

ANTI JURIDICIDAD, CAUSALIDAD Y CULPABILIDAD EN LAS RECLAMACIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Carlos Gómez Asensio

*Profesor asociado VIU. CEU-Cardenal Herrera
Abogado*

Este trabajo ha obtenido un **Accésit Premio Estudios Financieros 2017** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, don FRANCISCO JAVIER ARIAS VARONA, don Juan Carlos CASTRO RICO, don Fernando Díez ESTELLA, don David OLIVARES MARTÍNEZ, don Lupicinio RODRÍGUEZ y don Luis ZARRALUQUI NAVARRO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

El presente trabajo lleva a cabo un estudio del contenido de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual –antijuridicidad, causalidad y culpabilidad–, fijados por la jurisprudencia y doctrina civilista, con el objetivo de, tomando en consideración la jurisprudencia y doctrina derivadas de la aplicación pública del Derecho de la Competencia, analizar su traslación al ámbito de las demandas de daños por infracción del Derecho de Defensa de la Competencia, en especial, tras la reforma operada en la Ley de Defensa de la Competencia por el Real Decreto-ley 9/2017, norma de transposición de la Directiva 2014/104/UE relativa a las acciones por daños por infracciones de la Competencia.

Palabras clave: antijuridicidad; causalidad; culpabilidad; daños; Derecho de la Competencia.

Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017 / Fecha de revisión: 24-07-2017

UNLAWFULNESS, CAUSALITY AND CULPABILITY IN ANTITRUST LAW INFRINGEMENTS DAMAGE'S CLAIMS

Carlos Gómez Asensio

ABSTRACT

This article sets forth a study on extra-contractual liability presuppositions –unlawfulness, causality and culpability–, fixed by civil case law and scholars with the aim of, considering case law and doctrine derived from public enforcement of antitrust law, analyze their translation to antitrust law infringements damage's claims, especially after the amendment of the Antitrust Law by the Royal Decree-law 9/2017, transposition norm of the Directive 2014/104/EU concerning rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States.

Keywords: unlawfulness; causality; culpability; damage; Antitrust Law.

Sumario

- I. Introducción
- II. Antijuridicidad y reclamación de daños por infracción del Derecho de la Competencia
- III. Causalidad y reclamación de daños por infracción del Derecho de la Competencia
 1. Causalidad y Aplicación Pública del Derecho de la Competencia
 - A) Causalidad científica
 - B) Causalidad jurídica/imputación objetiva
 2. Supuestos especiales de tratamiento de la causalidad en la Aplicación Pública del Derecho de la Competencia y su traslación a la Aplicación Privada del Derecho de la Competencia
 - A) Continuidad de empresa
 - B) Los grupos de empresas
 - C) Las asociaciones de empresas
 3. Causalidad y Aplicación Privada del Derecho de la Competencia: *passing on defence* y *follow-on actions*
 - A) *Passing on defence*
 - B) *Follow-on actions*
- IV. Culpabilidad y reclamación de daños por infracción del Derecho de la Competencia
 1. Aplicación Pública del Derecho de la Competencia e imputación subjetiva
 2. Los presupuestos de la culpabilidad en la Aplicación Pública del Derecho de la Competencia
 - A) Contenido del deber de diligencia en relación con el Derecho de Defensa de la Competencia
 - B) Contenido del deber de previsibilidad y evitación del daño en relación con el Derecho de Defensa de la Competencia
 3. Supuestos especiales de tratamiento de la culpabilidad en la Aplicación Pública del Derecho de la Competencia y su traslación a la Aplicación Privada del Derecho de la Competencia
 - A) Imposición de multas a los directivos de las empresas infractoras
- V. Conclusiones

Bibliografía

NOTA: Este trabajo, depositado el 24 de abril de 2017, ha sido actualizado para sustituir las referencias al decaído Proyecto de Ley de Transposición de la Directiva de Daños, por los nuevos preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia introducidos por el vigente Real Decreto-ley 9/2017.

I. INTRODUCCIÓN

La publicación de la Directiva 2014/104/UE relativa a las acciones por daños por infracciones de la Competencia¹ (en adelante, Directiva de Daños), así como la reciente transposición de la misma al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 9/2017², el cual pone fin, con cinco meses exactos de retraso, al proceso de transposición iniciado el 15 de enero de 2016 con la decaída Propuesta de Ley de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación (en adelante, la Propuesta de Ley), de la cual el Real Decreto-ley 9/2017 hereda tanto su organización sistemática, como gran parte de su contenido, justifican el presente trabajo el cual aborda el estudio del engarce de las reclamaciones por daños por infracción de la normativa de Defensa de la Competencia, con el modelo tradicional de responsabilidad por daños extracontractuales de nuestro Derecho Privado.

Con este objetivo, el trabajo parte de la referencia al contenido de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual para, a continuación, exponer el desarrollo realizado de dichos principios por el Derecho Administrativo Sancionador en sede de Aplicación Pública del Derecho de la Competencia, analizando finalmente la posibilidad de traslación de dichos desarrollos de nuevo al ámbito de la reclamación por daños en el Derecho Privado, tomando en consideración también la incidencia en la materia de la Directiva de Daños tras su trasposición al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto-ley 9/2017.

II. ANTIJURIDICIDAD Y RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El primero de los presupuestos para la apreciación de la responsabilidad civil extracontractual lo constituye la exigencia de antijuridicidad del daño, esto es, que el daño producido como consecuencia de la acción u omisión causante del mismo sea objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, el cual no lo tolera o permite. Consecuentemente, no existe para la víctima del daño un deber de soportar el mismo, sino que, por el contrario, el resarcimiento se erige como principio general, de forma que la víctima del daño tiene derecho a obtener reparación por los efectos perjudiciales soportados a través de los mecanismos dispuestos al efecto por el ordenamiento jurídico³.

¹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

² 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.

³ Así señala Díez PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. V, Cizur Menor: Aranzadi, 2011, págs. 296-297: «Por consiguiente, el problema no estiba en la calificación de la actividad inicial de la que el daño puede ser

De esta forma, en el Derecho de Daños, la antijuridicidad se configura como un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico de una lesión sobre un interés protegido⁴, esto es, la antijuridicidad se configura como un juicio de desvalor acerca del resultado dañoso⁵.

Ello no obstante, si bien no existe discusión alguna acerca de la antijuridicidad como primer presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual⁶, no es menos cierto que su análisis y tratamiento jurisprudencial no se ha llevado a cabo de forma independiente, sino ligado al resto de presupuestos, cuya concurrencia –cuando se analiza–, muchas veces se fundamenta simplemente al amparo del principio general *alterum non ladere*⁷.

Partiendo de esta concepción de la antijuridicidad es claro que, en el ámbito de los ilícitos antitrust, el ordenamiento jurídico califica como objetivamente indeseable la lesión producida en el patrimonio de los afectados –víctimas del daño–, resultante de la infracción de las normas de defensa de la competencia por el sujeto causante del daño.

En consecuencia, el daño sufrido por un individuo derivado de la previa infracción de la normativa de Defensa de la Competencia es siempre un daño antijurídico que la víctima no está

resultado, respecto del cual el calificativo ilicitud no añade nada [...]. El problema a resolver no es, pues, el problema de la licitud de las conductas o de los actos o de la conformidad de los mismos con el ordenamiento jurídico, sino el problema de los daños en sí mismos considerados».

⁴ En este sentido, señalan los Principles of European Tort Law (PETL) que: «Artículo 2:102. Intereses protegidos (1) El alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza; su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad [...]. (4) La protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado. En tales casos debe tenerse en cuenta, de modo especial, la proximidad entre el agente y la persona protegida, o el hecho de que el agente es consciente de que causará un daño a la víctima a pesar de que sus intereses sean necesariamente objeto de una valoración inferior a los de estas».

⁵ Se opone esta concepción de la antijuridicidad en el ámbito del Derecho de Daños a la noción propia del Derecho Penal en el que la antijuridicidad se configura como un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o de la conducta. A este respecto *vid.* Díez PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, págs. 302-303.

⁶ STS (Sala Primera), núm. 1117/2008, de 10 de diciembre de 2008 (NCJ048413), FD 2.º: «Esta Sala tiene declarado que toda obligación derivada de un acto ilícito, según constante y pacífica doctrina jurisprudencial, exige ineludiblemente los siguientes requisitos: a) una acción u omisión ilícita; b) la realidad y constatación de un daño causado; c) la culpabilidad, que en ciertos casos deriva del aserto de que si hubo daño ha habido culpa; d) un nexo causal entre el primero y el segundo requisito (entre otras, SSTS de 24 de diciembre de 1992, 7 de abril de 1995, 20 de mayo de 1998, 25 de octubre de 2001 y 11 de julio de 2002)».

⁷ En este sentido, para LUCÁN, M.ª Á.: «Comentario al art. 1.902», en Pasquau Liaño, M. (dir.), *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*, t. III, Granada: Comares, 2009, pág. 3.894, señala que: Suele mencionarse al analizar la culpa o la relación de causalidad, que el daño es «antijurídico» o «ilícito» y, a lo sumo, se establece que, «aunque no se infrinja ninguna norma: la antijuridicidad de carácter civil proviene de la violación del principio *alterum non ladere* (STS 24 de febrero de 1994) R.686\1995, o que «en estas conductas que actúan dentro del campo del derecho civil, no se puede hablar de tipicidad, y que en el tema de la antijuridicidad no se puede ir más allá del principio *alterum non ladere*» (STS de 29 de diciembre de 1997, núm. 1181/1997).

obligada a soportar y, del que, consecuentemente, nace el derecho de la víctima al resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos.

De este modo, el derecho al pleno resarcimiento constituye un principio rector en el Derecho de la Competencia, que aparece recogido ya desde muy temprano en la jurisprudencia comunitaria en la materia⁸, siendo expresamente reconocido en las posteriores sentencias de los asuntos *Courage* y *Manfredi*⁹, y que aparece positivizado como uno de los principios fundamentales del régimen de aplicación privada del Derecho de la Competencia, tanto en el texto de la Directiva 2014/104/UE¹⁰ –art. 1 regulador del objeto y ámbito de aplicación de la misma–, como en el actual artículo 72 de la Ley de Defensa de la Competencia tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2017.

En conclusión, es posible afirmar con rotundidad que, en el ámbito de la responsabilidad por daños derivados de la infracción del Derecho de la Competencia, concurre siempre el presupuesto de la antijuridicidad del daño, fundamentado en la ausencia de un deber de soportar o consentir el daño sufrido por la víctima, así como el consiguiente derecho al pleno resarcimiento, principio rector en la materia consagrado tanto por la normativa y jurisprudencia comunitaria, como previsto en la proyectada normativa nacional.

III. CAUSALIDAD Y RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El segundo de los presupuestos para la apreciación de la responsabilidad civil extracontractual lo constituye la existencia de una relación de causalidad o nexo causal entre el hecho productor o generador del daño y el daño sufrido por la víctima.

La verificación de la concurrencia de la causalidad como presupuesto de la responsabilidad es llevada a cabo por nuestra jurisprudencia desde una doble perspectiva¹¹: en primer lugar,

⁸ STJCE de 21 de marzo de 1974, 127/73- *BRT/SABAM* y STJCE de 28 de febrero de 1991, C-234/89 - *Delimitis/Henninger Bräu*, ap. 44; STPI de 17 de septiembre de 1992, T-24/90 - *Automec contra Comisión*, aps. 73 y 85, de conformidad con lo señalado por ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: «La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia. Incidencia de la directiva 2014/104/UE en nuestro derecho interno», *Estudios sobre el futuro código mercantil. Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, págs. 1.111-1.113.

⁹ STJCE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99 - *Courage Ltd. y Bernard Crehan*, ap. 26; SSTJCE de 13 de julio de 2006, asuntos C-295/04 a C-298/04 (NCJ039149), *Manfredi*, ap. 62.

¹⁰ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

¹¹ Por todas, STS (Sala Primera), núm. 260/2014, de 4 de junio de 2014, F.D 3.º: «II. La relación de causalidad –como señaló la Sentencia 815/2010, de 15 de diciembre (NCJ054285), y las que en ella se citan– se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de la regla de la *conditio sine qua non*, conforme a la que toda condición, por

mediante el control de la concurrencia de la causalidad de hecho o causalidad científica y, en segundo lugar, una vez verificada la anterior, mediante la comprobación de la concurrencia de la causalidad jurídica respecto del hecho generador del daño¹².

El examen de la causalidad de hecho o causalidad científica se lleva a cabo mediante la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones, en virtud de la cual, la causa es concebida como la *conditio sine qua non* del daño, es decir, como la condición cuya falta determina que el hecho dañoso no se produzca, o dicho de otro modo: si no concurre la causa, desaparece la consecuencia, el resultado dañoso¹³, exigiendo la jurisprudencia una prueba completa para su apreciación¹⁴.

Por su parte, el examen de la causalidad jurídica se realiza a través de la teoría de la causalidad adecuada, la cual constituye en realidad una teoría de la imputación (objetiva), pues su cometido no es determinar si un hecho es causa de otro –causalidad científica–, sino si un hecho es jurídicamente relevante y permite la imputación objetiva del hecho a un determinado sujeto¹⁵.

ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; así como la de la «equivalencia de condiciones», según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también.

Afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, en una segunda fase se trata de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño en función de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto.

Se trata, con esta segunda operación, de construir la causalidad según una visión jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos, el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción atribuya antijuricidad al comportamiento fuente de responsabilidad».

¹² Este control de la causalidad desde la doble perspectiva científica y normativa es recogida también por los Principles of European Tort Law (PETL), que dedican su artículo 3:1 a la regulación de la *conditio sine qua non* y sus límites y su artículo 3:2, bajo la rúbrica «alcance de la responsabilidad», a la regulación de los criterios de imputación objetiva.

¹³ En profundidad sobre los fundamentos de esta teoría *vid.* Díez Pícazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, págs. 360-361.

¹⁴ Por todas, STS (Sala Primera), núm. 1087/2008, de 21 de noviembre de 2008 (NCJ048353), FD 3.º: «Conforme al artículo 1.902 que exige, para anudar una responsabilidad al suceso lesivo, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y eficiente valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo o de objetivar absolutamente la responsabilidad extracontractual en la que se sustenta la acción ejercitada, lo que no es posible en un sistema que descansa en un principio culpabilístico, como es el que sanciona el artículo 1.902 del CC, que reclama la causación de un acto ilícito y la producción de un daño real que conecte con el desarrollo normal de las cosas (SSTS de 14 de julio [NCJ045476] y 6 de septiembre de 2005 [NCJ044815]; 27 de enero [núm. 29/2006], 15 de febrero [NCJ047712] y 8 de marzo de 2006 [NCJ047589])».

¹⁵ A este respecto señala también la STS (Sala Primera), núm. 260/2014 (NCJ062343), *op. cit.*, FD 11.º que: «En efecto, se reafirma la sala en la Sentencia número 147/2014, de 18 marzo, que: la imputación objetiva, entendida como una cuestión jurídica susceptible de ser revisada en casación (SSTS de 30 de abril de 1998, 2 de marzo de 2001, 29 de abril y 22 de julio de 2003, 17 de abril de 2007, 21 de abril de 2008, 6 de febrero de 2012), comporta un juicio que, más allá

De esta forma la teoría de la imputación objetiva tiene el cometido de fijar los criterios normativos con base en los cuales un resultado dañoso es atribuible a un determinado comportamiento. Con frecuencia, dichos criterios de imputación objetiva operan en realidad como criterios de exclusión de la misma, siendo los mismos: el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, la provocación, el fin de protección de la norma, el incremento del riesgo, la competencia de la víctima y, por último, actuando como cláusula de cierre, la probabilidad¹⁶.

1. CAUSALIDAD Y APLICACIÓN PÚBLICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La experiencia derivada de la Aplicación Pública del Derecho de Defensa de la Competencia permite identificar los criterios que resultan de aplicación en la apreciación y delimitación tanto de la causalidad científica, como de la causalidad jurídica/imputación objetiva.

A) Causalidad científica

Por lo que respecta a la causalidad científica, es decir, la verificación de que la infracción del Derecho de Defensa de la Competencia es causa de un determinado resultado dañoso, debe partirse de la distinción realizada por la jurisprudencia comunitaria entre restricciones de la competencia por objeto y por efecto:

En el caso de las restricciones de la competencia por objeto, la jurisprudencia comunitaria recogida en el caso *Toshiba Corporation* tiene establecido que no es necesario examinar la con-

de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza; criterios o pautas extraídas del sistema normativo, que han sido tomados en cuenta en diversas Sentencias de esta Sala (entre las más recientes, 2 y 5 de enero, 2 y 9 de marzo, 3 de abril, 7 de junio, 22 de julio, 7 y 27 de septiembre, 20 de octubre de 2006, 30 de junio de 2009, entre otras)».

¹⁶ Sobre los criterios de imputación objetiva, por todas la STS (Sala Primera), núm. 124/2017, de 24 de febrero de 2017 (NCJ062343), FD 11.º: «En la actualidad la Sala Primera del Tribunal Supremo acude a la teoría de la imputación objetiva; que en todo caso sirve para excluir la responsabilidad, y que tiene como pautas o reglas: a) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, las «desgracias» sí existen. b) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima, no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. c) La provocación: Quién provocó la situación. Sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. d) El fin de protección de la norma, e) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igual aunque se adoptase otra conducta. f) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). g) Y, en todo caso, y como cláusula cierre, la probabilidad; lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan el caso fortuito (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2011 [STS 2897/2011, recurso 124/2008], 14 de marzo de 2011 [STS 1490/2011, recurso 1970/2006], 9 de febrero de 2011 [STS 560/2011, recurso 2209/2006], 25 de noviembre de 2010 [STS 6381/2010, recurso 619/2007], 17 de noviembre de 2010)».

currencia de los efectos –resultado dañoso– derivados de tal infracción, pues considera que dichas restricciones son tan especialmente nocivas para la competencia que, de su comisión, necesariamente se derivan efectos restrictivos para la competencia¹⁷.

Consecuentemente de lo anterior se deriva que, ante una conducta restrictiva de la competencia por objeto, no será necesario probar la existencia de la causalidad científica –sí en cambio la causalidad jurídica/imputación objetiva, así como la culpabilidad–, como presupuesto para la apreciación de la responsabilidad civil extracontractual, si bien la carga de la prueba se desplazará en este ámbito sobre la determinación, precisamente, de si tal infracción puede o no calificarse como restrictiva por objeto, calificación que debe realizarse de forma restrictiva tal y como se establece en el caso *Groupement des cartes bancaires*¹⁸.

En el caso de las restricciones de la competencia por efecto, en cambio, es necesario probar que dicha infracción ha sido causa de un falseamiento, impedimento o restricción de la competencia¹⁹, siendo además necesario probar, a efectos de la responsabilidad extracontractual, que

¹⁷ Por todas, STJUE (Sala Segunda) de 20 de enero de 2016, asunto C-373/14, *Toshiba Corporation/Comisión Europea*, págs. 25 y 26: «Véanse en ese sentido las Sentencias T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 28 y 30, y GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610, apartado 55). En cuanto a la calificación de una práctica como restricción por el objeto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos (Sentencia ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, apartado 31). Esa jurisprudencia atiende a la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (Sentencia CB/Comisión, C-67/13 P, EU: C: 2014:2204, apartado 50)».

¹⁸ En este sentido, la jurisprudencia comunitaria ha sentado que para la apreciación de una restricción a la competencia por objeto «debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (véase, en ese sentido, la Sentencia Allianz Hungría Biztosító y otros, EU: C: 2013:160, apartado 36 y jurisprudencia citada). Además, si bien la intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo entre empresas, nada impide que las autoridades de la competencia o los tribunales nacionales y de la Unión la tengan en cuenta (véase la Sentencia Allianz Hungría Biztosító y otros, EU: C: 2013:160, apartado 37 y jurisprudencia citada)». STJUE (Sala Tercera), de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13, *Groupement des cartes bancaires/Comisión Europea*, págs. 53 y 54.

Si bien, la jurisprudencia comunitaria parece establecer que ante el caso de infracciones especialmente graves de la normativa de competencia, como es el reparto de mercados, no puede justificarse la conducta mediante un análisis del contexto económico en el que se inserta: STJUE (Sala Segunda), de 20 de enero de 2016, asunto C-373/14, *op. cit.*, pág. 28.

¹⁹ En este sentido, STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, asunto C-32/11, *Allianz Hungría Biztosító Zrt*, págs. 34: «En caso de que el análisis del contenido del acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, deben examinarse sus efectos y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera manifiesta (véanse las Sentencias de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, rec. p. I-4529, apartados 28 y 30; de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, rec. p. I-9291, apartado 55; de 4 de octubre de 2011, Football Association

dicho falseamiento, impedimento o restricción de la competencia ha causado un determinado daño, el cual será objeto de individualización en sede de causalidad jurídica/imputación objetiva.

Por su parte, en sede de abuso de posición de dominio, la jurisprudencia española en el caso *Gas Natural* tiene establecido que la mera comisión de la conducta consistente en el abuso de posición de dominio produce efectos restrictivos para la competencia, lo que determina la concurrencia del requisito de la causalidad científica –no en cambio la causalidad jurídica/imputación objetiva, así como la culpabilidad–, desplazando de nuevo la carga de la prueba de la relación de causalidad, a la prueba de la comisión de la conducta abusiva de la posición de dominio²⁰.

B) Causalidad jurídica/imputación objetiva

Verificada la concurrencia de la causalidad científica y, por tanto, que una determinada infracción de la normativa de Defensa de la Competencia es causa de la producción de un resultado dañoso, es necesario imputar dicho resultado a un determinado sujeto, es decir, debe corroborarse la concurrencia de la causalidad jurídica o imputación objetiva.

A este propósito y en el ámbito de los acuerdos colusorios, la jurisprudencia comunitaria recogida en el caso *Treuhand AG* delimita los criterios que deben concurrir para la apreciación de la imputación objetiva: contribución del sujeto con su propio comportamiento a la infracción, consciencia de los comportamientos de otros operadores en consecución de la infracción, o asunción del riesgo, entre otros²¹.

Premier League y otros, C-403/08 y C-429/08, rec. p. I-9083, apartado 135, y de 13 de octubre de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, rec. p. I-9419, apartado 34)».

²⁰ STS (Sala Tercera) de 11 de octubre de 2013, recurso de casación 3053/2010, FD 4.º: «Como hemos declarado en otras ocasiones, en lo que respecta al abuso de la posición de dominio, dicho precepto prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio en todo o parte del mercado nacional o de la situación de dependencia de otras empresas, explotación abusiva que se describe a título de ejemplo y de forma no exhaustiva en diversas conductas enumeradas en el apartado 2 del precepto y en las que en ningún caso se requiere la efectiva causación de perjuicios cuantificables a terceros competidores, sino que basta que se produzca el comportamiento abusivo descrito, el cual se entiende que es en sí mismo perjudicial para la competencia. Así, por ejemplo y sin agotar los posibles supuestos, partiendo de una posición de dominio, basta la mera imposición de precios o condiciones "no equitativos" (letra a), o la limitación "injustificada" de la producción o distribución en perjuicio de competidores (letra b) o la aplicación de condiciones "desiguales" para prestaciones equivalentes (letra d), conductas todas ellas por sí mismas anticompetitivas y perjudiciales para los restantes competidores y respecto a las que no se exige como requisito el que los competidores afectados se hayan visto finalmente privados de obtener tales productos o servicios o excluidos del mercado de que se trate. Huelga decir que tales conductas excluyen en su propia definición que exista una causa justificada y legítima en términos de competencia que la ampare, pues en tal caso dichos comportamientos no serían "no equitativos", "injustificados" o "desiguales"»

²¹ Por todas, STJUE (Sala Segunda) de 2 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC *Treuhand AG/ Comisión Europea*, pág. 30: «Cuando se trata, como en el caso de autos, de acuerdos y prácticas concertadas con un objetivo contrario a la competencia, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la Comisión debe demostrar, para declarar

Por lo que respecta al abuso de posición de dominio, la determinación de la causalidad jurídica se realiza a través de criterios de imputación objetiva que, al igual que sucede en sede de responsabilidad civil extracontractual, constituyen en realidad criterios de exclusión de la imputación objetiva:

En este sentido, un primer criterio lo representa la existencia de una norma jurídica de cobertura de rango legal –art. 4 Ley de Defensa de la Competencia–; un segundo, la concurrencia de causas que justifiquen objetivamente la necesidad de la conducta desplegada por el sujeto en posición de dominio –por ejemplo, la indispensabilidad y proporcionalidad de la conducta²²; y, en tercer lugar, la producción de eficiencias sustanciales que superan los efectos anticompetitivos, en cuyo caso deberá probarse con un grado suficiente de probabilidad, y basándose en pruebas comprobables que se cumplen las condiciones acumulativas previstas en la Comunicación de la Comisión sobre abuso de posición de dominio²³.

2. SUPUESTOS ESPECIALES DE TRATAMIENTO DE LA CAUSALIDAD EN LA APLICACIÓN PÚBLICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU TRASLACIÓN A LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

A) Continuidad de empresa

Una primera especialidad respecto los criterios de causalidad e imputación objetiva lo constituye la posibilidad de imputar responsabilidad por infracciones o indemnización de daños y

la participación de una empresa en la infracción y su responsabilidad por los distintos aspectos que conlleva, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (véanse, en este sentido, las Sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, C 49/92 P, EU:C:1999:356, apartados 86 y 87, y Aalborg Portland y otros/Comisión, C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P y C 219/00 P, EU:C:2004:6, apartado 83)».

²² STS (Sala Tercera) de 20 de junio de 2006, recurso de casación 9174/2003, FD 9.º: «El énfasis en estos datos no puede hacer olvidar, sin embargo, algo que el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró "irrelevante" y no lo era: la capacidad financiera del nuevo entrante, controlado por grupos económicos con gran poder financiero, le permitía replicar la inversión publicitaria de su oponente en análogas condiciones, esto es, sin que a consecuencia de ella se hiciera inviable o muy gravosa su paulatina introducción en el mercado de la telefonía fija. Y en cuanto a la "necesidad" de la propia campaña publicitaria, si entendemos aquel término dentro de un contexto determinado en el que el nuevo competidor despliega su propia campaña publicitaria, también de amplio impacto, para resaltar los puntos débiles del operador ya asentado y, por contraste, la mayor eficacia del nuevo, podremos concluir que la campaña de "Telefónica, SA" tenía una justificación comercial aceptable».

²³ *Vid.* en este sentido los apartados 28-31 de la Comunicación de la Comisión: «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes» (2009/C 45/02).

perjuicios a sujetos distintos de los autores materiales de la acción u omisión –causalidad científica– de la que trae causa el resultado dañoso.

En este sentido, la posibilidad de imputar responsabilidad por las sanciones derivadas de infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia a empresas distintas de las que originariamente cometieron las conductas anticompetitivas ha suscitado controversia debido a la vigencia en la materia de los Principios de Responsabilidad Personal y Culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, dicha posibilidad ha sido admitida jurisprudencialmente –caso *Rhenus*²⁴, en el marco de los criterios de «unidad económica» o «unidad de decisión».

La traslación de dicha institución al ámbito de la Aplicación Privada del Derecho de la Competencia plantea la cuestión, no desde la óptica de la responsabilidad por la infracción, sino desde la perspectiva de la responsabilidad por los daños causados y, consecuentemente, de la obligación de indemnización de los mismos por sujetos distintos de los causantes del daño.

Más allá de los supuestos de responsabilidad vicaria previstos en nuestro Código Civil –art. 1.903–, lo bien cierto es que el Derecho Privado prevé diferentes métodos de sucesión universal de un sujeto en los derechos y obligaciones de otro, siendo particularmente relevante, a los efectos que aquí nos interesan y por la proximidad conceptual con los criterios de «unidad económica» o «unidad de decisión» antes identificados, los supuestos de sucesión universal como consecuencia de las distintas operaciones de modificación estructural de sociedades: fusión, escisión, segrega-

²⁴ Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en su STS (Sala Tercera) de 16 de diciembre de 2015, recurso núm. 1973/2014 (NCJ060753), de FD 9.º, tras un extenso fundamento de derecho que revisa y recoge los principios informadores del Derecho Administrativo Sancionador en el ámbito europeo y nacional: «De la jurisprudencia recogida, se desprende, sin lugar a dudas, que es posible la sucesión entre personas jurídicas de la responsabilidad por infracciones cometidas por una de ellas, así como que el principio de culpabilidad y de la personalidad de las sanciones sufre modulaciones en tales casos, en relación con estos mismos principios aplicados a personas físicas [...]. En todos los casos en que se admite por la jurisprudencia europea la transmisión de las sanciones entre personas jurídicas, existe un punto de conexión, o en la organización jurídica o económica, o en la decisión. Aplicando estas ideas centrales al caso de cambios estructurales de empresas, parece claro que la sociedad absorbente ha de responder de la sanción impuesta a la absorbida cuando de alguna manera tuviese vínculos, jurídicos, económicos u organizativos, con la sancionada, al tiempo de la comisión de la infracción. También parece claro, dada la importancia que la jurisprudencia europea da al elemento de "unidad de decisión", admitir la transmisión de las sanciones a la absorbente, cuando esta mantiene total o parcialmente la composición de los órganos decisorios de la absorbida; pues lo que realmente se mantiene es el elemento volitivo de la entidad infractora, y, con ello, podemos afirmar la existencia de una unidad decisoria en la absorbida y absorbente que justifica la asunción por esta de la responsabilidad sancionadora. En el caso que ahora nos ocupa, ha ocurrido precisamente lo contrario. *Rhenus*, una vez adquirió a sus antecesoras, acometió un proceso de reorganización que culminó con la salida de las dos personas que habían tenido un papel protagonista como representantes, primero de Hamman y luego de IHG, en el cártel, tuvo lugar la entrada del nuevo equipo en la filial española y se comunica explícitamente al resto de empresas que abandona el Grupo y todo ello se produjo en el lapso temporal transcurrido entre julio de 2006 y febrero de 2007, en que *Rhenus* comunica que abandona el grupo con anterioridad a la fecha de incoación del procedimiento sancionador, que se produjo el 17 de noviembre de 2008 tras presentar ABX Logistics España SA solicitud de exención del pago de la multa (fundamentos jurídicos octavo y noveno)».

ción y cesión global de activo y pasivo²⁵; así como también los negocios jurídicos patrimoniales que permiten la transmisión de las obligaciones de unos sujetos a otros, como la compraventa de empresa e incluso la asunción de deuda.

Las instituciones enumeradas evidencian como, siendo posible por todas ellas la transmisión de obligaciones de unos sujetos a otros, nada obsta para que un sujeto distinto al originariamente causante del resultado dañoso por infracción del Derecho de Defensa de la Competencia sea finalmente el obligado a satisfacer la indemnización por los daños y perjuicios causados, si el mismo resulta ser efectivamente el sucesor en las obligaciones del primero, por cualquiera de las instituciones antes expuestas.

B) Los grupos de empresas

Una segunda especialidad respecto a los criterios de causalidad e imputación objetiva antes expuestos lo constituye de nuevo la posibilidad de imputar responsabilidad por infracciones o indemnización de daños y perjuicios a sujetos distintos de los autores materiales de la acción u omisión –causalidad científica– de la que trae causa el resultado dañoso, pero por razón de la pertenencia de unos y otros sujetos a una estructura económico-organizativa singular: el grupo de empresas, lo que determina que no se trata de una imputación de responsabilidad por hecho ajeno, sino por hecho propio²⁶.

En este sentido, si bien el grupo de empresas carece de una personalidad jurídica propia y diferenciada del conjunto de sujetos que lo integran, el Derecho de la Competencia ha considerado al mismo como un único sujeto, como una única empresa –caso *Fluorsid Spa*²⁷, cuando las

²⁵ Por lo que respecta a la cesión global de activo y pasivo, dicha institución constituye un vehículo idóneo para la transmisión de empresa, por cuanto permite su aplicación a cualquier tipo de sociedad, independientemente de que se trate de una sociedad de capital o no, así como por el ventajoso tratamiento fiscal de dicha operación. *Vid.* al respecto, GÓMEZ ASENSIO, C.: «La cesión global de activo y pasivo como instrumento para la transmisión de empresa», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, Tirant lo Blanch, núm. 45, 2013, págs. 65-108.

²⁶ COSTAS COMESAÑA, J.: «Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia», en Guillén Carames, J. (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, 2013, pág. 223.

²⁷ STJUE (Sala Primera) de 18 de junio de 2013, asunto T-404/08, *Fluorsid Spa/Comisión Europea*, pág. 57: «Es cierto que el concepto de empresa, en el sentido del artículo 81 CE (RCL 1999, 1205 ter), apartado 1, debe entenderse en el sentido de que designa a una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Ahora bien, cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, conforme al principio de responsabilidad personal, esta infracción debe imputarsele sin equívocos a una persona jurídica a la que se pueda imponer multas, y el pliego de cargos y, con mayor motivo, la decisión final, deben dirigirse a esta última indicando en qué condición se recriminan a esta persona jurídica los hechos alegados (véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros/Comisión* [TJCE 2009, 274], C 97/08 P, rec. p. I 8237, apartados 54 a 57, y la jurisprudencia citada; conclusiones

filiales que lo integran, por estar sometidas a la matriz que determina su comportamiento, carecen de autonomía y voluntad propia –caso *Akzo* y la presunción que establece²⁸, lo que trae como consecuencia la imputación del comportamiento de la filial (y sus consecuencias) a la sociedad matriz, recogiendo así expresamente el artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Cuestión distinta es la efectiva imposición de la sanción –imputación subjetiva–, la cual puede realizarse a una sociedad u otra, o a ambas, dado el carácter solidario de la responsabilidad²⁹, para lo cual la jurisprudencia comunitaria en el caso *Bolloré* parece distinguir entre la imputación en calidad de matriz y autora de la infracción, de la imputación simplemente en calidad de matriz, imponiendo la sanción en el primer caso y no en el segundo³⁰.

de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto en el que recayó dicha Sentencia [TJCE 2009, 274], rec. p. I 8241, apartado 37)».

²⁸ STJCE (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08 P, *Akzo Nobel NV y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*, pág. 58: «Según reiterada jurisprudencia, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz (véanse, en este sentido, las Sentencias Imperial Chemical Industries/Comisión, antes citada, apartados 132 y 133; Geigy/Comisión, antes citada, apartado 44; de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, 6/72, rec. p. 215, apartado 15, así como *Stora* [TJCE 2000, 277], apartado 26), teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (véanse, por analogía, las citadas Sentencias *Dansk Rørindustri y otros/Comisión* [TJCE 2005, 194], apartado 117, así como *ETI y otros* [TJCE 2007, 355], apartado 49).

Págs. 60-61: En el caso particular de que una sociedad matriz participe en el 100 % del capital de su filial que ha infringido las normas de Derecho comunitario en materia de competencia, por una parte, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en la conducta de su filial (véase, en este sentido, la Sentencia Imperial Chemical Industries/Comisión, antes citada, apartados 136 y 137), y, por otra, existe la presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial (véanse, en este sentido, las citadas Sentencias, AEG-Telefunken/Comisión, antes citada, apartado 50, y *Stora*, apartado 29). En estas circunstancias, basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de esta para presumir que aquella ejerce una influencia decisiva sobre la política comercial de esa filial. Consecuentemente, la Comisión podrá considerar que la sociedad matriz es responsable solidariamente del pago de la multa impuesta a su filial, excepto si tal sociedad matriz, a la que corresponde desvirtuar dicha presunción, aporta suficientes elementos probatorios para demostrar que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (véase, en este sentido, la Sentencia *Stora*, apartado 29)».

²⁹ A este respecto, por condensar la jurisprudencia en la materia, STJCE (Sala Segunda) de 27 de junio de 2012, asunto T-372/10, *Bolloré/Comisión Europea*, págs. 49-50: «Por otra parte, la circunstancia de que la Comisión pueda imponer la sanción únicamente a la filial, o únicamente a la sociedad matriz, o incluso a ambas, no vulnera en absoluto el principio de seguridad jurídica, que exige que las normas sean claras y precisas, y tiene como finalidad garantizar la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas (Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 2005, Irlanda/Comisión, C-199/03, rec. p. I-8027, apartado 69). En efecto, la facultad de que dispone la Comisión de imponer la sanción a cualquiera de las dos entidades, matriz o filial, que forman una empresa autora de una infracción del artículo 101 TFUE o del artículo 53 del Acuerdo EEE, o a ambas, se deriva claramente del carácter solidario de su responsabilidad, que ha sido recordado por la jurisprudencia citada en el apartado 45 (véanse, asimismo, en este sentido, las Sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, *Aristrain/Comisión*, C-196/99 P, rec. p. I-11005, apartado 99, *in fine*, y *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, citada en el apartado 33 *supra*, apartado 118, *in fine*)».

³⁰ Se cita la sentencia del TJUE, que constituye la alzada respecto la transcrita en la nota precedente, en francés al ser la única versión lingüística disponible: Arrête de la Cout (Dixième Chambre), 8 mai 2014, affaire C-414/12 P, *Bolloré/*

La traslación de este criterio de imputación al ámbito de la Aplicación Privada del Derecho de la Competencia conlleva la atribución a la matriz de responsabilidad por el resultado dañoso causado por la filial. En este sentido, si bien el fundamento para dicha imputación fue doctrinalmente establecido desde la sentencia *Continental Can*³¹, la aplicación práctica de la misma se ha encontrado con el problema de trasladar el artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia a sede de responsabilidad civil extracontractual, donde más allá del artículo 1.903 del Código Civil no se prevé, con carácter general, supuestos de responsabilidad por hecho ajeno.

Dicha situación está llamada a superarse gracias al régimen previsto en el nuevo artículo 71.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, el cual prevé, a efectos de la responsabilidad por las infracciones del Derecho de la Competencia, que la 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 presunción *iuris tantum* de imputación de responsabilidad ha sido no obstante objeto de crítica por la doctrina, la cual considera que la redacción demasiado genérica del precepto provoca de facto una extensión excesiva del régimen de responsabilidad de la matriz por actos de su filial, más allá de lo que se prevé en el ámbito sancionador, lo cual puede dar lugar a incoherencias en la aplicación de dicha institución³².

Commission européenne, págs. 94-95: «Aux points 86 à 89 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a jugé que Bolloré et Stora n'étaient pas dans des situations comparables, en raison du fait que c'est seulement dans le cas de Bolloré que la Commission avait constaté que la société mère était responsable de l'infraction également en sa qualité d'auteur direct de celle-ci, de sorte que l'imputation de la responsabilité de cette infraction, en tant que société mère, à Bolloré et non pas à Stora, ne viole pas le principe d'égalité de traitement. Une telle appréciation du Tribunal n'est entachée d'aucune erreur de droit. En effet, ainsi qu'il ressort du point 93 du présent arrêt, il est légitime pour la Commission d'adopter une méthode spécifique pour déterminer quelles sociétés mères seront tenues pour responsables du comportement de leurs filiales, à condition que cette méthode soit appliquée de manière uniforme. En l'occurrence, dans la mesure où la Commission a imputé une telle responsabilité uniquement à une société mère qui était également impliquée dans l'infraction en tant qu'auteur direct de celle-ci, cette imputation à Bolloré et non à Stora résultait du fait que ces deux sociétés mères étaient dans une situation différente, en tant que seule la première de celles-ci avait participé directement à l'infraction, et n'instaurait pas une inégalité de traitement de situations comparables».

³¹ STJCE de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72, *Continental Can/Comisión Europea*, págs. 18-27. En apoyo de la doctrina de extensión de responsabilidad sentada en esta sentencia, por todos, RUIZ PERIS, J. I.: *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de la Competencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pág. 90.

³² Asociación Española para la Defensa de la Competencia: *Observaciones de la AEDC sobre la trasposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los estados miembros y de la Unión Europea*, Madrid, 10 de enero de 2017, págs. 18 y 23: En este sentido, es relevante recordar que la jurisprudencia de los tribunales de la UE solo establecen una presunción *iuris tantum* de responsabilidad de la sociedad matriz de control por el ilícito de competencia cometido por la sociedad filial cuando aquella es titular al 100% del capital social de esta última o es titular de un porcentaje muy cercano al 100%. En los demás casos, corresponde a la autoridad de competencia la carga de la prueba de que la filial sigue en esencia las instrucciones de su matriz y que su comportamiento comercial viene determinado por esta última. Trasladando estos principios al ámbito del resarcimiento

Ello no obstante, la previsión de una norma especial de imputación de responsabilidad a la matriz por daños causados por la filial en el seno de los grupos de empresas, paralelo al régimen previsto en el artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia y la jurisprudencia comunitaria en la materia, parece la mejor opción para garantizar el derecho al pleno resarcimiento –*full compensation principle*– como principio rector de las reclamaciones de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia.

C) Las asociaciones de empresas

Una tercera especialidad respecto a los criterios de causalidad e imputación objetiva antes expuestos lo constituyen las asociaciones de empresas, siendo abundantes las resoluciones de la antigua Comisión Nacional de la Competencia, en las que se ha sancionado a diferentes asociaciones sectoriales de empresas no como autoras, sino como «cooperadores necesarios» de la conducta anticompetitiva realizada por sus asociados, la cual han promovido o consentido³³, habiendo sentado también la jurisprudencia la imposibilidad de los miembros de una asociación de acogerse al principio *non bis in idem* para evitar la imposición de una sanción a los mismos conjuntamente con la sanción impuesta a la asociación³⁴.

de los daños por responsabilidad extracontractual, procedería que la presunción que se propone en este artículo 71.2 de la LDC solo se aplique a los casos de control al 100% del capital social de la filial, debiendo, en los restantes casos, acreditar el demandante que la filial seguía en esencia las instrucciones de la sociedad matriz [...]. Incoherencias: podría darse el caso de una acción de reclamación de daños consecutiva o *follow on*, precedida por una resolución vinculante de la CNMC en la que única y exclusivamente se declaran responsables de la infracción a determinadas sociedades y no se mencionan a las sociedades que las controlan (ni siquiera a efectos de declararlas solidariamente responsables del pago de la multa de la filial) o se las menciona pero quedan expresamente excluidas de cualquier responsabilidad y del pago de la sanción (por ejemplo, porque la sociedad controladora adquirió el control de la sociedad infractora escasos meses antes de que finalizase la infracción). En estos casos, sería incoherente que, habiéndose excluido la responsabilidad de las sociedades controladoras de la comisión de la infracción de competencia, se las pueda hacer responsables posteriormente por la vía civil del pago de los daños y perjuicios derivados de una infracción ajena.

³³ Respecto a la licitud de la utilización de la «cooperación necesaria» como una de las formas de autoría de una infracción en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia, la STS (Sala Tercera) de 19 de julio de 2012, recurso de casación núm. 4234/2010, FD 10.º: «Acerca de la consideración de las asociaciones empresariales como "cooperadores necesarios" como ya se recordó más arriba el Tribunal Constitucional aclaró que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado tal y como refleja la propia Constitución (art 25, principio de legalidad)" y una de las formas legales de autoría es la cooperación necesaria. El artículo 28 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) señala que son también considerados autores "b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado"».

Para una recopilación de las resoluciones administrativas más importantes en la materia *vid.* MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A.: «Comentario al art. 61», *op. cit.*, pág. 1.214: RCNC de 13 de mayo de 2011, UNESA y Asociados, Exp. S/0159/09, FD 9.º; RCNC de 28 de julio de 2010, *Vinos Finos de Jerez*, Exp. S/0091/08, FD 11.º; RCNC de 24 de junio de 2011, *Bombas de Fluidos*, Exp. S/0185/09, FD 7.º; RCNC de 2 de marzo de 2011, *Peluquería Profesional*, Exp. S/0086/08, FD 10.º.

³⁴ STS (Sala Tercera) de 24 de marzo de 1997, recurso contencioso-administrativo núm. 816/1991, FD 9.º: «En cuanto a la vulneración del principio "non bis in idem", que el Tribunal Constitucional desde la Sentencia de 30 de enero de 1981 hizo derivar del artículo 25 de la Constitución y hoy recogido a nivel legal en el artículo 133 de la Ley 30/1992

Sentado lo anterior, la especialidad del tratamiento de las asociaciones de empresas en el ámbito de la Aplicación Pública del Derecho de la Competencia radica en la posibilidad abierta por el artículo 61.3 de la Ley de Defensa de la Competencia de extender por fases la responsabilidad por la sanción impuesta a los miembros de la asociación empresarial: es decir, imputar responsabilidad por infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia a sujetos distintos de la asociación autora material de la acción u omisión –causalidad científica– de la que trae causa el resultado dañoso.

Por lo que respecta a la traslación de este régimen al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños por infracciones del Derecho de la Competencia, un primer obstáculo lo constituye la configuración de la solidaridad en las obligaciones extracontractuales en una «solidaridad impropia» o «responsabilidad *in solidum*», la cual ni despliega sus efectos desde el inicio del hecho que da lugar a dicha responsabilidad, ni se extiende a todos los sujetos partícipes de dicho hecho, sino que requiere de una sentencia con eficacia constitutiva que declare la misma³⁵.

Consecuentemente esto plantea importantes problemas tanto desde la perspectiva subjetiva –la sentencia no tiene por qué contemplar a todos los sujetos efectivamente responsables, lo que a su vez limita también el alcance subjetivo de las acciones de regreso– como desde la perspectiva procesal, respecto a los efectos interruptivos de la prescripción *ex* artículo 1.974 del Código Civil³⁶.

(RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no es de apreciar en este caso, no solo por ser personas jurídicas independientes "Adican" y las empresas en ella integradas, sino también porque los hechos en que se basa la propuesta de sanción a la asociación son diferentes de los imputados a las diversas distribuidoras, ya que estas, a pesar de la iniciativa, promoción y gestión de "Adican", podían haber tenido en sus relaciones comerciales con los exhibidores un comportamiento diferente del acordado por aquella asociación, no solo en lo que afecta al procedimiento de cobro y unificación de plazos, sino, lo que es más importante, en cuanto a la suspensión del suministro de películas a los morosos».

³⁵ Sobre todos los problemas derivados de la falta de adaptación de la solidaridad impropia de nuestra responsabilidad extracontractual al régimen previsto en el artículo 11 de la Directiva de Daños, *vid.* BROKELMANN, H.: «La Directiva de Daños y su transposición en España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, págs. 1 y 12-14.

³⁶ Acuerdo del Supremo de fecha 27 de marzo de 2003, la Junta General de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo: «El párrafo primero del art. 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en el sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente».

Añadiendo MAGRO SERVET, V.: «La interrupción de la prescripción en los casos de reclamación contra un deudor en los supuestos de obligaciones solidarias», *Revista de Jurisprudencia*, núm.1, Lefebvre-El derecho, 6 de diciembre de 2010, que pág.1, 5: «En materia de responsabilidad extracontractual, que suele ser un supuesto repetitivo en esta materia en obligaciones solidarias, se pronuncia la AP de Valencia, sec. 6.ª, Sentencia de 27 de julio de 2007, rec. 234/2007, al recordar que la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 y ss. CC, está incluida por la doctrina jurisprudencial entre las obligaciones *in solidum* o solidaridad impropia, al tratarse de la ejecución de diversos actos, independientes entre sí y de los que resulta un daño unitario y en la que la víctima puede exigir de cualquiera de los causantes o conjuntamente a todos la íntegra reparación. Esta solidaridad, recuerda esta sentencia, de creación jurisprudencial que no nace de un vínculo preexistente, sino del acto ilícito productor del daño, en virtud de la sentencia que así lo declara; por lo cual los actos interruptivos operan individualmente respecto a las personas frente a quienes se han ejercitado y no respecto a las demás, no siendo de aplicación el art. 1974.1 CC».

Sin embargo, dichos obstáculos son superados con la dicción del artículo 11 de la Directiva de Daños, así como en el nuevo artículo 73 de la Ley de Defensa de la Competencia, que al establecer el carácter solidario de la responsabilidad de los infractores de las normas de competencia –responsabilidad *ex lege* por tanto– convierte la solidaridad de los mismos en una «solidaridad propia», lo que permite la aplicación de todo el régimen normativo previsto en el Código Civil para este tipo de obligaciones, salvando así todos los problemas asociados a la solidaridad impropia antes descritos.

Finalmente, y por lo que se refiere a la traslación del régimen de extensión por fases de la sanción impuesta de las asociaciones a sus asociados al ámbito de las reclamaciones civiles por daños, el artículo 73 de la Ley de Defensa de la Competencia en su apartado 2 recoge, dentro del sistema de solidaridad propia antes establecido, un régimen de responsabilidad especial y más restringido para las pymes frente a terceros, en lo que supone una alteración de la regla general de la solidaridad de las obligaciones del artículo 1.144 del Código Civil, añadiendo los apartados 4 y 5 de dicho precepto nuevas alteraciones y especialidades respecto dicha regla³⁷.

3. CAUSALIDAD Y APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: *PASSING ON DEFENCE* Y *FOLLOW-ON ACTIONS*

A) *Passing on defence*

Una especialidad propia de las reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia en relación con el presupuesto de la causalidad, la constituye la responsabilidad de la empresa o empresas infractoras por los sobrecostes derivados del ilícito anticompetitivo cometido, soportados por sujetos que se encuentran en niveles inferiores de la cadena de suministro –compradores indirectos–, tanto en el caso de la propia cadena de suministro de la empresa infractora, como en el caso de compradores de la cadena de suministro de las empresas competidoras que, sin ser haber incurrido en infracción del Derecho de Defensa de la Competencia, han incrementado su precio como consecuencia de la conducta anticompetitiva de la infractora –*umbrella effect*–³⁸.

Esta legitimación de los compradores indirectos para reclamar los daños sufridos como consecuencia del sobrecoste soportado por la conducta anticompetitiva de la empresa o empresas infractoras, así como la consecuente responsabilidad de dicha empresa o empresas frente a los compradores indirectos, constituye una excepción respecto a los criterios generales de causalidad

³⁷ Para un análisis detallado de los mismos *vid.* GÓMEZ ASENSIO, C.: «Comentarios al art. 1 de la propuesta de ley de transposición de la Directiva 201/104 UE relativa a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la Competencia», *La Ley Mercantil*, núm. 28, septiembre 2016, págs. 1 y 4-5.

³⁸ Para una visión en profundidad del fundamento, contenido, alcance y repercusiones del *umbrella effect*, *vid.* OLMEDO PERALTA, E.: «Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cartel (*umbrella pricing*): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, 2014.

jurídica/imputación objetiva antes enumerados, concretamente respecto al criterio de «la prohibición de regreso»: imputación del resultado dañoso a la causa remota y no a la causa próxima³⁹.

En este sentido, la legitimación de los compradores indirectos permite reclamar los daños soportados como consecuencia del sobre coste directamente a la empresa responsable de la conducta anticompetitiva, en lugar de quedar dicha reclamación circunscrita a la contraparte contractual directa de la víctima del daño, lo que supone una ampliación del concepto relación de causalidad del ordenamiento jurídico interno en virtud del respeto al principio de efectividad del Derecho Comunitario de la Competencia, tal y como se propugna en la jurisprudencia emanada del caso *Kone*⁴⁰.

Tanto la Directiva de Daños como el nuevo título VI de la Ley de Defensa de la Competencia recogen la institución de la *passing-on defence*, en su doble vertiente como «espada» –legitimación de compradores indirectos– y como «escudo» –defensa frente a la reclamación del comprador directo basada en la repercusión de los sobre costes por el mismo a terceros–.

Por lo que respecta a la *passing-on defence* en su concepción como «espada», el nuevo artículo 79.1 de la Ley de Defensa de la Competencia fija la carga de la prueba de la existencia de dicho sobre coste al demandante, el cual, sin embargo, «podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandado o de terceros». Esta última previsión requiere de un cuidadoso encaje procesal de *lege data*, pues corresponde al demandante alegar en su demanda todos los hechos y fundamentos de derecho en los que fundamenta su pretensión (artículo 400 Ley de Enjuiciamiento Civil, no pudiendo acumular más acciones o redirigir las mismas sino hasta antes de la contestación a la demanda de contrario, de conformidad con el artículo 400 de la misma norma), y en cuanto a los documentos, debe estarse con rigor a las reglas de los artículos 265 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aparte del deber de exhibición documental entre partes *ex* artículo 328 de la misma norma.

Adicionalmente, el nuevo artículo 79.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, en línea con lo ya previsto en el artículo 14.2 de la Directiva de Daños, recoge una presunción *iuris tantum* a favor de la acreditación por el comprador indirecto de la repercusión del sobre coste a su perso-

³⁹ *Vid.* nota al pie 15.

⁴⁰ *Vid.* STJUE (Sala Quinta) de 5 de junio de 2014, asunto C-557/12 (NCJ058504), *Kone AG*, págs. 33-34: «Pues bien, la plena efectividad del artículo 101 del TFUE resultaría menoscabada si el derecho de cualquier persona a solicitar la reparación del perjuicio sufrido quedara subordinado por el Derecho nacional, de manera categórica e independientemente de las circunstancias específicas del caso, a la existencia de una relación de causalidad directa, excluyendo tal derecho debido a que la persona en cuestión ha tenido vínculos contractuales, no con un miembro del cártel, sino con una empresa no participante en este, cuya política de precios, no obstante, es una consecuencia del cártel que ha contribuido a falsear los mecanismos de formación de los precios que rigen en los mercados competitivos. Por consiguiente, la víctima de un efecto paraguas sobre los precios (*umbrella pricing*) puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se satisfacen estas condiciones».

na si se cumplen acumuladamente las tres condiciones que fija el precepto, previendo también el nuevo artículo 78.2 de la Ley de Defensa de la Competencia una habilitación a los tribunales para que puedan calcular con arreglo a derecho la parte del sobrecoste repercutido. Esta facultad, que tiene por objeto garantizar la efectividad de la institución, se fundamenta por la propia dificultad probatoria del sobrecoste repercutido y está sujeta a los principios y límites del nuevo artículo 76.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por lo que respecta a la *passing-on defence* en su concepción como «escudo», el nuevo artículo 78.3 de la Ley de Defensa de la Competencia prevé a este respecto que el demandado «podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros», petición que se regirá por lo dispuesto en el nuevo artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducido por el Real Decreto-ley 9/2017. Adicionalmente, el nuevo artículo 80 de la Ley de Defensa de la Competencia recoge una serie de previsiones dirigidas a la coordinación procesal entre las acciones ejercitadas por diversos demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro a los efectos de evitar tanto la ausencia de responsabilidad como el exceso de la misma.

B) *Follow-on actions*

Una segunda especialidad propia de las reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia en relación con el presupuesto de la causalidad es la referente a los efectos de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia o de los tribunales competentes, declarando la comisión de una determinada conducta anticompetitiva e imputando la misma a una empresa, respecto el procedimiento civil posterior de reclamación de daños.

Esta especialidad constituye una de las cuestiones nucleares en el engarce entre el *Public Enforcement* y el *Private Enforcement* del Derecho de la Competencia y, respecto del presupuesto de la causalidad, supone la vinculación por el órgano judicial civil respecto de la causalidad científica e imputación objetiva fijada por la autoridad nacional de la competencia o tribunal competente –no así la imputación subjetiva–, lo que implica la innecesidad de verificar la concurrencia de este presupuesto de la responsabilidad en sede de las *follow-on actions*, por oposición a las *stand-alone actions*.

En este marco, el nuevo artículo 75.1 de la Ley de Defensa de la Competencia lleva a cabo una transposición casi literal del artículo 9.1 de la Directiva de Daños, lo que significa la vinculación de los órganos jurisdiccionales nacionales a la constatación de una infracción del Derecho de la Competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia, ya provenga dicha firmeza declarada respecto de la sentencia de la vía contencioso-administrativa de revisión, como por el hecho de que la decisión administrativa no hubiera sido impugnada en plazo y, por tanto, hubiera devenido firme.

Por su parte, el nuevo artículo 75.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, ajustado en rigor a lo exigido por el artículo 9.2 de la Directiva, supone sin embargo un paso hacia atrás respecto el texto proyectado para este artículo en la Propuesta de Ley, que establecía la vinculación del tribunal a la declaración de la existencia de una infracción del Derecho de la Competencia en una resolución firme de una autoridad nacional u órgano jurisdiccional de cualquier Estado miembro,

frente a la actual presunción salvo prueba en contrario de la existencia de la infracción y con permisión de alegar nuevos hechos respecto a los tenidos en cuenta para dictar dichas resoluciones.

IV. CULPABILIDAD Y RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La culpabilidad constituye el tercer y último de los presupuestos para la apreciación de la responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, no basta con que el resultado dañoso antijurídico sea imputable a un determinado sujeto conforme a los criterios de imputación objetiva, sino que además es necesario que dicho resultado dañoso sea consecuencia de la culpa o negligencia en la actuación u omisión del sujeto causante del mismo⁴¹.

La culpa, entendida desde una concepción normativa de la misma, se configura así como una desviación respecto de un estándar o modelo de conducta, un nivel de diligencia cuyo alcance debería haber sido observado por el sujeto autor del hecho causante del resultado dañoso, de forma que la diligencia, como parámetro objetivo, actúa como medida de la culpa⁴².

La definición normativa de la culpa o negligencia del deudor se encuentra recogida en nuestro Derecho de Obligaciones en el artículo 1.104 del Código Civil, el cual establece un modelo abstracto, la diligencia del padre de familia –sin desconocer tampoco el valioso párrafo 1 del precepto–, al que recurre la jurisprudencia para integrar el escueto enunciado del artículo 1.902 de la misma norma⁴³. Ello no obstante, debe tomarse en consideración la existencia de otros su-

⁴¹ Dicho carácter subjetivo de la responsabilidad, no obstante, se ve paulatinamente erosionado por el aumento de normativas especiales sectoriales que establecen sistemas de responsabilidad civil extracontractual de carácter objetivo. Al respecto véase, PLAZA PENADÉS, J.: «Comentario al art. 1902 CC», en Laso Cañizares, A.; De Pablo Contreras, P.; Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado*, vol. IV, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 2016.

⁴² La última expresión está tomada de ESTEBAN DE VELASCO, G.: «La acción individual de responsabilidad», en Rojo, Á. y Beltrán, E., (dirs.), Campuzano, A. B. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, págs. 190-191.

⁴³ Acerca del estándar de conducta exigible con carácter general en sede de responsabilidad civil extracontractual, por todas la STS (Sala Primera), núm. 645/2014, de 5 de noviembre de 2014 (NCJ058944), FD 7.º: El «Estándar de conducta exigible» es definido en los «Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil» (ya citados por la Sentencia de esta Sala de 17 de julio de 2007 cuando estaban en preparación) como «el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos (art. 4.102.1)». 5. Los anteriores criterios pueden tomarse como referencia para integrar la escueta formulación del artículo 1.902 del Código Civil y, como indica la citada sentencia de 17 de julio de 2007, completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el apartado relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el artículo 1.104 cuando alude tanto a la «diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, como a la que correspondería a un buen padre de familia para así configurar un modelo de conducta diligente, válido para la mayoría de los casos».

jetos que, por razón del cargo que ocupan, se encuentran sometidos en su actuación a un deber de diligencia reforzado, como es el caso de los gestores de intereses ajenos, entre ellos y muy especialmente, los administradores sociales⁴⁴.

Una vez identificado el estándar de conducta aplicable al caso concreto de cuya desviación nace la culpabilidad, la imputación de la culpa al sujeto causante del resultado dañoso requiere la inobservancia por parte del mismo del deber de previsibilidad y consiguiente evitación del resultado dañoso⁴⁵:

En primer lugar, la previsibilidad actúa como condición de la culpa, de forma que solo cuando se esté ante una infracción de los deberes de previsibilidad por el autor del hecho que produce el resultado dañoso, podrá exigirse la responsabilidad y, a la inversa, la imprevisibilidad es un factor de exoneración de responsabilidad *ex* artículo 1.105 del Código Civil⁴⁶. Por su parte, el deber de evitación del daño solo surge cuando el resultado dañoso era previsible para el autor del mismo, y supone la adopción de medidas adecuadas y no extraordinariamente gravosas destinadas a prevenir la causación del daño en el momento de la previsibilidad⁴⁷.

En definitiva, la apreciación de culpabilidad, y con ella la declaración de responsabilidad por la causación de un determinado resultado dañoso requiere, en primer lugar, el incumplimiento del deber de diligencia y deberes secundarios de conducta aplicables al sujeto causante del resultado dañoso y, en segundo lugar, el incumplimiento de los deberes de previsibilidad y evitación del mismo por dicho sujeto.

⁴⁴ Para un análisis del contenido del deber de diligencia de los administradores sociales tras la introducción de la Business Judgement Rule en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, véase, GÓMEZ ASENSIO, C.: «El alcance efectivo de la Business Judgement Rule en el derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal», *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 45, 2015, págs. 321-358.

⁴⁵ Acerca del incumplimiento de los deberes de previsibilidad y evitación del daño por el sujeto autor del mismo como presupuestos de la culpabilidad, la STS (Sala Primera), núm. 645/2014 (NCJ058944), *op. cit.*, FD 7.º: «6. De esos principios importa subrayar, de acuerdo con la doctrina, la naturaleza y el valor del interés protegido, de forma que se dé una especial relación entre el valor y el esfuerzo que debe realizar la persona cuya conducta puede lesionarlo: cuanto mayor sea el valor, mayor debe ser el esfuerzo. También destaca la peligrosidad de la actividad, de suerte que la diligencia del que actúa debe ser adaptada a la naturaleza de la actividad que realiza. En tercer lugar, no puede desconocerse la previsibilidad del daño, entendida como apreciable antes de la producción del hecho dañoso. Por último, no puede pasarse por alto la disponibilidad y el coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos, que comporta una aplicación de los principios de la buena fe y proporcionalidad, de forma que cuando un resultado puede alcanzarse de distintos modos, el agente debe ser consciente de los peligros que su conducta puede comportar para terceros y escoger, en la medida de lo posible y razonable, la vía menos peligrosa para obtenerlo».

⁴⁶ Artículo 1.105 del CC: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables».

⁴⁷ A este respecto, señala DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, págs. 277-278, quien añade: «Las medidas de evitación han de ser adecuadas y no creadoras de otros riesgos. Toda vez que la diligencia ha de estimarse como medida de sacrificios especiales para la persona o personas dedicadas a las actividades de prevención, no deben suponer costos extraordinarios medidos en relación con la gravedad de los sucesos y su probabilidad».

1. APLICACIÓN PÚBLICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA E IMPUTACIÓN SUBJETIVA

La aplicación pública del Derecho de Defensa de la Competencia, a los efectos que aquí nos interesan, constituye una manifestación del Derecho Administrativo Sancionador, el cual al igual que en sede de responsabilidad civil extracontractual, se basa en un sistema de imputación subjetiva a título de dolo o culpa respecto del sujeto causante del hecho constitutivo de infracción administrativa⁴⁸. Todo ello, además, sin perjuicio de la compatibilidad de dicha responsabilidad administrativa con la exigencia de indemnización por los daños y perjuicios causados a terceros⁴⁹.

Dicho principio general de responsabilidad del Derecho Administrativo Sancionador aparece a su vez recogido en la normativa de Defensa de la Competencia, tanto en el histórico artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989⁵⁰, como en el actual artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia, el cual prevé también la imputación subjetiva tanto para el caso de concurrencia de dolo, como de culpa o negligencia en la realización de las acciones u omisiones tipificadas como infracciones del Derecho de la Competencia, a los sujetos infractores identificados en el artículo 61 de la Ley de Defensa de la Competencia⁵¹. Idéntico título de imputación subjetiva en el que se basa igualmente el Derecho Europeo de la Competencia⁵².

⁴⁸ La aplicación de estos principios al Derecho Administrativo Sancionador, y en especial al Derecho de Defensa de la Competencia, queda plasmado, por todas, en la STS (Sala Tercera) de 7 de julio de 2010, recurso de casación núm. 3536/2005, FD 2.º: «Debe referirse que el juzgador de instancia no ha respetado el principio de culpabilidad al considerar al Consejo General recurrente autor del ilícito tipificado en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con lo dispuesto en el artículo 1, porque este principio, que se garantiza en el artículo 25 de la Constitución como principio estructural básico del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, según refiere el Tribunal Constitucional en la Sentencia 150/1991, de 4 de julio (RTC 1991, 150) (CI 1407/1989), que limita el ejercicio del *ius punendi* del Estado, exige que la imposición de la sanción se sustente en la exigencia del elemento subjetivo de culpa para garantizar el principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías (STC 129/2003, de 20 de junio [NCJ041633]; RA 3081/2000)».

Recogiendo esta jurisprudencia constitucional el histórico artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; como el actual artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: «1. Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

⁴⁹ Así lo prevén expresamente tanto el histórico artículo 130 de la Ley 30/1992 como el actual artículo 28 de la Ley 40/2015 en sus respectivos apartados 2.º.

⁵⁰ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

⁵¹ Artículo 63 de la LDC. Sanciones: «1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones».

⁵² Artículo 23.2 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado: «Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia».

Por lo que respecta al primero de los títulos de imputación subjetiva, el dolo, se ha apreciado la concurrencia del mismo tanto en supuestos de manifiesta consciencia por el sujeto infractor de la ilicitud de la conducta realizada –por ejemplo, en caso de contrariedad a consolidada doctrina o jurisprudencia, o a las advertencias recibidas al efecto⁵³, como en casos en los que se ha podido observar en el sujeto causante un manifiesto ánimo infractor⁵⁴.

Por lo que respecta al segundo de los títulos de imputación subjetiva, la culpa o negligencia, la misma se construye sobre idénticos presupuestos que en sede de responsabilidad civil extracontractual, exigiendo, en primer lugar, la infracción del deber de diligencia por parte del sujeto causante del resultado dañoso y, en segundo lugar, la infracción de los deberes de previsibilidad y evitación del resultado dañoso, siendo ambas infracciones objeto de un análisis detallado en el siguiente apartado.

En definitiva, la imputación de responsabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador y, más concretamente, del Derecho de Defensa de la Competencia, depende en última instancia de la concurrencia de dolo o culpa/negligencia en la actuación u omisión del sujeto, lo que determina que la culpabilidad, al igual que sucede en sede de responsabilidad civil extracontractual, se configure también como el último presupuesto para la atribución de responsabilidad al sujeto causante del hecho constitutivo de la infracción, lo cual pone de manifiesto la

⁵³ Así, por ejemplo, en el caso de RCNC de 12 de noviembre de 2009, *Compañías de Seguro Decenal*, Exp. S/0037/08, FD 11.º: «El Consejo de la CNC considera que en el expediente existe evidencia suficiente para afirmar que se trata de una infracción deliberada de la normativa nacional y comunitaria de defensa de la competencia. Expresiones tales como: (i) que la reunión sería en Cepreven pues "en Unespa no se puede hablar de esto"; esto es, de la conducta de MUSAAT; (ii) "cuidado con el Tribunal de la Competencia y los acuerdos entre los líderes de los mercados"; (iii) o "con el fin de no perder clientes y argumentando el Tribunal de Defensa de la Competencia", que las dos MAPFRE manifestaron con el objeto de relajar el acuerdo de precios mínimos». También la RCNC de 30 de julio de 2013, *Coches de Alquiler*, Exp. S/0380/11, FD 6.º, en la que se manifiesta que «las empresas eran plenamente conscientes del carácter ilícito de sus conductas colusorias, tanto porque clientes y brókers les advirtieron de la ilegalidad de pactar precios y otras condiciones comerciales, como porque está plenamente acreditado que en diversas reuniones del cartel las empresas manifestaron que eran sabedoras de que pactar precios es contrario a la normativa de la competencia».

⁵⁴ Por ejemplo, la RCNC de 6 de mayo de 2010, *Extraco*, Exp. SNC/0007/10, FD 3.º: «Aplicado lo expuesto al presente caso, el Consejo entiende que del contenido del acta, con la eficacia probatoria previamente expuesta, resultan una serie de hechos que ponen de manifiesto no solo el conocimiento del carácter típico y antijurídico de la conducta de la empresa imputada sino también la concurrencia del elemento volitivo, es decir, la voluntad de realizarla, como es que a pesar de las continuas y reiteradas advertencias de los inspectores sobre las obligaciones de la empresa durante la inspección y sobre la posible obstrucción que a las labores inspectoras estaban teniendo lugar, uno de sus cargos directivos insistió en ocultar documentos, dar informaciones incorrectas e impedir la inspección de una caja fuerte mientras que el resto del personal, tanto directivo como no directivo, se abstuvo de impedir tal actuación, al menos hasta la llegada de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado». En el mismo sentido las RRCNC de 1 de marzo de 2011, *Grafoplas del Noroeste*, Exp. SNC/0010/11, FD 3.º 8 y RCNC de 24 de octubre de 2012, *Verifone/Hypercom*, Exp. SNC/022/12, FD 3.º.

Las referencias a los casos citados están tomadas de MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A.: «Comentario al art. 63», en Sala Arquer, J. M.; Folguera Crespo, J.; Masaguer Fuentes, J. y Gutiérrez, A. (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4.ª ed., Madrid: Civitas, 2015 págs. 1.237-1.238.

conveniencia de una armonización entre ambos regímenes con el fin de evitar, en aras de la seguridad jurídica, pronunciamientos contradictorios entre ambos⁵⁵.

2. LOS PRESUPUESTOS DE LA CULPABILIDAD EN LA APLICACIÓN PÚBLICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

A) Contenido del deber de diligencia en relación con el Derecho de Defensa de la Competencia

El primero de los presupuestos para la concurrencia de la culpa exige la desviación del sujeto autor del hecho causante del resultado dañoso respecto del nivel de diligencia que le es exigible, bien con carácter general o bien por razón de su cargo.

Consecuentemente, procede en primer lugar determinar cuál es el contenido del deber de diligencia con respecto al Derecho de Defensa de la Competencia al que se encuentran sometidos los sujetos destinatarios de dicha normativa para, a continuación, identificar las desviaciones respecto del contenido de dicho deber, las cuales constituyen el primer presupuesto para la apreciación de la culpa o negligencia.

En este sentido, tal y como establecen los artículos 23 del Reglamento CE 1/2003 y el artículo 61 de la Ley de Defensa de la Competencia, los destinatarios de la normativa antitrust son las «empresas», término jurídico que en el ámbito del Derecho de la Competencia incluye «cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»⁵⁶, englobando por tanto a las empresas propiamente dichas, a las asociaciones de empresas, así como a la Administración pública en su actuación como operador en el mercado⁵⁷.

⁵⁵ A este respecto CONTRERAS DE LA ROSA, I.: «La responsabilidad por daños de la matriz por conductas anticompetitivas de su filial», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 19, julio-diciembre 2016, pág. 1, 4: «[...] la responsabilidad civil por daños que asumen los infractores de las normas de la competencia ha de ponerse en directa conexión con la responsabilidad administrativa, en la medida que entendemos que deben ser unos criterios únicos los que determinen quién será el sujeto infractor de las normas de competencia y, a partir de ahí, atribuir la responsabilidad a quien corresponda según los casos, tanto por vía administrativa como por vía civil. Para que ello sea así, es necesario insertar en nuestro régimen de responsabilidad civil los aspectos que lo hagan útil en este ámbito del Derecho, tanto para resarcir a los afectados por las conductas anticompetitivas, como para contener los comportamientos infractores que perjudican, indirectamente, a todos los que intervienen en el mercado salvo a los que los realizan».

⁵⁶ Definición aportada por la disposición adicional 4.ª de la LDC y acuñada en la jurisprudencia comunitaria, por todas en la STJCE 23 de abril de 1991, asunto C-41/90, *Klaus Höfner y Fritz Elser/Macrotron GmbH*, pág. 21.

⁵⁷ STS (Sala Tercera), secc. 3.ª, de 14 de junio de 2013, rec. núm. 3282/2010, FD 7.º: «Sucede, sin embargo, que la declaración de ilicitud –y subsiguiente nulidad– por esta causa, como por cualquier otra reveladora de la disconformidad con el ordenamiento jurídico de los correspondientes actos administrativos o disposiciones generales, está reservada a los tribunales. Razón por la cual, como acabamos de indicar, la Comisión Nacional de la Competencia debe acudir a ellos, haciendo uso de su legitimación procesal, si quiere privar a aquellos actos o normas de la eficacia inheren-

Dichos sujetos se encuentran sometidos en su actuación a un nivel de diligencia más elevado que el estándar del «buen padre de familia» previsto con carácter general en el Derecho de Obligaciones, siéndoles por el contrario exigible el estándar de diligencia del «ordenado empresario»⁵⁸.

Un supuesto especial respecto del anterior estándar lo constituye el de las empresas que se encuentren en una posición de dominio en el mercado, a las cuales les es exigible un deber de diligencia reforzado respecto del resto de empresas⁵⁹, consistente en evitar que su comportamiento impida el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado, bien mediante un cierre anticompetitivo del mercado, o bien mediante la comisión de conductas concretas de abuso de dicha posición de dominio.

Identificado de esta forma el estándar de diligencia exigible, la jurisprudencia ha ido delimitando cuáles son los contornos del deber de diligencia en relación con el Derecho de Defensa de la Competencia. En este sentido, ha declarado de forma reiterada la imposibilidad de alegar el

te a su presunción de validez. C) Las consideraciones precedentes ceden, sin embargo, cuando la actuación de cualquier Administración pública se produce no en virtud de sus atribuciones de *imperium*, sino en su calidad de operador económico, que interviene en el mercado y presta servicios dentro de un marco de concurrencia con otros agentes. El propio ayuntamiento recurrente así lo reconoce cuando admite que "si la Administración actúa como cualquier otro sujeto de derecho o como cualquier otro operador o agente en el mercado será cuando se le apliquen también las prohibiciones contenidas en la LDC". Aunque ya hemos afirmado que esta última conclusión no es del todo correcta –pues la Administración también está sometida en general a las prohibiciones de la Ley de Defensa de la Competencia, salvo que sus actos gocen del respaldo, amparo o cobertura explícita de otra norma del mismo rango– sirve para centrar el debate en los mismos términos en que la parte recurrente lo hace».

Con dicha sentencia parece poner fin a una línea doctrinal sostenida con anterioridad por la CNC a favor de sancionar a las Administraciones públicas incluso en supuestos en que no estaba actuando como operador económico si, con su actuación, estaban favoreciendo la comisión de conductas anticompetitivas. En este sentido *vid.* MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A.: «Comentario al art. 61», en Sala Arquer, J. M.; Folguera Crespo, J.; Masaguer Fuentes, J. y Gutiérrez, A. (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4.ª ed., Madrid: Civitas, 2015 págs. 1.206-1.211.

⁵⁸ En relación con el carácter cualificado de exigencia del deber de diligencia HERNANDO CEBRIÁ, L.: *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La Regla del –buen– juicio empresarial*, Madrid: Marcial Pons, 2009, pág. 53: «La exigencia no es ya la de un "buen padre de familia", sino la de un ordenado empresario. De tal remisión se ha de reconocer la existencia de un estándar de conducta especial, en relación con la gestión en los asuntos de una empresa actuante en un mercado en competencia, y no ya de meros asuntos privados; típica, en cuanto a la imposición de un particular "estatuto jurídico", el propio del empresario, y cualificada, en relación con la necesidad de adoptar los mecanismos que garanticen el desarrollo de una actividad en interés de la sociedad, y por la necesidad de adquirir los conocimientos y adoptar las medidas específicas que en cada caso requiera el cumplimiento del cargo».

En el mismo sentido LLEBOT MAJO, J. O.: *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid: Civitas, 1996, pág. 51.

⁵⁹ En este sentido señala la Comunicación de la Comisión: «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 ...», *op. cit.*, párrafo 9: «Según la jurisprudencia, el hecho de disfrutar de una posición dominante confiere a la empresa en cuestión una responsabilidad especial cuyo alcance debe evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada asunto. Así lo señalan las sentencias del asunto 322/81, Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I)/ Comisión, Rec. 1983, p. 3461, apartado 57; asunto T-83/91, Tetra Pak/ Comisión (Tetra Pak II), Rec. 1994, p. II-755, apartado 114; asunto T-111/96, ITT Promedia/Comisión, Rec. 1998, p. II-2937, apartado 139; asunto T-228/97, Irish Sugar/Comisión, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 112; y asunto T-203/01, Michelin/Comisión (Michelin II), Rec. 2003, p. II-4071, apartado 97».

error de derecho como causa de exclusión de la culpabilidad –caso *Schenker*⁶⁰, es decir, el hecho de que la empresa haya cometido un error al calificar jurídicamente el comportamiento sobre el cual se fundamenta la constatación de la infracción; incluso cuando incurra en dicho error por seguir un dictamen jurídico en la materia⁶¹, no puede tener como consecuencia la exoneración respecto de la imposición de una multa, por cuanto dicha empresa no podía ignorar el carácter contrario a la competencia de dicho comportamiento, siendo ejemplos palpables de esta doctrina los establecidos en las sentencias *United Brands*⁶² o *Michelin*⁶³, entre otras⁶⁴.

En consecuencia, integra el contenido del deber de diligencia exigible a las empresas, en relación con el Derecho de Defensa de la Competencia, el conocimiento de las conductas prohibidas por el mismo, así como su contenido y alcance, de forma que no es admisible la alegación del error de derecho como causa de exclusión de la culpabilidad, sino al contrario, la alegación de dicho error implica un reconocimiento tácito del incumplimiento del deber de diligencia por el sujeto infractor.

⁶⁰ Por todas la STJUE (Gran Sala), de 18 de junio de 2013, asunto C-681/11, *Schenker & Co. AG/Bundes-wettbewerbsbehörde, Bundeskartellamt*, pág. 38: «Respecto a la cuestión de si una infracción se cometió deliberadamente o por negligencia y, por tanto, puede sancionarse con una multa de conformidad con el artículo 23, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento núm. 1/2003, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que este requisito se cumple cuando la empresa de que se trata no podía ignorar que su comportamiento era contrario a la competencia, tuviera o no conciencia de infringir las normas sobre competencia del Tratado (véanse las Sentencias de 8 de noviembre de 1983, IAZ International Belgium y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, rec. p. 3369, apartado 45; de 9 de noviembre de 1983, Nederlandsche Banden Industrie-Michelin/Comisión, 322/81, rec. p. 3461, apartado 107, y de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, C-280/08 P, rec. p. I-9555, apartado 124)».

⁶¹ STJUE (Gran Sala) de 18 de junio de 2013, asunto C-681/11, *op. cit.*, pág. 43: «Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una empresa que haya infringido esta disposición no puede evitar la imposición de una multa cuando dicha infracción tenga su origen en un error de la empresa sobre la licitud de su comportamiento en razón del contenido del dictamen jurídico de un abogado o de la resolución de una autoridad nacional de defensa de la competencia».

Abogando por una postura más matizada del error de Derecho, con base en las conclusiones del Abogado General en dicha sentencia, RODILLA MARTÍ, C., «La flexibilización de la culpa en precios excesivos», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 18, La Ley, enero-junio 2016.

⁶² STJCE de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands Company/Comisión de las Comunidades Europeas*.

⁶³ STJCE de 9 de noviembre de 1983, asunto C-322/81, *Michelin/Comisión*, pág. 3.461.

⁶⁴ En este sentido, BROKELMANN, H.: «La indemnización de los daños y perjuicios», en Martínez Lage, S. y Petitbó Juan, A. (dirs.), *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, Barcelona-Madrid: Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2007, pág. 67: «La Comisión infirió la intencionalidad de una conducta de la seriedad de la infracción cometida (intercambio de información sobre precios) y el Tribunal confirmó la multa impuesta a *United Brands* a pesar de que esta no podía ser consciente de ocupar (con un mero 45% de cuota de mercado) una posición de dominio. Del mismo modo, el TJCE entendió que *Tipp-Ex* no pudo no ser consciente de que un sistema de protección territorial absoluta (una restricción vertical) constituía una restricción de la competencia y *Michelin* fue sancionada dos veces por implantar un sistema de descuentos de fidelidad, en el primer caso aunque este no se correspondía con los descuentos anteriormente condenados en *Hoffmann-La Roche* y en el segundo a pesar de que el nuevo sistema se ajustaba a las exigencias de la Sentencia *Michelin I*».

De igual forma, puesto que el conocimiento sobre las conductas prohibidas por el Derecho de Defensa de la Competencia integra el contenido del deber de diligencia de las empresas en relación con el Derecho de Defensa de la Competencia, consecuentemente, toda infracción de dichas conductas constituye a su vez una desviación respecto del deber de diligencia exigible, concurriendo por tanto el primer presupuesto para la apreciación de la culpa o negligencia del sujeto infractor.

B) Contenido del deber de previsibilidad y evitación del daño en relación con el Derecho de Defensa de la Competencia

Sentado que toda infracción de las conductas prohibidas por el Derecho de Defensa de la Competencia constituye una desviación respecto del deber de diligencia exigible a las empresas, resta por verificar si, además, el sujeto en cuestión ha infringido los deberes de previsibilidad y evitación del resultado dañoso, en cuyo caso será posible apreciar la concurrencia de culpa o negligencia en la actuación del mismo.

Así, en primer lugar, tanto la jurisprudencia comunitaria –asunto *CIF*⁶⁵ como la española⁶⁶ han apreciado la falta de previsibilidad del carácter contrario al Derecho de Defensa de la Compe-

⁶⁵ STJCE, de 9 de septiembre de 2003, asunto C-198/01 (NCJ040938), *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, pág. 58: «Por consiguiente, a la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que, ante comportamientos de empresas contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, que vienen impuestos o se ven favorecidos por una normativa nacional que legitima o refuerza sus efectos, en concreto por lo que atañe a la fijación de los precios y al reparto del mercado, una autoridad nacional de defensa de la competencia, que tiene encomendada, entre otras, la tarea de velar por el respeto del artículo 81 CE: está obligada a excluir la aplicación de dicha normativa nacional; no puede imponer sanciones a las empresas implicadas por comportamientos realizados cuando era la propia normativa nacional la que exigía dichos comportamientos; puede imponer sanciones a las empresas implicadas por sus comportamientos posteriores a la decisión de excluir la aplicación de dicha normativa nacional, una vez que esta decisión se ha convertido en definitiva frente a ellas; puede imponer sanciones a las empresas implicadas por comportamientos realizados cuando la citada normativa nacional simplemente los fomentaba o facilitaba, siempre que tenga debidamente en cuenta las particularidades del marco normativo en el que actuaron las empresas».

⁶⁶ STS (Sala Tercera) de 7 de julio de 2010, recurso de casación núm. 3536/2005, FD 2.º: «En el momento en que se dicta el Acuerdo por el Consejo General, que permite considerar que no había una doctrina jurisprudencial uniforme, pacífica, inequívoca y manifiestamente clara y concordante en sede constitucional y en sede de los tribunales ordinarios acerca de la legitimidad de las atribuciones de los Colegios Profesionales para emprender acciones para evitar el intrusismo profesional promoviendo las acciones civiles, penales y disciplinarias adecuadas para su salvaguarda, o, por si al contrario, dichas conductas eran contrarias al derecho de libre establecimiento y al derecho al ejercicio libre de la profesión de gestor inmobiliario. Este criterio es enteramente aplicable al caso presente, pues aunque la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 1993 es muy anterior al momento en que se llevaron a cabo las conductas sancionadas, lo cierto es que la incertidumbre jurídica respecto del ejercicio de la función de intermediación duró hasta la publicación del Real Decreto-ley 4/2000, como su Exposición de Motivos claramente indica, por lo que procede la estimación del recurso en relación con la sanción impuesta al Colegio, sin perjuicio de que subsistan las restantes medidas de intimación y publicación previstas en el acuerdo, por cuanto van dirigidas a evitar los efectos anticompetitivos en ese campo, y respecto de las cuales el elemento intelectual no opera, sino que responden a criterios de interés público, superiores a apreciaciones subjetivas de culpabilidad o negligencia, máxime cuando el indicado Real Decreto-ley en su artículo 3 ha dado una interpretación auténtica del art. 1 del Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, respecto del alcance de la función de intermediación».

tencia de la conducta controvertida, en supuestos en los que el marco legal existente en el momento de comisión de la conducta dotaba de una razonable apariencia de legalidad a la misma. Consecuentemente, al actuar la previsibilidad como condición de la culpa, la imprevisibilidad de la infracción de la normativa antitrust por la conducta controvertida se alza como elemento excluyente de la culpabilidad y, por tanto, de la sanción.

Se erige de esta forma un límite al contenido del deber de diligencia en relación con el Derecho de Defensa de la Competencia expuesto anteriormente, así como una excepción a la no apreciación del error de Derecho como causa de exclusión de la culpabilidad. Excepción no obstante que puede quedar amparada, tal y como reconoce el propio TJUE, dentro del principio general de confianza legítima, cuya apreciación sin embargo, tal y como se consagra en el caso *Schenker*, reviste carácter excepcional⁶⁷.

En segundo lugar, y a propósito del principio de confianza legítima, el mismo ha sido históricamente reconocido por la jurisprudencia comunitaria, la cual estableció que la aplicación de dicho principio no es posible en supuestos en los que la autoridad administrativa nacional o comunitaria infringe el Derecho Comunitario⁶⁸, principio que fue plenamente acogido también por la jurisprudencia nacional⁶⁹.

En el mismo sentido la SAN (Sala de lo Contencioso) de 21 de marzo de 2013, rec. núm. 659/2011, FD 7.º: «1. La propia Resolución afirma: "Estamos ante una conducta incardinada en un proceso más amplio de acuerdos relacionados con la reconversión del sector vitivinícola de Jerez que incluye un apartado relativo a los precios a pagar por los transformadores y el precio que recibirán los productores ...", lo que implica admitir como razonable la posibilidad de cierta indeterminación y falta de claridad de los distintos aspectos a los que la reconversión puede legítimamente afectar».

⁶⁷ STJUE (Gran Sala) de 18 de junio de 2013, asunto C-681/11, *op. cit.*, pág. 40: «Por último, debe recordarse que las autoridades nacionales de defensa de la competencia pueden decidir excepcionalmente no imponer una multa aun cuando una empresa haya infringido deliberadamente o por negligencia el artículo 101 TFUE. Puede darse ese caso cuando un principio general del Derecho de la Unión, como el de protección de la confianza legítima, se opone a la imposición de una multa».

⁶⁸ Por todas la histórica STJCE (Sala Quinta) de 26 de abril de 1988, asunto 316/86, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas/P. Krücken*, págs. 22-24: «A este respecto, procede recordar que el principio de la protección de la confianza legítima forma parte del ordenamiento jurídico comunitario (véase Sentencia de 3 de mayo de 1978, *Töpfer*, 112/77, rec. 1978, p. 1019) y que el cumplimiento de los principios generales del Derecho comunitario se impone a cualquier autoridad nacional encargada de aplicar el Derecho comunitario (véase Sentencia de 27 de septiembre de 1979, *Eridania*, 230/78, rec. 1979, p. 2749). Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que un comportamiento culpable de la Comisión o de sus funcionarios, al igual que una práctica de un Estado miembro que no se atenga a la normativa comunitaria, no puede originar una confianza legítima en el operador económico beneficiario de la situación así creada (véase Sentencia de 16 de noviembre de 1983, *Thyssen*, 188/82, rec. 1983, p. 3721, y Sentencia de 15 de diciembre de 1982, *Maizena*, 5/82, rec. 1982, p. 4601). Se deduce que el principio de la protección de la confianza legítima no puede invocarse en contra de un precepto preciso de un texto de Derecho comunitario, y que el comportamiento de una autoridad nacional encargada de aplicar el Derecho comunitario, que está en contradicción con este último, no puede basar, en un operador económico, una confianza legítima para beneficiarse de un tratamiento contrario al Derecho comunitario».

⁶⁹ SAN (Sala Tercera) de 7 de marzo de 2013, rec. núm. 535/2010, FD 7.º: «El principio de confianza legítima constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto *Lemmerz-Werk*), un principio general del Derecho Comunitario, objeto de recepción por nuestro Tribunal

En este contexto, y por lo que respecta a la aplicación del principio de confianza legítima en el ámbito concreto del Derecho de Defensa de la Competencia, la jurisprudencia comunitaria –caso *Schenker*– ha restringido su aplicación a los supuestos en que la Administración competente haya realizado actos concretos y determinantes del nacimiento de dicha confianza legítima, sin que las autoridades nacionales de la competencia puedan generar en los empresarios una confianza legítima de que sus comportamientos no infringen el Derecho de Defensa de la Competencia⁷⁰.

A nivel nacional, la doctrina dimanante de las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia y jurisprudencia nacional ha determinado que no cabe apreciar la concurrencia del principio de confianza legítima cuando: a) la Administración emitió reservas acerca de la compatibilidad de la práctica con la normativa de competencia⁷¹; b) la actuación de la Administración se limitó a mediar en un conflicto entre operadores económicos, máxime cuando esa mediación fue instada por las propias empresas infractoras); c) la Administración se limitó a mostrar una actitud pasiva o no reaccionó en contra de una práctica restrictiva de la competencia inmediatamente después de tener conocimiento de ella; d) tratándose de inspecciones domiciliarias de la CNC, los funcionarios realizaron las correspondientes advertencias en relación con la calificación como obstrucción a la inspección de determinadas prácticas de los representantes de la empresa; e) los

Supremo en su jurisprudencia desde 1990 y ya en nuestra legislación [Ley 4/99 (RCL 1999, 114, 329] de reforma de la Ley 30/92 [RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246], art. 3.1.2]. En la STS de 10 de mayo de 1999 (recurso núm. 594/1995) se recuerda que "la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general».

⁷⁰ STJUE (Gran Sala) de 18 de junio de 2013, asunto C-681/11, *op. cit.*, págs. 41 y 42: «Sin embargo, nadie puede invocar la violación del principio de protección de la confianza legítima si la Administración competente no le ha dado garantías concretas (véanse las Sentencias de 17 de marzo de 2011, AJD Tuna, C-221/09, rec. p. I 1655, apartado 72, y de 14 de marzo de 2013, Agrargenossenschaft Neuzelle, C-545/11, apartado 25).

En cuanto a las autoridades nacionales de defensa de la competencia, dado que no son competentes para adoptar una decisión negativa, es decir, una decisión que declare que no se ha infringido el artículo 101 del TFUE (Sentencia de 3 de mayo de 2011, Tele2 Polska, C-375/09, rec. p. I 3055, apartados 19 a 30), tales autoridades no pueden generar en los empresarios una confianza legítima de que sus comportamientos no infringen dicha disposición. De la formulación de la primera cuestión prejudicial se desprende que la autoridad nacional de defensa de la competencia examinó el comportamiento de las empresas de que se trata en el litigio principal únicamente conforme al Derecho de la competencia nacional».

⁷¹ Sobre esta causa de exclusión, *vid.* COSTAS COMESAÑA, J.: «La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al Derecho de Defensa de la Competencia», en Guillén Caramés, J. (dir.), *Derecho de la Competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 105-134.

precedentes invocados por las empresas infractoras para fundamentar la existencia de confianza legítima no guardan relación con la práctica objeto de investigación; y f) la conducta enjuiciada se produjo fuera del periodo de tiempo en que se emitieron los signos externos generadores de dicha confianza legítima por la Administración⁷².

Una vez verificada la concurrencia del principio de confianza legítima, su aplicación práctica no ha determinado, sin embargo, la exclusión de la culpabilidad por falta de previsibilidad de la conducta, sino, por el contrario, simplemente una limitación del importe de la sanción impuesta al sujeto autor de la misma⁷³.

Esta doctrina jurisprudencial, que determina una minoración de la sanción impuesta a la empresa considerada culpable de la comisión de una conducta anticompetitiva, puede ser objeto de traslación al ámbito de las reclamaciones por daños derivados de la infracción del Derecho de Defensa de la Competencia, a través de la facultad moderadora de la responsabilidad por daños y perjuicios proveniente de la negligencia que reconoce al juez el artículo 1.103 del Código Civil. En este sentido, el autor de un resultado dañoso proveniente de la infracción de la normativa de Defensa de la Competencia, en cuya actuación concurra el principio de confianza legítima, podrá optar por la vía del artículo 1.103 del Código Civil a una moderación de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

En tercer y último lugar respecto del principio de previsibilidad, la jurisprudencia comunitaria ha reconocido también como causa para la disminución del importe de la sanción –caso *Akzo*⁷⁴ la novedad de la conducta controvertida, de forma que si bien dicha circunstancia no constituye un elemento de exclusión de la culpabilidad, sí puede ser tomada en consideración para la minoración de la sanción asociada a la misma y, consecuentemente, en sede de responsabilidad por

⁷² La enumeración de estos supuestos, así como las referencias a las resoluciones de la CNC y jurisprudencia que lo soportan es realizada por MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A.: «Comentario al art. 63», *op. cit.*, págs. 1.243-1.244.

Por el contrario, y dentro de los anteriores límites, para una visión de los requisitos exigidos a la actuación administrativa para que sea generadora de la confianza legítima, *vid.* ARAUJO, M. Y LABRADOR, M. A.: «La relevancia del error de prohibición en el derecho de defensa de la competencia», en Guillén Caramés, J. y Cuervo Mir, M. (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia*, Civitas-Thomson Reuters, 2015, págs. 139-162.

⁷³ STS (Sala Tercera) de 18 de mayo de 2006, recurso de casación núm. 948/2003, FD 3.º: «En relación con la alegación del principio de proporcionalidad, debe señalarse que en el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia se tiene en cuenta el límite máximo señalado en el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, imponiendo la multa por debajo de ese límite, en atención a diversas circunstancias atenuantes –modalidad de la restricción de la competencia, presión de sindicatos y organizaciones agrarias, tradición intervencionista administrativa, no participación de todas las empresas del sector, duración de la práctica en torno a un año, colaboración a lo largo del expediente de las empresas». Igualmente las SSAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de marzo de 2013, recurso núm. 535/2010, FD 7.º, de 13 de marzo de 2013, recurso núm. 674/2010, y de 8 de marzo de 2013, recurso núm. 540/2010, FD 10.º, todas ellas referidas a la RCNC de 28 de julio de 2010, Exp. S/0091/081 Vinos Finos de Jerez.

⁷⁴ STJCE (Sala Quinta) de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, *AKZO/Comisión*, pa. 163: «Tres circunstancias conducen, sin embargo, a reducir la multa. Debe señalarse, en primer lugar, en relación con los precios anormalmente bajos ofrecidos por AKZO o aplicados tanto a su clientela como a la de ECS, que los abusos de esta índole pertenecen a un ámbito jurídico en el que nunca se habían precisado las normas sobre la competencia».

daños derivados de la infracción del Derecho de Defensa de la Competencia dicha circunstancia puede justificar de nuevo la aplicación del artículo 1.103 del Código Civil por el juez concedor de dicha reclamación por daños.

Por otro lado, y respecto del deber de evitación del resultado dañoso, es consolidada jurisprudencia comunitaria, recogida en el asunto *Dansk Rørindustri*, que la complicidad en la comisión de conductas anticompetitivas determina la concurrencia de culpabilidad en el cómplice, así: «Los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se concluyeron acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan una complicidad que puede conllevar su responsabilidad, ya que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra»⁷⁵.

De conformidad con lo anterior, la actuación pasiva de un sujeto en el modo expuesto constituye, en primer lugar, una desviación respecto del deber de diligencia exigible en relación con el Derecho de Defensa de la Competencia y, en segundo lugar, una infracción de los deberes de previsibilidad y de evitación del resultado dañoso, por lo que concurren todos los presupuestos para la apreciación de culpa o negligencia en su actuación y, por tanto, la imposición de la correspondiente sanción⁷⁶.

3. SUPUESTOS ESPECIALES DE TRATAMIENTO DE LA CULPABILIDAD EN LA APLICACIÓN PÚBLICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU TRASLACIÓN A LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

A) Imposición de multas a los directivos de las empresas infractoras

El artículo 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, precepto que no encuentra parangón en el ordenamiento jurídico comunitario⁷⁷, prevé, en el caso de las personas jurídicas (empresa,

⁷⁵ STJUE (Sala Segunda) de 2 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, *op. cit.*, pág. 31, añadiendo «véase, en este sentido, la Sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408, apartados 142 y 143 y jurisprudencia citada)».

⁷⁶ Así, la STJUE (Sala Segunda) de 2 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, *op. cit.*, págs. 43 y 45: «En este contexto, aun cuando en la época de las infracciones que dieron lugar a la Decisión controvertida los tribunales de la Unión Europea todavía no habían tenido ocasión de pronunciarse específicamente sobre el comportamiento de una empresa asesora como el que caracterizó la acción de AC Treuhand, esta debería haber previsto, después de haber recurrido, en su caso, a un asesoramiento jurídico adecuado, que su comportamiento pudiera ser declarado incompatible con las normas de competencia del Derecho de la Unión, teniendo en cuenta especialmente el amplio alcance de los conceptos de "acuerdo" y de "práctica concertada" que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por lo tanto, en el presente asunto concurren los requisitos necesarios para declarar válidamente la responsabilidad de AC Treuhand por su participación en los acuerdos y prácticas concertadas de que se trata».

⁷⁷ La imputación de responsabilidad a los directivos en el Derecho nacional de la Competencia surge de la conjunción de la dicción de los artículos 1 y 2 de la LDC con el artículo 61 de la misma normativa, al no delimitar los primeros el

asociación, etc.), la posibilidad de sancionar de forma adicional –responsabilidad conjunta– a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos de dicha persona jurídica que hayan intervenido en el acuerdo o decisión (en adelante, «los directivos») mediante la imposición de multas pecuniarias, a diferencia de otros ordenamientos nacionales, en los que la sanción de dicha conducta puede acabar acarreando penas privativas de libertad⁷⁸.

De esta forma, el artículo 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia supone de facto una modulación o alteración de los criterios de imputación objetiva y subjetiva, permitiendo la imposición de sanciones por la infracción del Derecho de la Competencia a sujetos distintos –los directivos– de la persona jurídica que materialmente ha llevado a cabo la conducta anticompetitiva. Ahora bien, dichos directivos no son completamente ajenos a la persona jurídica infractora, sino, muy al contrario, mantienen con la misma una relación de representación orgánica o voluntaria, de origen legal o convencional, posición cualificada que justifica la extensión de responsabilidad a los mismos.

Dicha previsión ha sido objeto de una aplicación irregular a lo largo del tiempo⁷⁹, si bien ha cobrado un impulso reforzado en la actualidad⁸⁰, lo que permite la identificación de los parámetros utilizados por la autoridad nacional de la competencia para su aplicación, constituyendo en realidad dichos parámetros criterios de imputación subjetiva:

De esta forma puede observarse como, en la práctica, la autoridad nacional de la competencia ha confundido lo que es un criterio de calificación de la infracción –la gravedad de la misma–⁸¹ con los requisitos para la aplicación del precepto, pues la letra del artículo 63.2 de la Ley

ámbito de aplicación del tipo infractor, resultado de aplicación lo dispuesto en el artículo 61 de la LDC: «Serán sujetos infractores las *personas físicas* o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley». Por el contrario, en el ámbito comunitario tanto el artículo 101 como el 102 del TFUE reducen su ámbito de aplicación a las "empresas" y "asociaciones de empresas", al igual que el art. 23.1 del Reglamento 1/2003.

⁷⁸ Una visión comparada a este respecto se recoge en el excelente trabajo de ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M.: «Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento», *Anuario de la Competencia*, 2015, Marcial Pons, págs. 164-166.

⁷⁹ Una recopilación histórica de los pronunciamientos en la materia del Tribunal de Defensa de la Competencia, Comisión Nacional de la Competencia y ahora Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia puede encontrarse en ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., «Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del derecho de la competencia...», *op. cit.*, págs. 173-176.

⁸⁰ Especialmente ilustrativa a este respecto es la STS (Sala Tercera) de 29 de enero de 2015, recurso de casación 2872/2013 (NCJ059264), a través de los pronunciamientos contenidos en su FD 9.º, así como la intervención llevada a cabo por el presidente de la CNMC el 22 de abril de 2016 en el Congreso de los Diputados: «Debo adelantarles también que la capacidad disuasoria del sistema sancionador puede apoyarse –y esta es una vía que queremos potenciar– acudiendo a lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley de defensa de la competencia, que prevé multas de hasta 60 000 euros a los directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión prohibida; cuestión nueva que quería compartir como primicia con sus señorías».

⁸¹ Así, por ejemplo, en el Expdte. 322/92 *Faconauto* FD 2.º se habla «de activa e intencionada participación en los hechos»; en el Expdte. 320/92 *Boutiques Pan Asturias*, FD 3.º se habla de «actuación destacada e individualizada»;

de Defensa de la Competencia en ningún momento exige para su aplicación la concurrencia de un papel especialmente relevante de los directivos en la comisión de la infracción por la que se les deriva la sanción, posición que parece corregirse en los pronunciamientos más recientes, donde se parte de la imputación de responsabilidad por las sanción a título de culpa o negligencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia en la materia⁸².

A este respecto, la concurrencia de los presupuestos generales exigidos para la apreciación de la culpa analizados en el apartado precedente –desviación respecto de la diligencia exigible e infracción de los deberes de previsibilidad y evitación del resultado dañoso– deberá evaluarse en el marco concreto de los directivos en su condición de gestores de intereses ajenos sometidos a unos reforzados deberes de diligencia y lealtad⁸³.

En este sentido, es claro que la realización de una conducta contraria al Derecho de Defensa de la Competencia constituye una desviación respecto del nivel de diligencia exigible a los

o en el Expdte. 259/95 *Lencería Gijón*, FD 8.º, se habla de «mayor actividad en la adopción y puesta en marcha del acuerdo».

⁸² A este respecto, en el Expdte. S/DC/0504/14 AIO, *Fabricantes de pañales*, FD 4.º 5: «La responsabilidad de los administradores y directores de las entidades sancionadas por infracciones administrativas ha sido extensamente tratada por jurisdicción contenciosa, que permite concluir tal responsabilidad derivada de conductas omisivas cuando corresponde a tales sujetos el deber de evitar la conducta infractora. Como doctrina general cabe recordar lo declarado en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo) de fecha 30 de junio de 2006 (rec. 443/2004): "Ahora bien, tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y, especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente". (FJ 4.º). Asimismo, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo) en Sentencia de 3 de febrero de 2014 (rec. 103/2013) precisa que "[e]s indudable que en el caso de un director general, la simple titularidad del cargo se traduce en una serie de atribuciones, justamente para ser utilizadas en orden a prevenir situaciones que impliquen vulneración del ordenamiento jurídico; el descuido en el ejercicio de esas facultades, que aboca a la rectora a la comisión de una infracción, implica un grado de negligencia o culpa suficiente para entender satisfecha la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción".

En el supuesto objeto de análisis en este expediente, no se trata de que los directivos y representantes incoados no hayan tomado medidas efectivas para evitar la vulneración de la normativa de la competencia acreditada, sino que las personas naturales cuya responsabilidad se enjuicia tuvieron un papel activo y protagonista en la infracción, lo que implica, en la más beneficiosa de las interpretaciones posibles, un grado de negligencia o culpa suficiente para entender satisfecha la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción».

⁸³ Señala LLEBOT MAJO, J. O.: *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, op. cit., pág. 46, que: «La característica propia de los deberes de los administradores consiste en que *el desempeño del cargo de administrador constituye una función*. En efecto, como sabemos, los administradores están obligados a desempeñar el cargo persiguiendo exclusivamente el interés social. Esta característica es la que permite afirmar que el desempeño del cargo de administrador tiene carácter fiduciario, pues las personas que lo ostentan deben desarrollarlo contemplando no su propio interés, sino solo el interés de la sociedad que administran». En la misma dirección, ORIOL LLEBOT, J.: «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en Rojo, Á. y Beltrán, E. (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant lo Blanch, 4.ª ed., 2011, págs. 28-29.

directivos, y que en especial, respecto los administradores de las sociedades de capital, es claro que queda fuera del ámbito de aplicación de la *Business Judgement Rule*⁸⁴.

La traslación de esta responsabilidad de los directivos al ámbito de la Aplicación Privada del Derecho de la Competencia implicaría la posibilidad de que los mismos fueran responsables de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la persona jurídica a la que representan⁸⁵.

Dicha previsión sin embargo no se contiene ni en la Directiva de Daños ni en la modificación de la Ley de Defensa de la Competencia operada por el Real Decreto-ley 9/2017, por lo que la imputación de responsabilidad a dichos sujetos por los daños resultantes de la infracción de la normativa de competencia, al margen de los mecanismos societarios ya existentes al efecto, requeriría una extensión del régimen de responsabilidad conjunta y solidaria a los mismos⁸⁶.

V. CONCLUSIONES

El estudio realizado en el presente trabajo acerca de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, cuya concurrencia, de todos y cada uno de ellos, deberá acreditarse para la estimación de cualquier demanda de reclamación de daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia, permite extraer las siguientes conclusiones:

- Por lo que respecta al primero de los presupuestos para la declaración de la responsabilidad civil extracontractual, la antijuridicidad del resultado dañoso, dicho presupuesto concurre en todos los casos de infracción del Derecho de Defensa de la Competencia, pues el daño producido es siempre un daño antijurídico que la

⁸⁴ Así, GÓMEZ ASENSIO, C.: «El alcance efectivo de la Business Judgement Rule en el derecho español», *op. cit.*, pág. 331: «Por tanto, el ámbito de la "discrecionalidad empresarial" quedará negativamente definido como: todos aquellos actos que los administradores realicen por razón del ejercicio de su cargo en aras de la consecución del interés social y cuya observancia no venga exigida por una norma de rango legal o estatutario. Esta delimitación es de vital trascendencia, pues tal y como se desarrollará a lo largo de este trabajo, contra más se extienda el ámbito de los deberes legales de actuación de los administradores, consecuentemente, más se reducirá el campo de aplicación de la Business Judgment Rule al reducirse también el ámbito de la "discrecionalidad empresarial"».

⁸⁵ En este sentido, LAGUNA DE PAZ, J. C., pág. 793: «Capítulo XX. La infracción de las normas de defensa de la competencia como supuesto de responsabilidad de los administradores», en Guerra Martín, G. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid: La Ley, pág. 793: «Finalmente se plantea la cuestión de si la sanción a los administradores comporta también para ellos el deber de resarcir los daños y perjuicios que resulten de la infracción. Esta consecuencia parece ineludible, ya que la indemnización es un derivado de la infracción. En este caso, en principio, debe imponerse la responsabilidad solidaria, por ser la solución que ampara en mayor medida a los perjudicados».

⁸⁶ A favor de esta extensión se pronuncia ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M.: «Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del derecho de la competencia...», *op. cit.*, pág. 184.

víctima no está obligada a soportar, del cual se deriva el derecho de la víctima al resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos –*full compensation principle*–.

- En lo que atañe al segundo de los presupuestos para la declaración de la responsabilidad civil extracontractual, el nexo de causalidad entre el resultado dañoso y la acción de un determinado sujeto, dicho presupuesto debe ser analizado a la luz de la concurrencia de los dos tipos de causalidad que lo componen.

Así, por lo que respecta a la causalidad científica, no es necesario acreditar la misma en presencia de daños derivados de conductas restrictivas de la competencia por objeto, al igual que en sede de abuso de posición de dominio, casos ambos en los que la mera comisión de la conducta produce efectos restrictivos para la competencia y por lo tanto un daño. Ello no obstante, será necesario acreditar la causalidad jurídica, así como el resto de presupuestos para la declaración de responsabilidad civil extracontractual.

En este sentido, por lo que respecta a la causalidad jurídica/imputación objetiva, deberán tomarse en consideración, junto con los criterios tradicionales del Derecho Privado, los criterios fijados por la jurisprudencia comunitaria en la materia tanto para la apreciación de la misma –contribución del sujeto con su propio comportamiento a la infracción, consciencia de los comportamientos de otros operadores en consecución de la infracción, o asunción del riesgo–, como para su exclusión –en especial en sede y abuso de posición de dominio: existencia de una norma jurídica de cobertura de rango legal, la concurrencia de causas que justifiquen objetivamente la necesidad de la conducta desplegada por el sujeto en posición de dominio, o la producción de eficiencias sustanciales que superen los efectos anticompetitivos–.

Con todo, respecto a la causalidad jurídica/imputación objetiva, constituyen supuestos especiales los casos de continuidad de empresas, en los que en el ámbito privado deberá verificarse la existencia de una operación o un negocio traslativo de las obligaciones por la infracción de la normativa de la competencia de una empresa a otra; en el caso de los grupos societarios, donde el nuevo artículo 71.2 de la Ley de Defensa de la Competencia parece solventar las dificultades de traslación del régimen del artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia al ámbito privado en el que no existe responsabilidad extracontractual por hecho ajeno más allá del artículo 1.903 del Código Civil; y, por último, en el caso de las asociaciones de empresas, la traslación del régimen previsto en el artículo 61.3 de la Ley de Defensa de la Competencia al ámbito privado, habida cuenta de que la configuración de la solidaridad en las obligaciones extracontractuales es una «solidaridad impropia» y los problemas que de la misma se derivan, parece quedar superada con la redacción del nuevo artículo 73 de la Ley de Defensa de la Competencia al convertir la misma en una «solidaridad propia» y prever en el resto de apartados del mismo precepto distintos supuestos de alteración de las reglas generales de la solidaridad de las obligaciones, en línea con la responsabilidad por fases que prevé el artículo 61.3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Mención especial por suponer una excepción a los criterios tradicionales de causalidad jurídica/imputación objetiva –en especial respecto de «la prohibición de regreso»–, merece la cuestión de la legitimación de los compradores indirectos para reclamar los daños sufridos como consecuencia del sobrecoste soportado por la conducta anticompetitiva de la empresa o empresas infractoras, es decir, la *passing-on defence* y la articulación de la misma como «espada» y como «escudo» que se prevé en los nuevos artículos 78-80 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Igualmente, merece también una mención especial en sede de causalidad, tanto científica como jurídica, la cuestión de los efectos de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia o de los tribunales competentes declarando la comisión de una determinada conducta anticompetitiva e imputando la misma a una empresa, respecto el procedimiento civil posterior de reclamación de daños –*follow-on actions*–, lo que supone en la práctica la innecesidad de probar la causalidad, dado el efecto vinculante de la resolución de dichas autoridades nacionales o tribunales competentes, constatando su concurrencia.

- Finalmente, en lo que respecta al tercer y último de los presupuestos que deben concurrir para la declaración de responsabilidad civil extracontractual de un sujeto por el resultado dañoso cometido, derivado de una infracción del Derecho de Defensa de la Competencia, la imputación subjetiva, la misma puede ser declarada a título de dolo o a título de culpa o negligencia.

Por lo que respecta a la imputación subjetiva por dolo se aprecia su concurrencia tanto en supuestos de manifiesta consciencia por el sujeto infractor de la ilicitud de la conducta realizada, como en casos en los que se ha podido observar en el sujeto causante un manifiesto ánimo infractor.

En cambio, la imputación subjetiva a título de culpa o negligencia requiere un análisis de la concurrencia cumulativa, a su vez, de cada uno de los presupuestos de la propia culpa o negligencia.

Así, el primer requisito para la apreciación de la culpa lo constituye la desviación respecto del estándar o nivel de diligencia que le era exigible a un determinado sujeto. En este sentido, debido a que los destinatarios del Derecho de la Competencia son las «empresas», en el sentido atribuido al término por la jurisprudencia comunitaria, dichos sujetos se encuentran sometidos, de entrada, a un nivel de diligencia superior al del «buen padre de familia» del artículo 1.104 del Código Civil, especialmente para el caso de las empresas que se encuentran en una posición de dominio.

Con este punto de partida, la jurisprudencia comunitaria ha establecido como contenido del deber de diligencia que les es exigible a las empresas el conocimiento del Derecho de Defensa de la Competencia, de forma que no es posible para las mismas alegar el error de Derecho como causa de exclusión de la culpabilidad.

El segundo requisito de la culpabilidad lo constituye el incumplimiento del deber de previsibilidad del daño, es decir, que siendo previsible el resultado dañoso, el sujeto

en cuestión no hubiera hecho nada para evitarlo. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria ha declarado que no existe una infracción del deber de previsibilidad y, por tanto, no se dan los presupuestos para la apreciación de la culpabilidad cuando el marco legal existente en el momento de comisión de la conducta anticompetitiva dotaba de una razonable apariencia de legalidad a la misma.

También, en relación con el deber de previsibilidad, la jurisprudencia ha fijado como causa determinante, no de la exclusión de la culpabilidad, sino de la minoración de la sanción, la aplicación estricta y restringida del principio de confianza legítima en casos en los que la Administración competente ha realizado actos concretos y determinantes del nacimiento de dicha confianza legítima, así como también en casos de novedad de la conducta infractora. Dicha reducción del importe de la sanción puede ser objeto de traslación al ámbito de la responsabilidad por daños a través de la facultad moderadora de la responsabilidad por daños y perjuicios proveniente de la negligencia que reconoce al juez el artículo 1.103 del Código Civil.

El tercer requisito de la culpabilidad lo constituye el deber de evitación del daño, a cuyo efecto, la jurisprudencia comunitaria ha estimado la infracción de dicho deber en caso de intervención en la conducta anticompetitiva a título de cómplice.

Finalmente, y por lo que respecta a la responsabilidad de los directivos por los daños cometidos por las personas jurídicas que representan en infracción de la normativa de defensa de la competencia –traslación a este ámbito de la sanción prevista en el artículo 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia–, dicha posibilidad no se contiene ni en la Directiva de Daños ni en la nueva redacción de la Ley de Defensa de la Competencia dada por el Real Decreto-ley 9/2017, por lo que la imputación de responsabilidad a dichos sujetos por los daños resultantes de la infracción de la normativa de competencia, al margen de los mecanismos societarios ya existentes al efecto, requeriría una extensión del régimen de responsabilidad conjunta y solidaria a los mismos.

Bibliografía

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. [2015]: «Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento», *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, págs. 161-184.

ARAÚJO, M. y LABRADOR, M. A. [2015]: «La relevancia del error de prohibición en el derecho de defensa de la competencia», en Guillén Caramés, J. y Cuerdo Mir, M. (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia*, Civitas-Thomson Reuters, págs. 139-162.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA [2017]: *Observaciones de la AEDC sobre la trasposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los estados miembros y de la Unión Europea*, Madrid, 10 de enero.

BROKELMANN, H. [2015]: «La Directiva de Daños y su transposición en España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37.

– [2007]: «La indemnización de los daños y perjuicios», en Martínez Lage, S. y Petitbò Juan, A. (dirs.), *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, Fundación Rafael del Pino, Barcelona-Madrid: Marcial Pons, págs. 53-74.

CONTRERAS DE LA ROSA, I. [2016]: «La responsabilidad por daños de la matriz por conductas anticompetitivas de su filial», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 19, julio-diciembre.

COSTAS COMESAÑA, J. [2013]: Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia», en Guillén Caramés, J. (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, págs. 217 a 229.

– [2011]: «La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al Derecho de Defensa de la Competencia», en Guillén Caramés, J. (dir.), *Derecho de la Competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Civitas-Thomson Reuters, págs. 105- 134.

DÍEZ PICAZO, L. [2011]: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. V, Cizur Menor: Aranzadi.

ESTEBAN DE VELASCO, G. [2011]: «La acción individual de responsabilidad», en Rojo, Á. y Beltrán, E. (dir.) y Campuzano, A. B. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

GÓMEZ ASENSIO, C. [2016]: «Comentarios al art. 1 de la propuesta de ley de transposición de la directiva 201/104/UE relativa a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la Competencia», *La Ley mercantil*, núm. 28, septiembre, págs. 1-19.

– [2015]: «El alcance efectivo de la Business Judgement Rule en el derecho español: Una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal», *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 45, págs. 321-358.

LAGUNA DE PAZ, J. C: «Capítulo XX. La infracción de las normas de defensa de la competencia como supuesto de responsabilidad de los administradores», en Guerra Martín, G. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid: La Ley, pág. 787-793.

LUCÁN, M.^a Á. [2009]: «Comentario al art. 1902», en Pasquau Liaño, M. (dir.), *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*, t. III, Granada: Comares.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. [2015]: «Comentario al art. 61», en Sala Arquer, J. M.; Folguera Crespo, J.; Masaguer Fuentes, J. y Gutiérrez, A. (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4.^a ed., Madrid: Civitas, págs. 1.205-1.223.

– [2015]: «Comentario al art. 63», en Sala Arquer, J. M.; Folguera Crespo, J.; Masaguer Fuentes, J. y Gutiérrez, A. (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4.^a ed., Madrid: Civitas, págs. 1.236 -1.248

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. [2015]: «La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia. Incidencia de la directiva 2014/104/UE en nuestro derecho interno», en *Estudios sobre el futuro código mercantil. Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, págs. 1.110-1.126.

RUIZ PERIS, J. I. [2004]: *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de la Competencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.