



La responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia

Jaume Martí Miravalls

Departamento de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia

Este trabajo ha obtenido un accésit **Premio «Estudios Financieros» 2019** en la Modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

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

Extracto

La responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia es, en estos momentos, una de las materias de mayor interés en el ámbito teórico y práctico en Europa. El Derecho de la Competencia europeo, probablemente, está viviendo su momento más trascendente desde su constitución. 2018 ha sido el año de la eclosión de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia. 2019 y 2020 serán los años de su configuración jurisprudencial. Ahora bien, estamos ante un nuevo «Derecho especial de Daños» en el que todo se está creando y discutiendo en los tribunales, rasgando en muchas ocasiones las vestiduras del Derecho de Daños clásico y de corte nacional. Dicha tensión se debe a que su función y naturaleza es propia. No se trata solo de resarcir, sino también de disuadir la infracción. Ello incide ineludiblemente en su configuración legal y jurisprudencial y lo aleja de los planteamientos tradicionales de las instituciones clásicas del Derecho de Daños, obligando a adentrarse en la búsqueda y conocimiento de su significado como categorías propias del Derecho de la Competencia. Esto es algo que los jueces nacionales tienen que interiorizar, debiendo hacer el esfuerzo de dejar de ser jueces de daños –que es a lo que están acostumbrados– para ser jueces de competencia. Muchos intereses económicos hay en juego y muchos son los retos jurídicos que se plantean.

Palabras clave: Derecho de la Competencia; infracción; responsabilidad civil; Derecho de Daños.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Martí Miravalls, J. (2019). La responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. *Revista CEFLegal*, 225, 5-44.



Civil liability for infringement of Competition Law

Jaume Martí Miravalls

Abstract

The liability for infringement of Competition Law is one of the subjects of greater interest in the theoretical and practical scope in Europe. The European Competition Law, probably, is living its most transcendent moment since its constitution. 2018 has been the year of the appearance of the actions of damages for infringement of Competition Law. 2019 and 2020 will be the years of its jurisprudential configuration. However, this is a new «special law of damages» in which everything is being created and discussed in court, often tearing the vestments of the classic law of damages. This tension is due to its function and nature is its own. It's not just about repairing the damage, but also of dissuading the infraction. This inescapably affects its legal and jurisprudential configuration and moves away from the traditional approaches of the classic institutions of the Damages Law, forcing to delve into the search and knowledge of its meaning as proper categories of Competition Law.

Keywords: Competition Law; infringement; civil liability; Tort Law.

Citation: Martí Miravalls, J. (2019). La responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. *Revista CEFLegal*, 225, 5-44.





Sumario

1. Introducción
2. Evolución histórica de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia en Europa
3. La triple función de la responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia
4. La legitimación activa: sobre el amplísimo concepto «cualquier persona»
 - 4.1. El concepto «cualquier persona» como noción de Derecho europeo
 - 4.2. Significado del término «cualquier persona»
 - 4.3. La doctrina del efecto paraguas proclamada por el TJUE en el caso Kone
 - 4.4. La legitimación del distribuidor proclamada por el TJUE en el caso Courage
5. La legitimación pasiva: sobre la configuración autónoma del concepto «responsable»
 - 5.1. El concepto «responsable» como noción de Derecho europeo
 - 5.2. La «empresa infractora» como sujeto «responsable» en el marco las normas de competencia del TFUE
6. La responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas infractoras
 - 6.1. La excepción para las pymes
 - 6.2. La excepción para el beneficiario de la clemencia
 - 6.3. La responsabilidad interna de los infractores
7. La prescripción en el marco de la responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia
 - 7.1. La doctrina del TJUE sobre prescripción y responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia
 - 7.2. Reglas específicas de la prescripción en la responsabilidad civil por el Derecho de la Competencia
8. Breve referencia a las reglas específicas respecto de la prueba del daño y su cuantificación
9. Conclusiones

Referencias bibliográficas

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

1. Introducción

Las normas de Defensa de la Competencia, tanto europeas como nacionales, producen efectos directos en las relaciones entre particulares, y generan para los afectados derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar¹. Este principio es relevante por cuanto las prácticas restrictivas de la competencia no solo lesionan el interés general, por cuanto atentan contra el mantenimiento de un orden competitivo no falseado en el mercado, sino que también lesionan y generan daños en los patrimonios de los operadores económicos presentes en el mercado². Actualmente este principio se encuentra positivizado en Europa tras la aprobación de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea –en adelante, Directiva 2014/104/UE o la Directiva–, traspuesta tardíamente en España por el Real Decreto-Ley

¹ El efecto directo horizontal de los artículos 101 y 102 del TFUE en las relaciones entre particulares ya fue establecido por el TJUE en su famosa Sentencia de 30 de enero de 1974, asunto 127/73, caso BRT/SABAM:

Dado que, por su misma naturaleza, las prohibiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares, dichos artículos crean directamente derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar.

Si bien, el verdadero hito para la aplicación privada de la competencia lo representan las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, caso *Courage*; y de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04 (NCJ039149), caso *Manfredi*. En los puntos 26 y 27 del caso *Courage* se afirma:

26. La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia. 27. En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad.

Sobre ello, por todos, Komminos (2008). Sobre el sistema de compensación de daños en competencia, por todos, un buen resumen, Ruiz Peris (2018, pp. 13 y ss.).

² En este sentido, Herrero Suárez (2016, p. 151).

9/2017, de 26 de mayo³, que modifica la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia –LDC– y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –LEC–.

La responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia es, en estos momentos, una de las materias de mayor interés en el ámbito teórico y práctico en Europa. En el ámbito teórico, por los relevantes retos conceptuales que plantea su aplicación. En el ámbito práctico, como consecuencia de la publicación de varias resoluciones de las autoridades de la competencia, principalmente de la Comisión Europea, que ha estimulado a miles de operadores económicos en toda Europa a solicitar ante los órganos jurisdiccionales el pleno resarcimiento del daño que conductas anticoncurrenciales les han generado⁴.

El Derecho de la Competencia europeo, probablemente, está viviendo su momento más trascendente desde su constitución⁵. 2018 ha sido el año de la eclosión de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia. 2019 y 2020 serán los años de su configuración jurisprudencial⁶. Y en un futuro no muy lejano se antoja que el Derecho de la Com-

³ Sobre la Directiva y su trasposición a todos los ordenamientos en los Estados miembros, recientemente, por todos, Rodger, Ferro y Marcos (2018). Por su parte, respecto de la transposición en España, por todos, Ruiz Peris (2019).

⁴ En particular, en el marco del que se ha venido a denominar como «cartel de los camiones», Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, asunto AT.39824, cuya infracción consistió en acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones en el EEE; y el calendario y la repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones en el caso de los camiones medios y pesados exigida por las normas EURO 3 a 6. La infracción abarcó la totalidad del EEE y duró desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011, con la excepción de un fabricante, cuya participación finalizó unos meses antes: el 20 de septiembre de 2010.

⁵ Ello porque el paso del *public enforcement* al *private enforcement* ha generalizado su aplicación y, por tanto, su interés. Ha dejado de ser un Derecho especializado con un ámbito de aplicación restringido, tanto desde la perspectiva de los operadores económicos como de los juristas, para ser simplemente un Derecho especializado que puede afectar a cualquier operador económico y que, por extensión, interesa a todo jurista: no solo de Derecho privado, sino también de Derecho público, pues la Administración pública suele ser una de las principales afectadas por la existencia de cárteles. De hecho, desde 2016 la CNMC ha desmantelado 10 cárteles en temas relacionados con contratación pública, donde el principal perjudicado es la Administración. La causa de este renacimiento y reformulación del Derecho de la Competencia obedece, en parte, al cambio que se ha producido respecto de los sujetos implicados. El Derecho de la Competencia ha dejado de ser un Derecho que afecta e interesa a empresas con cierta cuota de mercado, para ser un Derecho que afecta a todo operador económico, por pequeño que sea. Ello se ha evidenciado claramente en el conocido «cartel de los camiones», donde miles de pequeños transportistas en toda Europa se han aventurado a demandar por daños y perjuicios.

⁶ El número de cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE entre 2017 y 2019 por parte de tribunales de diversos Estados miembros, así como el importante número de resoluciones que se están empezando a dictar en España sobre la materia, son muestras de lo dicho. Hasta 2018 contábamos con menos de 15 resoluciones en materia de daños y competencia, incluyendo primera instancia, segunda instancia y Tribunal Supremo: sin ánimo de exhaustividad, SAP de Valladolid n.º 261/09, de 9 de octubre, caso Acor; STS n.º 344/2012, de 8 de junio, caso Acor; SJPI n.º 59/2010, de 1 de marzo, caso Azúcar; SAP de

petencia dejará de ser un Derecho de sanciones para convertirse en un Derecho de Daños, como ya ocurre en otros sistemas jurídicos. De ahí la oportunidad y relevancia de este estudio.

Ahora bien, como se expondrá, estamos ante un nuevo «Derecho especial de Daños» en el que todo se está creando y discutiendo en los tribunales, tanto nacionales como ante el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–, rasgando en muchas ocasiones las vestiduras del Derecho de Daños clásico y de corte nacional. Dicha tensión se debe a que su función y naturaleza es propia. Su función no es solo resarcir, sino también disuadir. Ello incide ineludiblemente en su configuración legal y jurisprudencial y lo aleja de los planteamientos tradicionales de las instituciones clásicas del Derecho de Daños, obligando a adentrarse en la búsqueda y conocimiento de su significado como categorías propias del Derecho de la Competencia.

Como nos está adelantando la jurisprudencia del TJUE, en sendas sentencias dictadas este 2019⁷, las viejas categorías del Derecho de Daños de los derechos nacionales no solo no sirven para este ámbito, sino que, en algunas ocasiones, se oponen al principio de efectividad del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–. Esto es algo que los jueces nacionales tienen que interiorizar. Como ha dejado entrever el TJUE, estos son procesos de aplicación de Derecho de la Competencia, no de Derecho de Daños. En puridad, no se ejercita una acción del Código Civil, tal y como la hemos entendido y configurado jurisprudencialmente, sino la acción de daños de los artículos 101 y 102 del TFUE, de con-

Madrid n.º 370/2011, de 3 de octubre, caso Azúcar; STS n.º 651/2013, de 7 de noviembre, caso Azúcar; SAP de Vizcaya n.º 498/2011, de 8 de julio, caso Céntrica; STS n.º 528/2013, de 4 de septiembre, caso Céntrica; SJM de Madrid n.º 36/2005, de 11 de noviembre, caso Conduit; SAP de Madrid n.º 73/2006, de 25 de mayo, caso Conduit; SJM de Madrid n.º 24/2012, de 9 de febrero, caso Seguro Decenal; SAP de Madrid n.º 339/2017, de 3 de julio, caso Seguro Decenal; SJM de Barcelona n.º 3, de 17 de enero 2017, caso Endesa; SAP de Barcelona n.º 638/2018, de 28 de noviembre, caso Endesa.

Pero desde 2018, y en lo que llevamos de 2019, ya se ha superado ese número de resoluciones solo con dos carteles: el «cartel de los sobres de papel» –Resolución de la extinta Comisión Nacional de la Competencia, de 25 de marzo de 2013 (Expediente S/031/10)– y del «cartel de camiones». Sin ánimo de exhaustividad, en relación con el «cartel de los sobres de papel»: SSJM n.º 7 y n.º 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018, sentencias del n.º 3 de 5 de septiembre de 2018 (dos resoluciones) y sentencia del n.º 3 de 10 de septiembre de 2018; y SSJM de Madrid n.º 7, de 7 de mayo de 2018 y n.º 11, de 8 de julio de 2018; y respecto del «cartel de los camiones»: SJM n.º 1 de Murcia, de 27 de septiembre de 2018: no estima daños; SJM n.º 1 de Murcia, de 15 de octubre de 2018: estima daños; SJM n.º 1 de Murcia, de 17 de octubre de 2018: no estima daños; SJM n.º 1 de Zaragoza, de 13 de diciembre de 2018: no estima daños; SJM n.º 2 de Valencia, de 18 de febrero de 2019: no estima daños; SJM n.º 3 de Valencia, de 20 de febrero 2019: estima daños; SJM n.º 3 de Valencia, de 13 de marzo de 2019: estima daños; SJM n.º 1 de Jaén, de 14 de marzo de 2019: estima prescripción; SJM n.º 2 de Zaragoza, de 15 de marzo de 2019: estima prescripción; SJM n.º 2 de Valencia, de 1 de abril de 2019: estima daños; SJM n.º 1 de Bilbao, de 3 de abril de 2019: estima daños. Sobre estos procedimientos, véase Díez Estella (2019, pp. 267 y ss.).

⁷ SSTJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17 (NCJ063996), caso Skanska; y de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17 (NCJ064065), caso Cogeco –ambas resoluciones serán objeto de detenido análisis posteriormente–.

formidad con el principio de efectividad. Y, por tanto, los jueces nacionales deben hacer el esfuerzo de dejar de ser jueces de daños –que es a lo que están acostumbrados– para ser jueces de competencia⁸.

En este contexto se comprende mejor cómo el régimen de responsabilidad civil en materia de Derecho de la Competencia, tal y como queda configurado por la Directiva 2014/104/UE y la jurisprudencia del TJUE, unido al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria, y al de la prescripción, constituye un verdadero y nuevo «Derecho de Daños especial», que bien aplicado por parte de los tribunales puede ofrecer un nada desdeñable efecto disuasorio –no punitivo, pero sí disuasorio–⁹. Ello es algo inherente a la propia configuración del Derecho de la Competencia, también en su aplicación privada. Este nuevo Derecho especial de daños configura de manera autónoma los conceptos de legitimación, tanto activa como pasiva –donde presenta un planteamiento absolutamente novedoso–; diluye muchísimo las categorías de imputabilidad, en especial la relación de causalidad; moderniza determinadas reglas de la prescripción; y prevé reglas específicas respecto de la prueba del daño y su cuantificación.

De todo ello daremos cuenta en este trabajo, con la intención de contribuir a esclarecer la configuración jurídica de estas categorías clásicas del Derecho de Daños en el marco del Derecho de la Competencia, lo que esperamos resulte de utilidad a todos los sectores interesados: los miles de operadores económicos con litigios abiertos que han de resolverse en los próximos años, sus abogados, los jueces que han de resolver, las autoridades de competencia y los estudiosos del Derecho privado en general. Como nos enseñaba Miguel de Cervantes en *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*: «El que lee mucho y anda mucho, ve mucho y sabe mucho» y «ver mucho y leer mucho aviva los ingenios del hombre». En definitiva, hay que entender de dónde venimos y saber dónde estamos, para intuir hacia dónde vamos. En este momento todavía existen muchas incertidumbres, dado lo novedoso de este Derecho. Y, por eso, este es uno de los mayores retos jurídicos actuales, pues muchos intereses económicos hay en juego.

⁸ Las primeras resoluciones dictadas en este ámbito demuestran que el cambio será lento, pero continuo e imparparable. Como ejemplo, valgan las acciones de daños ya resueltas en el marco «cartel de los sobres de papel» y del «cartel de camiones». En ellas se observan dos posiciones contradictorias: las resoluciones de jueces que entienden que están ante Derecho de Daños tradicional –lo que lleva a la desestimación de la pretensión en el 100 % de los casos, atendida la complejidad intrínseca de estos procesos– y las de jueces que intentan buscar una fundamentación basada en el Derecho de la Competencia –lo que lleva a estimar una buena parte de las pretensiones ejercitadas por los perjudicados–.

⁹ Como expresamente recoge el artículo 3.3 de la Directiva, previamente advertido en el considerando 13 *in fine*: «El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo». En contraste, en los Estados Unidos, los particulares tienen derecho a una indemnización que ascienda al triple del perjuicio que hayan sufrido a causa de la infracción de las leyes federales *antitrust* (los denominados *treble damages*): tanto la Sherman Act como la Clayton Act prevén que todo particular «injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws [...] shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee».

2. Evolución histórica de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia en Europa

Pese a que en Europa, a diferencia de Estados Unidos, hasta principios de este siglo el Derecho de Defensa de la Competencia se ha concebido como un Derecho de aplicación eminentemente pública –realizada a través de las autoridades europeas y nacionales de la Competencia, *public enforcement*–, lo bien cierto es que la vertiente privada o *private enforcement* siempre ha estado en la genética del Derecho *antitrust*¹⁰. La consecuencia inherente a esta aplicación privada, núcleo de un bien entendido Derecho de la Competencia, es el derecho al resarcimiento a favor del perjudicado por un ilícito *antitrust*¹¹. Por tanto, los tribunales nacionales tienen una función esencial en la aplicación de estas normas de Competencia desde su vertiente privada. La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones establecidas en cualquier norma de Defensa de la Competencia, exigen que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, principalmente la Administración, pueda reclamar ante los tribunales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones.

La doctrina del TJUE –casos *Courage* y *Manfredi*–, unida al giro copernicano que supuso el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, despertaron la aplicación privada europea del letargo en el que se encontraba. Y tras un «viaje de Ulises»¹², con final dulcificado¹³, llegó a puerto con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE. En efecto,

¹⁰ En cierta manera, la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia son dos caras de una misma moneda, que es el Derecho de la Competencia. Como el yin y el yang, son dos fuerzas opuestas y complementarias, que se encuentran en una única cosa: el Derecho de la Competencia. Sobre la complementariedad de la aplicación pública y privada del Derecho *antitrust*, entre otros, Díez Estella y Pérez Fernández (2014, pp. 41 y ss.).

¹¹ No hay que olvidar que el legislador español, hasta la aprobación de la vigente Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, siempre ha previsto una indemnización de daños y perjuicios por ilícito *antitrust* en su normativa nacional. Así, artículo 6 de la Ley 110/1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia; y artículo 13 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Cuestión distinta es su utilización por parte de los operadores económicos. Sobre las trabas que existían, Alonso Soto (2013, pp. 123 y ss.). Con todo, no puede decirse que el ordenamiento jurídico español haya sido ajeno a la aplicación privada de la competencia (Marcos, 2013, pp. 167 y ss.).

¹² «Viaje de Ulises» porque el *iter* legislativo empieza con el *Libro Verde de Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, SEC (2005) 1732, 19 de diciembre de 2005. Seguido del *Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2008) 0165, final. Pero de la Propuesta inicial de Directiva, elaborada por la Comisión en abril de 2009, hasta su aprobación en 2014, pasó no solo mucho tiempo, sino también muchas complejidades. Sobre esa «compleja travesía», Berenguer Fuster (2011-2012, pp. 55 y ss.).

¹³ En efecto, el final del viaje que ha supuesto la Directiva 2014/104/UE ha dulcificado significativamente algunas de las medidas previstas en los documentos elaborados previamente. Así, por ejemplo, por citar

la travesía de la Directiva no ha sido especialmente sencilla. Ni tampoco supone el final de las «aventuras de Ulises». El problema que se planteaba en el marco europeo era que la mayoría de cuestiones relativas a la aplicación privada eran Derecho Privado nacional. En concreto, Derecho de Daños. Y como es sabido existen importantes y significativas diferencias entre las distintas concepciones del Derecho de Daños en los Estados miembros. Se trata de asuntos nucleares que van desde los plazos para el ejercicio de la acción hasta la propia función resarcitoria o punitiva del Derecho de Daños. Y otras cuestiones eran de naturaleza procedimental y, por tanto, también Derecho nacional. Este era el caso, por ejemplo, del derecho al acceso al expediente administrativo incoado por las autoridades de competencia a los efectos de un posterior uso de la información allí obrante en un procedimiento por daños. Por ello, parece que era aconsejable una primera aproximación de la regulación respecto de las principales cuestiones –sustantivas y procedimentales– que afectan al ejercicio de las acciones de daños y perjuicios por ilícito *antitrust*, y que tradicionalmente estaban reguladas únicamente desde una perspectiva nacional, dejando para más adelante otros problemas¹⁴.

Actualmente la Directiva ya está traspuesta en todos los Estado miembros. España, que la ha traspuesto tardíamente con el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo¹⁵, ha optado –entre las distintas alternativas existentes para la realización de una adecuada transposición de la Directiva– por incorporar la parte relativa a las normas sustantivas contenidas en la Directiva en los nuevos artículos 71 y siguientes de la LDC, y la relativa a las normas procesales en el nuevo artículo 283 bis de la LEC¹⁶. Como ya se ha dicho, aunque está nueva

solo dos cuestiones que se han eliminado: el Libro Verde (pág. 7) planteaba la conveniencia de doblar los daños en los casos de carteles –emulando el sistema de Estados Unidos–, o, al menos, de definir los daños en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor; o como hasta la Propuesta inicial de Directiva de 2009 se incluía una regulación específica para las acciones colectivas de daños por ilícito *antitrust*, que no consiguió entrar en el orden del día del colegio de comisarios por el fuerte rechazo que la regulación de las acciones colectivas suscitó en algunos estamentos. Sobre ello, Brokelmann (2015, p. 2); y Robles Martín-Laborda (2015, pág. 1.115).

- ¹⁴ La Directiva ha unificado lo esencial, pero no todo lo importante. Muchas cuestiones siguen abiertas. Pero ello probablemente no es casual. Algunos de los silencios parecen que deben interpretarse en el sentido de «hasta aquí es suficiente para una primera armonización». No en vano no debe menospreciarse la declaración de intenciones que entraña el artículo 20.1 de la Directiva 2014/104/UE: «La Comisión revisará la presente Directiva y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar el 27 de diciembre de 2020». La Directiva 2014/104/UE, por tanto, no puede verse como un punto y final, sino como una llegada a puerto. Una llegada a Ítaca. Pero no un final de las «aventuras de Ulises». Como en la *Odisea*, todavía quedan «historias» y «aventuras». 2020 será el siguiente punto y probablemente será el momento para afrontar algunas de las cuestiones que ahora no se han querido abordar.
- ¹⁵ Puede consultarse la transposición de la Directiva por todos los Estados miembros en: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html>. Hay que reseñar que también traspusieron tardíamente países de la importancia de Italia, Francia, Alemania o Portugal.
- ¹⁶ Esta ha sido la opción mayoritaria entre los Estados miembro que ya han traspuesto la Directiva, así, entre otros, Alemania y Países Bajos. En cambio, otros países, como Italia, han optado por la técnica de transponer la Directiva en un único texto normativo.

normativa no va operar por cuestión de la *ratio temporis* de la Directiva en las acciones de daños que se han ejercitado respecto del que probablemente acabe siendo el más mediático de los carteles de la historia europea –«cartel de los camiones»–, esta está llamada a ocupar un papel principal en los próximos años. No en vano el nuevo artículo 71 de la LDC será el vehículo a través del cual se canalizará en nuestro ordenamiento la acción de daños por infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE.

3. La triple función de la responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia

Para comprender la configuración *sui generis* de este «nuevo Derecho especial de Daños» es necesario adentrarse en sus funciones, que es lo que dota de singularidad a la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. El sistema jurídico instaurado por la Directiva 2014/104/UE y la jurisprudencia del TJUE tiene tres fuerzas motrices: dos confesables y una menos confesable, pero patológica.

La primera función confesable es la común a todo Derecho de Daños: la función resarcitoria. El artículo 1.1 de la Directiva recoge expresamente que su objetivo es garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la Competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación. Pero ello no es novedoso. Desde los casos *Courage* y *Manfredi* el ordenamiento europeo había reconocido, sin ningún género de duda, la función resarcitoria de la responsabilidad civil del infractor del Derecho de la Competencia y su viabilidad ante los órganos jurisdiccionales.

Lo que la Directiva 2014/104/UE aporta en esta sede no es tanto respecto de su función, que está clara, sino respecto de sus límites, atendiendo a la coexistencia en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de diferentes tradiciones jurídicas. El derecho al pleno resarcimiento de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia tiene una función resarcitoria, pero no punitiva –como ocurre en Estados Unidos con los *treble damages*–. El artículo 3.3 de la Directiva, que instaura el límite, es claro cuando establece que el pleno resarcimiento no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo¹⁷.

La segunda función del sistema de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia instaurado por la Directiva 2014/104/UE, la menos confesable, pero patológica, y que no es propia del Derecho de Daños sino del Derecho *antitrust*, es la protec-

¹⁷ Sobre los daños punitivos, por todos, De Ángel Yágüez (2012).

ción jurídica del solicitante de clemencia¹⁸. En puridad, la necesidad de armonizar la tuición del solicitante de clemencia en toda Europa, tras algunas resoluciones que habían puesto en entredicho su exposición en sede de aplicación privada de la competencia, frente a la protección que se le otorga en sede de aplicación pública, es lo que acelera la aprobación de la Directiva. Y ello se evidencia en el texto de la norma. No solo en sus preceptos, como posteriormente analizaremos, sino que se declara como principio nuclear de la regulación ya en sendos considerandos de la Directiva, el 26 respecto de la exhibición de documentos y el 38 respecto de la responsabilidad conjunta y solidaria¹⁹. Por tanto, no podrá comprenderse la configuración legal y jurisprudencial de algunas instituciones clásicas del Derecho de Daños si no se interioriza que una de las funciones de este Derecho especial de Daños

¹⁸ El artículo 2.15 de la Directiva define «programa de clemencia» como todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 del TFUE o de una disposición análoga de la legislación nacional, según el cual un participante en un cartel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de la competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cartel y de su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la dispensa del pago de cualquier multa por su participación en el cartel o una reducción de la misma. Sobre la clemencia, por todos, De la Vega García (2017).

¹⁹ Considerando 26:

Como muchas de las decisiones de las autoridades de la competencia en los casos de cárteles se basan en una solicitud de clemencia y las acciones por daños en los casos de carteles por lo general se derivan de dichas decisiones, los programas de clemencia son igualmente importantes para la eficacia de las acciones por daños en los casos de carteles. Las empresas podrían verse disuadidas de cooperar con las autoridades de la competencia en el marco de programas de clemencia y procedimientos de transacción, si se exhibieran las declaraciones autoincriminatorias, como las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción, que se presentan solo a efectos de cooperar con las autoridades de la competencia. Esa exhibición entrañaría el riesgo de exponer a las empresas cooperantes o a su personal directivo a una responsabilidad civil o penal en peores condiciones que las de los coinfractores que no cooperan con las autoridades de la competencia. Para garantizar la buena disposición continuada de las empresas para acudir voluntariamente a las autoridades de la competencia y presentar declaraciones en el marco de un programa de clemencia o solicitudes de transacción, esos documentos deben quedar excluidos de la exhibición de pruebas.

Por su parte, considerando 38:

Las empresas que cooperan con las autoridades de la competencia en el marco de los programas de clemencia desempeñan un papel clave a la hora de descubrir los cárteles y de ponerles fin, lo que suele mitigar el perjuicio que podría haberse causado de continuar la infracción. Por lo tanto, es conveniente disponer que las empresas que se hayan beneficiado de la dispensa del pago de las multas decretada por una autoridad de la competencia en el marco de un programa de clemencia queden protegidas contra el riesgo de estar indebidamente expuestas a reclamaciones de daños y perjuicios, teniendo en cuenta que la resolución de la autoridad de la competencia por la que se constata una infracción puede hacerse firme para el beneficiario de la dispensa antes de que sea firme para otras empresas a las que no se haya concedido la dispensa, convirtiendo por lo tanto al beneficiario de la dispensa en el objetivo preferente de cualquier litigio. Por consiguiente, conviene que el beneficiario de la dispensa quede exento, en principio, de ser conjunta y solidariamente responsable de la totalidad del perjuicio y que cualquier contribución que deba asumir frente a los coinfractores no exceda del importe del perjuicio.

es proteger al solicitante de clemencia, tratando de no desalentar a las empresas de cooperar con las autoridades de la competencia en la aplicación pública del Derecho de la Competencia descubriendo carteles.

Por último, la tercera función, que es la más sutil y la que le dota de mayor singularidad respecto de cualquier otro Derecho de Daños, es la función disuasoria. Esta función es la que vertebra el sistema de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. En efecto, no puede perderse de vista el efecto disuasorio de la aplicación privada como complemento al sistema de las sanciones –multas– de la aplicación pública del Derecho de la Competencia²⁰. En los sistemas avanzados el efecto disuasorio puede llegar a ser más acusado en el ámbito de la aplicación privada que en el de la aplicación pública²¹. Mientras que en sistemas avanzados como el europeo es posible cuantificar *a priori* el importe aproximado de las multas en la aplicación pública, en cambio, la responsabilidad civil –núcleo de la aplicación privada– es más impredecible, y con una multitud de variables de difícil control *a priori*. Hasta el punto que, en ocasiones, en grandes ilícitos el importe a pagar por daños por algunas empresas puede llegar ser significativamente superior al importe a pagar en concepto de multa.

En la jurisprudencia del TJUE se observa como el derecho al pleno resarcimiento por infracción del Derecho de la Competencia no se estableció solo para asegurar que cualquier persona perjudicada por el comportamiento anticoncurrencial fuera resarcida. Desde la génesis de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia, esta se

²⁰ Sobre la función normativa de la responsabilidad por ilícito antitrust, mostrándose crítico con la posición finalmente adoptada por la Directiva 2014/104/UE, puede consultarse el magnífico trabajo de Robles Martín-Laborda (2015b, pp. 1.110 a 1.126). Para el autor la atribución de una función preventiva a las normas establecidas en la Directiva 2014/104/UE, tal y como pretendía originariamente la Comisión, habría exigido la configuración de un Derecho de Daños especial para los derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia. Al limitarse el texto finalmente aprobado a facilitar el resarcimiento de las víctimas, especialmente de los carteles ya sancionados administrativamente, resultará potenciada la función indemnizatoria atribuida a las normas sobre responsabilidad civil, pero solo indirectamente –como «subproducto» de aquella, al agravar las consecuencias patrimoniales para los infractores– su función preventiva. Si bien el propio autor reconoce que, aunque ello pone en duda la propia justificación de su aprobación, resulta coherente con los principios de nuestro ordenamiento interno, en el que la función preventivo-punitiva de las conductas potencialmente dañosas es atribuida al Derecho penal o al Derecho administrativo sancionador (Díez Picazo, 1999, pág. 44). En nuestra opinión, como ya hemos expuesto en este trabajo, no puede perderse de vista que estamos en sede de Derecho de la Competencia y no de Derecho de Daños, tal y como este se ha concebido clásicamente por el Derecho privado. Si esto no se comprende, no podrá comprenderse la operativa y singularidad de algunas instituciones en esta sede.

²¹ Muy crítico con el efecto disuasorio del modelo de aplicación pública actual Ruiz Peris (2016, p. 17), quien afirma, tras una breve exposición de sus principales problemas, que en estas condiciones resulta irreal afirmar que el sistema de aplicación pública de las normas de competencia en Europa y en España cumple su función disuasoria al impedir que el infractor se beneficie de su conducta ilícita o resulta insuficiente.

ha vinculado, más que a la función resarcitoria, a la exigencia de garantizar la plena eficacia del Derecho de la Competencia de la Unión²². A este respecto, el Tribunal de Justicia ha reconocido expresamente que el derecho a reclamar una indemnización refuerza la operatividad del Derecho de la Competencia de la Unión, disuadiendo a las empresas a realizar o participar en actos o acuerdos contrarios al Derecho de la Competencia. Es por ello que la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia es concebida también como un instrumento para mantener una competencia efectiva en la Unión Europea. En otras palabras, el efecto de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales es disuadir o «desalentar» a las empresas de emprender comportamientos perjudiciales para la competencia²³.

Al igual que ocurre con el mecanismo de las sanciones en la aplicación pública del Derecho de la Competencia, el objetivo principal de la aplicación privada no es resarcir, sino influir en la conducta de las empresas en el mercado, a fin de disuadir las de emprender comportamientos anticompetitivos²⁴. Así pues, como corolario inmediato de la importancia atribuida a la plena eficacia del artículo 101 de la TFUE, la jurisprudencia del TJUE ha vin-

²² Ya en la Sentencia de 20 de septiembre de 2001, caso *Courage*, asunto C-453/99, apartado 26, el TJUE decía:

La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.

²³ Sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Courage* y *Crehan*, C-453/99, apartado 27, y de 13 de julio de 2006, *Manfredi* y otros, C-295/04 a C-298/04, apartado 91. Véanse también las sentencias de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer*, C-360/09, apartado 29; de 6 de noviembre de 2012, *Otis* y otros, C-199/11, apartado 42; de 6 de junio de 2013, *Donau Chemie* y otros, C-536/11, apartado 23, y de 5 de junio de 2014, *Kone* y otros, C-557/12, apartado 23. Más recientemente, y confirmando su doctrina anterior, Sentencia de 14 de marzo de 2019, caso *Skanska*, C-724/17 (NCJ063996), apartados 43 y 44:

43. En efecto, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, el derecho de cualquier persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 del TFUE garantiza la plena eficacia de este artículo y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1.

44. Este derecho refuerza, en efecto, la operatividad de las normas de competencia de la Unión y puede desalentar los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia, de modo que contribuye al mantenimiento de una competencia efectiva en la Unión.

Obsérvese que, en puridad, el término escogido por el TJUE en sus sentencias es «desalentar».

²⁴ Obsérvese que los daños causados por una infracción del Derecho de la Competencia son, por lo general, únicamente de carácter económico. Aunque el daño directo ocasionado a los intereses económicos de determinadas personas pueda ser relativamente fácil de identificar y demostrar –cuantificar ya es más complejo–, es una realidad que las infracciones del Derecho de la Competencia también generan daños indirectos y, en general, consecuencias negativas sobre la estructura y funcionamiento del mercado. Como expresamente ha recogido el abogado general *Whal*, en sus conclusiones de 6 de febrero de 2019, en el caso *Skanska*, apartado 50:

culado el fundamento de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia de la Unión a la disuasión. Y, por ejemplo, para el cumplimiento de esta función no le importa diluir categorías de imputabilidad clásicas del Derecho de Daños, como la relación de causalidad, llegando a descartar la aplicabilidad de una norma nacional que exige una relación de causalidad directa para acreditar la responsabilidad civil cuando la misma va a ser aplicada en una acción de daños por infracción del Derecho de la Competencia²⁵.

Esta función disuasoria incide directamente en la configuración de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia y le dota de singularidad propia. Por ello el legislador europeo y el TJUE en su interpretación han delimitado un sistema de responsabilidad civil fundado en un concepto amplísimo de perjudicado, con un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria y con unos plazos para el ejercicio de la acción –prescripción– relativamente largos, como medidas de tuición de las víctimas perjudicadas por el ilícito y como medidas de disuasión de las empresas que operan en el mercado. El riesgo de estar expuesto a reclamaciones de daños y perjuicios en un sistema eficaz de aplicación privada de la Competencia tiene, por tanto, un nada desdeñable componente disuasorio del ilícito y constituye un medio efectivo para asegurar el respeto de las normas sobre competencia. Ahora bien, para conseguir este correcto funcionamiento, con ese componente disuasorio, el papel de los jueces nacionales resulta fundamental, y para ello es imprescindible que comprendan que no son jueces de daños, sino jueces de competencia, aunque estén resolviendo acciones de daños y perjuicios.

4. La legitimación activa: sobre el amplísimo concepto «cualquier persona»

El carácter disuasorio del régimen de responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia deja su impronta en el primer concepto que debe ser analizado: la legiti-

Los perjuicios identificados en las demandas de indemnización por daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia son, en realidad, un indicador de las ineficiencias económicas resultantes de la infracción y las consiguientes pérdidas causadas a la sociedad en su conjunto por la disminución del bienestar de los consumidores. En definitiva, por tanto, la función indemnizatoria de una demanda por daños causados por infracción del Derecho de la Competencia continúa, en mi opinión, supeditada a su función disuasoria.

²⁵ Sentencia de 5 de junio de 2014, caso Kone y otros, C-557/12 (NCJ058504), apartado 37:

A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación y a una aplicación del Derecho interno de un Estado miembro consistente en excluir de manera categórica, por motivos jurídicos, que empresas participantes en un cartel respondan civilmente por los daños resultantes de los precios que una empresa no participante en dicho cartel ha fijado, teniendo en cuenta la actuación de dicho cartel, en un nivel más elevado que el que habría aplicado de no existir el cartel.

mación activa, esto es, ¿quién puede solicitar el pleno resarcimiento del daño? El artículo 3 de la Directiva 2014/104/UE es claro cuando establece que los Estados miembros velarán por que «cualquier persona» física o jurídica «que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia» pueda reclamar y obtener el «pleno resarcimiento» de dicho perjuicio²⁶. Así configurado, el derecho al resarcimiento se reconoce –legitimación activa– a cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y Administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia.

Como ya se ha indicado anteriormente y será objeto de mayor desarrollo a continuación, la jurisprudencia del TJUE en este punto diluye significativamente las categorías de imputabilidad, en especial la relación de causalidad. Ni la jurisprudencia europea ni la Directiva introducen restricciones de causalidad, sino todo lo contrario, se atribuye legal y jurisprudencialmente legitimación a quien no puede vincular directamente su daño de una cadena de causalidad originada por el ilícito *antitrust*, esto es, por el cartel o abuso de posición dominante. Esto hace que los jueces tengan que comprender que, en este ámbito, no sirven las doctrinas jurisprudenciales tradicionales sobre causalidad en Derecho de Daños creadas en el marco de los Derechos nacionales. Una posición estricta, clásica del Derecho de Daños de corte nacional, respecto del nexo causal en este ámbito puede tener como consecuencia la desestimación de muchas demandas de daños, por no acreditación de este presupuesto, lo que puede llegar a ser contrario al efecto útil de la prohibición del TFUE, con lo que ello significa.

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

4.1. El concepto «cualquier persona» como noción de Derecho europeo

Esta última idea apuntada no es una cuestión menor, pues antes de entrar a analizar cómo se ha configurado la legitimación activa por la Directiva y la jurisprudencia del TJUE, resulta imprescindible realizar una primera apreciación esencial: el amplísimo término utilizado por la Directiva, «cualquier persona» que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia, tiene una primera consecuencia muy relevante: el concepto «cualquier persona» adquiere la condición de Derecho europeo que solo el Tribunal de Justicia está cualificado para interpretar en última instancia.

En efecto, la determinación de qué personas pueden solicitar el pago de la indemnización por los daños ocasionados por una infracción del Derecho de la Competencia es un requisito constitutivo de la responsabilidad regulado por el Derecho de la Unión. La delimitación de las personas que pueden solicitar la indemnización no es una cuestión referente a los detalles de la aplicación concreta de una demanda de indemnización o una norma reguladora de la aplicación efectiva del derecho a solicitar la reparación, que atribuiría competencia para su delimitación o configuración a los Estados miembros, sino que la concreción de la persona que tiene derecho a solicitar la reparación de los daños causados por la infracción del Derecho de la Competencia de la Unión se rige directamente por el Derecho de la Unión y, por tanto, su desarrollo y configuración jurisprudencial corresponde al TJUE.

Ello en tanto que los requisitos constitutivos de la responsabilidad deben ser uniformes en todos los Estados miembros. Lo contrario podría limitar significativamente el derecho a solicitar la reparación. La aplicación de criterios diferentes entre los Estados miembros sobre una cuestión fundamental que afecta de forma directa a la propia existencia del derecho a reclamar una indemnización no solo sería contraria a una de las aspiraciones básicas del Derecho de la Competencia de la Unión, que consiste en crear un marco uniforme para todas las empresas que operan en el mercado interior, sino que afectaría desfavorablemente a la función disuasoria de las demandas de indemnización por daños y perjuicios y, en consecuencia, a la efectividad del Derecho de la Competencia de la Unión, que como se ha visto es un objetivo al que el TJUE ha atribuido especial énfasis en su jurisprudencia.

4.2. Significado del término «cualquier persona»

Que la Directiva, siguiendo la estela marcada por el TJUE, ha querido dejar claro que estamos en una sede donde la relación de causalidad, entendida en sentido tradicional, queda muy diluida, se observa en la ubicación sistemática de determinados conceptos. El

término «cualquier persona» no es sinónimo de «comprador directo» ni «indirecto»²⁷, sino que de una lectura conjunta de los artículos 1, 2 –puntos 2, 6, 23 y 24–, 3, 11 –apartados 2 y sobre todo 4, letra b–, 14 y 15 de la Directiva, así como del propio acervo jurisprudencial del TJUE, se concluye que tienen legitimación activa no solo los compradores «directos» e «indirectos» de los infractores, sino cualquier otra «parte perjudicada». Esto es, «la persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia». La imputación de responsabilidad del infractor frente a un comprador indirecto es, por definición, una relajación del requisito de causalidad.

La Directiva y el TJUE han querido reconocer legitimación activa a todo aquel que pueda acreditar que ha soportado daño producido, directa o indirectamente, por el ilícito anticoncurrencial. Y se lo reconocerá a quien acredite que lo ha retenido en su patrimonio. Ello solo se comprende si se tiene presente el carácter disuasorio de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. No hay que caer en errores dialécticos interesados que complican la *ratio* de la norma. El título que se posea, incluso su configuración jurídico-privada, es irrelevante a estos efectos. El término «cualquier persona» no se detiene en el título que se posea, por ejemplo, compraventa (incluidas segundas compras), *leasing* (con o sin opción de compra), *renting*, etc. Lo relevante para el reconocimiento de los daños por infracción del Derecho de la Competencia es demostrar que se ha soportado y retenido parte del perjuicio derivado directa o indirectamente de un ilícito *antitrust* (*passing-on* espada). Ello se corrobora en la creación jurisprudencial de lo que se ha venido a denominar la doctrina del «efecto paraguas», en la importante Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2014, caso Kone, asunto C-557/12 (NCJ058504).

4.3. La doctrina del efecto paraguas proclamada por el TJUE en el caso Kone

En el caso Kone el TJUE declaró que las «víctimas» del «efecto paraguas», esto es, cualquier persona que sufrió «indirectamente» un perjuicio por el incremento de precios resultante de una infracción del artículo 101 del TFUE, pueden solicitar la reparación de ese perjuicio mediante una demanda civil por daños²⁸ –apartado 34–. Y consideró que el artículo 101 del TFUE se opone a una norma nacional sobre causalidad que excluya de manera categórica la posibilidad de solicitar la reparación del daño ocasionado por el efecto paraguas –apartado 37–.

²⁷ Según el artículo 2 de la Directiva, se entiende por «comprador directo» una persona física o jurídica que haya adquirido directamente de un infractor productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la Competencia; y por «comprador indirecto» una persona física o jurídica que haya adquirido no directamente del infractor, sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la Competencia, o productos o servicios que los contengan o se deriven de ellos.

²⁸ Para un completo análisis, por todos, Olmedo Peralta (2014).

En efecto, el TJUE ha declarado que la víctima de un efecto paraguas sobre los precios (*umbrella pricing*) puede obtener de los miembros de un cartel 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 cartel 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 cartel²⁹.

Ello supone tambalear los cimientos de la causalidad entendida desde una perspectiva estrictamente del Derecho de Daños. El daño causado por un efecto paraguas sobre los precios es consecuencia de una decisión independiente sobre precios adoptada por una persona que no participa en el comportamiento anticompetitivo impugnado. Dicha decisión puede afectar a un enorme número de personas. Y todas ellas entran dentro del término «cualquier persona», creado por el TJUE en el caso *Courage* e institucionalizado por la Directiva. Como resultado de ello, se incrementa considerablemente el número de personas con derecho a exigir indemnización por daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia de la Unión directamente. Y es por ello por lo que el caso *Kone* constituye un hito para consolidar la función disuasoria de la responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia.

Además, en esta sede es especialmente relevante el Considerando 11 de la Directiva en el que se afirma que todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, incluidas las relativas a aspectos no abordados en la Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y los daños y perjuicios, han de observar los principios de efectividad y equivalencia³⁰. Ello quiere decir que no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio

²⁹ Ahora bien, como ha puesto de manifiesto Robles Martín-Laborda (2015a), la intensidad del «efecto paraguas», sin embargo, puede variar dependiendo de factores como el tipo de competencia existente en el mercado (basada en la cantidad o en el precio, en cuyo caso dependerá del tamaño del mercado afectado por el cártel), el grado de homogeneidad del producto (mayor en el caso del azúcar o el papel –en el que, si no hay restricciones de la capacidad productiva, será igual que el del cartel– que en el de los concesionarios de automóviles, puesto que el grado de sustituibilidad es mayor), el poder de mercado del vendedor (mayor si se limita a seguir el precio de mercado que si tiene capacidad para influir en el precio) o la competencia existente en el mercado descendente de los compradores directos (mayor cuanto menor sea el poder de compra de estos). Motivo por el que concluye que la presunción establecida en el artículo 17.2 de la Directiva 2014/104/UE –«las infracciones de carteles causan daños y perjuicios»– probablemente no alcanza al efecto paraguas, al que –a diferencia de los compradores indirectos– aquella no se refiere expresamente. Corresponde al comprador del competidor de los cartelistas perjudicado por estos demostrar la existencia y la cuantía de estos daños causados por el cartel.

³⁰ Sobre el polémico y complejo requisito de «causalidad», proclamado por el Tribunal de Justicia en el caso *Manfredi*, apartado 64, Robles Martín-Laborda (2015b, pp. 1.118 y 1.119).

del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE, o de modo menos favorable que las aplicables a acciones nacionales similares. Cuando un Estado miembro establezca en su Derecho nacional otras condiciones para el resarcimiento, tales como la imputabilidad, la adecuación o la culpabilidad, ha de poder mantener dichas condiciones en la medida en que se ajusten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los principios de efectividad y equivalencia, y a la Directiva. Es cierto que en el caso Kone el TJUE se abstuvo de dar una definición positiva del concepto de «relación de causalidad» a efectos del Derecho de la Unión y dejó el desarrollo del significado del concepto a la jurisprudencia futura, consciente de que en algún momento –más pronto que tarde– tendrá que entrar a fondo³¹. Con todo, el caso Kone deja marcado el camino por donde seguirá la futura jurisprudencia del TJUE.

Lo más trascendente de todo ello es que así configurado el término «cualquier persona» por la doctrina del efecto paraguas, parece que el mismo engloba, además de los compradores directos e indirectos, por una parte, compradores del mismo producto cartelizado de una marca que no participó en el cartel, pero que como consecuencia de la existencia del mismo también subió precios, y por otra, terceros de un mercado no cartelizado al que los compradores directos o indirectos le han subido el precio. Téngase en cuenta que la Directiva define al comprador indirecto como una persona física o jurídica que haya adquirido no directamente del infractor, sino de un comprador directo o de uno posterior productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la Competencia, o productos o servicios «que los contengan o se deriven de ellos». El concepto «se deriven de ellos» acabará teniendo que ser concretado por el TJUE. Pero parece que, por ejemplo, aplicando estos conceptos al famoso «cartel de los camiones» sería comprador indirecto quien compra un camión cartelizado de «segunda o tercera mano», pero sería perjudicado, en el sentido de «cualquier persona», que no de «comprador indirecto», las personas a las que le han subido los servicios de transporte como consecuencia de que el comprador directo o indirecto haya subido sus precios de prestación de servicios como consecuencia de la subida de precios acordada en el cartel³².

³¹ Esta será la clave en la cuestión prejudicial planteada, con fecha de 29 de junio de 2018, en el asunto C-435/18, en la que se pregunta:

¿Deben interpretarse el artículo 85 TCE, el artículo 81 CE o el artículo 101 TFUE en el sentido de que, para preservar la plena efectividad de dichas disposiciones y la efectividad práctica de la prohibición que de ellas resulta, es necesario también que puedan exigir una indemnización a los participantes en un cartel las personas que, aun sin operar como ofertantes o demandantes en el mercado material y territorialmente pertinente afectado por el cartel, actúan en virtud de la legislación vigente como entidades de fomento concediendo préstamos en condiciones favorables a los demandantes de los productos que se ofertan en el mercado afectado por el cartel y cuyo perjuicio consiste en que el importe de los préstamos concedidos como un porcentaje del coste de los productos excede el que se habría concedido en ausencia del pacto colusorio, por lo que no pudieron invertir las sumas correspondientes y obtener el consiguiente beneficio?

³² Esta calificación jurídica es de la máxima trascendencia, por cuanto significa que a efectos de la doctrina del *passing-on*, esto es, la transmisión de sobrecoste, el hipotético sobrecoste del transportista a un

4.4. La legitimación del distribuidor proclamada por el TJUE en el caso Courage

En estos momentos se discute ante los tribunales nacionales si la legitimación de un distribuidor oficial de una marca que ha participado en un cartel es legitimado activo o pasivo. Y lo cierto es que esta cuestión ya ha sido resuelta por el TJUE en el caso Courage, aunque ha pasado algo desapercibido. En efecto, en el marco de las relaciones verticales, el concepto «cualquier persona» incluye al «comprador-distribuidor» al que se incorporan en su contrato cláusulas contrarias al Derecho de la Competencia. El TJUE ha reconocido que el distribuidor independiente (concesionario) es el primer comprador y que, por tanto, tiene legitimación en la acción de daños: pero no la pasiva, sino la activa.

Como estableció el TJUE en el caso Courage –punto 33–, incumbe al órgano jurisdiccional nacional examinar si la parte que alega haber sufrido un perjuicio, en razón de la celebración de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición. Si la conclusión es afirmativa, procede el derecho a ser indemnizado, aun cuando es parte del contrato que incorpora la restricción de la competencia. Si la conclusión es negativa, el distribuidor no tendrá derecho a la indemnización, pero en ningún caso se le puede considerar legitimado pasivo al distribuidor independiente.

5. La legitimación pasiva: sobre la configuración autónoma del concepto «responsable»

En relación con la legitimación pasiva, y aunque no lo recoge expresamente la Directiva 2014/104/UE, de la lectura conjunta de la Directiva se concluye que solo pueden ser «responsables» de los daños causados por ilícito *antitrust* los calificados jurídicamente como «infractores» en resolución firme de una autoridad de la competencia o de un órgano ju-

cliente final es irrelevante en el litigio entre transportista y empresa infractora. El sobrecoste del cliente del transportista está en el marco del efecto paraguas. La doctrina del *passing-on* opera en la relación compradores directos e indirectos, pero no respecto de la doctrina del efecto paraguas. La doctrina del *passing-on*, por tanto, opera cuando se trata de compradores a los que se les traslada el sobrecoste aplicado al producto o servicio cartelizado, pero no opera cuando el sobrecoste incide en la política de precios del perjudicado –comprador directo o indirecto– respecto de sus clientes que operan en un mercado distinto del cartelizado. Esta parece ser la posición adoptada por el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, de 17 de diciembre de 2018. Sobre el *passing-on* y su complejidad, por todos, Estevan de Quesada (2018, p. 291).

risdiccional competente, lo que según el artículo 2.2 de la Directiva 2014/104/UE será «la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la Competencia».

En efecto, aunque no se prevé expresamente, todo el sistema de responsabilidad por daños configurado en la Directiva se cimienta sobre la regla de que es «responsable» la «empresa» declarada «infractora»³³. Así se ha pronunciado expresamente el TJUE en la Sentencia de 14 de marzo de 2019, caso Skanska, apartado 31:

Pues bien, habida cuenta de que la responsabilidad del perjuicio resultante de las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia tiene carácter personal, incumbe a la empresa infractora responder del perjuicio causado por la infracción.

La consecuencia de esta calificación es de la máxima importancia y es lo que dota de singularidad la legitimación pasiva en este ámbito respecto al Derecho de Daños tradicional, como veremos a continuación. Ello por cuanto supone incluir en el ámbito del Derecho de Daños toda la teoría del concepto «empresa» creada en el ámbito de la aplicación pública del Derecho de la Competencia y que, como veremos, diluye las categorías de imputación en el Derecho de la Competencia.

5.1. El concepto «responsable» como noción de Derecho europeo

Al igual que ocurre con el concepto «cualquier persona», el concepto «responsable» es una noción de Derecho europeo que, en última instancia, el TJUE está calificado para interpretar. La determinación de qué personas son responsables del pago de la indemnización por los daños ocasionados por una infracción del Derecho de la Competencia es un requisito constitutivo de la responsabilidad regulado por el Derecho de la Unión, cuya interpretación debe ser uniforme a fin de no perjudicar la función disuasoria de la responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia. En este sentido se ha pronunciado expresamente el TJUE en la Sentencia de 14 de marzo de 2019, caso Skanska³⁴.

³³ En este sentido resulta mucho más clara la redacción del nuevo artículo 71.1 de la LDC que establece expresamente que: «Los infractores del Derecho de la Competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados».

³⁴ Apartado 28: «No obstante, como ha señalado, en esencia, el Abogado General en los puntos 60 a 62 de sus conclusiones, la cuestión de la determinación de la entidad obligada a reparar el perjuicio causado por una infracción del artículo 101 TFUE se rige directamente por el Derecho de la Unión».

Como indicaba el abogado general Wahl en sus conclusiones de 6 de febrero de 2019, posición que ha seguido el TJUE, la determinación de las personas responsables del pago de la indemnización es «la otra cara de la moneda» del derecho a solicitar la reparación de los daños causados por la infracción del Derecho de la Competencia de la Unión. En efecto, la existencia de un derecho a solicitar reparación en virtud del artículo 101 del TFUE presupone el incumplimiento de una obligación jurídica y también presupone la existencia de un responsable de ese incumplimiento. La determinación de las personas responsables, por tanto, afecta directamente a la existencia misma del derecho a reclamar una indemnización. Por consiguiente, en una demanda civil de indemnización por daños y perjuicios presentada ante un tribunal nacional, los responsables del pago de la indemnización por el daño ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia de la Unión han de ser determinados con arreglo al Derecho de la Unión, a la luz del artículo 101 del TFUE o, en su caso, del artículo 102 del TFUE y su jurisprudencia. Ello es lo que dota de singularidad y completa autonomía al concepto «responsable» en esta sede, tal y como se analiza a continuación.

5.2. La «empresa infractora» como sujeto «responsable» en el marco las normas de competencia del TFUE

El punto de partida para desarrollar este apartado se encuentra en el apartado 47 de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019, caso *Skanska*:

De ello se deduce que el concepto de «empresa», en el sentido del artículo 101 TFUE, que es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, no puede tener un alcance diferente en el ámbito de la imposición por la Comisión de multas con arreglo al artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 y en el de las acciones por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión.

Este es, sin duda, uno de los pronunciamientos más relevantes del TJUE en sede de daños y competencia por lo que conlleva desde la perspectiva de la ampliación del término responsable.

En efecto, del tenor del artículo 101 del TFUE, apartado 1, se desprende que los autores de los tratados optaron por utilizar el concepto de «empresa» para designar al autor de una infracción de la prohibición establecida en esta disposición³⁵. De las consideraciones anteriores se concluye, por tanto, que las entidades obligadas a reparar el perjuicio causa-

³⁵ En este sentido, la STJUE de 27 de abril de 2017, caso *Akzo Nobel y otros/Comisión*, C-516/15 P, apartado 46.

do por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 del TFUE son las empresas que hayan participado en el acuerdo o práctica ilícita, en el sentido de esta disposición, esto es, tomando en consideración toda la teoría del concepto empresa construida por el TJUE en sede de aplicación pública de la competencia.

Hecha esta precisión, procede señalar que de reiterada jurisprudencia se desprende que el «concepto de empresa» en el sentido de los artículos 101 y 102 del TFUE comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado, por un lado, que en este mismo contexto debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas, y, por otro lado, que, cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción³⁶.

En ese sistema, la responsabilidad recae sobre los activos económicos, en lugar de sobre una determinada personalidad jurídica. La construcción de la personalidad jurídica tradicional del Derecho privado, fundada en los patrimonios separados, se diluye también en el ámbito del Derecho de la Competencia. Desde un punto de vista económico, por tanto, la misma empresa que cometió la infracción es considerada responsable tanto de las sanciones públicas como de los daños conforme al Derecho privado³⁷. En consecuencia, la imputación de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia tiende a superar los criterios de limitación de responsabilidad de la personalidad jurídica. Para la imputación jurídica de la actividad concurrencial en esta sede no resulta decisiva la de personalidad jurídica, sino la unidad económica. Ello permite atribuir, entre otros, responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia, en determinadas circunstancias y sin que exista una relación de causalidad en sentido estricto entre demandante y demandado, a las matrices por los daños causados por sus filiales infractoras, a las filiales por los daños causados por las matrices, y a las empresas absorbentes los daños causados por las empresas absorbidas, como ahora analizaremos. Por último, nos referiremos a la imputación de responsabilidad de las empresas facilitadoras en tanto que empresas «infractoras».

³⁶ Así, entre otras, sentencias del TJUE de 27 de abril de 2017, caso Akzo Nobel y otros/Comisión, C-516/15 P, apartado 48; de 20 de enero de 2011, caso General Química y otros/Comisión, C-90/09 P, apartados 34 a 36; y de 11 de diciembre de 2007, caso ETI y otros, C-280/06, apartado 38.

³⁷ Como ha señalado el abogado general Wahl en sus conclusiones de 6 de febrero de 2019, apartado 80:

Habida cuenta de que la aplicación en el ámbito público y en el ámbito privado son complementarias y constituyen partes integrantes de un todo, una solución en virtud de la cual la interpretación del concepto de «empresa» fuera diferente dependiendo del mecanismo utilizado para la aplicación del Derecho de la Competencia de la Unión sería simplemente indefendible.

5.2.1. La responsabilidad de las matrices por infracciones de las filiales

En el ámbito de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia las matrices puede ser sujetos responsables, en los términos que se indican a continuación, por los daños causados por sus filiales como consecuencia de la infracción. En efecto, en el ámbito de la aplicación pública del Derecho de la Competencia, la imputabilidad a la sociedad matriz del comportamiento infractor de las filiales es doctrina consolidada del TJUE.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el comportamiento infractor de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica distinta, esa filial no determine de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplique, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas³⁸. Esto es así porque, en una situación como la descrita, la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y constituyen, por tanto, una sola empresa a efectos del Derecho de la Competencia de la Unión.

Además, en el caso específico de que la sociedad matriz posea la totalidad o la cuasi totalidad del capital de la filial que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia de la Unión, existe una presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva en su filial³⁹. Y, por tanto, una presunción como esta implica, salvo que se logre destruirla, que se considera acreditado el ejercicio efectivo de una influencia determinante por la sociedad matriz sobre su filial y permite estimar que la primera es «responsable» del comportamiento de la segunda sin tener que aportar ninguna prueba adicional⁴⁰.

Esta doctrina jurisprudencial ha tenido su reflejo legal, aprovechando la trasposición de la Directiva 2014/104/UE –que es una Directiva de mínimos–, en algunos Estados miembros, como es el caso de Portugal⁴¹ y España, en cuyo nuevo artículo 71.2 de la LDC, letra b, se establece 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».

³⁸ En este sentido, pueden consultarse entre otras, las sentencias del TJUE de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, apartados 131 a 133; de 25 de octubre de 1983, AEG-Telefunken/Comisión, 107/82, apartados 49 a 53; y más recientemente, de 17 de septiembre de 2015, Total/Comisión, C-597/13 P, apartado 35; y de 27 de abril de 2017, caso Akzo Nobel y otros/Comisión, C-516/15 P, apartado 52 a 55.

³⁹ Entre otras, STJUE de 26 de noviembre de 2013, Groupe Gascogne/Comisión, C-58/12 P, apartado 38.

⁴⁰ En este sentido, entre otras, STJUE de 16 de junio de 2016, Evonik Degussa y AlzChem/Comisión, C-155/14 P, apartado 30.

⁴¹ Artículo 3, apartados segundo y tercero, de la Ley n.º 23/2018 de 5 de junio. Sobre el sistema portugués, véase Sousa Ferro (2018, p. 304 y ss.).

5.2.2. La responsabilidad de las filiales por infracciones de las matrices

Mucho más complejo jurídicamente es la imputación de responsabilidad civil a las filiales por la infracción del Derecho de la Competencia por parte de las matrices. Pero recientemente, en sede de aplicación pública, el TJUE ha determinado en qué condiciones se puede considerar responsable solidaria a una filial cuando la misma ha participado directamente en la conducta infractora de su sociedad matriz. Se trata de la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2018, caso Biogaran, asunto T-677/14.

En dicha resolución el TJUE señala que si es posible imputar a una sociedad matriz la responsabilidad de una infracción cometida por su filial y, en consecuencia, considerar a ambas sociedades responsables solidarias de la infracción cometida por la «empresa que constituyen», sin violar el principio de responsabilidad personal, lo mismo sucede *a fortiori* cuando la infracción cometida por la entidad económica que constituyen una sociedad matriz y su filial resulta del concurso de las conductas de esas dos sociedades –apartado 2018–. Añadiendo que, como ha declarado el Tribunal de Justicia, el requisito para imputar a todos los integrantes de la empresa las diversas conductas infractoras que constituyen la práctica colusoria en su conjunto se cumple cuando cada integrante de la empresa ha contribuido a su ejecución, aun de forma subordinada, accesoria o pasiva⁴². Por tanto, parece que cuando la empresa filial intervenga como un mero instrumento del que se ha servido la matriz para trasladar al mercado los efectos distorsionadores de la infracción, pese a no ser declarada infractora del Derecho de la Competencia, podrá acabar siendo responsable civil de los daños que la conducta ilícita haya causado por aplicación del concepto de empresa propio del Derecho *antitrust*.

En este punto es importante señalar que en España ya tenemos algún pronunciamiento, aunque de primera instancia, en el que se imputa responsabilidad civil a la filial por la infracción cometida por la matriz. Se trata de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, en relación con un pleito relativo al «cartel de los camiones». La sentencia reconoce legitimación pasiva de MAN España para soportar el ejercicio de una acción *follow-on* basada en lo resuelto por la Decisión de la Comisión, pese a no encontrarse mencionada la filial española entre los destinatarios de la Decisión, esto es, pese a no ser calificada como infractora por la resolución. La sentencia fundamenta esta «novedosa» posición en cuatro argumentos: el principio de vinculación a su contenido, los conceptos de unidad y continuidad económica propios del Derecho de la Competencia como categoría de superación de los cánones clásicos de responsabilidad personal, las características de la infracción constatada y la configuración societaria de MAN España⁴³.

⁴² Véanse, en este sentido, las sentencias del TJUE de 26 de enero de 2017, *Duravit* y otros/Comisión, C-609/13 P, apartados 117 a 126, y de 8 de julio de 2008, *AC Treuhand/Comisión*, T 99/04, apartado 133.

⁴³ Apoyándose en la doctrina clásica del TJUE sobre la teoría unidad económica, que rechaza un concepto estricto de personalidad jurídica o de grupo como límite a la imputación de conductas anticompetitivas, la sentencia afirma que de los hechos probados resulta que:

5.2.3. La responsabilidad de las entidades absorbentes tras una fusión por infracciones de las absorbidas

Sobre este particular se ha pronunciado el TJUE en la ya reiterada Sentencia de 14 de marzo de 2019, caso *Skanska*. Al igual que en los supuestos anteriores, el TJUE parte del concepto de empresa propio del Derecho de la Competencia y acaba proclamando la responsabilidad civil de las entidades absorbentes. En ella se declara que si una empresa responsable del perjuicio ocasionado por una infracción de las normas de competencia de la Unión pudiera eludir su responsabilidad simplemente por el hecho de que su identidad se ha visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondrían en peligro el objetivo perseguido por este sistema y el efecto útil de dichas normas –apartado 46–. Y se concluye que el artículo 101 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que todas las acciones de las sociedades que participaron en una práctica colusoria prohibida por dicho artículo fueron adquiridas por otras sociedades, que disolvieron aquellas sociedades y prosiguieron sus actividades comerciales, las sociedades adquirentes pueden ser declaradas responsables del perjuicio causado por esa práctica colusoria.

En consecuencia, un cambio jurídico u organizativo no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por el comportamiento infractor de su predecesora si, desde el punto de vista económico, ambas entidades son idénticas. Las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su suce-

MAN España es una sociedad filial española íntegramente controlada por la empresa cabecera del Grupo MAN y que, de acuerdo con su objeto social, se dedica a la explotación de la actividad económica del grupo en nuestro país, es decir, que desarrolla el objeto social del grupo en España, que es fundamentalmente la comercialización de vehículos, algunos de ellos afectados por la conducta cartelizada que sancionó la Decisión. Todo de manera que MAN España no se ocupa de realizar meras tareas de acompañamiento de esa labor de comercialización principal, que ninguna otra entidad del grupo desarrolla en nuestro país en su lugar (cuestiones accesorias como la financiación, la reparación de vehículos, etc.). Al menos nada de eso ha resultado acreditado por MAN España, que no se detiene siquiera a considerar la relevancia de estas circunstancias para la solución del caso y que únicamente invoca un criterio literalista en la interpretación de la Decisión. Los camiones afectados por la conducta cartelista de su matriz se comercializaron en España a través de MAN España, de acuerdo con su objeto y configuración societaria. MAN España no ha demostrado lo contrario... De este modo, lo relevante es que aquí puede advertirse la presencia de una unidad económica con incidencia en la comisión de la infracción que motiva la interposición de la demanda, según las posibilidades advertidas por la doctrina del TJUE. [...] es posible recorrer un camino inverso, de la matriz a la filial, cuando la empresa filial ha intervenido como un mero instrumento del que se ha servido la matriz para trasladar al mercado los efectos distorsionadores de la libre competencia que fundamentan el reproche público de esa conducta, inherentes a los acuerdos anticompetitivos que ha concertado con otros, con o sin una declaración nominal de sus empresas filiales como infractoras a efectos de la sanción pública de esa conducta, pudiendo tal carácter apreciarse en el contexto del ejercicio de una acción *follow-on*. Nada de eso supone desconocer o deformar el efecto vinculante de lo resuelto por la autoridad de competencia, ni diluir los presupuestos de responsabilidad propios del régimen que se actúa.

sora carecen de pertinencia en esta sede por cuanto desde un punto de vista económico la entidad sigue siendo la misma. Y, como acertadamente ha señalado el abogado general Wahl en sus conclusiones a este caso, si el principio de la continuidad económica no se aplicara en el marco de las demandas de indemnización por daños y perjuicios, se debilitaría significativamente el elemento disuasorio derivado de permitir a cualquier persona reclamar daños por una infracción del Derecho de la Competencia de la Unión.

5.2.4. Las empresas facilitadoras del cartel como responsables en las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia

Una empresa facilitadora de un cartel es una empresa que contribuye activamente y con total conocimiento de causa a la puesta en marcha o al mantenimiento de un cartel entre productores que operan en un mercado distinto de aquel en el que opera la citada empresa. Por ejemplo, una empresa asesora que no opera en los mercados afectados y cartelizados⁴⁴. A efectos de nuestro trabajo la cuestión está en si una empresa facilitadora, que por definición no opera en el mercado cartelizado, puede ser declarada responsable civil por los daños causados por las empresas cartelizadas a «cualquier persona». Y como veremos la respuesta debe ser afirmativa, lo cual significa que la causalidad del daño, tal y como se entiende en Derecho privado, «salta por los aires» –si se nos permite la expresión–. Pero ello es irrelevante para el Derecho de la Competencia.

Pues bien, se trata de una cuestión especialmente compleja, en la que no existe unanimidad doctrinal sobre si procede o no calificar a una empresa facilitadora como infractora del artículo 101 del TFUE, pero lo bien cierto es que el TJUE, en su Sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, caso AC-Treuhand AG, así lo declara. El TJUE empieza señalando que no hay nada en la redacción del artículo 101 del TFUE que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en tales acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por estos. Señalando, para el caso concreto, que AC Treuhand –la empresa facilitadora– jugó un papel esencial y similar en las dos infracciones en cuestión analizadas en la resolución, organizando varias reuniones a las que asistió y en las que participó activamente, recogiendo y comunicando a los productores datos sobre las ventas en los mercados afectados, proponiendo actuar como moderador en caso de tensión entre dichos productores y animándolos a llegar a compromisos, a cambio de una remuneración. Por lo que, entiende el TJUE, el comportamiento de la empresa facilitadora se inscribe directamente en la actividad de los productores dirigida a negociar y controlar el cumplimiento de las obligaciones que contrajeron en los acuerdos, de manera que el propio objetivo de los servicios prestados por AC Treuhand sobre la base de los contratos de prestación de servicios celebrados con dichos productores era la realización, con total conocimiento de causa, de los objetivos contrarios a la competencia de

⁴⁴ Sobre las prácticas facilitadoras y su tratamiento *antitrust*, por todos, Estevan de Quesada (2012).

que se trata, concretamente, la fijación de precios, el reparto de los mercados y clientes y el intercambio de información comercial sensible. Motivo por el que el TJUE concluye que en el asunto en cuestión concurren los requisitos necesarios para declarar válidamente la responsabilidad de la empresa facilitadora por su participación en los acuerdos y prácticas concertadas de que se trata.

Por tanto, actualmente el que colabora con un cartel –empresa facilitadora– puede ser considerado infractor y sancionado como coautor de una conducta contraria al artículo 101 del TFUE, aunque no ejerza una actividad económica en el mercado afectado por la restricción de la competencia. Y como la responsabilidad civil se imputa por la Directiva a la «empresa» declarada «infractora» es evidente que, en estos momentos, una empresa facilitadora ostenta legitimación pasiva en las acciones de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia. Ello, no obstante, como luego se verá al analizar el régimen previsto para la responsabilidad conjunta y solidaria, no significa que la empresa facilitadora deba soportar en última instancia el pago de las acciones de daños, sino que, en tanto que infractora responderá de los daños sufridos frente a cualquier persona perjudicada y posteriormente podrá repetir lo pagado por ella a la empresa cartelizada responsable del daño que ella ha abonado.

6. La responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas infractoras

Cuando varias empresas infrinjan conjuntamente las normas sobre competencia, la Directiva 2014/104/UE opta expresamente por establecer, con independencia de la calificación que dicha actuación podría tener en cada Estado miembro, que esos coinfractores sean «conjunta y solidariamente» responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción –relación externa de la solidaridad–, estableciendo supuestos de inaplicabilidad de la regla de solidaridad en el caso de pymes y del solicitante de clemencia, y previendo algunas pocas reglas respecto de la relación interna de la solidaridad, tratando de proteger especialmente al beneficiario de la clemencia⁴⁵.

El artículo 11.1 de la Directiva 2014/104/UE, y el artículo 73.1 de la LDC por extensión, proclama la solidaridad de las empresas coinfractoras del Derecho de la Competencia y regula la relación externa de la solidaridad, señalando que el perjudicado tiene derecho a exigir el pleno resarcimiento de cada una de ellas hasta ser plenamente indemnizado. Se

⁴⁵ Como es sabido, en la solidaridad de deudores, que es el caso que aquí nos ocupa, es necesario distinguir entre la relación externa y la relación interna. La primera se corresponde con las relaciones entre los deudores solidarios y el acreedor común. La segunda con la distribución de responsabilidad entre los codeudores. Sobre la solidaridad y, en particular, sobre la responsabilidad conjunta en nuestro ordenamiento, Gómez Ligüerre (2005). En ámbito del Derecho de la Competencia, sobre la solidaridad de infractores, Peña López (2018, pp. 204 y ss.).

trata de una norma tuitiva o de protección de los intereses del perjudicado⁴⁶, inspirada en la figura de la *joint and several liability* propia del *Common law*, que para los casos de *concerted action* permite tratar de la misma forma a quienes decidieron actuar de forma conjunta en el tráfico o desarrollar una actividad en común⁴⁷.

6.1. La excepción para las pymes

Frente a esta regla general de la solidaridad entre empresas coinfractoras, el artículo 11.2 de la Directiva, y el artículo 73.2 de la LDC, exceptiona a las pymes, las cuales responden solo ante sus compradores directos e indirectos⁴⁸. Ahora bien, para ello se deben dar varios requisitos cumulativos, tal y como se concluye por el uso de la conjunción copulativa «y» por parte de la Directiva. Primero, la calificación como pyme⁴⁹. Segundo, que la cuota de mercado en el respectivo mercado de referencia ha sido inferior al 5 % en todo momen-

⁴⁶ Como ha puesto de manifiesto la doctrina, por la solidaridad pasa todo el derecho de obligaciones; y por la obligación de reparar, todo el Derecho de Daños. En Derecho privado «solidaridad» significa uno por todos o, mejor dicho, todos y cada uno por el todo. La solidaridad tiene repercusiones en las dos finalidades propias del Derecho de Daños: la compensación y la prevención. En el actual Derecho de Daños la solidaridad cumple funciones de garantía, de reducción de los costes de identificación y de sanción. En concreto, la responsabilidad solidaria evita a juzgador y víctima la prueba de la distribución en el seno del grupo de esos deberes conjuntos y alternativos de cuidado. Causado el daño e imputable este a la actuación del grupo, todos responden solidariamente. Ya distribuirán en la relación interna las respectivas responsabilidades en función de las propias reglas de funcionamiento. Sobre todas estas cuestiones Gómez Ligüerre (2005, pp. 335 a 337).

⁴⁷ Regla que no es nueva en nuestro Derecho especial –por ejemplo, artículo 132 del RDLCYU, en materia de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos–; y que va en la línea de las propuestas de *softlaw* en materia de daños –artículo 9:101.1 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, elaborados por el European Group on a Tort Law; y artículo 6:105 del Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Europeo, elaborados por el Study Group on a European Civil Code–.

⁴⁸ Se trata de una decisión de política legislativa que no estaba presente en los textos previos a la Directiva –ni Libro Verde, ni Libro Blanco, ni Propuesta de Directiva– y que fue introducida por primera vez por enmienda del Parlamento Europeo durante la tramitación de la Directiva, durante el primer semestre de 2014. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 17 de abril de 2014. Como destaca Brokelmann (2015, p. 14), al margen de que este trato privilegiado de las pymes infractoras parece olvidar que en el lado de los damnificados también puede haber pymes que de esta forma ven limitadas sus posibilidades de obtener una compensación íntegra, se trata de una norma que quizás podría tenerse en cuenta en fase de ejecución, pero que poco tiene que ver con la regulación civil de la responsabilidad solidaria. Por esta razón, tres Estados miembros (Alemania, Polonia y Eslovenia) se abstuvieron en la votación de la Directiva en el Consejo. Sobre la excepción por pyme, véase Peña López (2018, pp. 209 y ss.).

⁴⁹ En este sentido, la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DO L 124 de 20.5.2003, p. 36) recoge en su artículo 2.1 que:

La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

to durante la infracción del Derecho de la Competencia, cuya carga corresponde a ella. Y, tercero, que la aplicación de la regla de la solidaridad mermaría irremediabilmente su viabilidad económica y causaría una pérdida de todo el valor de sus activos⁵⁰. Si se cumplen estos requisitos, la pyme solo responde ante sus propios compradores directos e indirectos, y no rige la regla de la solidaridad. Pero si no se cumplen estos requisitos, no opera la excepción para la pyme, y por tanto rige la regla de la solidaridad frente a los perjudicados.

Ahora bien, aun cumpliendo los requisitos para ampararse en el privilegio de la excepción, regirá la regla de la solidaridad, con independencia de la cuota de mercado y de las consecuencias económicas que ello comporte al infractor, cuando se dé uno de estos tres supuestos⁵¹: primero, que la pyme haya dirigido la infracción. El término «dirigido» engloba tanto si se ha dirigido individualmente como si se era miembro de un grupo reducido de empresas que dirigían la infracción. Segundo, que la pyme, aun no habiendo dirigido la infracción, haya coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción. Tercero, que la pyme haya sido declarada culpable de cualquier otro ilícito *antitrust*. En este caso, aunque la norma no lo dice expresamente, parece que debe entenderse que dicha declaración de culpabilidad debe recogerse en una resolución firme.

En esta sede resulta de interés destacar cómo algunos Estados, entre los que no se encuentra España, como Francia, Bélgica y Portugal, al trasponer la Directiva han establecido una cuarta causa de inaplicación de la regla de excepción para la pyme, no prevista en la Directiva: que cualquier persona perjudicada no haya podido ser resarcida de ninguna otra empresa coinfractora. Se trata de una medida de calado, que es coherente con la función resarcitoria y disuasoria de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia, y que España debería introducir.

6.2. La excepción para el beneficiario de la clemencia

La otra excepción frente a la regla de la solidaridad de infractores se prevé para el beneficiario del programa de clemencia⁵². Ello solo se entiende desde la perspectiva de la

⁵⁰ Así como el segundo requisito, de relativa complejidad técnica, su apreciación vendrá determinada por un informe pericial, y el papel del juzgador será muy limitado –o inexistente–; en cambio sí que parece que el papel del juez pueda tener mayor importancia en la apreciación del tercer requisito –con independencia de que también se requiera informe pericial–.

⁵¹ Artículo 11.3 de la Directiva 2014/104/UE. En este caso, el uso de la conjunción disyuntiva «o» en el precepto comporta que el privilegio se pierde por la concurrencia de una de las tres circunstancias previstas en el precepto.

⁵² De hecho, como es sabido, el establecimiento de un marco jurídico unificado y tuitivo respecto a la relación entre los programas de clemencia y la aplicación privada ha sido una de las causas principales de la aprobación de la Directiva. Sobre dicha relación, entre otros, Martí Moya (2012, pp. 229 y ss.) y Kirst y Van den Berg (2016, pp. 1 a 30).

segunda función del sistema de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia instaurado por la Directiva 2014/104/UE: la tuición de los programas de clemencia en la aplicación pública del Derecho *antitrust*.

Partiendo de lo establecido en el Considerando 38⁵³, el artículo 11.4 de la Directiva 2014/104/UE establece que el beneficiario de clemencia en el marco de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia no responde como regla en régimen de solidaridad. Este únicamente es responsable de los daños causados por el ilícito frente a sus compradores o proveedores directos o indirectos. Ahora bien, como excepción, y en coherencia con el principio de pleno resarcimiento del daño como principio inspirador de la normativa, el beneficiario de clemencia sí responderá por los daños sufridos por «cualquier persona» perjudicada distinta de sus compradores o proveedores cuando estos no se hayan podido resarcir plenamente del resto de infractores. Se trata, por tanto, de una responsabilidad de carácter subsidiario, correspondiendo la carga de la prueba de la imposibilidad de resarcimiento de terceros infractores al perjudicado-demandante.

En esta sede, lo más llamativo de la trasposición al ordenamiento jurídico español se encuentra en la delimitación de beneficiarios de esta excepción. El artículo 73.4 de la LDC se refiere a «los sujetos beneficiarios», y el uso del plural puede generar alguna duda interpretativa. La Directiva prevé la excepción del régimen de solidaridad para un solo sujeto: el primero en solicitar clemencia y obtener una exención total de la multa —«los Estados miembros velarán por que un beneficiario de clemencia sea responsable conjunta y solidariamente...»—. El artículo 2, punto 19, de la Directiva es claro. El concepto «beneficiario de la dispensa» se refiere a toda «empresa o persona física» a la que una autoridad de la competencia «haya eximido del pago» de multas en el marco de un programa de clemencia. La Directiva no extiende el privilegio a los otros infractores que habiendo solicitado clemencia hayan conseguido una reducción parcial de la multa. No es esta la finalidad de la Directiva. Y no es esta la posición de aquellos ordenamientos que ya han transpuesto la Directiva —Italia se refiere a «il beneficiario dell'immunità»; o de forma mucho más clara, Francia se refiere al «bénéficiaire d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence»—. Por tanto, se trata de una cuestión que podrá ser objeto de conflicto en los asuntos nacionales y que, en pro de una mejor técnica jurídica, debería reformarse.

6.3. La responsabilidad interna de los infractores

Delimitado el régimen de la solidaridad externa, la Directiva 2014/104/UE procede a establecer una serie de pautas sobre las reglas de responsabilidad interna en la solidaridad entre infractores. Como regla general, cada infractor, con independencia de la solidaridad

⁵³ Véase nota 18. Sobre la excepción para el beneficiario de clemencia, véase Peña López (2018, pp. 213 y ss.).

en su vertiente externa frente a todo perjudicado, en la relación interna entre infractores responde en función de su responsabilidad relativa, lo que engloba tanto el daño sufrido por sus compradores directos e indirectos, como el porcentaje que le corresponda por el daño sufrido por cualquier otro perjudicado que no sea comprador directo ni indirecto de ninguno de los infractores –efecto paraguas–.

El cálculo de dicha cuota y el establecimiento de los criterios para su determinación, tales como el volumen de negocios, la cuota de mercado o su función en el cartel, son cuestiones que la Directiva remite al Derecho nacional aplicable, con el límite del respecto a los principios de efectividad y equivalencia⁵⁴. Esta cuestión puede resultar peliaguda, por lo que hubiera sido conveniente una unificación de criterios y directrices, que por la propia remisión a los principios de efectividad y equivalencia se antoja acabara formulando en su doctrina el TJUE. En este sentido, es llamativo que únicamente Portugal haya decidido regular este aspecto, adoptando la posición más coherente con las reglas de determinación de responsabilidad en el Derecho de la Competencia, esto es, utilizar como criterio principal la cuota de mercado, salvo prueba en contrario, en cuanto al papel desempeñado por cada coinfractor en la infracción.

También debe resaltarse que la Directiva no se pronuncia sobre algunas de las cuestiones típicas de la relación *ad intra* de la solidaridad. Y la remisión al Derecho nacional puede tener efectos importantes, pues no todos los ordenamientos jurídicos regulan la relación *ad intra* en iguales términos. Nada se prevé expresamente respecto a si el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación, respecto a si en el ámbito de la relación *ad intra* rige la regla de la mancomunidad o de la solidaridad⁵⁵, ni respecto a los plazos para el ejercicio de dicha acción⁵⁶.

Por su parte, proclamada la responsabilidad relativa en el marco de la relación interna en la solidaridad entre infractores por ilícito *antitrust*, la Directiva 2014/104/UE, con la fina-

⁵⁴ Considerando 37 de la Directiva 2014/104/UE.

⁵⁵ A este respecto parece que hay dos elementos para sostener el carácter mancomunado de la relación *ad intra* en la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. El primero, el carácter disuasorio de la aplicación privada de la Competencia. Resulta más disuasorio para los potenciales infractores un Derecho de Daños basado en un sistema de solidaridad *ad extra* y mancomunidad *ad intra*, que un sistema de solidaridad *ad extra* y *ad intra*. El segundo, de la expresión «pueda recuperar de cualquier otro infractor una contribución» utilizada por la Directiva parece que nos debe llevar a esta conclusión de que estamos en presencia de una suerte de mancomunidad.

⁵⁶ Ni la Directiva 2014/104/UE ni la LDC prevén tampoco referencia alguna respecto al plazo para el ejercicio de esta acción de repetición en el seno de la relación interna entre infractores. Se trata por tanto de una cuestión que queda configurada con arreglo a Derecho nacional. En nuestro caso, cinco años, ex artículo 1964.2 del CC. La diversidad de plazos existentes en el Derecho nacional de los Estados miembros, así como la importancia que la acción esta llamada a tener, probablemente aconsejaría una unificación del plazo para el ejercicio de esta acción de repetición en el ámbito europeo.

lidad de no perjudicar al beneficiario de clemencia –segundo principio inspirador de la Directiva–, establece reglas específicas para este. Su responsabilidad interna frente a otros infractores queda limitada a un máximo: la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Si dicho máximo no ha sido alcanzado, el beneficiario de la clemencia responde, en relación con el perjuicio ocasionado a terceros distintos de los compradores o proveedores directos o indirectos, en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio. Pero si dicho importe se ha alcanzado, el beneficiario de clemencia ya no responde internamente.

7. La prescripción en el marco de la responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia

La prescripción ha sido desde sus orígenes una de las cuestiones que ha preocupado al legislador europeo en materia de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. Si en alguna materia resultaba necesaria una armonización esta era, sin duda, la relativa a los plazos para el ejercicio de la acción de daños, como vehículo a través del cual conseguir el pleno resarcimiento. La diversidad de sistemas y plazos existentes en el Derecho nacional era un elemento distorsionador muy significativo. Frente al año de España⁵⁷, encontrábamos los cinco de Italia o los seis del Reino Unido⁵⁸. Plazos muy cortos, como los de nuestro ordenamiento, podían incluso llegar a afectar al principio de efectividad⁵⁹. Por ello resultaba necesaria una primera armonización a través de la Directiva 2014/104/UE.

7.1. La doctrina del TJUE sobre prescripción y responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia

Un ejemplo de lo que se acaba de exponer lo representa la reciente Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2019, caso Cogeco, asunto C-637/17 (NCJ064065). De ella interesa destacar dos cuestiones. Por un lado, la calificación de «los plazos de prescripción» como «modalidad de ejercicio del derecho a reclamar el pleno resarcimiento» –apartado 45–, que es lo

⁵⁷ Aunque la Directiva se configura a partir de la naturaleza extracontractual del daño por infracción del Derecho de la Competencia, en España la naturaleza contractual o extracontractual del daño no ha sido una cuestión pacífica hasta la STS de 8 de junio de 2012, caso Acor, en cuyo FJ decimosegundo cierra el debate proclamando el carácter extracontractual del daño.

⁵⁸ Aunque en este último caso, junto con el plazo de general de seis años convivía el plazo de dos años para las acciones *follow-on actions*. Véase Herrero Suárez (2016, p. 170). Sobre el régimen de prescripción en el Reino Unido, Whish y Bailey (2012, pág. 315).

⁵⁹ Como ya señaló el TJUE en el caso Manfredi, apartados 78 a 81, respecto de la prescripción.

que permite que cada ordenamiento sea libre de determinar el plazo concreto, con respeto al límite mínimo establecido por la Directiva 2014/104/UE. Por otro, que una norma nacional que fija la fecha a partir de la cual se inicia el plazo de prescripción, la duración y las modalidades de la suspensión o de la interrupción debe adaptarse a las particularidades del Derecho de la Competencia y a los objetivos de la aplicación de las normas de este Derecho por las personas afectadas, a fin de no socavar la plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE.

Ello tiene como consecuencia, teniendo en cuenta que el ejercicio de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia de la Unión exige un análisis fáctico y económico complejo, que la duración del plazo de prescripción no puede ser tan corto que, junto con las demás reglas de prescripción, haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a reclamar el resarcimiento. Por ello es necesario la conformidad de las reglas de prescripción en su conjunto con las exigencias del principio de efectividad.

En el caso concreto, el TJUE analiza el sistema de prescripción portugués y acaba resolviendo que el Derecho de la Competencia de la Unión Europea y el principio de efectividad deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional como la portuguesa, que, por una parte, establece que el plazo de prescripción de las acciones por daños empieza a correr a partir de la fecha en la que la persona perjudicada tuvo conocimiento de su derecho a indemnización, aun cuando no se conociese el responsable de la infracción y, por otra parte, no prevé posibilidad alguna de suspensión o de interrupción de ese plazo en el transcurso de un procedimiento seguido ante la autoridad nacional de la competencia.

De ello se concluye que, para determinar la compatibilidad de las reglas de prescripción nacionales, anteriores a la trasposición de la Directiva, aplicadas al ámbito de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia, es necesario analizar el régimen de la prescripción en su conjunto. Los plazos son un indicador relevante, pero no el único. Mientras que es evidente que el plazo de un año del sistema general español es muy corto, su interacción con el régimen de determinación del *dies a quo* –y su desarrollo jurisprudencial– y con el régimen de interrupción⁶⁰, puede ser más compatible con el principio de efectividad que sistemas como el portugués, con un plazo de tres años pero con un régimen como el descrito en el caso Cogeco.

7.2. Reglas específicas de la prescripción en la responsabilidad civil por el Derecho de la Competencia

En este contexto, partiendo del considerando 36 de la Directiva 2014/104/UE, el artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE implanta una serie de reglas mínimas que todo ordenamien-

⁶⁰ Como es sabido, en nuestro ordenamiento rige la regla de la interrupción, que no de la suspensión, ex artículo 1973 del CC.

to de los Estados miembros deberá respetar y que son coherentes con los planteamientos indicados. La Directiva trata de ofrecer una regulación tuitiva con el perjudicado, tomando en consideración el carácter especialmente complejo, tanto jurídica como económicamente, de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia.

En concreto, se establece que los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la Competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la Competencia; b) que la infracción del Derecho de la Competencia le ocasionó un perjuicio, y c) la identidad del infractor. Se fija que el plazo para el ejercicio de una acción por daños sea de al menos cinco años, que es el plazo que han fijado la mayoría de Estados miembros, entre ellos España en el artículo 74 de la LDC. Y se exige que se suspenda o, en función del Derecho nacional, se interrumpa el plazo si una autoridad de la competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionar en relación con una infracción del Derecho de la Competencia con la que esté relacionada la acción por daños, por un plazo, como mínimo, de un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma⁶¹.

De todo ello se concluye que la prescripción se articula en la Directiva como una medida más de tución del perjudicado por el ilícito *antitrust* y de disuasión de los potenciales infractores. El derecho del perjudicado al pleno resarcimiento prima sobre el derecho del infractor a no estar excesivamente expuesto a las acciones de daños.

Por último, señalar que la trasposición del régimen de prescripción a los ordenamientos nacionales se ha producido sin demasiados cambios. Simplemente el Reino Unido sigue manteniendo un sistema de plazos combinados algo complejo⁶².

Destacando, como peculiaridad reseñable, el sistema establecido en Italia, en cuyo artículo 9.4 han previsto unas reglas especiales de prescripción para las acciones de daños ejercitadas contra los infractores solidarios que se han beneficiado del privilegio pyme o del privilegio del beneficiario de la clemencia, en el sentido de que para estos el plazo de prescripción empieza a correr cuando resulta acreditado que no se ha podido obtener el pleno resarcimiento del daño de ninguna otra empresa infractora⁶³.

⁶¹ Asimismo, se interrumpirá el plazo cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados. La interrupción, sin embargo, solo se aplicará en relación con las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia.

⁶² Véase Rodger (2018, pp. 383 a 388).

⁶³ Sobre el sistema italiano, véase Lopopolo (2018, pp. 209 y ss.).

8. Breve referencia a las reglas específicas respecto de la prueba del daño y su cuantificación

Sin duda, el punto más complejo en las acciones de daño por infracción del Derecho de la Competencia es el relativo a la prueba del daño y su cuantificación⁶⁴. La Directiva ha venido a establecer una serie de reglas de suma importancia, pero se estiman no suficientes, atendida la especial complejidad de estos procedimientos. La experiencia vivida en otras ramas del Derecho próximas a este, como el Derecho de la Propiedad Industrial, y el carácter mayoritariamente desestimatorio de la pretensión de daños en las acciones ejercidas hasta el momento, nos llevan a la conclusión de que todavía queda camino por recorrer⁶⁵.

En este nuevo régimen de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia, la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la Competencia corresponderá a la parte demandante. Y si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios, pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión con base en las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños. Presumiéndose, además, que las infracciones calificadas como cartel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario.

Siendo ello un avance muy significativo, es cierto que, en España, desde la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, caso azúcar –*leading case* español en la materia hasta el momento–, en cierta manera ya había declarado lo exigible a los informes periciales en esta sede y, sobre todo, había proclamado la aplicación de la doctrina del daño *ex re ipsa* en el marco de la infracción del Derecho de la Competencia⁶⁶.

⁶⁴ Véase, recientemente, por todos, Martorell Zulueta (2019, pp. 77 y ss.).

⁶⁵ En efecto, al igual que ocurre en esta sede, la complicación en la cuantificación del daño ha llevado al legislador nacional y europeo a ir creando medidas tendentes a simplificar su estimación, tales como el beneficio del infractor, la licencia hipotética o, en el caso, español, el daño normativo del artículo 43.5 de la Ley de Marcas. Véase Massaguer Fuentes (2018, pp. 94 y ss.).

⁶⁶ FJ 7.º, punto 3:

En cuanto a la crítica del método valorativo utilizado en el informe pericial de las demandantes, pone de manifiesto la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Es lo que la propuesta de Directiva llama la comparación entre la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la «situación hipotética contrafáctica», esto es, la que hubiera acaecido de no producirse la práctica ilícita. Para la propuesta, esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio. Lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. La

Con todo, y pese a los intentos del legislador de favorecer y simplificar la cuantificación del daño, la realidad de los procesos existentes en estos momentos nos lleva a la conclusión de que las medidas adoptadas no son suficientes. Y en estas circunstancias nos conducen a defender la necesidad de establecer, al estilo de lo realizado en propiedad industrial, un «daño normativo»⁶⁷.

Partiendo del hecho de que nos encontramos en un ámbito *ex re ipsa*, y atendidas las múltiples y singularidades complicaciones que requiere cuantificar el daño en sede de infracción del Derecho de la Competencia, parecería adecuado que el legislador, en lugar de transmitir la responsabilidad de «estimar el importe de la reclamación» a los jueces, debería acoger un concepto normativo de daño, como medida para la defensa de la integridad económica del perjudicado y como medida disuasoria de la infracción. Si se tiene en cuenta que en la gran mayoría de los carteles los daños por sobreprecio se sitúan en un umbral comprendido entre el 0 % y el 30 %, siendo el porcentaje entre el 10 % y 20 % el más común⁶⁸, parece que prever un daño normativo próximo al 10 %, pudiendo acreditarse por el perjudicado que, en el caso del cartel concreto, el daño fue superior, y por la empresa infractora que, en el cartel concreto, el daño fue menor, sería una solución adecuada a los intereses que proteger.

Con este sistema no se alteraría la estructura propia de la responsabilidad civil por infracción del Derecho *antitrust* y no se introduciría un componente punitivo, sino que, así configurado, conservaría su naturaleza resarcitoria, respetaría los derechos de defensa de ambas partes, simplificaría mucho la prueba del daño, mejoraría significativamente los informes periciales de los demandados –que actualmente se limitan a negar la existencia de daño– y contribuiría a la función disuasoria de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia.

Sala entiende que el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que, por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada. En un caso como el que es objeto del recurso, en que la demandada ha realizado una conducta ilícita generadora de daños, puede afirmarse con carácter general que no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado, sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada, especialmente por el obstáculo que para la reserva de la liquidación de los daños y perjuicios a la ejecución de sentencia suponen las previsiones contenidas en los arts. 209.4 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otra solución sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado.

⁶⁷ Sobre el concepto de daño normativo y su régimen jurídico en propiedad industrial, Massaguer Fuentes (2018, pp. 55 y ss.). A este respecto también resulta interesante el trabajo de Medina Alcoz (2018, pp. 5 y ss.).

⁶⁸ Oxera *et al.* (2009, p. 91), figura 4.1.

9. Conclusiones

Como se ha podido comprobar a lo largo de este trabajo, el Derecho de la Competencia europeo asiste a su propio renacimiento, a su momento más trascendente desde su constitución. La responsabilidad civil por infracción del Derecho de la competencia está irrumpiendo con fuerza en los órganos jurisdiccionales nacionales de toda Europa. Por tanto, es imprescindible que todos los juristas, y los jueces en especial, comprendan que estamos en presencia de un «Derecho especial de Daños» que rasga las vestiduras del Derecho de Daños clásico y de corte nacional, por cuanto, como ha dicho el TJUE, es Derecho de la Competencia. No se trata solo de resarcir, sino también de disuadir la infracción y proteger al solicitante de clemencia. Esto es algo que los jueces nacionales tienen que interiorizar. Han de comprender que son jueces de competencia y no jueces de daños. Y ello supone un cambio de paradigma a la hora de afrontar muchos de los problemas que se plantean en el marco de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia.

El carácter disuasorio del Derecho de la Competencia altera por completo algunas de las categorías clásicas del Derecho de Daños, en particular las reglas de imputabilidad y prueba y valoración del daño. El amplísimo término «cualquier persona» para la legitimación activa, con la doctrina del efecto paraguas, diluye la causalidad. La doctrina del concepto «empresa» en sede de legitimación pasiva, esto es, en sede de sujeto «responsable», deconstruye la personalidad jurídica tal y como se entiende en el Derecho privado clásico, lo que permite, entre otros, imputar responsabilidad a matrices por infracciones de las filiales y viceversa. El principio de efectividad del Derecho de la Competencia conlleva que normas nacionales de prescripción aplicadas a este ámbito sean declaradas contrarias al TFUE. Y la función de protección del solicitante de clemencia, específica del Derecho de la Competencia, tiene como consecuencia que este ostente una posición de privilegio en sede de responsabilidad civil frente al resto de coinfractores.

Pero todavía queda mucho por recorrer. Se trata de un Derecho que está configurándose tanto jurisprudencial como legalmente. En sede jurisprudencial, todavía hay que perfilar muchas instituciones, como dónde queda en realidad la relación de causalidad en este ámbito y cómo operan las reglas de prueba y cuantificación del daño. Y en sede legal, se intuye que todavía hay que avanzar en la armonización de algunas reglas en sede de responsabilidad solidaria y prescripción. Pero, sobre todo, en lo relativo a la simplificación de la cuantificación del daño. Como se ha propuesto en el trabajo, partiendo del hecho de que nos encontramos en un *ámbito ex re ipsa*, y atendidas las múltiples y singularidades complicaciones que requiere cuantificar el daño en esta sede, parece adecuado que el legislador acogiera un concepto normativo de daño, que bien configurado no alteraría la estructura propia de la responsabilidad civil y contribuiría a la función resarcitoria del perjuicio y a la función disuasoria de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia.

En conclusión, parafraseando al maestro Garrigues, «Derecho vivo» en su máxima esencia. Derecho que está configurándose en los juzgados de toda en Europa, por lo que muchos intereses hay en juego. Y Derecho del que todos nosotros tenemos en estos momentos el privilegio y la responsabilidad de trabajar por que sea «un mejor Derecho», como nos alentaba Von Ihering en su conocida obra *La lucha por el Derecho*.

Referencias bibliográficas

- Alonso Soto, R. (2013). La aplicación privada del Derecho de la Competencia. En Font Ribas y Gómez Trinidad (Coords.), *Competencia y acciones de indemnización*. Madrid: Marcial Pons.
- Berenguer Fuster, L. (2011-2012). ¿La piedra de Sísifo o el tejido de Penélope? Idas y venidas de la noma de la UE para la reclamación de daños en materia de competencia. En *Anuario de la competencia*. Marcial Pons.
- Brokelmann, H. (2015). La Directiva de daños y su transposición en España. *Revista General de Derecho Europeo*, 37.
- De Ángel Yágüez, R. (2012). *Daños punitivos*. Civitas-Thomson.
- De la Vega García, F. (2017). *La clemencia (leniency) en el Derecho de la Competencia (antitrust): exención o reducción de multas en casos de cartel*. Dykinson.
- Díez Estella, F. (2019). La aplicación privada del Derecho de la Competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11.
- Díez Estella, F. y Pérez Fernández, P. (2014). La directiva de acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia. *Revista Aranzadi Unión Europea*, 7.
- Díez Picazo, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.
- Estevan de Quesada, C. (2012). *Las prácticas facilitadoras. Control de la colusión en los mercados oligopolísticos*. Tirant.
- Estevan de Quesada, C. (2018). La repercusión de sobrecostos y cuantificación del perjuicio en las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia. En *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*. Tirant.
- Gómez Ligüerre, C. (2005). *Solidaridad y responsabilidad: La responsabilidad conjunta en el derecho español de daños*. Universitat Pompeu Fabra.
- Herrero Suárez, C. (2016). La transposición de la directiva de daños *antitrust*. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8.
- Kirst, P. y Van den Berg, R. (2016). The European directive on damages actions: a missed opportunity to reconcile compensation of victims and leniency incentives. *Journal of Competition Law & Economics*, 12.
- Komminos, A. (2008). *EC Private Antitrust Enforcement*. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Lopopolo, S. (2018). Italy. En Rodger, Ferro y Marcos (Dirs.), *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States*. Oxford.

- Marcos, F. (2013). Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012). *Global Competition Law Review*, 6(4).
- Martí Moya, V. (2012). Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso Pfeiderer (C-360/09). *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 10.
- Martorell Zulueta, P. (2019). Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral. En *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*. Tirant.
- Massaguer Fuentes, J. (2018). *Acciones y procesos de infracción de derechos de propiedad industrial*. Civitas-Thomson.
- Medina Alcoz, L. (2018). La equidistribución del coste de la incertidumbre causal en el Derecho de Daños. *Revista CEFLegal*, 211-212.
- Olmedo Peralta, E. (2014). 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. *La Ley Mercantil*, 7.
- Oxera et al. (2009). *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission*
- Peña López, F. (2018). *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia*. Tirant.
- Robles Martín-Laborda, A. (2015a). El carácter expansivo del daño causado por los carteles y el juego de las presunciones (II): El efecto paraguas. Recuperado de <<http://derechocompetencia.blogspot.com>>.
- Robles Martín-Laborda, A. (2015b). 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.
- Rodger, B. (2018). United Kingdom. *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States*. Oxford.
- Rodger, Ferro y Marcos. (Dir.). (2018). *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States*. Oxford.
- Ruiz Peris, J. I. (2016). Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del Derecho de la Competencia a la responsabilidad compartida. En Ruiz Peris (Dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- Ruiz Peris, J. I. (2018). El sistema europeo de compensación de daños en material de competencia. *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*. Tirant.
- Ruiz Peris, J. I. (Dir.). (2019). *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*. Thomson-Aranzadi.
- Sousa Ferro, M. (2018). Portugal. En *The EU antitrust damages directive: Transposition in the Member States*. Oxford.
- Whish, R. y Bailey, D. (2012). *Competition Law*. Nueva York: Oxford University Press.