

EL NUEVO RÉGIMEN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS EN ESPAÑA POR ILÍCITOS DE COMPETENCIA

PATRICIA VIDAL, AGUSTÍN CAPILLA Y CRISTIAN GUAL
Abogados*

El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia

El Real Decreto-ley 9/2017 ha transpuesto a Derecho nacional la Directiva 2014/104/UE introduciendo ciertas modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por un lado, y en la Ley de Defensa de la Competencia, por otro. Sin perjuicio de que este nuevo régimen legal conlleva un importante avance en la regulación de las acciones de daños por ilícitos de competencia, muchos de los aspectos introducidos por la nueva norma ya venían siendo aplicados por nuestros tribunales con base en principios generales de Derecho europeo. En cambio, otros aspectos novedosos generan importantes ámbitos de ambigüedad que habrán de ser clarificados, bien por el legislador —a través del proceso de aprobación de enmiendas del Real Decreto-ley 9/2017, que se encuentra actualmente en tramitación—, o bien por la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE

Acciones de Daños, Infracciones de Competencia, Acceso a fuentes de prueba, Transposición de Directiva europea.

The new legal framework that applies to damages arising from competition law infringements

Directive 2014/104/UE has been recently implemented into national law through Royal Decree 9/2017, which introduces certain amendments to the Spanish Litigation Act, on the one hand, and to the Spanish Competition Act, on the other. Even though this new legal framework entails an important progress regarding claims for damages caused by competition law infringements, many of the aspects introduced in our legislation were already being applied by national courts based on principles of European Law. However, other aspects of the new regulation remain ambiguous and will have to be clarified either by the Spanish legislator —who is currently processing amendments to the Royal Decree 9/2017— or by means of case law.

KEY WORDS

Key words: Claims for Damages, Competition Infringements, Access to Evidence Sources, European Directive Implementation.

Fecha de recepción: 26-10-2017

Fecha de aceptación: 30-10-2017

1. INTRODUCCIÓN

Tanto el Derecho de la Unión Europea como el Derecho español habían optado, en un primer momento, por atribuir la aplicación de las normas de competencia a un organismo administrativo especializado en lugar de a uno jurisdiccional¹.

Esta doctrina jurisprudencial cambió a partir del año 2000, al apreciarse que, junto al interés público que defendían las autoridades administrativas, coexistía también un interés privado representado por los derechos subjetivos de los particulares que resultaban perjudicados por la comisión de conductas anticompetitivas². Este interés privado tam-

bién debía protegerse mediante la reparación de los daños causados por el ilícito concurrencial.

De esta manera, en el ámbito del Derecho civil español se reconoció la posibilidad de reclamar este tipo de daños por la vía de la responsabilidad extracontractual³ o por la vía de la competencia desleal⁴. Sin embargo, ambas posibilidades conlleva-

* De las Áreas de Derecho de la Competencia, Derecho de la UE y Público, Procesal y Arbitraje (respectivamente) de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

¹ Vid. SSTs (Sala Primera) n.º 1262/1993 de 30 de diciembre de 1993 y n.º 908/1999 de 4 de noviembre de 1999.

² Vid. STS n.º 540/2000, de 2 de junio de 2000, y STJUE dictada en el as. C-453/99 *Courage c. Crehan*, de 20 de septiembre de 2001, en la que se reconoce que la plena eficacia de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se vería comprometida si los particulares no pudieran reclamar la indemnización de los daños sufridos como consecuencia de una práctica contraria a esas normas.

³ Vid. STS (Sala Primera) n.º 344/2012, de 8 de junio de 2012, en la que el TS declaró que el régimen general aplicable a las acciones de indemnización por infracciones de competencia es el propio de la responsabilidad extracontractual, con independencia de que exista o no un vínculo contractual entre el infractor y el perjudicado. Este criterio se sienta en el razonamiento de que las acciones de indemnización por ilícitos concurrenciales no persiguen la reparación de un daño causado en el marco de una relación contractual, sino que tienen por finalidad el resarcimiento de los daños derivados de una conducta prohibida por la normativa de competencia, conducta que tiene perfecto encaje en el supuesto de hecho del artículo 1902 del Código Civil, según el cual «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

⁴ El artículo 15.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal («Ley de Competencia Desleal»), considera que una conducta es desleal cuando persiga «prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes», siempre que dicha ventaja sea significativa. Asimismo, el apartado segundo de dicho precepto tipifica como des-

ban una serie de inconvenientes que, en la práctica, han venido complicando la prosperabilidad de este tipo de acciones.

Tales inconvenientes han sido, tradicionalmente, los siguientes: (i) el breve plazo legal previsto para el ejercicio de las acciones y la falta de concreción sobre cuándo debía iniciarse su cómputo⁵; (ii) la dificultad de acceder a los medios de prueba de la infracción de competencia en la que se basa la acción cuando estos solo obran en manos del infractor⁶; (iii) la necesidad de demostrar que los perjuicios se derivan de una infracción concurrente que es susceptible de afectar de forma apreciable a la libre competencia y son ilícitos concurrentes⁷; y (iv) el hecho de que, en la mayoría de las ocasiones, los ilícitos de competencia ocasionen un perjuicio de limitada cuantía individual, desincentivando su reclamación individualizada⁸.

leal «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial». Por su parte, el artículo 32.1.5.º de la misma Ley permite el ejercicio de acciones «de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente».

5 En el caso de la responsabilidad extracontractual, el plazo es de un año desde que el agraviado pudo ejercitar su acción (artículo 1902 del Código Civil). En el caso de la responsabilidad por competencia desleal, el plazo es de un año desde el momento en que pudo ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta (artículo 35 de la Ley de Competencia Desleal). En ambos casos, sin perjuicio de la posibilidad de interrupción.

6 DÍAZ ESTELLA, F. y ESTRADA MERAY, C.: «Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: Análisis de jurisprudencia reciente»; *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 15, 2014, págs. 193-194.

7 STS (Sala Primera) de 5 de mayo de 2010, n.º 231/2010. En esta sentencia, el TS rechaza la invocación meramente formal e incluso abusiva de la normativa de defensa de la competencia con la única finalidad de obtener un lucro injustificado, siendo improcedente invocar estas normas cuando su finalidad resulte ajena a la realidad económica subyacente o cuando la conducta es *de minimis* y no puede afectar de forma apreciable la competencia. Sobre la interpretación flexible del requisito de la afectación al mercado común para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE se pronuncian, entre otras, la Sentencia n.º 88/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014.

8 Por esa razón, en este ámbito cobra especial relevancia la posibilidad de iniciar acciones colectivas, canalizando a través de un solo procedimiento judicial la reclamación de los daños sufridos por una multitud de perjudicados. A tal efecto, la LEC contempla una serie de fórmulas que se articulan desde la esfera de la propia legitimación ordinaria —la acumulación subjetiva de acciones, el litisconsorcio voluntario, necesario o cuasi necesario— hasta los mecanismos de representación procesal que se arbitran desde la concepción de la legitimación extraordinaria, regulando de forma específica las acciones ejercitadas para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos. Especial interés reviste la posibilidad de interponer la corres-

Pues bien, en el anterior contexto, y en aras de facilitar, por un lado, el ejercicio de acciones de daños por ilícitos de competencia y de armonizar, por otro, la dispar regulación que existía en los distintos Estados miembros de la Unión Europea, se dictó la Directiva 2014/104/UE, 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 (la «Directiva 2014/104/UE»). Esta Directiva, aunque con cierto retraso, ha sido transpuesta a Derecho interno por medio del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (el «Real Decreto-ley 9/2017»). Las novedades de este Real Decreto Ley constituyen el objeto del presente trabajo.

2 · LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE AL DERECHO ESPAÑOL - EL REAL DECRETO LEY 9/2017 - PRINCIPALES NOVEDADES

El Real Decreto-ley 9/2017, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 27 de mayo de 2017 y vigente desde ese mismo día, incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, la «LEC») la parte relativa a las normas procesales contenidas en la Directiva 2014/104/UE y a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, la «LDC»), la parte relativa a las normas sustantivas, aunque también estas últimas comparten en cierta medida un contenido de carácter procesal.

A continuación se analizan de forma resumida⁹ las novedades introducidas por el Real Decreto-ley 9/2017 en nuestro ordenamiento jurídico, a reserva de que en un futuro próximo se pueda introducir alguna novedad adicional como resultado de las

pondiente reclamación a través de una asociación creada *ad hoc* por quienes ya han sufrido un determinado daño y se agrupan precisamente para defender colectivamente sus intereses comunes u homogéneos» (LLAMAS POMPO, E.: «Acciones colectivas contra daños (1)»; *Revista La Ley de Práctica de Derecho de Daños*, n.º 60, mayo 2008).

9 Para un análisis más detallado de estas novedades, *vid.* entre otros, VIDAL, P. y CAPILLA, A.: «Comentario a los artículos 71 a 81», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia* (5.ª edición), Aranzadi, págs. 1459 a 1523.

enmiendas que están actualmente en fase de tramitación parlamentaria¹⁰.

2.1 · Novedades de Derecho sustantivo

Los nuevos artículos 71 a 81 de la LDC introducen importantes cambios en el derecho sustantivo aplicable a la reclamación de daños y perjuicios por infracciones de competencia. En algún caso las modificaciones exceden incluso el ámbito propio de este tipo de reclamaciones y comporta modificaciones sustanciales a conceptos generales de infracciones de la normativa de competencia, como es el caso de la nueva definición de cártel contenida en la disposición adicional cuarta de la LDC o la aplicación de atenuantes a la hora de determinar el importe de la multa¹¹.

Las novedades en el ámbito del derecho sustantivo pueden resumirse en tres grandes categorías que abordaremos en los apartados siguientes. Por un lado, nos referiremos al régimen de responsabilidad solidaria de los daños derivados de ilícitos concurrentes, que afecta no solo a los copartícipes de una infracción conjunta (por ejemplo, un cártel), sino también a sus sociedades matrices. Por otro lado, nos referiremos al valor vinculante, según los casos, de las resoluciones administrativas previas declarando la comisión de una infracción de competencia. Por último, nos referiremos al nuevo concepto de cártel ya apuntado.

Antes de abordar estas cuestiones, realizaremos una breve referencia al ámbito objetivo de la nueva regulación de reclamaciones de daños que se introduce en el Real Decreto-ley 9/2017, así como a su naturaleza compensatoria.

2.1.1 · Ámbito objetivo del régimen de reclamación de daños

El nuevo régimen de reclamación de daños consagrado en el artículo 71 de la LDC no se establece para todo tipo de infracciones del Derecho de la competencia. Solo se contempla para los casos de daños y perjuicios derivados de infracciones de los artículos 101 ó 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») y las disposiciones equivalentes de la LDC (los artículos 1 ó 2 de la LDC). Es decir, solo resultará de aplicación a los abusos de posición de dominio y acuerdos restrictivos que sean susceptibles de afectar al mercado español (o a una parte sustancial de él¹²) o al mercado interior de la Unión Europea.

A efectos prácticos, ello implica, por una parte, que esta nueva regulación excluye las prácticas restrictivas que únicamente vulneran el Derecho de la competencia de terceros Estados, pero no son susceptibles de afectar al mercado interior de la Unión Europea ni a la competencia en España. Por otra parte, implica que el nuevo régimen no resulta de aplicación a las prácticas comerciales desleales reguladas por la Ley de Competencia Desleal, incluso en aquellos casos en los que la práctica desleal puede llegar a calificarse simultáneamente como una infracción del artículo 3 de la LDC. Esta disposición se refiere a «los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público». Pues bien, la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley deja claro (a diferencia del borrador de propuesta de ley de trasposición) que las acciones que se promuevan al amparo del artículo 3 de la LDC continuarán ajustándose a lo previsto en la Ley de Competencia Desleal en materia indemnizatoria, ya que esta última tiene su propia regulación al respecto, pero no a las nuevas disposiciones de la LDC.

2.1.2 · Carácter compensatorio (no punitivo) de la indemnización y cuestiones de legitimación conexas

El nuevo artículo 72 de la LDC, en línea con la Directiva 2014/104/UE y con la práctica jurisprudencial,

¹⁰ El Real Decreto-ley 9/2017 fue convalidado el 22 de junio de 2017, y actualmente se encuentra en fase de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley por la que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (procedente del Real Decreto-ley 9/2017). Respecto de este Proyecto de Ley, con fecha 8 de noviembre de 2017 se han publicado las propuestas de enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios (véase el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 8 de noviembre de 2017, serie A, n.º 7-2).

¹¹ Artículo 64.3 de la LDC. Véanse los comentarios a esta disposición de MARTÍNEZ, A. en *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia* (5ª Edición), *op. cit.*, págs. 1384-1385; así como VIDAL, P. y ARRANZ, T.: «Aspectos sustantivos de la transposición al Ordenamiento español de la directiva de daños por infracciones del Derecho de defensa de la competencia», *La Ley Mercantil*, n.º 38, 2017.

¹² Lo que incluye, por tanto, los casos de prácticas restrictivas de la competencia contrarias a la LDC aunque sean de ámbito autonómico, con independencia de que hayan sido sancionadas únicamente por las autoridades autonómicas de defensa de la competencia, en vez de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la «CNMC»).

dencial de nuestros tribunales¹³, reconoce el derecho al resarcimiento íntegro de los daños y perjuicios derivados de la infracción de competencia.

El concepto de pleno resarcimiento incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante y el pago de los intereses correspondientes¹⁴. En cambio, excluye los daños punitivos, que son más propios de otras jurisdicciones, como la norteamericana, así como los daños —en este caso, sobrecostes— que la víctima haya podido repercutir a sus clientes o proveedores. Este último tipo de supuestos, que contemplan lo que se conoce como defensa de *passing-on*, permite al causante de la infracción deducir de la indemnización los sobrecostes que la víctima haya repercutido a terceros.

Este derecho a deducir de la indemnización el sobrecoste repercutido a terceros, si bien es una novedad recogida en la Directiva, no lo es tanto en nuestro ordenamiento jurídico. Nuestros tribunales lo han venido reconociendo en el pasado como una parte sustancial del principio de interdicción del enriquecimiento injusto en el marco de la compensación de los daños derivados de la responsabilidad extracontractual¹⁵. En todo caso, la defensa del

passing-on no es fácil de invocar y acreditar y se prevé incluso la posibilidad de que el juez civil solicite el asesoramiento de la autoridad nacional de competencia para valorar y cuantificar la indemnización. Es más, incluso la Comisión Europea ha elaborado directrices al respecto dirigidas a los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁶.

Íntimamente relacionado con el carácter meramente compensatorio del régimen indemnizatorio configurado por la Directiva y el Real Decreto-ley se encuentra el amplio concepto de legitimación activa para interponer una reclamación. El nuevo artículo 72 de la LDC establece que «*cualquier persona*» —física o jurídica— que haya sufrido un perjuicio tendrá «*derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria*». Por lo tanto, reconoce legitimación activa para interponer una demanda a cualquier sujeto potencialmente afectado, tanto si mantiene una relación contractual directa con las empresas infractoras (en cuyo caso, será normalmente un cliente o proveedor directo de estas últimas) como si no es el caso. Los consumidores y usuarios que han adquirido los productos o servicios de las víctimas directas de la infracción también tienen una vía de reclamación si es que han sufrido un daño por haberles sido repercutido parte de los sobrecostes o de la reducción de calidad del producto derivada de la infracción¹⁷.

Es más, también se reconoce legitimación activa a terceros en la medida en que la política comercial de sus proveedores, aun cuando no han formado parte de la conducta infractora, se haya podido ver influida por esta última. Estos casos se conocen como «*efecto paraguas*» y normalmente tienen lugar en el marco de las infracciones de cárteles¹⁸.

¹³ La inclusión del lucro cesante como parte de la indemnización forma parte de nuestra tradición jurídica y se admite plenamente por el artículo 1106 del Código Civil. En el caso de las infracciones de competencia, este lucro cesante podría plasmarse, por ejemplo, en una pérdida de volumen de ventas derivado de un sobrecoste de los insumos empleados para producir los productos afectados por una práctica de cártel.

¹⁴ Nada dice el Real Decreto-ley sobre el pago de los intereses, aunque la Directiva considera que son un elemento muy relevante de la compensación del daño y deben exigirse «*desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en el que se abone la indemnización*». Si recurriésemos a la norma general establecida en el artículo 1100 del Código Civil, los intereses solamente serían exigibles desde el momento en el que se exija judicialmente la compensación. Habrá que ver en todo caso si finalmente se aprueban las enmiendas al artículo 72 de la LDC propuestas por el Grupo Parlamentario Mixto para abordar precisamente esta cuestión. En caso de aceptarse las enmiendas sería recomendable que la fecha de inicio del cómputo sea desde la fecha de causación del daño (por muy difícil que su determinación pueda ser llegado el caso) y no tanto la fecha de causación de la infracción (como resulta de la propuesta actual de la enmienda sometida al Congreso).

¹⁵ En efecto, a partir tanto de la doctrina civil del enriquecimiento injusto como de la doctrina del Derecho de daños que justifica su carácter meramente indemnizatorio (con base en el principio de *restitutio in integrum*), se ha venido reconociendo en el contexto de la aplicación privada del Derecho de la competencia el derecho del demandado a alegar como defensa la repercusión del sobrecoste del precio en el siguiente nivel de la cadena de distribución. A estos efectos, véase la STS (Sala Primera), de 7 de noviembre de 2013, n.º 651/2013. En este asunto se declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia por parte de una serie de empresas azucareras, consistente en la concertación del precio de venta del azúcar

para usos industriales. El TS declaró que, incluso cuando se demuestre la repercusión a terceros del sobreprecio soportado como consecuencia del cártel, ello no implica necesariamente un enriquecimiento sin causa de quien solicita la indemnización, si logra probar que dicho sobreprecio tuvo un impacto negativo en su volumen de sus ventas.

¹⁶ *Study on the passing-on of overcharges*, de 24 de octubre de 2016, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>.

¹⁷ El concepto de clientes directos e indirectos son incluso objeto de una definición expresa en la Directiva y apartado tres del artículo 3 del Real-Decreto-ley.

¹⁸ Véase en ese sentido la STJUE, de 3 de junio de 2014, en el asunto C-557/12, *Kone AG y otros c. ÖBB-Infrastruktur AG*. El Alto Tribunal confirmó que las empresas participantes en un cártel pueden tener que responder civilmente por los daños resultantes de los precios aplicados por una tercera empresa (que no participó en el cártel) y que los estableció a un nivel más elevado del que habría aplicado de no existir el cártel.

En cuanto a la legitimación pasiva, parece que el Real Decreto-ley se refiere a cualquier empresa causante del daño derivado de un ilícito de competencia en el que ha participado, sin exigirse, por ejemplo, otros requisitos, como la culpabilidad con la que se causó la infracción o el daño. Por supuesto, será necesario que el demandante pruebe la existencia de un nexo causal entre la infracción y el daño, pero la legitimación pasiva parece asegurarse por el mero hecho de que el demandado haya sido considerado infractor de las normas de defensa de la competencia. Ello plantea algunas dudas en caso de infracciones de competencia que finalmente no han sido sancionadas por la autoridad de competencia, por no apreciarse la concurrencia del elemento de dolo o negligencia¹⁹, o en otros casos en los que igualmente se considera cometida la infracción, pero no se imponen sanciones por haber prescrito. No es descartable que en estos supuestos nuestros tribunales, sólo si se ha apreciado previamente la comisión de una infracción de competencia, puedan plantearse una eventual indemnización aunque no se hayan impuesto sanciones económicas a los infractores.

2.1.3 · Responsabilidad solidaria de los coinfractores

a. Principio general

El nuevo artículo 73 de la LDC introducido por el Real Decreto-ley, al igual que hace la Directiva, prevé que en caso de que exista una pluralidad de infractores, su responsabilidad será conjunta y solidaria, de forma que cualquier perjudicado podrá reclamar de cualquier infractor la totalidad del perjuicio sufrido, salvo algunos casos excepcionales a los que nos referiremos en breve. Ello no impide en todo caso que los coinfractores puedan posteriormente repetirse entre sí los daños que han abonado por cuenta de otro infractor a las víctimas de la conducta anticoncurrencial, aunque ni la Directiva ni el Real Decreto-ley establecen el modo en el que debe determinarse la aportación que debe realizar cada coinfractor a la indemnización.

Del mismo modo, el principio de solidaridad no impide que el demandado pueda oponer todas las excepciones que le sean propias y, si tuviera que

pagar por cuenta de otros infractores, también aquellas que puedan minorar la cantidad que corresponderá a aquellos. Si no lo hiciera, el demandado correría el riesgo de no recuperar la totalidad de la indemnización cuando ejerza la acción de regreso.

La previsión contenida en el artículo 73 LDC sería asimilable a la teoría de la solidaridad impropia, desarrollada por nuestra jurisprudencia y aplicable a aquellos supuestos en los que no sea posible determinar la cuota de participación de cada uno de los corresponsables extracontractuales. Sin embargo, en estos casos, la solidaridad surge a partir de la sentencia, mientras que la Directiva de Daños —y de forma coherente, en el artículo 73 de la LDC— la responsabilidad extracontractual solidaria de los infractores se establece *ex lege*, desde el momento en que se produce la infracción.

El hecho de que la solidaridad regulada en esta disposición sea *ex lege* puede tener consecuencias relevantes en el éxito de la reclamación del daño. A modo de ejemplo, y a diferencia de los supuestos de solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción frente a alguno de los deudores solidarios también interrumpe el plazo de prescripción frente a los demás deudores (artículo 1144 del Código Civil). Es más, el demandante puede dirigirse primero contra un grupo limitado de coinfractores y posteriormente frente a los demás deudores solidarios hasta que cobre por completo la indemnización.

Adviértase, no obstante, que este régimen de solidaridad, en virtud de la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley, no debería tener efecto retroactivo. Habrá que ver en todo caso cómo aplican esta disposición nuestros tribunales y si admiten su aplicación en relación con infracciones que se sancionaron antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley o que finalizaron antes de esa fecha (aunque no se haya declarado su existencia en resolución administrativa previa, sea o no firme).

b. Excepciones al principio general

Siguiendo las pautas de la Directiva, el nuevo artículo 73 de la LDC prevé dos excepciones al principio de solidaridad de los coinfractores a la hora de hacer frente a la indemnización de los perjudicados por el ilícito concurrencial.

(i) Las pymes y microempresas

La primera excepción se refiere a pequeñas o medianas empresas —conforme a la definición de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo— que tengan una cuota de mercado

¹⁹ Recuérdese que tanto bajo el Derecho de la UE como bajo la LDC es preciso que concurra dolo o negligencia de los infractores para que puedan imponerse sanciones por violación de los artículos 101 ó 102 del TFUE o de los artículos 1 ó 2 de la LDC.

muy escasa (del 5 %) durante el período de la infracción²⁰, y que solo serán responsables ante sus propios compradores (ya sean directos o indirectos). No obstante, solo podrá aplicarse esta excepción si se acredita que la aplicación de la regla general de solidaridad podría «*mermar irremediablemente la viabilidad de la empresa y causar una pérdida de todo el valor de sus activos*». La interpretación de este requisito sin duda será compleja, pero es razonable entender que no se exigirá que la compañía deba cesar en todas sus actividades, y sería suficiente con que el cese afecte a algunas de ellas con una reducción paralela significativa de la plantilla. Adicionalmente, se exige que la empresa no haya tenido un especial protagonismo en la infracción, coaccionado a otras para que participaran en ella, o hubiese sido declarada previamente culpable de una infracción del Derecho de la competencia. Ciertamente, la referencia genérica a «una infracción» previa podría haberse concretado más y habrá que ver si nuestros tribunales lo aplicarán solo en casos de reincidencia e identidad de tipo infractor o se predica de otras conductas.

(ii) Empresas beneficiarias de inmunidad de multas bajo un programa de clemencia

La segunda excepción al principio de solidaridad se establece en el artículo 73.4 de la LDC y se refiere a la empresa que haya sido beneficiaria de una exención del pago de la multa bajo un programa de clemencia contemplado en los artículos 65 y 66 de la LDC o de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11)²¹. Esta excepción no se aplica, en cambio, a los infractores que hayan obtenido una reducción de la multa al amparo de este mismo tipo de programas, pero no la exención total. Es sin duda una medida adicional para favorecer en una fase temprana la autodelación en el caso de los cárteles secretos y evitar que las empresas que colaboran con las autoridades de competencia en la detección de un cártel secreto deban hacer frente a un mayor riesgo de reclamaciones de daños que aquellas otras

que no colaboraron o lo hicieron en menor medida²². En estos casos, la empresa beneficiaria de inmunidad frente a multas solo responderá de los daños causados frente a (i) sus clientes directos e indirectos y, (ii) de forma subsidiaria, frente a otros perjudicados, pero únicamente cuando no hayan podido obtener el pleno resarcimiento del daño del resto de empresas implicadas en la infracción.

El mismo principio regirá en lo que se refiere a la posibilidad de repetición por parte de los demás coinfractores que hubieran satisfecho una indemnización a las víctimas del cártel. En tales casos, el importe de la contribución del beneficiario de exención de multa bajo el programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores directos o indirectos (apartado 5, segundo párrafo, del artículo 73 de la LDC).

c. Responsabilidad solidaria de las sociedades matrices de los infractores de competencia

El artículo 71.2, apartado b) de la LDC introduce una novedad importante en el régimen de reclamación de daños por infracciones de competencia que no viene exigida por la Directiva 2014/104/UE. En concreto, establece de modo cuasi objetivo la responsabilidad solidaria de las sociedades matrices por los daños derivados de las infracciones de los artículos 101 ó 102 TFUE (o de los artículos 1 ó 2 de la LDC) cometidas por sus filiales.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que esta disposición trastoca por completo la práctica jurisprudencial de nuestros juzgados y tribunales. Conforme a esta última, solo cabe reclamar daños frente a la sociedad matriz de una empresa infractora cuando aquella es responsable directa de la infracción de la filial, por haber actuado como un administrador de hecho o, siendo responsable la filial, cuando resulte de aplicación la doctrina del levantamiento del velo²³. En otras palabras, si la sociedad matriz no es autora material de la infracción

²⁰ Habrá que ver si los tribunales aplican este requisito refiriéndose a todo el período de duración de la infracción de las empresas copartícipes en ella o se limita al período en el que la pyme en cuestión participó en la infracción.

²¹ El apartado 3 del artículo tercero del Real Decreto-ley, que modifica la disposición adicional cuarta de la LDC, se refiere de forma análoga a otros programas de clemencia establecidos bajo el derecho nacional de los Estados miembros de la UE que permitan revelar la existencia de un cártel secreto relativo a la aplicación del artículo 101 del TFUE.

²² Adviértase que las empresas que han obtenido inmunidad total frente a multas en el marco de este tipo de programas, además de admitir su participación en el cártel, deben aportar prueba documental coetánea sobre la existencia del mismo. Normalmente no recurren en la vía judicial su participación en la infracción, de modo que suelen ser las primeras en ser objeto de reclamación de daños y perjuicios derivados del cártel. Si tuvieran que responder solidariamente por los daños causados por los restantes miembros del cártel (que posiblemente hayan recurrido la decisión sancionadora) se desincentivaría su participación en este tipo de programas.

²³ Véase, por ejemplo, las SSTs de 1 de marzo de 2011, n.º de recurso 1802/2006, y de 11 de octubre de 2002, n.º de recurso 754/1997.

administrativa ni puede su actuación equipararse a semejante autoría, no se le puede hacer responsable de los daños derivados de conductas ajenas. Es más, tampoco debe responder de los daños derivados de infracciones cometidos por la filial, aun a pesar de que en vía administrativa pueda declararse a la sociedad matriz solidariamente responsable del pago de la multa que se imponga a la filial por dicha infracción.

Pues bien, el artículo 71.2.b) de la LDC modifica el régimen de responsabilidad extracontractual anteriormente descrito y establece un régimen de solidaridad en la indemnización de los daños entre la sociedad que comete el ilícito concurrencial y las personas jurídicas o físicas que la controlan. Esta extensión de responsabilidad a las matrices de control plantea numerosas dudas desde el punto de vista de su aplicación práctica. A modo de ejemplo, ¿qué sucede en los casos en los que exista una resolución sancionadora previa de las autoridades de competencia —incluso firme— en la que no se imputa a la matriz la comisión de ninguna infracción de competencia o incluso se la excluye expresamente? ¿Puede en estos casos, por la vía del artículo 71 de la LDC, considerarse que se ha establecido un sistema de responsabilidad cuasi objetiva y que, a pesar de no ser responsable de la infracción la sociedad matriz de control, debe responder de los daños derivados de tal infracción?²⁴ A nuestro modo de ver, semejante interpretación, aunque no es descartable, no debería prosperar. Si no existe bajo derecho administrativo sancionador de competencia un principio de responsabilidad objetiva, tampoco existen motivos para considerar que debería establecerse en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual derivada de este tipo de ilícitos.

En todo caso, lo que sí es cierto es que, conforme al artículo 71.2.b) de la LDC, la sociedad matriz podrá evitar la extensión de la responsabilidad si se

acredita que «*el comportamiento económico [de la filial infractora] no venga determinado por [aquella]*». En otras palabras, debería acreditar que no es una matriz de control de la sociedad infractora. En este punto, no es evidente que los tribunales españoles necesariamente estén obligados a seguir el concepto de control acuñado por la práctica decisoria de la Comisión Europea y los tribunales de la UE en materia sancionadora de defensa de la competencia. Este concepto de control es un concepto autónomo que no coincide con el que resulta normalmente aplicable en otros ámbitos (por ejemplo, bajo la perspectiva societaria, contable o fiscal)²⁵. Por lo tanto, en este punto, los jueces y tribunales de los Estados miembros deberían ser libres para decidir seguir dicho concepto o ser, por el contrario, más coherentes con los principios de atribución de responsabilidad extracontractual a las matrices (por ejemplo, en casos de administración de hecho o cuando la matriz era conocedora de la conducta de la filial o ha dado instrucciones expresas respecto de la conducta infractora).

2.1.4 · Valor de las resoluciones administrativas previas que declaran la comisión de la infracción de competencia

Aunque no es preciso que exista un pronunciamiento previo de una autoridad de competencia para entablar la acción civil, la Directiva 2014/104/UE regula las consecuencias derivadas de la existencia de ese pronunciamiento. Establece una distinción entre las infracciones constatadas por la autoridad del mismo Estado en el que se reclaman los daños y aquellas que hayan sido sancionadas por la autoridad competente de otro Estado miembro. Así, las primeras, al igual que

²⁴ En este sentido, debe mencionarse que, en su práctica reciente, la CNMC, como ya hacía la Comisión Europea, ha declarado en el marco de los expedientes sancionadores que las sociedades matrices que hubieran participado directamente en la conducta anticompetitiva (no así las sociedades hermanas —véase por ejemplo la STJUE de 2 de octubre de 2003, en el asunto C-196/99P, *Aristrain c. Comisión*—) son solidariamente responsables de la infracción y del pago de la multa. Es evidente que en tales casos podría declararse la responsabilidad de la matriz en la resolución administrativa sancionadora. Sin embargo, si no se produjese tal pronunciamiento, la situación podría ser significativamente distinta, al menos cuando la resolución sancionadora previa (por ejemplo, en los casos de reclamaciones conocidas como *follow-on*) no declara a la sociedad de control responsable de la infracción de competencia de la filial.

²⁵ Con carácter general, dependerá de que la filial infractora pueda determinar de forma autónoma su comportamiento comercial en el mercado o, por el contrario, si aplicaba las instrucciones de la sociedad matriz. Los tribunales españoles y europeos, sobre todo estos últimos, han realizado una interpretación muy flexible al respecto, siendo prácticamente imposible demostrar *a sensu contrario* que una sociedad matriz titular de la mayor parte del capital social de su filial no ejerce control sobre esta última. En el caso de los tribunales españoles, véase a título de ejemplo las SSTs, de 27 de octubre de 2015, relativas a los recursos contra la resolución del cártel de *Bombas de Fluidos* (n.º de recurso 1038/2013 y 1039/2013). En el ámbito comunitario, véase a modo de resumen GUERRA, A. y PEINADO, E.: «La responsabilidad de las sociedades matrices por las infracciones de las normas de Defensa de la competencia cometidas por sus filiales», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 31, 2012, págs. 61-65.

sucede con las decisiones de la Comisión Europea y las sentencias de los tribunales de la Unión Europea, tendrán necesariamente carácter vinculante para el juez o tribunal que conozca de la reclamación por daños, mientras que las segundas únicamente servirán como un principio de prueba a tener en cuenta.

Pues bien, en el caso español, nuestro legislador, tras proponer una línea distinta en algún proyecto previo, finalmente optó en el nuevo artículo 75.1 de la LDC por reconocer únicamente carácter vinculante e irrefutable a la constatación firme de una infracción de Derecho de la competencia por parte de las autoridades españolas (esto es, en el caso de una resolución firme de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o de las autoridades autonómicas en defensa de la competencia). La clave del efecto vinculante de la resolución administrativa para un juez civil estará en su firmeza, que normalmente no será administrativa, sino judicial. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, será una resolución judicial la que tenga efecto vinculante para el juez civil. Aunque el Real Decreto-ley no lo establece expresamente, por analogía con la Directiva, es de esperar que en principio nuestros tribunales solo atribuyan efecto vinculante a la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial²⁶, pero no a otros aspectos de la eventual infracción sobre los que podría pronunciarse la resolución administrativa (por ejemplo, la consideración sobre la posible existencia de efectos de la conducta o de daños para terceros).

En consecuencia, cuando los demandantes ejerzan una acción de resarcimiento invocando el carácter vinculante de una resolución administrativa firme de carácter previo (lo que se conocen como demandas *follow on*), no estarán obligados a acreditar la existencia de una infracción ni su alcance. Deberán, en cambio, acreditar la existencia del daño y su cuantificación, y el juez podrá incluso separarse de determinados hechos que consten probados en la resolución sancionadora firme si tiene razones para hacerlo y lo motiva adecuadamente²⁷.

²⁶ Vid. el considerando n.º 34 de la Directiva.

²⁷ Véase a modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 2009, n.º 192/2009, así como la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014, n.º de recurso 24/2014, que aplica esta jurisprudencia al ámbito del Derecho de defensa de la competencia.

En lo que respecta a las resoluciones firmes de las autoridades y tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea, el apartado segundo del artículo 75 de la LDC no equipara sus efectos a las resoluciones firmes de las autoridades españolas y de la Unión Europea. No obstante, les da un valor cualificado y establece una presunción *iuris tantum* (y por tanto, rebatible) de existencia de infracción que, por lógica, deberá referirse a un ilícito concurrencia prescrito por los artículos 101 ó 102 TFUE y no sólo bajo derecho nacional extranjero. En todo caso, el juez podrá apartarse de la valoración contenida en la resolución del Estado miembro y ampliar o reducir el ámbito de la infracción declarada.

Por último, en el caso de las resoluciones (ya sean firmes o no) de las autoridades y tribunales de terceros Estados que no sean miembros de la UE, estas únicamente se considerarán elementos de prueba adicionales y será preciso acreditar en el procedimiento de reclamación de daños la existencia de la infracción de la normativa de defensa de la competencia española (artículos 1 ó 2 de la LDC) o de los artículos 101 ó 102 TFUE. Esta situación resulta igualmente extrapolable a los casos en los que existe una resolución administrativa previa, ya sea de la autoridad española o de otro Estado miembro de la UE, que todavía no es firme. En estos supuestos, la resolución será un medio de prueba especialmente interesante, pero no genera ningún tipo de presunción ni vinculará al juez que conozca de la reclamación de daños.

2.1.5 · Modificación del concepto de cártel

Íntimamente ligado con el apartado anterior, el Real Decreto-ley introduce una modificación en la disposición adicional cuarta de la LDC que modifica sustancialmente la definición del concepto de cártel tipificado en la LDC. Hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, este tipo de prácticas entre empresas competidoras consistían en «*todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones*».

Sin embargo, la modificación operada por el Real Decreto-ley, por un lado, suprime el requisito de que se trate de una práctica secreta y, por otro, amplía los supuestos que se subsumen en esta categoría a las prácticas concertadas entre competidores

—y no solamente a los acuerdos— que tengan por objeto la coordinación en materia de precios, cantidades, reparto de clientes y mercados y, en general, medidas contra competidores contrarias a la competencia.

Esta modificación de la tipificación del concepto de cártel razonablemente no debería tener un impacto en aquellos casos en los que las autoridades de defensa de la competencia hayan sancionado en el pasado conductas tipificándolas indebidamente como cárteles cuando no se ajustaban en la anterior definición de cártel. En tales casos, aun cuando la conducta se haya calificado como cártel (incluso en resoluciones firmes), la aplicación no retroactiva de las disposiciones sustantivas de la LDC debería conllevar la inaplicación de la presunción de la generación de un daño que se establece en el nuevo artículo 76 de la LDC. Ello es además sin perjuicio de que la nueva tipificación de este tipo de conductas pueda ser tomada en cuenta por el juzgador en la vía contencioso-administrativa si conoce de los recursos contra resoluciones sancionadoras previas a la entrada en vigor del Real Decreto-ley y que calificaban como cártel conductas que se ajustan más a esta nueva definición de cártel que a la antigua, lo que denotaría que cuando se adoptaron aquéllas la conducta carecía de tipificación legal de cártel.

2.2 · Novedades de ámbito procesal

La nueva regulación de las acciones de daños por infracciones de competencia tiene también una repercusión importante en el ejercicio de estas acciones desde un punto de vista procesal.

Así, por un lado, el artículo cuarto del Real Decreto-ley 9/2017 introduce una nueva sección 1.^a bis dentro del capítulo V («De la prueba: disposiciones generales») del título I («De las disposiciones comunes a los procesos declarativos») del libro II («De los procesos declarativos») de la LEC. Su objeto es regular un cauce específico para el acceso a fuentes de prueba que obren en poder de la contraparte o de terceros y que sean necesarias para resolver disputas sobre daños por infracciones del Derecho de la competencia. Por otro lado, la regulación sustantiva introducida en la LDC para el ejercicio de estas acciones conlleva también determinadas implicaciones procesales que serán analizadas en los siguientes apartados.

2.2.1 · Plazos aplicables al ejercicio de acciones derivadas de infracciones de competencia

El nuevo artículo 74 de la LDC establece un plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de acciones derivadas de infracciones de competencia. Se introduce de este modo una excepción a la norma general de un año aplicable a las acciones de responsabilidad extracontractual, equiparándose el plazo para reclamar daños por ilícitos concurrenciales al previsto en el artículo 1964.2 del Código Civil para el ejercicio de acciones por responsabilidad contractual.

El día inicial del cómputo del plazo de estos cinco años será aquel en el que, habiendo cesado la infracción, el demandante haya podido razonablemente tener conocimiento de (i) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia, (ii) el perjuicio ocasionado por la infracción y (iii) la identidad del infractor.

En relación con el segundo de los extremos enumerados (*i. e.*, la necesaria determinación del perjuicio ocasionado), hubiese sido deseable que la norma de transposición hubiese respetado la redacción ofrecida por la Directiva 2014/104/UE, cuyo artículo 10.2 hace referencia a que el demandante haya podido razonablemente tener conocimiento de que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio. La nueva redacción del precepto introduce la indeterminación de si el demandante, además de tener que conocer que sufrió un perjuicio como consecuencia de la infracción, debe conocer el alcance concreto de dicho perjuicio. Entendemos, por tanto, que este elemento va a ser el más problemático a la hora de identificar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción, salvo que finalmente se acepte alguna de las enmiendas propuestas en fase parlamentaria, precisamente para alinear el texto de la LDC en este punto con la Directiva.

También es previsible que plantee problemas la aplicación transitoria del nuevo régimen. La disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 9/2017 declara la irretroactividad de las nuevas disposiciones introducidas en la LDC. Surge la duda, por tanto, de cómo se ha de interpretar esta irretroactividad en aquellos casos en los que el plazo de un año conforme al régimen anterior no se hubiese consumado al tiempo de entrar en vigor el Real Decreto-ley 9/2017. Asimismo, se plantea si la irretroactividad alcanza solo a aquellas conductas

infractoras que hayan sido declaradas y sancionadas antes de la publicación del Real Decreto-ley 9/2017 o si alcanza también a aquellas conductas que, no habiendo sido todavía investigadas por la autoridad competente —o encontrándose aún en fase de investigación—, se hayan perpetrado antes de la entrada en vigor de la norma de transposición. Todo ello deberá ser aclarado por nuestros tribunales²⁸.

Al margen de lo anterior, la realidad es que el nuevo régimen no resulta tan novedoso para el ordenamiento jurídico español como podría pensarse inicialmente. Y ello porque (i) la determinación de los elementos necesarios para fijar el *dies a quo* constituye una mera concreción del artículo 1969 del Código Civil en el ámbito de las acciones por ilícitos concurrenciales²⁹; y (ii) nuestros tribunales ya han venido compensando hasta la fecha el breve plazo de prescripción de un año con una interpretación flexible del *dies a quo*. En este último sentido podemos referirnos al criterio sentado en su día por el TS en el conocido caso *Céntrica*³⁰, al situar el *dies a quo* en el momento en que se pueda «tener conocimiento cabal del perjuicio sufrido para formular la correspondiente reclamación de indemnización de daños y perjuicios».

Lo anterior, además, debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de interrumpir el plazo de prescripción cuando la parte perjudicada por él acredite cualquiera de las causas generales de interrupción de la prescripción (*i. e.*, cualquier acto de reclamación del perjudicado o de reconocimiento de la deuda por el infractor³¹) o alguna de las causas específicas que contemplan los apartados tercero y cuarto del artículo 74 de la LDC y que son, respectivamente, las siguientes:

- a. Iniciación de una investigación o incoación de un procedimiento sancionador en relación con una infracción del Derecho de la competencia relacionados con la acción de daños.

Así las cosas, la mera iniciación de unas diligencias preliminares de investigación, inclu-

yendo una inspección domiciliaria no anunciada, o un requerimiento de información, posiblemente serán suficientes para entender interrumpido el plazo de prescripción, que se volverá a computar a partir del momento en que haya transcurrido un año desde que la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme —a cuyos efectos habrá de estarse a los eventuales recursos que se interpongan en la vía contencioso administrativa— o se dé por concluido el procedimiento de cualquier otra forma —bien por archivo, o bien por alcanzar un acuerdo transaccional con el infractor—.

- b. Iniciación de un procedimiento extrajudicial para la solución de la controversia.

Como es lógico, esta interrupción solo tendrá efectos *inter partes*, respecto de los perjudicados que estén participando en el intento de solución extrajudicial frente al infractor. Esta previsión, no obstante, puede entrar en colisión con lo establecido en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, cuyo artículo 4 establece una excepción a la norma general de interrupción de los plazos de prescripción, indicando que tales plazos se suspenderán en el caso de que se inicie un procedimiento de mediación. Esta discrepancia ya fue puesta de manifiesto por varios comentaristas en la fase de información pública de la propuesta de transposición, pero no ha sido solventada por el legislador³². Si bien existen argumentos para sostener que en estos casos debería ser de aplicación la normativa específica sobre reclamación de daños por ilícitos de competencia —que, además, es posterior—, no existe certeza de que vaya a ser esta la interpretación que finalmente se aplique.

Por último, debemos hacer una breve referencia al plazo aplicable a las acciones de regreso que los coinfractores puedan ejercitar entre sí al amparo del artículo 73 de la LDC. Tal plazo no sería el de prescripción de un año previsto para las acciones

²⁸ En este sentido, suscita especial interés la posible aplicación y, en su caso, interpretación que los tribunales puedan realizar respecto al artículo 1939 del Código Civil.

²⁹ SSTs (Sala Primera) n.º 589/2015, de 14 de diciembre de 2015, n.º 544/2015, de 20 de octubre de 2015, n.º 340/2010, de 24 de mayo de 2010, y n.º 896/2011, de 12 de diciembre de 2011, entre otras.

³⁰ STS (Sala Primera) n.º 528/2013, de 4 de septiembre de 2013.

³¹ *Vid.* artículo 1973 del Código Civil.

³² *Vid.* los comentarios elaborados por algunos miembros de la Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC) en la fase de información pública de la propuesta (<http://www.aedc.es/wp-content/uploads/2017/01/COMENTARIOS-AEDC-TRASPOSICIÓN-DIRECTIVA-DE-DAÑOS1.pdf>).

de responsabilidad extracontractual en el artículo 1968 del Código Civil; pero tampoco sería el plazo de cinco años contemplado en el artículo 74 de la LDC. El plazo de prescripción sería el contemplado en el artículo 1964.2 del Código Civil, por ser la acción de regreso una acción personal que no tiene señalado un plazo específico en la ley³³. Este plazo coincide con el de la LDC; esto es, cinco años desde la última reforma del Código Civil. Y el *dies a quo* para computar este plazo de cinco años será el momento en el que el infractor haya realizado el pago de la deuda a la víctima de la conducta restrictiva, ya que se entiende que a partir de ese momento está en disposición de iniciar la acción de regreso contra los demás deudores solidarios³⁴.

2.2.2 · Jurisdicción competente para el conocimiento de acciones por ilícitos concurrenciales

El artículo 72.1 *in fine* de la LDC establece claramente que las acciones de reclamación de daños que se funden en las disposiciones de dicha ley deberán ventilarse ante la jurisdicción civil ordinaria. Sin embargo, deja sin aclarar de forma expresa si las demandas deberán formularse ante los juzgados y tribunales de lo civil o de lo mercantil. Aunque la doctrina mayoritaria se decanta por considerar que la competencia para conocer de este tipo de acciones son los jueces de lo mercantil³⁵, esta cuestión no está exenta de duda en determinados casos.

Nos referimos, por ejemplo, a aquellos supuestos en los que la acción de daños por ilícitos concurrenciales se acumule a una acción de responsabilidad contractual —ya se trate de una acumulación *ex profeso* o una acumulación por inserción—. La determinación de la competencia objetiva en esos supuestos dependerá de cuál de las acciones se for-

mule como principal y cuál como accesoria, si bien existen criterios doctrinales y jurisprudenciales dispares.

Piénsese también en aquellos casos en los que nos encontremos ante una resolución administrativa que ya sea firme (las llamadas acciones puras de *follow-on*), limitándose el perjudicado a reclamar en la vía civil los daños derivados de esa resolución, sin solicitar simultáneamente la aplicación de los artículos 1 ó 2 de la LDC o 101 ó 102 TFUE. En estos casos cabría alegar que serían competentes los Juzgados de Primera Instancia y no los Juzgados de lo Mercantil, pero la posición no es necesariamente clara y habrá que estar a lo que determinen nuestros tribunales³⁶.

En definitiva, habría sido deseable que el Real Decreto-ley 9/2017 hubiese contribuido a aclarar esta cuestión, ofreciendo alguna pauta orientativa sobre la determinación de la competencia objetiva para conocer de este tipo de reclamaciones. Varias enmiendas al Real Decreto-ley propuestas en fase parlamentaria precisamente tratan de solventar en cierta medida la incertidumbre a la que acabamos de referirnos, pero habrá que estar al texto final de la propuesta y a su aplicación por parte de los tribunales para dilucidar definitivamente esta cuestión.

2.2.3 · Nuevos mecanismos tendentes a facilitar el cumplimiento de la carga de la prueba del daño y su cuantificación en las acciones derivadas de infracciones de competencia

La principal complejidad para el ejercicio de toda acción de daños estriba en la carga de la prueba que el artículo 217 de la LEC impone al demandante, carga que comprende los tres requisitos tradicionales de prosperabilidad de las acciones de daños —una conducta ilícita, un daño evaluable económicamente y una relación de causalidad entre ambos— y que, en el concreto caso de las acciones de daños por infracciones de competencia, queda consagrada en el nuevo artículo 76.1 de la LDC³⁷.

33 SSTS (Sala Primera) n.º 750/2010, de 15 de noviembre de 2010, n.º 760/2015, de 8 de enero de 2015, y n.º 473/2015, de 31 de julio de 2015.

34 STS (Sala Primera) n.º 750/2010, de 15 de noviembre de 2010.

35 *Vid.* artículo 86 ter.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y disposición adicional primera de la LDC. No obstante, cuando la indemnización de daños y perjuicios se dirija frente a una Administración, el conocimiento del asunto correspondería, en principio, a la jurisdicción contencioso-administrativa (*vid.* ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España», *El Derecho*, 2015; pág. 8) por la *vis* atractiva en materia de responsabilidad extracontractual de los jueces contencioso-administrativos (artículo 2.e de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

36 TORRE SUSTAETA, M. V.: «Sobre las reclamaciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia tras la Directiva 104/2014: Vicisitudes procesales en torno a la acumulación de acciones por el actor y por el demandado», *La Ley Mercantil*, n.º 21, enero 2016.

37 «La carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia corresponderá a la parte demandante».

A este respecto, la jurisprudencia española ha sido tradicionalmente muy exigente en lo que a la prueba del daño —y su cuantificación— se refiere, sobre todo a la hora de reconocer el lucro cesante³⁸. Las particulares dificultades inherentes a esta prueba en un ámbito tan complejo como el que nos ocupa han llevado a la introducción de una serie de novedades en la LEC y en la LDC que tratan de combatir dichas dificultades.

a. Nuevas medidas de acceso a fuentes de prueba

(i) El nuevo incidente de exhibición de pruebas

La nueva sección 1.^a bis introducida en el capítulo V del título I del libro II de la LEC prevé la tramitación de un incidente que se asemeja estructuralmente al de medidas cautelares para que el perjudicado que pretenda iniciar un procedimiento de reclamación de daños derivados de ilícitos de competencia pueda solicitar la exhibición de pruebas necesarias para la efectividad de su demanda. A tal efecto, se prevé la obligación del solicitante de presentar una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de su acción³⁹.

Debe tenerse presente, no obstante, que este procedimiento no exime a las partes de su obligación de proponer la prueba de la que pretendan valerse en el momento procesal oportuno. Así, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2017 deja claro que se trata de una fuente de prueba «a través de la cual se alude a todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno».

Estas medidas de acceso a fuentes de prueba pueden hacerse valer antes de la incoación del proceso, en la demanda o durante la pendencia del proceso, advirtiéndose de que en el primero de los casos la demanda habrá de presentarse en los veinte días hábiles siguientes a la terminación de su práctica⁴⁰. En el caso de que no se presente la demanda en el referido plazo, el tribunal condenará en costas al solicitante y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas. Asimismo, a instancia de la parte perjudicada, el tribunal podrá acordar las medidas necesarias para la revo-

cación de los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, pudiendo declarar también que los datos e informaciones recabados por el solicitante no puedan ser utilizados en ningún otro proceso.

También a petición del demandado el tribunal podrá ordenar a la parte demandante o a un tercero la exhibición de las fuentes de pruebas pertinentes⁴¹. Esta previsión tendrá gran utilidad en el caso de demandados que pretendan hacer valer la llamada defensa del *passing-on* frente a la reclamación de un demandante que haya podido repercutir el sobre coste reclamado en el siguiente nivel de la cadena de producción.

(ii) Límites al acceso a fuentes de prueba

El legislador ha querido dejar claro que no se trata de un sistema de *discovery* estadounidense y que no se avalan ni las llamadas *fishing expeditions* ni cualesquiera otros medios de prueba —como serían, por ejemplo, las testificales de gestión privada anteriores al juicio— distintos de la mera exhibición documental, condicionada, en todo caso, a la proporcionalidad de la petición. Proporcionalidad para cuya consideración se habrán de tener en cuenta, entre otras, cuestiones como la confidencialidad de la información solicitada —pudiendo adoptar el tribunal las medidas necesarias para proteger dicha confidencialidad—, los intereses legítimos de todas las partes y de los terceros afectados o el alcance y costes de la exhibición. Del mismo modo, puede ordenar la exhibición de piezas específicas de prueba en aras de evitar las búsquedas indiscriminadas⁴².

Por otra parte, se prevén limitaciones específicas respecto del acceso a expedientes de una autoridad de competencia⁴³. A estos efectos, la documentación contenida en los expedientes de competencia puede clasificarse en tres categorías:

- Por un lado, nos referimos a documentos tales como las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia (no así de los documentos que las acompañan)⁴⁴ o

38 STS (Sala Primera) n.º 967/2008, de 23 de octubre de 2008.

39 Vid. nuevo artículo 283bis.a de la LEC.

40 Vid. nuevo artículo 283bis.e de la LEC.

41 Vid. nuevo artículo 283bis.a.1 de la LEC. Vid. AMERIGO ALONSO, J.: «Nuevo paso en la defensa de la competencia», *El Notario del siglo XXI*, n.º 74, págs. 10 a 15.

42 Vid. nuevos artículos 283bis.a.3 y 283bis.b de la LEC.

43 Vid. nuevos artículos 283bis.i y 283bis.j de la LEC.

44 El TJUE ya estableció en sus Sentencias de 14 de junio de 2011 (Gran Sala), as. C-360/09 *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, y de 6 de junio de 2013, as. C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde c. Donau Chemie AG y otro*, que, en ausencia de armonización en la Unión Europea sobre las reclamaciones de daños, correspondería a los órganos jurisdiccionales de los

las solicitudes de transacción⁴⁵. A estas categorías de documentos nunca se podrá dar acceso al demandante de daños para que funde su pretensión reclamatoria⁴⁶. Y ello con independencia de que el procedimiento administrativo sancionador haya concluido o no. La única salvedad se refiere al caso de que el acceso a estas pruebas tenga como único objeto que el juez pueda verificar que sus contenidos se ajustan a las definiciones armonizadas en la Directiva de declaración de clemencia o solicitud de transacción⁴⁷.

- Por otra parte, nos referimos a ciertas categorías de documentos que solo pueden exhibirse una vez que haya concluido el procedimiento administrativo sancionador. En concreto, se trata de los documentos elaborados por las partes expresamente para ser aportados al procedimiento administrativo (a excepción de la declaración de clemencia o solicitud de transacción, salvo que esta última haya sido retirada), tales como las respuestas a requerimientos de información, alegaciones al pliego de concreción de hechos o a la propuesta de resolución, prueba documental aportada, etc. También incluye los documentos elaborados por la autoridad de competencia en el marco de dicho procedimiento (por ejemplo, requerimientos de información, el propio pliego de concreción de hechos o la propuesta de resolución), a excepción de los documentos confidenciales intercambiados con la

Comisión Europea en el marco del artículo 18 de la LDC⁴⁸.

- Por último, nos referimos a los restantes documentos que obren en el expediente administrativo y cuya exhibición en el procedimiento de reclamación de daños puede solicitarse en cualquier momento del procedimiento sancionador (por ejemplo, documentos recabados en la inspección domiciliaria de las empresas investigadas o documentos preexistentes que se acompañaban a la solicitud de clemencia⁴⁹).

En todo caso, se prevé que solo se permitirá el requerimiento directo a autoridades de competencia para que exhiban pruebas contenidas en sus expedientes cuando ninguna parte (incluida la demandada, que posiblemente aportó muchos de los documentos obrantes en el expediente) o un tercero sea capaz, en una medida razonable, de aportar dichas pruebas⁵⁰.

- (iii) La exhibición de las fuentes de prueba y las sanciones por obstrucción o uso abusivo de dicho acceso

La admisión de la exhibición se decidirá tras la celebración de una vista, a la que se convocará a las partes interesadas, y previa constitución, en su caso, de la pertinente caución⁵¹. Se prevé también un régimen específico de recursos frente a la decisión que se adopte al respecto —cuyo efecto suspensivo no queda claro si afecta exclusivamente al incidente de acceso a fuentes de prueba o también al procedimiento principal—, así como las consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas acordadas⁵².

También resulta de interés el hecho de que se prevean sanciones específicas para el caso de que las partes hagan un uso inadecuado de la documentación obtenida de esta manera y, en concreto, para el caso de que incumplan los deberes de confidencialidad. En tales casos, pueden considerarse como infractores tanto a la parte como a sus representantes y defensores legales, a los que se podrán imponer, en su caso, multas coercitivas⁵³.

Por último, se prevén ciertas garantías de ejecución de las medidas de acceso a fuentes de prueba, otor-

Estados miembros, con arreglo a su Derecho nacional y ponderando los intereses protegidos por el Derecho de la Unión, determinar las condiciones en las que podría autorizarse o denegarse el acceso a los documentos de un procedimiento de clemencia.

⁴⁵ Vid. la definición de esta figura en la nueva disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto-ley 9/2017 en la LDC y que se refiere a las empresas que participan en un cártel y obtienen una reducción adicional del importe de la multa si acuerdan cooperar con la Comisión Europea para facilitar la celeridad del procedimiento mediante diversas fórmulas. Entre ellas destaca el reconocimiento de los hechos y la renuncia al acceso al expediente. El compromiso de la empresa de aceptar los hechos imputados en el pliego de cargos se recoge en una «solicitud de transacción». Esta figura no se contempla a día de hoy en nuestra LDC. Para mayor información al respecto, vid. la Comunicación de la Comisión Europea, de 2 de julio de 2008, sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo en casos de cártel.

⁴⁶ Vid. nuevo artículo 283bis.i.6 de la LEC.

⁴⁷ Vid. nuevo artículo 283bis.i.7 de la LEC.

⁴⁸ Vid. nuevo artículo 283bis.i.5 de la LEC.

⁴⁹ Vid. nuevo artículo 283bis.i.9 de la LEC.

⁵⁰ Vid. nuevo artículo 283bis.i.10 de la LEC.

⁵¹ Vid. nuevos artículos 283bis.c y 283bis.f de la LEC.

⁵² Vid. nuevo artículo 283bis.h de la LEC.

⁵³ Vid. nuevo artículo 283bis.k de la LEC.

gando cierta discrecionalidad a los tribunales para el empleo de los medios que consideren necesarios para ejecutar la medida acordada (e. g., entrada y registro de lugares cerrados u ocupación de documentos y objetos localizados en tales sitios)⁵⁴.

En definitiva, aunque el acceso a fuentes de pruebas no sea absoluto⁵⁵, el nuevo cauce específico que se acaba de exponer, junto con los medios genéricos de obtención de pruebas en el proceso civil —esto es, las diligencias preliminares⁵⁶, el deber de exhibición documental entre partes⁵⁷ o las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba⁵⁸— facilitará en buena medida el acceso del demandante a información de la contraparte o de terceros que resulte necesaria para fundar y acreditar los hechos en que basa la cuantificación del daño reclamado.

b. La presunción de la existencia de un daño en casos de cárteles

El artículo 76.3 de la LDC introduce la presunción de que, acreditada la existencia de un cártel, se considerará igualmente acreditada la existencia de un daño —que no de su cuantificación—. Esta presunción, no obstante, es *iuris tantum*, de modo que el infractor tiene la posibilidad de practicar prueba en contrario y rebatirla.

La razón de ser de esta presunción excepcional podría encontrarse en la dificultad inherente a la prueba del daño con la que se puede encontrar un perjudicado por este tipo de práctica anticompetitiva. Los cárteles son acuerdos que suelen tener carácter secreto, de tal manera que su alcance y contenido exacto solo suele conocerse una vez resuelto el correspondiente expediente administrativo que los revela y sanciona. Es más, las nuevas disposiciones de la LDC incluso establecen una presunción *iuris tantum* de que los clientes indirectos de los miembros del cártel sufrieron un sobreprecio que les aplicó su proveedor —el cliente directo de los miembros del cártel (artículo 79.2 de la LDC)—. Sin embargo, no se establece una presunción similar respecto de los clientes directos del cártel. En este último caso, pesa sobre el demandado (miembros de cártel) la carga de probar la

defensa de *passing-on* de los sobrecostes a los clientes indirectos⁵⁹ (artículo 79.2 de la LDC).

En relación con este distinto tratamiento de las presunciones del daño en reclamaciones efectuadas por clientes directos e indirectos del infractor, merece la pena mencionar que el nuevo artículo 80 de la LDC tiene por objeto regular la coordinación procesal entre las acciones ejercitadas por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro. La finalidad de la disposición es evitar tanto la ausencia de responsabilidad como su exceso⁶⁰. No obstante, lo cierto es que esta disposición carece de un contenido normativo concreto y se limita a reconocer implícitamente la posibilidad de que los jueces y tribunales acudan en tales casos a mecanismos como la acumulación de acciones o de procesos, así como, siempre que la infracción invocada del Derecho de la competencia sea la misma, a la cosa juzgada material (al menos en su vertiente positiva) o a la prejudicialidad civil.

c. Discrecionalidad otorgada a los tribunales para que estimen el importe de los daños

En línea con lo que ya venía haciendo nuestra jurisprudencia⁶¹, el nuevo artículo 76.2 de la LDC faculta a los juzgados y tribunales para que efectúen su propia estimación aproximada de los daños sufridos por el demandante cuando resultara excesivamente difícil para este último cuantificar con precisión, con base en las pruebas disponibles, el perjuicio efectivo.

Por su parte, el artículo 76.4 de la LDC introduce la posibilidad de que el juez civil solicite el asesoramiento de la autoridad nacional de la competencia a la hora de delimitar los criterios a tener en cuenta para el cálculo de las indemnizaciones correspondientes, posibilidad que tampoco supone una gran novedad, puesto que ya se encontraba prevista en

⁵⁴ Vid. nuevo artículo 283bis.g de la LEC.

⁵⁵ La propuesta de transposición preveía un sistema de acceso a fuentes de prueba mucho más amplio y ambicioso, similar al *discovery* estadounidense y aplicable a todo tipo de procedimientos civiles.

⁵⁶ Vid. los artículos 256 a 263 de la LEC.

⁵⁷ Vid. los artículos 328 y 329 de la LEC.

⁵⁸ Vid. los artículos 293 a 296 de la LEC.

⁵⁹ Cabría plantearse si este doble juego de presunciones, que procede de la Directiva de Daños, es compatible con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No se descarta que los tribunales de la UE puedan llegar a conocer en el marco de una cuestión profesional casos en los que se plantea que la presunción sobre la existencia de un mismo hecho —*passing on* del sobrecoste— no debe variar en función de quien lo alegue, ya que ello supondría una vulneración del principio de igualdad de armas y del derecho de defensa del demandando.

⁶⁰ GÓMEZ ASENCIO, C.: «Comentarios al art. 1 de la propuesta de Ley de transposición de la Directiva 2014/104/UE relativa a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la Competencia», *La Ley Mercantil*, n.º 28, septiembre 2016.

⁶¹ STS (Sala Primera), de 7 de noviembre, n.º 651/2013.

el artículo 15bis de la LEC y, además, se incluye entre las funciones de la CNMC⁶².

2.2.4 · Efecto de las resoluciones extrajudiciales sobre la responsabilidad civil del infractor

El nuevo artículo 77 de la LDC trata de fomentar la resolución de estos conflictos a través de acuerdos extrajudiciales. Para ello, introduce una serie de medidas de protección al infractor que se aviene a este tipo de acuerdos⁶³. A saber:

- a) El perjudicado con el que un infractor haya alcanzado un acuerdo de solución extrajudicial no podrá posteriormente dirigirse contra él por la parte de los daños que hubiera padecido y no hubiese quedado cubierta por el acuerdo. La única excepción se dará cuando los demás coinfractores no pudiesen hacer frente a la indemnización restante —salvo que las partes hubiesen excluido expresamente tal posibilidad en el acuerdo extrajudicial—.
- b) Los coinfractores que no formasen parte del acuerdo extrajudicial frente a los que se dirigiese el demandante para obtener el importe restante de los daños soportados no podrán dirigirse contra el coinfractor partícipe en el acuerdo de solución extrajudicial.
- c) El juez que conozca de una eventual acción de regreso entre coinfractores habrá de tener en cuenta el importe abonado por el coinfractor que haya sido partícipe en el acuerdo.

Se trata, por tanto, de una excepción al principio de responsabilidad conjunta y solidaria contemplado en el artículo 73 de la LDC, si bien los efectos *inter partes* del acuerdo extrajudicial tienen como consecuencia que, frente a otras víctimas, los coinfractores partícipes en el acuerdo habrán de responder en iguales términos que los no partícipes.

En cuanto al efecto procesal que una negociación de estas características puede tener sobre un procedimiento judicial en curso, debe estarse al nue-

vo artículo 81 de la LDC, que permite a los tribunales suspender el procedimiento por un plazo de hasta dos años⁶⁴. Esta facultad debe ser completada con la posibilidad de que los tribunales (i) no tomen dicha decisión cuando su adopción pueda perjudicar el interés general o de terceros, y (ii) concedan la suspensión por un tiempo inferior, en aras de incentivar que las partes no hagan un uso abusivo de esta previsión y traten de alcanzar una solución rápida y satisfactoria para ambas.

3 · CONCLUSIÓN

La adopción del Real Decreto-ley 9/2017 constituye sin duda un avance importante en el ámbito de la reclamación de daños y perjuicios por ilícitos concurrenciales, que solventa gran parte de las dificultades prácticas con las que se encontraban este tipo de reclamaciones en España en el pasado. No obstante, las novedades realmente introducidas no son tantas como las que podrían parecer *a priori*. Nuestra práctica jurisprudencial, aunque menos notoria y reconocida internacionalmente que la de otras jurisdicciones más propensas a la litigación en este ámbito, ya venía reconociendo y aplicando gran parte de los principios generales que exigía la Directiva 2014/104/UE de la que trae causa nuestro Real Decreto-ley.

En todo caso, quedan importantes ámbitos de ambigüedad en la norma, que deberá ser interpretada por nuestros jueces y tribunales de un modo coherente y razonable a la vista del tradicional respeto que han presentado a los derechos de defensa y el principio de igualdad de armas procesales en el ámbito de las reclamaciones de daños por responsabilidad extracontractual. Habrá que estar también al proceso de aprobación de enmiendas del Real Decreto-ley 9/2017, que muy posiblemente redundará en una mejora técnica del texto actualmente en vigor, así como a la futura regulación de las acciones colectivas de daños en casos de representación de intereses difusos, que sin duda es una de las asignaturas pendientes de nuestro ordenamiento en comparación con otras jurisdicciones mucho más desarrolladas en este ámbito.

⁶² Vid. artículo 5.2.b de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁶³ Además, el nuevo artículo 64.3 de la LDC prevé la posibilidad de que una autoridad de competencia considere como atenuante cualificada el hecho de que el infractor, antes de adoptarse la resolución sancionadora, haya abonado una indemnización en el marco de un acuerdo extrajudicial.

⁶⁴ Se introduce así una excepción al régimen general de suspensión de procesos civiles del artículo 19 de la LEC.