MM., y que acabó cristalizando en el actual Reglamento de aplicación 1/2003¹⁴.

Esta descentralización, y más concretamente la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales enjuiciasen en toda su extensión presuntas conductas prohibidas¹⁵, en el marco de acciones ejercitadas ante los mismos (de nulidad o de daños), era ya una vía franca hacia la aplicación privada del Derecho de la competencia, bien en forma de *acciones de seguimiento (follow on)* posteriores a los procedimientos administrativos, bien en forma de *acciones independientes (stand alone)* sin un previo pronunciamiento de la CE o de una ANC. Por otro lado, para asegurar la coherencia entre aplicación pública y privada del Derecho de la competencia, el art. 16 del Reglamento 1/2003, estableció la vinculación de las ANC y de los órganos jurisdiccionales nacionales, a las previas decisiones que hubiera adoptado la CE a este respecto.

Con todo, la aplicación privada del Derecho de la competencia era una *rara avis* en Europa, si se exceptuaban algunas jurisdicciones¹⁶, en contraste con lo que venía sucediendo en Estados Unidos, cuyo Derecho en materia de competencia ha continuado sirviendo de contraste para la evolución del europeo, y con lo que preconizaba el propio TJ europeo en las sentencias mencionadas.

En esa falta de ejercicio de acciones privadas influía, sin duda, de nuevo la distinta idiosincrasia europea, la falta de tradición en este ejercicio, pero sobre todo los numerosos interrogantes y problemas que planteaban estas acciones, particularmente las de daños, a las que ni el Derecho europeo ni la mayoría de los de los EE. MM. daban una respuesta satisfactoria.

Es por ello que tras la reforma que supuso el Reglamento 1/2003, la CE se planteó habilitar los mecanismos necesarios para que la aplicación privada del Derecho de la competencia, mediante el ejercicio de acciones de daños por los perjudicados, se convirtiera al menos en un mecanismo complementario del predominante sistema de

¹³ El considerando 26 de la sentencia señala que “[l]a 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”.

¹⁴ Sobre este proceso me remito a VELASCO SAN PEDRO, L.A., “La política europea de la competencia ante el nuevo milenio”, en AA.VV., *Cincuenta años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*, Septem Ediciones Universitarias/Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, Oviedo 2001, pp. 247 y ss.

¹⁵ En el Reglamento anterior 17/62 este enjuiciamiento quedaba condicionado por la llamada *reserva de excepciones* que se hacía a la prohibición de acuerdos restrictivos en favor de la CE, y que fue sustituido por un sistema de *excepción legal* en el nuevo art. 2 del nuevo Reglamento 1/2003.

¹⁶ Como las de Inglaterra y Gales, en el Reino Unido. Véase WHISH, R., “Acciones de daños en los tribunales de Inglaterra y Gales”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A. et. al. (dir), *La aplicación privada...* cit., pp. 155 y ss.

aplicación pública, sin desechar naturalmente la posibilidad de acciones independientes. Para ello se partía de la apreciación correcta de que solo a través del ejercicio de estas acciones los perjudicados podrían obtener una justa compensación, cerrando de esa manera los efectos que cabe asignar a las normas antitrust: [1º] de prevención general, o efecto de disuasión; [2º] de prevención especial o rehabilitación –aspectos ambos que bien cumplen las multas que se pueden imponer en los procedimientos sancionadores–, y [3º] de compensación a las víctimas, que solo puede conseguir la aplicación privada.

Para ello la CE presentó en 2005 un *Libro Verde* sobre la reparación de daños por infracción de las normas de competencia¹⁷, y, posteriormente, un *Libro Blanco* sobre la misma materia en 2008¹⁸, donde se trataba, en el primer caso, de identificar los principales problemas que planteaba el ejercicio de las acciones de daños así como las distintas alternativas para su solución, y en el segundo de proponer ya respuestas concretas a dichos problemas.

Tras diversas dudas de la CE¹⁹, que había estado trabajando en una propuesta *non nata* de Directiva en la materia, y que en algún momento pareció abandonar²⁰, finalmente se promulgó dicha Directiva, la 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26.11.2014, *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*.

Entretanto, y probablemente como consecuencia del clima de debate que en toda Europa suscitaban los referidos libros verde y blanco, en muchos países europeos comenzaron a ejercitarse con mayor frecuencia acciones de daños. En España el caso más característico, hasta la fecha, ha sido el derivado del *cártel del azúcar*, con dos sentencias del Tribunal Supremo (TS), la 344/2012 de 8.6.2012 y la 651/2013 de 7.11.2013 (esta última de gran valor doctrinal). Cuando se escriben estas líneas en prácticamente toda Europa (también en España), se están planteando diversos casos de acciones de daños de dimensión transfronteriza, como es el asunto de *Master Card*, como consecuencia de la sentencia de 14.7.2016 del *Competition Appeal Tribunal* británico, condenando a los gestores de esta tarjeta a devolver a una cadena comercial en concepto de daños comisiones que se han considerado abusivas²¹, y el del *cártel de camiones*, que fue sancionado por Decisión de la Comisión de 19.7.2016, en el asunto AT.39824 Camiones²².

¹⁷ Comisión Europea, *LIBRO VERDE Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 19.12.2005, COM(2005) 672 final.

¹⁸ Comisión Europea, *LIBRO BLANCO Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 2.4.2008, COM(2008) 165 final.

¹⁹ Acrecentadas sin duda por las críticas de algunos sectores doctrinales reacios a que se armonizase la cuestión vía directiva. Véase en España ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia”, en *InDret* 3/2009.

²⁰ Así lo manifestó en su momento el Vicepresidente Joaquín Almunia, entonces Vicepresidente de la CE encargado de la competencia, abogando por regular las acciones colectivas en relación con los consumidores, programa que luego se abandonó: véase ALMUNIA, J., “Normas comunes sobre el recurso colectivo en la UE”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A. et. al. (dir), *La aplicación privada...* cit., pp. 43 y ss.

²¹ Véase <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3e404ba9-2ce6-418f-9a92-2c3726bcd89>.

²² Véase <http://www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/la-responsabilidad-civil-conocido-cartel-los-camiones/>. Sobre este asunto ya han recaído las primeras sentencias en Alemania. Véase SUDEROW, J., “Aplicación privada del derecho de la competencia. Comentario a la primera sentencia

La Directiva, aun siendo una pieza jurídica de relieve, cuya transposición además de armonizar los Derechos de los EE. MM. en la materia va a contribuir a resolver problemas o completar insuficiencias de muchas normativas nacionales, como era el caso de la española precedente, presenta un carácter *lacunoso*, que deja sin solución algunas cuestiones de importancia, la más relevante sin duda la de las acciones colectivas, sobre las que guarda absoluto silencio²³. Ello quizás haya sido inevitable ante las diferencias acusadas en esta y otras materias de los Derechos de los EE. MM., y el inevitable proceso de negociación que en estos casos se abre entre las instituciones europeas y los EE. MM., pero no deja de causar una cierta insatisfacción.

La transposición de esta Directiva al Derecho español se ha hecho mediante el Real Decreto Ley 9/2017, de 26.5.2017 que modifica, en relación con el ejercicio de las acciones de daños, tanto la LDC, introduciendo un nuevo título VI, arts. 71 a 81, así como nuevas definiciones, que se añaden a la Disposición Adicional 4ª, como la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), añadiendo aquí una nueva sección sobre acceso a las pruebas en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia, arts. 283 bis a) y ss..

Pese al sistema poco ortodoxo utilizado para hacer la transposición, acaso justificado por la inestabilidad parlamentaria que ha vivido y vive España en la actualidad, no puede considerarse un texto apresurado, ya que se basa en una propuesta surgida de una Subcomisión de la *Comisión General de Codificación* del Ministerio de Justicia que, en términos generales, puede considerarse técnicamente correcta. Con todo cabe achacarle que no se haya ido más lejos en estos puntos de lo que señalaba la Directiva, no abordando aspectos no contemplados en ella, como particularmente el señalado de las acciones colectivas, y otros que se mencionarán.

Llegados a este punto, nos proponemos a continuación, y en apartados sucesivos, considerar los principales aspectos de régimen que plantea la normativa española sobre acciones de daños²⁴.

relativa a una acción follow on contra el cártel de los camiones Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, en *Rcd*, nº 22, enero-junio 2018.

²³ Silencio apenas paliado por la recomendación de la CE de 11.6.2013, *sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión* (2013/396/UE), DOUE L 201/60, de 26.7.2013. Sobre esta cuestión, sin embargo, hay una propuesta de directiva: propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE*, de 11.4.2018 COM(2018) 184 final 2018/0089 (COD).

²⁴ No abordaremos por razones de oportunidad y espacio otros aspectos que tienen también que ver con la aplicación privada, como son los de la nulidad y las acciones cautelares; ni otras cuestiones relacionadas con otras normas de competencia, donde también cabe una cierta aplicación privada mediante el ejercicio de acciones ante los tribunales ordinarios, como es el tema de las ayudas públicas.

2. CLASES DE ACCIONES DE DAÑOS. VINCULACION DE RESOLUCIONES DE LA CE, ANC Y ORGANOS JURISDICCIONALES DEL MISMO Y DE DISTINTOS EE.MM..

Como se acaba de adelantar, las acciones de daños por ilícitos anticompetitivos, pueden ser tanto acciones independientes (*stand alone*) como de seguimiento o consecutivas (*follow-on*).

En las *acciones independientes* los perjudicados por una conducta anticompetitiva recurren directamente a los órganos jurisdiccionales nacionales, sin que haya mediado un previo pronunciamiento de una autoridad administrativa de la competencia. Tal posibilidad se reconoce explícitamente para el Derecho europeo, por el art. 6 del Reglamento 1/2003²⁵, y para el español por la supresión en la nueva LDC de 2007, de la exigencia de un previo pronunciamiento de la autoridad de competencia, que se contenía en el art. 13 de la precedente LDC de 1989, y la invocación de la competencia judicial en estas materias que se hace en las disposiciones adicionales 1ª y 4ª.3.1) de la LDC.

En estos casos, no obstante, los demandantes tendrán que ejercitar junto a su *acción de daños*, como acción de condena, una *acción declarativa del ilícito anticompetitivo*, para que el tribunal constate y declare previamente la existencia de un acuerdo restrictivo o de un abuso de posición dominante prohibidos (respectivamente por los arts. 101 y 102 del Tratado de funcionamiento de la UE y/o por los arts. 1 y 2 de la LDC), pues la ilicitud de la conducta es presupuesto inexcusable para que surja la responsabilidad civil²⁶. En coherencia con este planteamiento, el art. 71.1 de la LDC, introducido por la reforma de 2017, señala ahora que “[l]os infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados”, añadiendo el 71.2 que “se considera como infracción del Derecho de la competencia toda infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o de los artículos 1 o 2 de la presente Ley”.

Con todo, debe tenerse presente que el ejercicio de acciones independientes es bastante complejo. Es cierto que diversas normas en la LDC y la LEC tratan también de facilitar este tipo de acciones, particularmente en lo que respecta al llamamiento a la colaboración (como *amicus curiae*) de las autoridades de competencia –que conforme determina el art. 15 bis de la LEC pueden intervenir por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial en los procedimientos judiciales–, o a la aportación de medios de prueba. Pero también que en muchas ocasiones –como puede suceder p. ej. en los cárteles, que generalmente serán secretos–, incluso la mera constatación de que se ha producido una infracción del Derecho de la competencia, quedará fuera del alcance los perjudicados.

Más fáciles, en cambio, se presentan las cosas en las *acciones de seguimiento*, cuando ha habido un previo pronunciamiento de una autoridad (administrativa) de la competencia, constatando y, en su caso, sancionando una infracción del Derecho de la competencia.

²⁵ “Los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales arts. 101 y 102 del Tratado de funcionamiento de la UE)”.

²⁶ Esta acción declarativa se contempla expresamente en el sistema de aplicación privada del sector próximo de la competencia desleal, por el art. 32.1 de la Ley de competencia desleal (LCD).

En este punto, lo razonable es que la *cognitio* del tribunal, ante el que se plantee la acción de daños, se limite a determinar y cuantificar los daños sufridos, así como la relación de causalidad entre estos y la infracción cometida.

A esta lógica respondía ya en su momento el señalado art. 16 del Reglamento 1/2003, cuando establecía la vinculación de las ANC y de los órganos jurisdiccionales nacionales a las previas decisiones adoptadas por la CE, lo que además de evitar resoluciones contradictorias, tenía también la función de facilitar la actuación de los tribunales en acciones de seguimiento. Sin embargo, no se hacía lo propio en relación con resoluciones adoptadas por ANC y órganos jurisdicciones del mismo o de otros EE. MM..

Esta última laguna trata de colmarse por el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE que, por un lado, dispone en su apartado 1º que los EE.MM. deben velar porque “la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia”. Y, por otro, exige en su apartado 2º que asimismo los EE. MM. garanticen que “toda resolución firme contemplada en el apartado 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes”.

En su transposición al Derecho español, el actual art. 75.1 de la LDC recoge tal cual lo dispuesto en el referido apartado 1º del art. 9 de la Directiva, estableciendo el carácter irrefutable de la constatación de una infracción de la competencia hecha por una resolución firme de una autoridad de competencia española o de un órgano jurisdiccional español. Este planteamiento, con todo, no puede considerarse totalmente novedoso en nuestro Derecho, pues es esencialmente coincidente con el recogido en la anterior STS 651/2013 de 7.11.2013, en el asunto del *cártel del azúcar*, que, partiendo de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, viene a reconocer la eficacia parcial de cosa juzgada que tienen las resoluciones judiciales de otros órganos jurisdicciones en cuanto a la fijación de los hechos (en este caso de los tribunales del orden contencioso administrativo, que habían conocido de los recursos judiciales interpuestos ante la resolución del entonces TDC).

Respecto a las resoluciones firmes de una ANC o de un órgano jurisdiccional de otro EE. MM., el art. 75.2 de la LDC, yendo más allá de lo que establecía el apartado 2º del art. 9 de la Directiva, establecerá una presunción *iuris tantum* de la existencia de la infracción.

Las consecuencias examinadas en ambos casos –sea la irrefutabilidad o la mera presunción *iuris tantum*– exigen la firmeza de las correspondientes resoluciones. Esto supone, o bien que no se interpusieron en tiempo y forma recursos contra estas resoluciones administrativas o judiciales, o que habiéndose interpuesto fueron desestimados por sentencias firmes.

Obsérvese, no obstante, que estas consecuencias operan tan solo respecto a la *constatación de la infracción*. En cambio, en el caso de la CE la vinculación se produce en relación con decisiones previas de la misma; por tanto, también respecto a aquellos casos en que se haya estimado que no había infracción. Con todo, creo que lo razonable

es extender el alcance del art. 75 de la LDC también a los casos en que las previas resoluciones judiciales o de las ANC hubieran considerado que no habría una infracción del Derecho de la competencia. Un argumento adicional, cuando haya una previa sentencia de un tribunal español del orden contencioso-administrativo, sería la eficacia parcial de cosa juzgada a la que alude la citada STS del cártel del azúcar.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA. COMPRADORES DIRECTOS E INDIRECTOS.

Siguiendo la doctrina en su momento establecidas por la STJ en el asunto *Manfredi*, el art. 3.1 de la Directiva 2014/104/UE establecía la necesidad de que los EE.MM. reconocieran el derecho de “cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción de Derecho de la competencia... (a) reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio”. Este principio se recoge ahora en el art. 72 de la LDC.

Hipóticamente en esta situación pueden estar tanto los “compradores directos”, que se han relacionado con un infractor, contratando sobre los correspondientes bienes o servicios; como los “indirectos” o subadquirentes de estos bienes o servicios a un comprador directo o a otro posterior. A mayor abundamiento, tanto la Directiva como la LDC en los artículos que la transponen al Derecho español, se refieren específicamente a ambas situaciones, estableciendo, además, como luego se verá, algunas precisiones particulares en relación con cada una de ellas.

En este punto hay una diferencia significativa con el Derecho antitrust federal norteamericano, donde la jurisprudencia de su Tribunal Supremo, ha denegado la legitimación a compradores indirectos, en coherencia con la no aceptación de la excepción de repercusión de sobrecostes (*passing-on defence*) a la que más adelante nos referiremos²⁷.

Una de las lagunas más acusadas de la Directiva, como ya se indicó, fue el no haber abordado las *acciones colectivas (class actions)*. Debe tenerse en cuenta que en muchos casos los perjudicados, por tratarse de consumidores o de PYMES que han podido sufrir individualmente perjuicios poco cuantiosos, pero que en su conjunto pudieran ser muy significativos, carecerán de incentivos para interponer acciones individuales, por lo que la falta de regulación de este tipo de mecanismos puede conducir en la práctica a la exoneración de responsabilidad civil de los infractores. En este sentido, es censurable que con ocasión de la transposición al Derecho español no se haya regulado con carácter general, o al menos en relación con esta materia, las acciones colectivas.

Con todo, en relación con *consumidores* perjudicados serán utilizables a estos efectos los supuestos de *legitimación colectiva* que se recogen en el art. 11 de la LEC, pero no cuando sean empresarios u otro tipo de profesionales. En todos los supuestos, también cuando los perjudicados sean empresarios o profesionales, podrá utilizarse asimismo la *acumulación subjetiva de acciones* que permite el art. 72 de este mismo texto legal, y que permitiría la unión voluntaria de perjudicados para demandar conjuntamente a los infractores, como por cierto ya se hizo en el caso de las citadas

²⁷ En la sentencia *Illinois Brick Co. vs. Illinois* 392 US 481 (1968). Véase VELASCO SAN PEDRO, L.A./HERRERO SUÁREZ, C., “La «passing-on defence», ¿un falso dilema?”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A. et. al. (dir), *La aplicación privada... cit.*, pp. 596 y s.

sentencias del cártel del azúcar, donde las demandas fueron interpuestas en nombre de diversas empresas perjudicadas.

4. LEGITIMACIÓN PASIVA. LA RESPONSABILIDAD DE LOS INFRACTORES.

El art. 71.1 de la LDC señala que “[l]os infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados”. Por tanto, en cada caso, las empresas y/o asociaciones de empresas²⁸ que hayan concertado el acuerdo restrictivo prohibido o abusado de su posición de dominio.

Yendo más lejos de lo que dispone la Directiva 2014/104/UE, el art. 71.2, a) de la LDC señalará que “[l]a actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”. Esta norma viene a trasladar al campo de la responsabilidad civil, criterios que en parte ya se habían tenido en cuenta por la jurisprudencia del TJ para la responsabilidad administrativa derivada de multas sancionadoras por infracción de reglas de competencia²⁹, y facilitará sin duda, en el caso frecuente de empresas que formen parte de un *grupo de sociedades*, la legitimación pasiva de las sociedades matrices o dominantes por infracciones cometidas por empresas filiales o dependientes. Ante la falta de criterios específicos para establecer cuando se da esta situación, habrá que aplicar lo dispuesto en el art. 42 del Código de comercio, ya que a esta norma se remite la propia LDC a la hora de regular el *control* a los efectos de la *concentración de empresas* [art. 7, 2, b) de la LDC remitiéndose al art. 4 de la Ley de mercado de valores (actual art. 5 del texto refundido de esta Ley), que a su vez se remite al citado art. 42 del Código de comercio].

Pero la textualidad de la norma va más lejos del concepto de grupo de sociedades, y permitiría también exigir la responsabilidad a personas físicas que controlen una sociedad aunque no integren un grupo (p. ej., un accionista mayoritario persona física, acaso un administrador...).

En todo caso, la imputación de la conducta a la matriz o al controlante no es automática, ya que se exceptúa –como se ha visto– el caso en que el comportamiento económico del infractor no venga determinado por alguno de ellos³⁰. Aunque la Ley no aclara quien debe alegar y probar esta última circunstancia, dada la finalidad y antecedentes de la norma, parece razonable entender que el control constituiría cuando menos una presunción *iuris tantum* de que el comportamiento económico del infractor ha venido siendo determinado por el controlante, sin perjuicio de que este pudiera alegar y probar que no ha sido así.

²⁸ En Derecho de la competencia la jurisprudencia del TJ ha venido manteniendo un concepto amplio de empresa, que no se limita a las empresas mercantiles, y que se ha positivizado en el Derecho español en la Disposición Adicional 4, 1º, de la LDC que señala “[a] efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”.

²⁹ Sobre esta cuestión, en la doctrina española, véase GUTIÉRREZ GILSANZ, J., “La responsabilidad de la matriz por las infracciones del derecho de la competencia cometidas por sus filiales”, en *RDM* nº 292, 2014, pp. 251 y ss.

³⁰ La salvedad es conforme al carácter que, como luego se dirá, tiene en principio la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho, como responsabilidad basada en la culpa.

Por otro lado, y siguiendo ahora de cerca lo que establece la Directiva, el art. 73.1 de la LDC señalará que “[l]as empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia serán solidariamente responsables del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción”.

Al tratarse de una *responsabilidad solidaria* lo será *de todos* los infractores (incluidos como se ha visto sus controlantes) y frente *a todos* los perjudicados. No solo, por tanto, frente a quienes eventualmente hayan sido en cada caso sus compradores directos o indirectos, sin perjuicio de las especialidades que a este respecto se establecen respecto a PYMES y a infractores que se hayan acogido al programa de clemencia, como enseguida se señalará³¹.

Así las cosas, conforme a los criterios que establece para este tipo de responsabilidad el art. 1144 del Código civil, los (perjudicados) demandantes, a su elección, podrán demandar a todos, a algunos o solo a alguno de ellos. Elección que en la práctica podrá venir determinada por la mayor o menor solvencia de los infractores y/o facilidad para demandarlos (puede ser complicado hacerlo cuando se trate p. ej. de empresas no europeas).

También se dan las características propias de la responsabilidad solidaria, en cuanto al reparto interno de la deuda y la posibilidad del ejercicio de acciones de regreso del que paga contra el resto de corresponsables solidarios, aunque ello se peculiariza en el art. 73.5 de la LDC que señala que “[e]l infractor que hubiera pagado una indemnización podrá repetir contra el resto de los infractores por una cuantía que se determinará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado”.

No veo fácil, de ejercitarse estas acciones interna de regreso –por ejemplo en caso de un cártel, cuando las acciones inicialmente solo se hayan dirigido por los perjudicados contra algunas de las empresas cartelizadas–, determinar la responsabilidad individual relativa de cada infractor en el perjuicio causado ante la falta de unas orientaciones mínimas de la Ley sobre cómo hacerlo. La Directiva en su exposición de motivos, considerando 37, no obstante, señala lo siguiente:

“Cuando varias empresas infrinjan conjuntamente las normas sobre competencia (como en el caso de un cártel) es adecuado disponer que esos coinfractores sean conjunta y solidariamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción. Si uno de los infractores ha abonado una compensación superior a la cuota que le correspondía, le debe asistir el derecho de exigir una contribución a los demás coinfractores. El cálculo de dicha cuota, que corresponde a la responsabilidad relativa de un infractor determinado, y el establecimiento de los criterios pertinentes, como el volumen de negocios, la cuota de mercado o su función en el cártel, han de hacerse con arreglo al Derecho nacional aplicable, respetando siempre los principios de efectividad y equivalencia”.

³¹ Esta solidaridad es en realidad una *solidaridad propia* que surge *ex lege*, y no la *solidaridad impropia* de la que en ocasiones hablaba la jurisprudencia española cuando no se podía establecer ante un hecho ilícito que causaba daños producido por varios sujetos, la concreta contribución de cada cual al daño. En el mismo sentido, AMILS ARNAL, R./IRISSARRY ROBINA, B., “Se estrecha el cerco a los cárteles: transposición de la directiva de daños derivados de las infracciones del Derecho de la competencia en España”, en *Comunicaciones en Propiedad industrial y Derecho de la competencia*, nº 81, 2017, pp. 102 y s.

Siguiendo esas pautas, en acciones de seguimiento podría intentar trasladarse los criterios seguidos por la CE o la ANC para establecer las sanciones y que, tienen en cuenta, entre otros aspectos, su volumen de negocios, la cuota de mercado y la función asumida por las empresas en las infracciones (p. ej. en relación con la dirección de un cártel)³², pero la interferencia del programa de clemencia en la materia va en muchos casos a distorsionar estos criterios, al exonerar o, al menos, reducir las multas. Debido a ello me inclino a aplicar como mejor criterio –también en las acciones independientes– el de las respectivas *cuotas de mercado*, pues está claro que a mayor cuota de mercado mayores daños se habrán causado y viceversa.

En relación con este régimen de solidaridad hay, no obstante, dos excepciones parciales, ya recogidas en la Directiva, y que se establecen respectivamente para las PYMES y las empresas que se hubieran acogido a un programa de clemencia³³, morigerando en estos casos las consecuencias de la solidaridad, en atención a la mayor debilidad de aquellas, y la necesidad de dispensar un mejor trato a las empresas sometidas a un programa de clemencia, para no entorpecer su demostrada efectividad en la detección de cárteles.

Concretamente, respecto a las PYMES, el art. 73 de la LDC, en sus apartados 2 y 3, señalará:

“2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, y sin perjuicio del derecho al pleno resarcimiento, cuando el infractor fuera una pequeña o mediana empresa conforme a la definición dada en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, sólo será responsable ante sus propios compradores directos e indirectos en el caso de que:

“a) su cuota de mercado en el respectivo mercado fuera inferior al cinco por ciento en todo momento durante la infracción, y

“b) la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria previsto en el apartado 1 mermara irremediabilmente su viabilidad económica y causara una pérdida de todo el valor de sus activos.

“3. La excepción prevista en el apartado 2 no se aplicará cuando:

“a) La empresa hubiese dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción, o

“b) la empresa hubiese sido anteriormente declarada culpable de una infracción del Derecho de la competencia”.

Por tanto, como se ve, cumplidas las condiciones que establece la norma, las PYMES solo responderían frente a sus propios compradores directos o indirectos.

³² Esta misma postura mantienen AMILS ARNAL, R./IRISSARRY ROBINA, B., “Se estrecha...” cit., p. 103.

³³ La disposición adicional 4, 3º de la LDC, añadida por la reforma de 2017, define al programa de clemencia en términos amplios, comprendiendo también la transacción, cuando considera por tal “todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de la competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cártel y de su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la exención del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma”.

En cuanto a las empresas que se hayan acogido a un *programa de clemencia*, el apartado 4 de este art. 73 señalará:

“4. Como excepción al apartado 1, los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente:

“a) Ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y

“b) ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia”.

Vemos, por tanto, que también aquí se establece inicialmente una responsabilidad solo frente a los propios compradores directos e indirectos, pero a diferencia de las PYMES esta responsabilidad puede referirse también a otros perjudicados cuando en el caso concreto no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas infractoras. Como se utiliza el término “no se pueda”, será necesario que por estos perjudicados que no son compradores directos o indirectos del acogido al programa de clemencia, se intente primero cobrar de los demás infractores, y solo en el caso de que la acción fracase (p. ej. por su insolvencia), cabría dirigirse contra él.

Por último, y también en referencia al programa de clemencia, se establece en el ap. 5.2 de este artículo reglas particulares respecto al reparto interno de la deuda, y el regreso entre corresponsables solidarios:

“El importe de la contribución del infractor beneficiario de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Cuando el perjuicio se cause a una persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de cualquier contribución del beneficiario anteriormente citado a otros infractores se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio”.

5. ACCESO A LAS PRUEBAS.

Los demandantes, conforme a las reglas ordinarias de carga de la prueba deberán probar los presupuestos de la responsabilidad. Concretamente: [1º] la existencia de la infracción del Derecho de la competencia; [2º] el daño y [3º] la relación de causalidad entre infracción y daño.

El acceso de los perjudicados a estos elementos de prueba va a ser generalmente complicado. Muy difícil en acciones independientes pues no es precisamente sencillo probar *ex nihilo* las infracciones de Derecho de la competencia, particularmente en el caso de cárteles que por su propia naturaleza en general serán secretos, y difíciles de acreditar por pruebas directas. Menos difícil puede ser la prueba en el caso de acciones de seguimiento, ya que buena parte de los elementos probatorios habrán sido conseguidos previamente por las autoridades de competencia al instruir los correspondientes expedientes sancionadores, y en relación a la acreditación de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia ya hemos visto que vinculan las decisiones previas de la CE, que se consideran irrefutables las de las autoridades y órganos judiciales españoles, y que gozan de una presunción *iuris tantum* las de las

autoridades y órganos jurisdiccionales de otros EE.MM.. Con todo también aquí pueden surgir dificultades debidos a la necesidad de proteger los secretos empresariales (confidencialidad) o preservar la efectividad de los programas de clemencia.

Por todo ello no es de extrañar que en la Directiva 2014/104/UE, y su traslación al Derecho español, en este caso en la LEC, arts. 283 bis a) y ss., se preste especial atención a estos aspectos, tratando de facilitar el acceso de las partes a los elementos de prueba, siguiendo para ello reglas que recuerdan a las del *Discovery* norteamericano, contenido en las reglas 26 a 37 de las *Federal Rules of Civil Procedure*.

Concretamente se permite que los demandantes en estos procedimientos puedan *solicitar justificadamente* al tribunal la exhibición de pruebas en poder de la parte contraria o de terceros [283 bis a), 1 de la LEC]. Esto puede realizarse tanto en el propio pleito en el que se esté ejercitando la acción de daños [283 bis d) de la LEC], como en el marco de *diligencias preliminares*, con anterioridad a la presentación de la demanda [283 bis e) LEC].

El tribunal, como señalan estas normas, podrán ordenar la exhibición de *piezas específicas* de pruebas, o de *categorías de pruebas*, en este caso lo más limitadas y acotadas que sea posible [283 bis a), 2 de la LEC]. Incluso podrá ordenar la entrada y registro de lugares cerrados [283 bis g), 3 de la LEC]. Por otro lado, deberá cuidar que el acceso a las pruebas sea *proporcionado* [283 bis a), 3 de la LEC], así como adoptar las medidas que sean necesarias proteger la confidencialidad [283 bis b) de la LEC].

Asimismo se regulan con cierto detalle las consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba en el art. 283 bis h) de la LEC, y que pueden llevar al tribunal a considerar que ha habido una admisión de hechos, o un allanamiento tácito, sin perjuicio de la posibilidad de otras consecuencias como la imposición de multas coercitivas.

Igualmente se regula el acceso a pruebas en posesión de las autoridades de competencia en el art. 283 bis h) de la LEC, cuestión que es de importancia, como ya se dijo, en las acciones de seguimiento. El art. 283 bis j) de la LEC, siguiendo fielmente la Directiva, subordina el acceso a estas pruebas a que haya concluido el correspondiente expediente y, para salvaguardar la eficacia de los programas de clemencia, no permite aportar las declaraciones de clemencia y transacción. Esta última cuestión aunque ya estaba resuelta expresamente en el Derecho español antes de la reforma de 2017 –el art. 15 bis, 2 de la LEC ya excluía de aportación esta documentación–, a juicio de la STJ de 14.6.2001, asunto C-360/09 *Pleifederer*, y a falta de norma armonizada europea antes de la Directiva 2014/104/UE, dependía de lo que determinasen los tribunales nacionales en el marco de lo dispuesto por su correspondiente Derecho interno³⁴.

6. CULPABILIDAD.

Un tema especialmente relevante en la responsabilidad civil por daños, es el de la culpabilidad. A este respecto, los sistemas de responsabilidad civil en el Derecho comparado son diversos, y básicamente responden a tres modelos –a veces, incluso dentro de un mismo sistema, dependiendo de supuestos (como es el caso del español) pueden coexistir los tres–: [1º] culpabilísticos (el agente debe haber actuado con dolo o

³⁴ Véase PÉREZ FERNÁNDEZ, P., “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust”, en *InDret* 1/2013, pp. 11 y ss.

negligencia); [2º] de responsabilidad objetiva (se responde en todo caso, aunque no haya habido dolo o culpa por parte del agente) y [3º] de responsabilidad agravada (el agente para exonerarse tiene que probar que no ha incurrido en dolo o en negligencia alguna).

Nada se dice específicamente sobre esta cuestión ni en la Directiva 2014/104/UE, ni en su transposición al Derecho español. Parece por tanto que habrá que acudir a las normas generales de nuestro Derecho para resolverla. A este respecto, la norma de referencia indudablemente es el art. 1902 del Código civil, pues estamos seguramente en presencia de una responsabilidad extracontractual –ya se dijo que no es necesario haber tenido relación contractual directa o indirecta con el infractor, como comprador directo o indirecto–. Este artículo, como es bien sabido, expresa un principio de responsabilidad civil culpabilística, aunque en ciertos supuestos, solo o en combinación con el sucesivo art. 1903, la jurisprudencia ha estimado que se trataría de una responsabilidad agravada.

Si ponemos en conexión esta tendencia con lo que establece el art. 76.3 de la LDC, siguiendo a la Directiva, que indica que se presume *iuris tantum* que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, podríamos considerar que, al menos en este tipo de infracciones, estaríamos en presencia de una responsabilidad agravada, de manera que los infractores solo podrían exonerarse de responsabilidad por esta causa, acreditando que no incurrieron en dolo o negligencia.

7. LOS DAÑOS: CONCEPTO, ACREDITACIÓN Y CUANTIFICACIÓN.

El nuevo art. 72 LDC, siguiendo en este punto a la Directiva 2014/104/UE, que a su vez siguió a la STJ en el asunto *Manfredi*, establece el derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados, concretando que ello comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante y los intereses. Se excluye en todo caso un sistema de *daños punitivos*, como el vigente en los Estados Unidos, ya que el art. 72.3 de la LDC señala que “[e]l pleno resarcimiento no conllevará una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo”.

En este contexto, le corresponde en principio probar los daños a los demandantes. No obstante, en el caso de cárteles, como se acaba de señalar, el art. 76.3 de la LDC presume *iuris tantum* la existencia de estos daños.

Con todo, el mayor problema que se plantea aquí es el de cuantificar estos daños, cuantía que, en todos los supuestos, también en el de los cárteles, deberán acreditar los demandantes. En un buen número de casos estos daños se corresponderán con los precios *supracompetitivos* (los *precios monopolísticos* de los que se habla en la *teoría económica del monopolio*³⁵) que han debido soportar los perjudicados, como compradores directos o indirectos. Pero no es sencillo probar que los precios realmente han sido supracompetitivos y, menos todavía, el exceso de lo que se ha acabado pagando por los perjudicados. La posibilidad, además, de que el sobreprecio pagado por los compradores directos, se repercuta en el mercado aguas abajo a los compradores indirectos, complica aún más todo el proceso, tanto en relación a los compradores directos como respecto a los indirectos.

Dejando de momento este último aspecto, que constituye el temario de lo que se conoce como la *passing-on defence* o excepción de repercusión de los sobrecostes, para

³⁵ Véase POSNER, R., *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 2ª ed., Chicago 2001, pp. 9 y ss.

un ulterior apartado, y en relación con la cuantificación de daños en sí misma considerada, hay que partir de la constatación de que en muchos casos lo único factible es hacer una *estimación* razonable y razonada de estos daños. En este sentido, la ciencia económica ha ido estableciendo determinados métodos para realizar esta estimación de daños, dependientes de la variada casuística que se puede plantear, así como de la información con la que se puede contar, y que han acabado siendo aceptados por los tribunales, principalmente norteamericanos, que es donde mayor experiencia práctica se ha acumulado al respecto. En este sentido, hay principalmente tres categorías de métodos: [1º] métodos basados en la comparación (antes y después, *yardstick*, basado en la cuota de mercado...); [2º] métodos basados en el análisis financiero, y [3º] métodos basados en la estructura del mercado y la organización industrial³⁶.

Consciente de esta dificultad, la CE publicó en 2013 una Comunicación *sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*,³⁷ a la que se acompaña (en borrador) una guía práctica sobre la materia³⁸.

Tomando en consideración estas dificultades, el nuevo art. 76 de la LDC, siguiendo las orientaciones de la Directiva³⁹, señalará, por un lado, que si se acredita que el demandante ha sufrido daños “pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños”. Por otro, que las autoridades españolas de competencia podrán informar en los correspondientes procedimientos, a petición del tribunal competente, “sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones”.

8. (SIGUE) LA REPERCUSIÓN DE SOBRECOSTES (PASSING-ON).

En relación con la acreditación y cuantificación de daños, se plantea el temario de la llamada *repercusión de sobrecostes* o de la *passing-on*, cuando hay compradores directos e indirectos. Se parte en estos casos de la circunstancia de que los compradores directos han podido repercutir su exceso de costes (los precios *supracompetitivos* que pagaron a los infractores) a los compradores indirectos (sucesivos o finales).

En estos casos, como ya se planteaba desde el *Libro Verde*, surgen inmediatamente dos preguntas: ¿pueden alegar la repercusión del sobrecoste los infractores para no responder frente a compradores directos intermedios?, ¿los clientes indirectos pueden exigir indemnización cuando se les han repercutido los sobrecostes?

En el Derecho antitrust federal norteamericano, el Tribunal Supremo ha entendido que la repercusión de sobrecostes (*passing-on*) no puede ser esgrimida por los

³⁶ Véase a este respecto, con referencia a casos judiciales en los que se han acabado aplicando, el excelente trabajo de TUDOR, E.C., *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños*, La Ley, Madrid 2016, esp. pp. 303 y ss.

³⁷ (2013/C 167/07), DOUE C 167/19, de 13.6.2013.

³⁸ Documento disponible en Internet:
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf

³⁹ El art. 17.1 de la Directiva 2014/104/UE comenzará señalando que “[l]os Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios”.

infractores frente a sus compradores directos. Se parte de la excesiva complejidad que puede tener calcular esa repercusión de sobrecostes, y de que admitir esta excepción iría en contra de la eficacia disuasoria de la normativa antitrust (no se olvide que allí existen los daños punitivos). Por otro lado, como se apunta en alguna sentencia (*Illinois Brick*) desde el punto de vista económico la repercusión de costes dependería de la elasticidad de las correspondientes curvas de demanda y oferta no siendo posible por ello, salvo en casos extremos (de demanda rígida o inelástica), que se logre repercutir todo el exceso de costes. En coherencia con este planteamiento, como ya se señaló, no se admite tampoco la legitimación de los compradores indirectos para interponer acciones de daños⁴⁰.

Con otro planteamiento, el art. 78.3 de la LDC, siguiendo a la Directiva 2014/104/UE en este punto, admite la posibilidad de que los demandados se valgan en su defensa de la excepción de repercusión de sobrecostes, pero “[I]a carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros”.

Un planteamiento semejante fue anticipado en la ya citada STS de 7.11.2013, del *cártel del azúcar*, que rechazó en el caso concreto la admisibilidad de la excepción de repercusión de sobrecostes (que había sido aceptada por la sentencia de la Audiencia Provincial), al entender que no bastaba con probar el incremento del precio realizado por el comprador directo, sino que se debería haber probado que se había logrado repercutir todo el daño (hay que tener en cuenta si se ha perdido cuota de mercado, etc.), cosa que a su juicio no se había hecho en la instancia.

Respecto a los compradores indirectos, ya hemos visto que se les considera por la legislación española siguiendo a la Directiva como posibles perjudicados. A los efectos además de facilitar la prueba de que se les repercutió el sobrecoste, el art. 79 de la LDC, establecerá la presunción *iuris tantum* de que efectivamente ello ha sido así⁴¹.

9. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN.

Una de las dificultades para el ejercicio de acciones, sobre todo en el caso de acciones independientes, son los cortos plazos de prescripción que suelen establecerse en los distintos ordenamientos para el ejercicio de acciones de daños extracontractuales. Así sucede en el Derecho español, donde el art. 1968.2 del Código civil establece con

⁴⁰ Un examen de estos argumentos con cita de la jurisprudencia relevante en VELASCO SAN PEDRO, L.A./HERRERO SUÁREZ, C., “La «passing-on defence»...” cit., pp. 595 y ss.

⁴¹ El art. 79.2 señala:

“Se presumirá que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste cuando pruebe que:

“a) El demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia;

“b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado; y

“c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran.

“La presunción quedará sin efecto si la parte demandada probase que los sobrecostes no se repercutieron, en todo o en parte, en el comprador indirecto”.

carácter general para estas acciones el plazo de prescripción de un año a contar “desde que lo supo el agraviado”.

Siguiendo a la Directiva 2014/104/UE, el nuevo art. 74.1 de la LDC establece un plazo de prescripción de cinco años, que es mucho más adecuado y proporcionado. El 74.2 puntualiza que el cómputo de dicho plazo comenzará desde que el demandante tenga o haya podido razonablemente tener conocimiento de la infracción, del perjuicio causado y de la identidad del infractor. Respecto a la interrupción del plazo, el 74.3 considera que ello se producirá cuando medie una investigación o un procedimiento sancionador ante una autoridad de competencia (esta interrupción termina al año de su conclusión por decisión firme o de cualquier otro modo).

10. OTRAS CUESTIONES. COMPETENCIA JUDICIAL, ARREGLO EXTRAJUDICIAL Y COSTAS.

Hay otras cuestiones relevantes implicadas en las acciones de daños por ilícitos anticompetitivos. Algunas se abordan en la Directiva 2014/104/UE y en su transposición al Derecho español, y otras no.

Entre las que sí se abordan, destaca la atención que se dedica a las *soluciones extrajudiciales*, con algunas disposiciones particulares en el art. 77 de la LDC. La norma trata claramente de incentivar los acuerdos extrajudiciales favoreciendo a los infractores que se avengan a conseguir una solución amistosa. En este sentido, el art. 77.2, exceptuando las reglas ya vistas de reparto interno de la responsabilidad entre los coinfractores, señalará que “[l]os infractores con los que no se hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial no podrán exigir del infractor que hubiera sido parte en el acuerdo una contribución por la indemnización restante”.

También se aborda la *competencia judicial* de los juzgados de lo mercantil en relación con estos procesos (sea por vulneración de los arts. 101 y 102 del Tratado de funcionamiento de la UE, o de los arts. 1 y 2 de la LDC), en el art. 86 ter.2 f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las disposiciones adicionales 1ª y 4ª.3.1) de la LDC.

Respecto a la *competencia territorial* no hay, sin embargo, regla especial en la LEC –aunque acaso debiera haberla por su especificidad–, por lo que se aplicarían los fueros generales de las personas físicas y jurídicas establecidos respectivamente en los arts. 50 y 51. En el caso de procesos con elemento extranjero dentro del ámbito de la UE, se aplicaría en cuanto a la *competencia judicial internacional*, el Reglamento (UE) nº 1215/2012 de 12.12.2012, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, conocido como Bruselas I bis. El art. 7.2 de este Reglamento permite demandar “en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”, pudiendo por tanto demandarse en el lugar donde se haya producido la infracción del Derecho de la competencia.

Nada se establece específicamente sobre *costas*, aunque el tema fue en su momento objeto de consideración en el *Libro Blanco*, debido a que la amenaza de tener que hacer frente a unas costas considerables en el caso de que los demandantes fueran condenados a pagarlas –como señalaba este documento, en Europa prevalece el principio de que “el que pierde paga”–, podría desincentivar el ejercicio de acciones de

daños⁴². En este contexto, la CE animaba a adoptar a los EE.MM. las siguientes soluciones:

- *“diseñar normas procesales que faciliten acuerdos, como fórmula para reducir costes;*
- *“fijar costas judiciales apropiadas para que no tengan un efecto disuasorio desproporcionado para las demandas de indemnización por daños y perjuicios;*
- *“ofrecer a los tribunales nacionales la posibilidad de emitir órdenes de gastos que sean, en algunos casos justificados, excepciones de las normas habituales de costes, preferiblemente en los procedimientos iniciales. Estas órdenes de costes garantizarían que el demandante, incluso si su demanda no prospera, no tendría que sufragar todos los costes contraídos por la otra parte”.*

Ninguna de estas soluciones se llevó a la Directiva, y tampoco se ha abordado específicamente por el legislador español a la hora de hacer su transposición.

⁴² Libro Blanco, ap. 2.8, pp. 10 y s.