

ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

PATRICIA VIDAL MARTÍNEZ

TOMÁS ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO

Abogados del Departamento de Derecho de la Competencia y UE de Uría Menéndez

(Publicado en *La Ley Mercantil*, n.º 38, 2017)

FICHA TÉCNICA

Resumen: Se analizan en este trabajo las principales novedades de Derecho sustantivo introducidas en el Ordenamiento español por el Real Decreto-Ley 9/2017, por el que se traspone en España la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre acciones de daños por infracciones de las normas de defensa de la competencia. El Real Decreto-ley, al igual que la Directiva, tiene por objeto facilitar que todos los afectados por este tipo de ilícitos sean efectivamente resarcidos por los daños sufridos. La norma de transposición plantea numerosos retos y arroja interrogantes que deberán ser aclarados a la luz de la futura práctica de nuestras autoridades y tribunales.

Palabras Clave: Reclamaciones de daños, compensación, *passing-on*, infracciones de competencia, responsabilidad solidaria.

Abstract: This document analyses the main developments in substantive law introduced into the Spanish legal system by Royal Decree-Law 9/2017 which transposes EU Directive 2014/104/EU on actions for damages for competition law infringements. Both the Royal Decree-Law and the Directive aim to ensure that parties affected by this type of wrongdoing

are effectively compensated for the damages suffered. The transposition rule poses several challenges and raises doubts that must be clarified by our authorities and judges.

Key words: Damages claims, compensation, passing-on, competition infringements, joint and several liability.

1. INTRODUCCIÓN

En materia de Derecho de la competencia, tanto el Ordenamiento de la Unión Europea como el español tradicionalmente se han concentrado en lo que suele conocerse como la aplicación pública de las normas de defensa de la competencia; es decir, en la investigación y sanción de las infracciones por parte de las autoridades administrativas. No obstante, en los últimos años, siguiendo también la tendencia de otros países como Reino Unido o Estados Unidos, se aprecia un cambio importante de modelo. Si bien el foco principal sigue recayendo sobre la actuación de investigación y sanción por las autoridades de defensa de la competencia, cuyo mandato es la defensa del interés general, ha cobrado una relevancia creciente el interés privado de los particulares a los que los ilícitos de la normativa de defensa de la competencia haya causado algún daño. Todo ello se traduce en la necesidad de potenciar la aplicación privada del Derecho de la competencia.

El desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia ha sido desigual en los países de nuestro entorno. En lo que respecta, en particular, a las reclamaciones de daños, las diferencias en la regulación y la práctica de los tribunales nacionales hacían que el éxito de una reclamación dependiese, en buena medida, de la jurisdicción ante la que se pudiese o decidiese plantear el litigio. En este escenario, la Comisión Europea identificó ya en su Libro Blanco de 2 de abril de 2008 la necesidad de armonizar en los Estados miembros, al menos, los aspectos básicos relativos a las reclamaciones de daños por ilícitos concurrenciales. Tras un intenso debate y una consulta pública ello se tradujo en 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 (la “**Directiva**”).

Si bien el plazo previsto para la transposición por parte de los Estados miembros vencía el 27 de diciembre de 2016, solo una minoría de ellos lograron cumplir el plazo, lo que ya es un indicio de la dificultad que esta tarea entraña. El Reino de España dio cumplimiento a tal obligación por medio del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (el “**Real Decreto-ley**”), que entró en vigor el 27 de mayo de 2017.

Las novedades que introduce el Real Decreto-ley en el Ordenamiento español en lo relativo a la transposición de la Directiva pueden distinguirse entre (i) aquellas de carácter procesal, que tienen reflejo en los nuevos artículos 283 bis a) a 283 bis k) de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y (ii) las de carácter sustantivo, que introducen un nuevo Título VI en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la “**LDC**”), así como algunas modificaciones accesorias (como la de la letra c) del apartado 3 del artículo 64, sobre circunstancias atenuantes al graduar las sanciones de competencia, o la de la disposición adicional cuarta, relativa al concepto de cártel).

El objeto de este trabajo es señalar las principales novedades introducidas por el Real Decreto-ley en la LDC, así como plantear algunas reflexiones sobre los efectos que de ellas se podrían derivar y que afectarían a la aplicación privada del Derecho de la competencia en España. Las modificaciones procesales que introduce el Real Decreto-ley en la Ley de Enjuiciamiento Civil serán objeto de análisis en otro trabajo de esta misma edición.

2. RESPONSABILIDAD POR LAS INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

2.1 Ámbito objetivo

El nuevo artículo 71 de la LDC consagra el principio de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia, considerando como tales toda infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“**TFUE**”) o de los artículos 1 o 2 de la LDC. Es decir, resultará de aplicación tanto a aquellas infracciones cuyos posibles efectos se limiten al territorio nacional o a un mercado definido dentro del mismo y, por tanto, únicamente lo sean de los artículos de la LDC, como

las que puedan tener un efecto en el comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea, en contravención de las prohibiciones establecidas en el TFUE.

Entendemos que esta nueva regulación será aplicable a reclamaciones que se deriven de infracciones de estos artículos, con independencia de que la infracción haya sido declarada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la “CNMC”), las autoridades de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas, la Comisión Europea, los tribunales nacionales o europeos o, aunque con un alcance más limitado, incluso las autoridades y tribunales de otros Estados miembros.

Los artículos 1 y 2 de la LDC se refieren, respectivamente, a la prohibición de acuerdos y prácticas restrictivas entre empresas y a la del abuso de posición dominio. Por otra parte, en virtud del artículo 3 de la LDC se proscriben los actos de competencia desleal que falseen la libre competencia y puedan afectar al interés público. No obstante, el Real Decreto-ley, a diferencia de la propuesta de ley de trasposición que preparó en su día la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, excluye expresamente de su ámbito de aplicación las infracciones del artículo 3 de la LDC, cuyas reclamaciones de daños se regirán por lo establecido en la Ley de Competencia Desleal.

2.2 Ámbito subjetivo

La responsabilidad por las infracciones se predica, en la redacción del nuevo artículo 71 de la LDC, respecto de la empresa infractora así como de las empresas o personas que la controlan. Este sistema de responsabilidad relativa a los daños causados por la infracción va más allá de lo que exigía inicialmente la Directiva y pone en entredicho la aplicación de la doctrina clásica del levantamiento del velo que venían aplicando nuestros tribunales para atribuir en vía civil a una sociedad la responsabilidad por las conductas realizadas por otra (véase, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2011, nº de recurso 1802/2006, y de 11 de octubre de 2002, nº de recurso 754/1997).

La atribución de responsabilidad a las matrices de control por las infracciones de competencia de las filiales que se consagra en el nuevo artículo 71 de la LDC plantea numerosas dudas desde el punto de vista de su aplicación práctica. Como punto de partida, debemos preguntarnos si tendrá que responder por los daños también la empresa matriz que no hubiera

sido declarada responsable en la resolución que determine la existencia de una infracción o si también pueden declararse responsables a otras empresas del mismo grupo (por ejemplo, sociedades hermanas de la infractora).

En este sentido, debe mencionarse que, en su práctica reciente, la CNMC, como ya hacía la Comisión Europea, ha declarado en el marco de los expedientes sancionadores que las sociedades matrices de aquellas que hubieran participado directamente en la conducta anticompetitiva (no así las sociedades hermanas -véase por ejemplo el caso *Aristrain*¹-) son solidariamente responsables de la infracción y del pago de la multa. Pues bien, aunque resulta evidente que en tales casos el demandante podrá invocar la declaración de responsabilidad incluida en la resolución administrativa para sustentar la reclamación dirigida a la matriz, la atribución de responsabilidad a la matriz no parece que opere de manera tan automática cuando no se ha producido un pronunciamiento de la autoridad en este sentido.

En ausencia de pronunciamiento expreso (y firme) de la autoridad de competencia sobre la responsabilidad de la matriz, la literalidad del nuevo artículo 71 de la LDC podría llevar a considerar que la responsabilidad de las empresas que controlen a aquella que hubiere participado en la conducta reprochable tiene carácter automático. Si bien esta lectura podría ser correcta, será, al menos, necesario probar que la matriz efectivamente controla a la filial imputable.

En este sentido, conviene recordar que el concepto de control del Derecho de la competencia es un concepto autónomo que no coincide, necesariamente, con los que resultan de aplicación en otros ámbitos (como el contable o el fiscal). Con carácter general, el control en materia de defensa de la competencia se refiere a la capacidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa. En el caso particular de atribución de la responsabilidad a las empresas matrices por los ilícitos concurrenciales cometidos por sus filiales, los tribunales españoles y europeos han venido determinando que tal atribución dependerá de si la empresa infractora podía determinar de forma autónoma su comportamiento comercial en el mercado o, por el contrario, aplicaba las instrucciones de la sociedad matriz. Por ello, la responsabilidad en

¹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 2 de octubre de 2003 en el asunto C-196/99P, *Aristrain c. Comisión*, aclaró que las sociedades no son responsables de las infracciones que en materia de competencia puedan cometer sus empresas hermanas. Así, la atribución de responsabilidad únicamente afecta a las matrices en vía ascendente y no colateral.

relación con las reclamaciones de daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia no puede derivarse únicamente de la tenencia de la mayoría de los derechos de voto de una sociedad, sino que tendrá que probarse que ambas se encuentran bajo la misma unidad de decisión y que la filial no tenía autonomía para determinar su conducta en el mercado.

Dicho lo anterior, tanto los tribunales europeos como nacionales han venido considerando que existe una presunción *iuris tantum* de control -que, en la práctica, es difícilmente rebatible- cuando la matriz es titular de la totalidad de los derechos de voto de la filial (o de un porcentaje cercano al cien por cien). En cambio, cuando no resulte aplicable esta presunción, la carga de la prueba sobre el control de la presunta matriz corresponderá a la autoridad de competencia (en el marco del expediente administrativo) y al demandante (en los procedimientos de reclamación de daños), que podrán apoyarse en varios indicadores, como el nombramiento de directivos, el sistema de control interno y en la involucración efectiva de la matriz en el día a día y en la toma de decisiones relevantes. A estos efectos, en lo que se refiere a la práctica de nuestros tribunales, nos remitimos, por todas a las sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 2015, relativas a los recursos contra la resolución del cártel de *Bombas de Fluidos* (nº de recurso 1038/2013 y 1039/2013).

A la luz de estos precedentes, no cabe excluir que los jueces y tribunales que conozcan de reclamaciones de daños por ilícitos de competencia puedan verse influidos por esta práctica administrativa a la hora de declarar a las sociedades matrices responsables de los daños causados por los ilícitos de competencia en los que han participado sus filiales. No obstante, también podría darse el caso de que nuestros tribunales pudieran decidir desarrollar una línea jurisprudencial propia que se aparte de estos precedentes.

2.3 Ámbito temporal

Si bien el Real Decreto-ley entró en vigor al día siguiente al de su publicación, su Disposición transitoria primera establece que los nuevos artículos de la LDC que se introducen en su artículo 3 (a pesar de que muchos de ellos tienen más un contenido procesal que de competencia, por ejemplo, las presunciones de la causación de un daño, los documentos de los expedientes administrativos de las autoridades de defensa de la competencia que se pueden traer al pleito civil, etc.) no tendrán efecto retroactivo. Por su parte, esta misma

disposición establece que las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducidas en su artículo 4, cuyo análisis no es objeto de este trabajo, serán aplicables únicamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor. Por tanto, durante un tiempo, el régimen establecido en el Real Decreto-ley convivirá con el cauce genérico para la reclamación de responsabilidad extracontractual que resulta de aplicación en la actualidad y presenta diferencias sustantivas, principalmente, en relación con el acceso a medios de prueba, la necesidad de probar el daño y su cuantificación y los plazos de prescripción. Estas cuestiones se abordarán con mayor detalle en las secciones siguientes.

3. DERECHO AL PLENO RESARCIMIENTO

3.1 Daño emergente, lucro cesante e intereses

El espíritu de la Directiva, plasmado en el nuevo artículo 72 de la LDC, se basa en el principio de que todo perjudicado tiene derecho a ser íntegramente compensado por los daños y perjuicios sufridos. Es decir, la norma pretende que el perjudicado sea restituido a la misma posición en la que habría estado en ausencia del ilícito de competencia. Por tanto, la indemnización deberá incluir no solamente el daño emergente, sino también el lucro cesante y el pago de los intereses. Esta previsión normativa en puridad no introduce ninguna novedad en la práctica de nuestros tribunales, que ya han admitido plenamente que el resarcimiento de los daños debe cubrir el lucro cesante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1106 del Código Civil en relación con la responsabilidad extracontractual, y los intereses (véase la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2013, en el asunto *Azucareras*, nº de recurso 2472/2011).

Nada dice el Real Decreto-ley sobre el cálculo de los intereses pese a que la Directiva establece claramente que son un elemento esencial del resarcimiento y que deben exigirse *“desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en el que se abone la indemnización”*. Al contrario, si recurriésemos a la norma general establecida en el artículo 1100 del Código Civil, los intereses solamente serían exigibles desde el momento en el que se exija judicialmente la compensación.

En nuestra opinión, el principio de interpretación conforme abogaría por un cálculo de intereses en el mismo sentido que señala la Directiva, si bien la fijación de la fecha relevante

para su cálculo podría resultar complicada debido a que en ocasiones no será evidente el momento en el que se produjo el daño.

3.2 Ausencia de sobrecompensación

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos como el estadounidense, tanto la Directiva como el Real Decreto-ley excluyen de manera expresa la posibilidad de que las reclamaciones de daños por infracciones de las normas de defensa de la competencia conlleven una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas. Se impide, por tanto, que el demandante pueda beneficiarse de un enriquecimiento injusto que iría más allá del objetivo de la Directiva y del Real Decreto-ley que, como ya hemos dicho, consiste en colocar a la parte que ha sufrido el daño en la situación en la que habría estado en su ausencia.

Bajo esta misma filosofía, el Real Decreto-ley establece dos mecanismos adicionales dirigidos a limitar la sobrecompensación de los daños sufridos por el demandante. Por un lado, podrá excluirse o al menos reducirse la cantidad a indemnizar si el denunciante hubiese repercutido parte del sobrecoste a sus clientes. Por otro lado, podrá reducirse la compensación si parte del daño pudiese atribuirse a su propia conducta negligente o culposa un agravamiento del daño.

3.3 Legitimación y jurisdicción

El nuevo artículo 72 de la LDC establece que “*cualquier persona*” -física o jurídica- que haya sufrido un perjuicio tendrá “*derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria*”. Por lo tanto, reconoce legitimación activa para interponer una demanda de daños a cualquier sujeto potencialmente afectado, con independencia de que mantenga una relación contractual directa con las empresas infractoras. En este marco se incluyen por tanto desde consumidores y usuarios, hasta clientes industriales de las empresas sancionadas o clientes de estas últimas empresas (esto es, clientes directos e indirectos -que además merecen una definición expresa en la Directiva y apartado tres del artículo 3 del Real-Decreto-ley) o proveedores.

Es más, también se reconocerá legitimación activa a aquellos sujetos que puedan haberse visto negativamente afectados por las conductas infractoras en la medida en que sus proveedores directos e indirectos, si bien no han formado parte de la conducta infractora, han visto influida su política comercial y de precios por las empresas infractoras. Estos casos son

los que se conocen como “*efecto paraguas*” y que normalmente tienen lugar en el caso de infracción de cárteles. Véase en ese sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de junio de 2014, en el asunto C-557/12, *Kone AG y otros contra ÖBB-Infrastruktur AG*, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el *Oberster Gerichtshof* y en la que se confirmó que las empresas participantes en un cártel pueden tener que responder civilmente por los daños resultantes de los precios de una empresa que no participó en tal infracción, cuando estos se hayan fijado a un nivel más elevado del que habría aplicado de no existir el cártel.

En cuanto a la legitimación pasiva, parece que el Real Decreto-ley establezca la responsabilidad objetiva y automática del infractor. No establece otros requisitos relativos, por ejemplo, a la culpabilidad de la parte contra la que se plantee la reclamación de resarcimiento. Por supuesto, será necesario que el demandante pruebe la existencia de un nexo causal entre la infracción y el daño, pero la legitimación pasiva parece asegurarse por el mero hecho de que el demandado haya sido considerado infractor de las normas de defensa de la competencia.

Si bien es cierto que la imposición de sanciones en aplicación de las normas de Derecho de la competencia por parte de la CNMC y la Comisión Europea requiere la concurrencia de un elemento de culpabilidad, la existencia misma de infracción puede predicarse incluso en ausencia de negligencia o dolo. Por tanto, cabe preguntarse si la declaración de infracción en un procedimiento sancionador que, por no concurrir el elemento de culpabilidad, no conlleve la imposición de sanciones, puede dar lugar a la reclamación de daños derivados de tal infracción con base en una responsabilidad de carácter objetivo -o cuasi objetivo- del infractor.

En cuanto a la jurisdicción competente, el nuevo articulado de la LDC establece que las demandas deberán ventilarse en la jurisdicción civil, pero no aclara si serán competentes los juzgados de lo civil o de lo mercantil. En este sentido, merece la pena recordar que, en aplicación de lo establecido en el artículo 86 ter. 2) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los juzgados de lo mercantil conocerán de las acciones relativas a los procedimientos de aplicación de los artículos 101 o 102 del TFUE y, en conexión con lo establecido en la Disposición adicional primera de la LDC, de los artículos 1 o 2 de la LDC. A la luz de esta

previsión, resulta razonable afirmar que una acción en la que el demandante -en ausencia de resolución sancionadora de la autoridad administrativa- requiera al juzgado la declaración de una infracción y el reconocimiento de su derecho de resarcimiento (denominadas acciones “*stand alone*”) deberá ser conocida por los juzgados de lo mercantil, al ser necesario aplicar los artículos 101 o 102 del TFUE o 1 o 2 de la LDC.

En cambio, no puede descartarse que nuestros tribunales consideren que el escenario puede ser diferente si nos encontramos ante una acción en la que la pretensión del demandante se limite al reconocimiento de su derecho de resarcimiento una vez que la resolución sancionadora del órgano administrativo ha adquirido firmeza (conocidas como acciones “*follow on*”). En tal supuesto, habida cuenta que ya se ha declarado la comisión de la infracción, habrá que ver cuál es la interpretación de nuestros tribunales sobre la jurisdicción civil o mercantil.

4. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA

4.1 Principio general

El Real Decreto-ley, cumpliendo con el mandato de la Directiva y por medio del nuevo artículo 73 de la LDC, introduce un principio general de responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas que hayan sido declaradas conjuntamente infractoras de la normativa de competencia. El caso arquetípico serían los acuerdos de cártel entre empresas competidoras.

Por tanto, salvo que concurran determinadas excepciones que se desarrollan en los siguientes apartados, el perjudicado podrá optar por reclamar a todos los infractores o dirigirse solamente contra algunos, aunque también contará, en este segundo caso, con la posibilidad de reclamarles la totalidad del daño.

El hecho de que el régimen de solidaridad establecido en esta disposición (que recordemos, no tiene “efecto retroactivo”) sea de solidaridad “propia” (esto es, *ex lege*, por contraposición a la solidaridad *impropia*, que viene determinada en la sentencia condenatoria) hace que, en aplicación del artículo 1144 del Código Civil, las reclamaciones entabladas contra uno o varios de los infractores interrumpan la prescripción también frente a los demás deudores solidarios y además, no serán obstáculo para que el demandante se dirija contra los demás con posterioridad hasta que cobre por completo la indemnización correspondiente al daño. Dado

que esta disposición supuestamente carece de efecto retroactivo, habrá que ver cómo la interpretan nuestros tribunales y si admiten su aplicación en relación con infracciones que se sancionaron antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley o que finalizaron antes de esa fecha (aunque no se haya declarado su existencia en resolución administrativa).

De acuerdo con lo anterior, si fuese declarada la existencia de una infracción conjunta (ya sea por el juez o por la resolución firme del órgano administrativo), el demandado no podrá negar el carácter solidario de la obligación de resarcimiento.

El principio de solidaridad también conlleva que el demandado podrá oponer todas las excepciones que le sean propias y, si tuviera que pagar por cuenta de otros infractores, también aquellas que puedan minorar la cantidad que corresponderá a aquellos. Si no lo hiciera, el demandado correría el riesgo de no recuperar la totalidad de la indemnización cuando ejerza la acción de regreso.

4.2 Excepciones

4.2.1 Pequeñas y medianas empresas

Como excepción al principio general, en el apartado 2 del nuevo artículo 73 de la LDC se prevé que las pequeñas o medianas empresas -conforme a la definición de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo-, solamente serán responsables ante sus propios compradores (ya sean directos o indirectos). Por tanto, no tendrá que responder frente a los compradores de los demás infractores ni de los que, sin ser compradores de ninguno de ellos, alegasen la existencia de un daño por el denominado “*efecto paraguas*” al que ya nos hemos referido. Este régimen más favorable tiene su justificación en el mayor riesgo que supondría para una empresa de menor dimensión tener que hacer frente al pago de la totalidad del daño causado por la infracción en su conjunto.

En cualquier caso, para que opere esta excepción será necesario que concurran las siguientes condiciones:

- que la cuota de mercado de la empresa sea inferior al 5% en todo momento durante la infracción; y

- que la regla de la solidaridad pueda mermar irremediamente la viabilidad de la empresa y causar una pérdida de todo el valor de sus activos.

En cuanto al primer requisito, parece razonable entender que no podrá superarse la cuota del 5% en el mercado relevante en el que se haya desarrollado la infracción y en el que estén presentes el resto de infractores a los que se les atribuye la responsabilidad conjunta -sí pudiendo darse cuotas superiores en otros mercados-. No debería referirse a la cuota de participación de la empresa en la infracción -que es el concepto acuñado por la CNMC en su actual metodología de cálculo de multas- sino a la cuota en el mercado relevante, como hemos indicado (y que puede ser significativamente distinta a su cuota de participación en la infracción). Asimismo, en nuestra opinión, la referencia a “*en todo momento durante la infracción*” no tendrá que referirse en todo caso a la totalidad de la duración de la infracción, sino que deberá circunscribirse al periodo de participación atribuido a la empresa demandada (que podrá ser menor).

El segundo de los requisitos ciertamente tendrá que ser objeto de desarrollo jurisprudencial, ya que la literalidad del precepto nos llevaría a concluir que solamente operará la excepción cuando se produzca efectivamente una pérdida completa del valor de la compañía. No obstante, parecería lógico que pudiese explorarse la aplicación de excepción también a aquellos supuestos en los que, sin conllevar irremediamente la pérdida completa de valor, la responsabilidad solidaria pueda mermar gravemente la actividad y requerir el cese de varias actividades -aunque no de todas- y el despido de una parte significativa de la plantilla.

Adicionalmente, el articulado introducido por el Real Decreto-ley excluye la aplicación de la excepción a la infractora cuando, pese a tratarse de una pequeña o mediana empresa, hubiera dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en ella, o hubiese sido declarada previamente culpable de una infracción del Derecho de la competencia. En relación con este segundo supuesto, se echa en falta un mayor grado de concreción por parte del legislador. El texto no aclara si la exclusión de la excepción opera únicamente cuando existe reincidencia e identidad de tipo infractor o se predica de otras conductas. Es más, pese a que consideramos que una lectura correcta de este artículo permitiría afirmar que la referencia a infracciones del Derecho de la competencia únicamente cubriría las de los artículos 101 o 102 del TFUE o del 1 o 2 de la LDC, por analogía con la descripción del

nuevo artículo 71 de la LDC, este extremo no está completamente claro en la redacción actual del artículo 73 de la LDC.

4.2.2 Empresa beneficiaria de exención bajo el programa de clemencia

Al facilitar la interposición de demandas por daños causados por infracciones del Derecho de la competencia, el legislador es consciente que puede menoscabar la eficacia y los incentivos que tienen las empresas que, habiendo participado en un cártel, estén considerando solicitar clemencia a la autoridad al amparo de los artículos 65 y 66 de la LDC o de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11).

Si bien la solicitud de clemencia y la colaboración con la autoridad de competencia en el descubrimiento y declaración de infracción de un cártel les permitiría obtener una exención del pago de la multa correspondiente o, en su caso, una reducción de su importe, la aplicación de este tipo de programas parte de la premisa básica de que la empresa debe reconocer su participación en la infracción. Es más, el cuestionamiento de los hechos que constituyen la infracción por parte del solicitante de clemencia podría poner en peligro la inmunidad o la reducción condicional del importe de la multa, ya que la CNMC o la Comisión Europea podrían considerarlo un incumplimiento de su deber de colaboración. Con carácter adicional, los beneficiarios de decisiones de inmunidad o reducción a menudo deciden no recurrir las resoluciones sancionadoras -que adquieren firmeza en lo que a ellos respecta-, mientras que en relación con otros infractores la resolución no será firme hasta el momento en el que sea confirmada en vía judicial.

En este contexto, las empresas que solicitan clemencia podrían verse afectadas por su colaboración con la autoridad de competencia en mayor intensidad que aquellas que no colaboraron de cara al resarcimiento de los posibles daños y perjuicios. Como punto de partida, mientras las demás empresas sancionadas posiblemente recurran la sanción, la que solicitó clemencia no lo haga y la resolución -al menos la que adopte la CNMC- suele publicarse habitualmente en la página web de la autoridad en fechas cercanas a su adopción (vid. el artículo 69 de la LDC y el artículo 23 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero,). Por lo tanto, un potencial demandante podrá tener acceso al relato de los hechos así como al reconocimiento de la

infracción expresado por los solicitantes de clemencia con facilidad y dirigir prioritariamente su acción contra el demandante de clemencia.

En este contexto, el infractor que haya solicitado clemencia estará más expuesto a las reclamaciones de daños que el resto de empresas que hayan participado en la conducta sancionada. En este escenario, el legislador europeo, y el español en cumplimiento de su obligación de transposición, han introducido dos excepciones a la regla de solidaridad que benefician exclusivamente al solicitante de clemencia al que le ha sido concedida la inmunidad. Estas empresas solamente serán responsables:

- frente a sus clientes directos e indirectos; y
- de forma subsidiaria, frente a otros perjudicados únicamente cuando no hayan podido obtener el pleno resarcimiento del daño del resto de empresas implicadas en la infracción.

El mismo principio regirá en lo que se refiere a la posibilidad de repetición por parte de otros infractores que hubieran pagado una indemnización. En tales casos, el importe de la contribución del beneficiario de exención no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores directos o indirectos.

Con esta excepción el legislador se ha asegurado no solamente de que las normas que impulsan las reclamaciones de daños no supongan un obstáculo para los solicitantes de clemencia, sino que además se incluye un incentivo adicional al de la exención del pago de la multa y es la limitación de las posibles reclamaciones por daños a las de sus compradores, directos o indirectos.

Es llamativo el hecho de que tanto la Directiva como el Real Decreto-ley limitan este beneficio al beneficiario de la exención, quedando fuera aquellas empresas que también solicitaron clemencia en el marco de la investigación, pero que solamente obtuvieron una reducción del importe de la multa. Con esta exclusión el legislador trata de incentivar a las empresas para que sean las primeras en solicitar clemencia y aportar valor añadido, de manera que aseguren tanto la inmunidad frente a la sanción como la limitación de la responsabilidad por daños.

4.3 Acciones de repetición

El apartado 5 del nuevo artículo 73 de la LDC sigue el principio general de nuestro Ordenamiento, consagrado en el artículo 1145 del Código Civil, en virtud del cual el deudor solidario que se hizo cargo del pago puede ejercitar la acción de regreso contra los demás deudores solidarios para reclamarles la parte que corresponda a cada uno de ellos.

En cuanto a cómo se debe calcular la parte de la indemnización que corresponde reclamar a cada uno de los infractores, el Real Decreto-ley se limita a indicar que la cuantía se determinará “*en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado*”. Sin embargo, guarda silencio sobre los criterios que deben emplearse para determinar ese grado de responsabilidad relativa. En este punto, es posible que nuestros tribunales acudan por vía interpretativa al considerando 37 de la Directiva, que incluye a modo de ejemplo varios criterios tanto objetivos como subjetivos de la infracción para determinar la responsabilidad relativa. Entre ellos se encuentra el volumen de negocios de las empresas, su cuota de mercado o la función que han tenido en la infracción. No obstante, en último término se remite al Derecho nacional aplicable que, como hemos indicado, no aporta mayor guía al respecto. En todo caso, no es descartable que nuestros tribunales también puedan tomar como referencia la información que incluye la CNMC en sus resoluciones sancionadoras para determinar el importe de la sanción, como puede ser la responsabilidad y cuota de relativa de cada empresa en las ventas afectadas por la infracción o la concurrencia de agravantes o atenuantes.

El infractor contra el que repita aquel que hubiera satisfecho la indemnización podrá oponer los argumentos que estime oportunos, ya que podría considerar que la cantidad satisfecha por el primero al demandante inicial era excesiva. De ahí que debería haberse arbitrado en la reforma algún mecanismo que permitiera intervenir al tercero responsable solidario en el procedimiento principal, para poder hacer valer ya en aquella sede lo que a su derecho convenga. El actual artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no parece cubrir estos casos puesto que se refieren a una intervención provocada prevista por ley, aunque no es descartable que nuestros tribunales puedan interpretarlo de modo flexible cuando se trata de responsables solidarios.

Por último, es importante señalar que el plazo que tendrá el infractor que pagó la indemnización para repetir contra el resto de empresas infractoras será de 5 años desde el momento en el que realizó el pago, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1964 del Código Civil.

5. PLAZOS PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

5.1 Nuevo plazo para el ejercicio de acciones

El legislador europeo estableció en la Directiva que todos los Estados miembros deberían garantizar un plazo mínimo de 5 años para reclamar daños derivados de ilícitos de las normas de defensa de la competencia. El Real Decreto-ley ha traspuesto esta obligación al Ordenamiento español mediante el artículo 74.1, fijando el plazo en el mínimo exigido por la Directiva, esto es, 5 años. Esta es una de las novedades más importantes que ha introducido la transposición de la Directiva al Ordenamiento español. Se pasa del plazo de 1 año establecido en el artículo 1968 del Código Civil con carácter general para las acciones de reclamación de daños extracontractuales, a 5 años, que coincide con el plazo para la reclamación de responsabilidad contractual del artículo 1964 del Código Civil.

Como ya hemos indicado, el Real Decreto-ley establece el principio de irretroactividad de las modificaciones introducidas a la LDC. Parece, por tanto, que no podrán beneficiarse de la nueva normativa los afectados que, al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley no hubieran reclamado dentro del plazo de 1 año previsto por el régimen actual del Código Civil. En cambio, merece la pena preguntarse qué pasará con aquellas acciones que no hubieran prescrito en el momento de la entrada en vigor. ¿Contarán estos afectados con un plazo adicional hasta llegar a los 5 años? La respuesta es sin duda incierta.

También es dudoso -y tendrá que ser analizado por nuestros tribunales- si este plazo de prescripción aplica a las conductas que ya hubieran cesado a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley pero todavía no fuesen objeto de investigación o solamente a aquellas que se inicien con posterioridad a la entrega en vigor o no hubieran terminado en ese momento.

5.2 *Dies a quo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción*

El apartado segundo del nuevo artículo 74 de la LDC prevé que el cómputo del plazo comenzará cuando la infracción hubiese cesado y el perjudicado tenga conocimiento o haya podido tenerlo de:

- la conducta y el hecho de que es constitutiva de infracción;
- el perjuicio ocasionado por la infracción: y
- la identidad del infractor.

Estos requisitos no resultan especialmente novedosos, pues ya fueron recogidos por el Tribunal Supremo en la sentencia Céntrica (núm. de recurso 2120/2011). No obstante, la forma en la que el Real Decreto-ley ha recogido el segundo de los requisitos plantea ciertas dudas de interpretación. En concreto, el nuevo artículo 74 se refiere al conocimiento del perjuicio y no de la existencia de un perjuicio (como en cambio, era la literalidad de la Directiva). Cabe, por tanto, plantearse si el *dies a quo* comenzará cuando el potencial demandante sea consciente de la mera existencia del daño (asumiendo que se cumplen el resto de requisitos, y que parece ser la posición adoptada por la Decisión) o será también necesario que cuente con los elementos necesarios para determinar la cuantía y naturaleza concretas del daño. En este último caso, la interpretación literal de la norma llevaría en la práctica a declarar que la acción es imprescriptible, lo que no parece que haya sido la intención del legislador. Sería deseable que en la fase de enmiendas que se puedan introducir tras la convalidación del Real Decreto-ley el pasado día 22 de junio de 2017 y su tramitación como propuesta de ley se subsane esta imprecisión y se concrete la intención del legislador.

5.3 Interrupción de los plazos

El plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de daños es un plazo de prescripción, por lo que es susceptible de interrupción (no de suspensión). El nuevo artículo 74 prevé dos supuestos específicos de interrupción de la prescripción que vienen a complementar al régimen general aplicable.

El primero de ellos se refiere al inicio por parte de una autoridad de competencia de una investigación o procedimiento sancionador relativo a una infracción del Derecho de la

competencia. Cabría por tanto entender que cualquier actuación por parte de una autoridad, incluida una inspección o un requerimiento de información, sería suficiente para interrumpir la prescripción y se reanudaría el cómputo del plazo de cinco años a partir del momento en el que terminase el incidente de suspensión. En concreto, y de acuerdo con lo previsto en el nuevo artículo 74 de la LDC, la interrupción terminaría un año después de que la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento sancionador alcance firmeza. Esta firmeza puede alcanzarse por el mero trascurso del plazo para recurrir o, lo que probablemente suceda en la mayor parte de los casos, tras resolverse los correspondientes recursos contra la resolución sancionadora ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El segundo de los supuestos prevé la interrupción del plazo cuando se inicie un procedimiento de solución extrajudicial de disputas. No obstante, tal interrupción solamente afectará a las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución de la controversia y hasta un máximo de 2 años. A la vista del plazo máximo durante el que podrá estar suspendido el procedimiento, parece razonable que los jueces decidan conceder plazos menores, de manera que incentiven una rápida resolución de la controversia. Del mismo modo, la redacción del nuevo artículo 81 establece esta posibilidad como una potestad del juez, que podrá denegar la suspensión, por ejemplo, cuando pueda afectar negativamente al interés general o de terceros, como establece el régimen general previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Adicionalmente, es llamativo que este plazo no parece coincidir con el que se regula en la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles que también establece una excepción en su artículo 4 pero que se refiere a casos de suspensión (no de interrupción) cuando se inicie un procedimiento de mediación. En cambio, en aplicación de lo previsto en el apartado cuarto nuevo artículo 74 de la LDC, el inicio de un procedimiento de mediación (como mecanismo de solución de controversias) supondría la interrupción (no la suspensión) del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción. Este conflicto de normas podría resolverse por la aplicación de la LDC como ley especial (siendo, además, la ley posterior). En cualquier caso, se espera que la práctica de nuestros tribunales aclare esta cuestión.

6. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y TRIBUNALES COMPETENTES

6.1 Efectos de resoluciones firmes de las autoridades y tribunales españoles y europeos

Como ya hemos indicado, las acciones de reclamación de daños que se derivan de una resolución sancionadora firme son denominadas demandas “*follow on*”. Este tipo de acciones se beneficiarán especialmente de lo previsto en el apartado primero del nuevo artículo 75 de la LDC, que establece que “*la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español*”.

Es consecuencia directa de lo previsto en este artículo que el demandante no estará obligado a acreditar en la vía civil cuando reclame daños la existencia de una infracción ni su alcance. Al contrario, su reclamación podrá descansar en la resolución firme del órgano administrativo o judicial que la haya declarado. Si bien debe tenerse en cuenta que el primer apartado del artículo 75 se refiere únicamente a resoluciones de las autoridades españolas (CNMC y autoridades autonómicas) así como a los juzgados y tribunales de lo mercantil. Con esta modificación, las resoluciones y sentencias nacionales se equiparan a las de la Unión Europea que, en virtud de lo previsto en el Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 y de la jurisprudencia (véase, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-344/98, *Masterfoods Ltd. c. HB Ice Cream Ltd.*), tienen efecto directo. Esta novedad resulta, por tanto, especialmente relevante para las reclamaciones de daños relacionados con ilícitos de las normas de defensa de la competencia, aunque únicamente será aplicable en caso de resoluciones que ya hayan adquirido firmeza.

Podría pensarse que lo previsto en el artículo 75 de la LDC atenta contra la independencia judicial consagrada en el artículo 117 de nuestra Constitución, ya que la resolución administrativa vincularía al juez de manera “irrefutable”. No obstante, el carácter firme de una resolución tendrá como causa, normalmente, su ratificación judicial en la vía contencioso-administrativa, como ya se ha visto. Asimismo, la vinculación solamente se refiere a la existencia de la infracción en su ámbito subjetivo, los hechos y naturaleza de la infracción,

pero no en los restantes elementos de la resolución (por ejemplo, existencia o no de efectos de la conducta), de modo que no debería condicionarse la manera en la que debe resolver el juez sobre la existencia (o no) de daños y su cuantificación. Es preciso recordar también que conforme a una consolidada jurisprudencia, el juez podrá separarse de determinados hechos que consten probados en la resolución sancionadora si tiene motivos para hacerlo después de haber realizado su análisis (véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 2009, nº 192/2009, así como la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014, nº de recurso 24/2014, que aplica esta jurisprudencia en materia de defensa de la competencia).

Los artículos introducidos por el Real Decreto-ley no se pronuncian en relación con el efecto de las resoluciones que no tengan carácter firme. No obstante, cabe esperar que los tribunales españoles acepten tales resoluciones, si bien no como prueba irrefutable de la existencia de una infracción, sino como medios de prueba cualificados frente a los que cabe prueba en contrario.

6.2 Efectos de las resoluciones (firmes o no) de autoridades y tribunales de otros Estados miembros

El apartado segundo del nuevo artículo 75 de la LDC establece que las resoluciones firmes de las autoridades y los tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea (no así de terceros Estados o de resoluciones que no sean firmes, que son simplemente elementos de prueba adicionales), aunque no se equiparan a los de las autoridades españolas y de la Unión Europea, establecen una presunción *iuris tantum* (y por tanto, rebatible) de existencia de infracción. En cualquier caso, el juez podrá apartarse de la valoración contenida en la resolución del Estado miembro y ampliar o reducir el ámbito de la infracción declarada.

Este apartado del artículo 75 de la LDC se refiere a aquellas resoluciones que hayan declarado una “infracción del Derecho de la competencia”. Aunque la norma no acota expresamente los supuestos a infracciones de los artículos 101 o 102 del TFUE o 1 o 2 de la LDC, es posible que nuestros tribunales solo otorguen presunción *iuris tantum* a las resoluciones firmes de otros Estados miembros que declaren la comisión de infracciones de la competencia equiparables a las que se contienen en estas disposiciones y no a otras.

7. CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

7.1 Carga de la prueba y nuevas medidas de acceso a fuentes de prueba

El nuevo artículo 76 de la LDC confirma el principio general de nuestro Ordenamiento en virtud del cual la carga de la prueba relativa a la cuantificación del daño corresponde al demandante. En efecto, la cuantificación del daño supone uno de los obstáculos principales para la reclamación de daños por ilícitos concurrenciales. Si bien las novedades que hemos tratado en los apartados anteriores alivian las obligaciones del demandante en lo relativo a la prueba de la existencia de una conducta ilícita, todavía resulta necesario probar la existencia de un daño y el nexo causal entre la infracción y ese daño.

Habida cuenta las dificultades que la prueba de estos dos aspectos entraña, sobre todo en los casos de conductas ilícitas secretas, como son los cárteles entre competidores, la Directiva incluyó varias herramientas novedosas para el Ordenamiento español que facilitan el acceso a los medios de prueba por parte del demandante. Si bien estas novedades se corresponden con las modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no son objeto de análisis en este trabajo, merece la pena mencionar que se introduce un nuevo incidente de exhibición de pruebas para poder sustentar la demanda.

Adicionalmente, el legislador también ha incluido varios mecanismos para evitar el abuso de estas nuevas herramientas para acceder a las fuentes de prueba y, en concreto, condena y prohíbe las llamadas “*fishing expeditions*” (expediciones de pesca). Por este motivo, condiciona toda exhibición a la proporcionalidad de la petición. Del mismo modo, se establecen límites al acceso a determinados documentos obrantes en los expedientes de las autoridades de competencia. Entre ellos, debe mencionarse la prohibición de dar acceso a los documentos correspondientes a la solicitud de clemencia, que tiene carácter absoluto, y a otros los documentos aportados por las partes al procedimiento administrativo y que se hayan generado con ocasión exclusiva de aportarlos a la autoridad (por ejemplo, contestaciones a requerimientos de información, pliego de concreción de hechos, etc.), que operará mientras este no se haya cerrado.

Sin perjuicio de lo anterior, el párrafo 4 del nuevo artículo 76 de la LDC faculta al juez para cuantificar los daños sufridos cuando, a la luz de la información disponible, este ejercicio

resulte extremadamente gravoso o difícil para la parte demandante. Este artículo, si bien da cumplimiento al mandato de transposición contenido en la Directiva, no resulta novedoso en el Ordenamiento jurídico español, pues ya había sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sentencia, de 7 de noviembre de 2013, en el asunto *Azucareras* (núm. de recurso 2472/2013).

Por último, el nuevo artículo 76 de la LDC reconoce de manera expresa la posibilidad de que el juez solicite el asesoramiento de la autoridad nacional de competencia para establecer criterios para cuantificar los daños, lo que ya estaba previsto en el artículo 5.2.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

7.2 La presunción de existencia del daño en las infracciones de cártel

Si bien, como hemos indicado, la regla general consiste en que será responsabilidad del demandante probar la existencia del daño, el apartado tercero del artículo 76 de la LDC establece una excepción en relación con las infracciones calificadas como cártel. En concreto, para estos casos se considerará, salvo prueba en contrario, que ha existido un daño, si bien el demandante tendrá que acreditar y justificar su cuantificación. Las razones que pueden justificar este trato especial para los casos de cárteles son, en nuestra opinión, (i) que se consideran las infracciones más dañinas de la normativa de defensa de la competencia; y (ii) que suelen tener carácter secreto, por lo que puede resultar más difícil para los perjudicados obtener las pruebas necesarias para demostrar la existencia del daño.

8. NUEVO CONCEPTO DE CÁRTEL

Íntimamente ligado con el apartado anterior, procede indicar que el Real Decreto-ley introduce una modificación en la Disposición adicional cuarta de la LDC que modifica sustancialmente la definición del concepto de cártel tipificado en el artículo 1 de la LDC. Hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, este tipo de acuerdos entre empresas competidoras consistían en “*todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones*”.

Sin embargo, la modificación operada por el Real Decreto-ley, por un lado suprime el requisito de que se trate de una práctica secreta. Por otro, amplía los supuestos que se

subsumen en esta categoría a las prácticas concertadas entre competidores -y no solamente a los acuerdos-, que tengan por objeto la coordinación en materia de precios, cantidades, repartos de clientes y mercados y, en general, medidas contra competidores contrarias a la competencia.

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

9. EFECTOS DE LAS SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES

El nuevo artículo 77 de la LDC establece determinados mecanismos para asegurar que las partes que hubiesen participado en un acuerdo extrajudicial no se encuentren en una posición menos ventajosa que si no hubiesen iniciado este tipo de procedimiento extrajudicial. Con ello parece que el legislador ha querido promover este tipo de soluciones que redundan en una menor litigiosidad ante los tribunales. Estos mecanismos de promoción de la solución extrajudicial de disputas podrían resumirse en:

- La reducción del derecho de resarcimiento de la parte perjudicada que hubiese alcanzado una solución extrajudicial en la proporción de la responsabilidad que tuviera el infractor con el que llegó a tal solución. Esta solución legislativa parece lógica para evitar supuestos de enriquecimiento injusto.
- La imposibilidad de repetir, por parte del resto de los infractores, contra el que alcanzó un acuerdo extrajudicial en relación con la indemnización restante del perjudicado con

el que alcanzó el acuerdo de solución extrajudicial. El artículo 77 de la LDC solamente prevé como excepción que, salvo pacto en contrario, el perjudicado podrá reclamar con carácter subsidiario (pero no solidario) contra el infractor con el que alcanzó la solución la indemnización que no pudieran pagar los restantes infractores

- La aplicación de una atenuante a la hora de establecer el importe de la multa ante el órgano administrativo en el procedimiento sancionador (CNMC o autoridades autonómicas) si tal solución se alcanza con carácter previo a la imposición de la sanción. En concreto, el Real Decreto-ley introduce una modificación en el artículo 64 de la LDC y especifica que se admitirá este tipo de atenuantes. Su aplicación práctica plantea varias dudas. Por una parte, es posible que solo pueda aplicarse cuando el órgano administrativo conoce de la infracción después de que se haya realizado una reclamación *stand alone* (i.e., sin declaración administrativa previa sancionadora), lo que requerirá que la parte perjudicada conozca de la existencia de la infracción con anterioridad a que la autoridad de competencia la investigue. Por otra parte, es posible que las empresas investigadas -salvo aquellas que hayan solicitado clemencia en España u otras jurisdicciones o prevean hacerlo- no opten por esta atenuante, ya que podría ser interpretada como una admisión de su culpabilidad. En todo caso, habrá que esperar a la práctica de la CNMC y las autoridades autonómicas para ver cómo se aplica esta atenuante.
- La excepción prevista en el artículo 81 de la LDC a la norma general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite que las partes que estén negociando una solución extrajudicial al conflicto soliciten al juez que suspenda el procedimiento por un plazo máximo de sesenta días.

10. LIMITACIÓN DEL RESARCIMIENTO AL SOBRECOSTE Y DEFENSA DE *PASSING-ON*

10.1 Sobrecoste y derecho al pleno resarcimiento

Con el objetivo de asegurar que el perjudicado recibe una indemnización que cubra plenamente el daño sufrido, pero tampoco se incurra en una situación de enriquecimiento injusto, el nuevo artículo 78 de la LDC le permite reclamar tanto el daño emergente como el

lucro cesante que haya sufrido. Evidentemente si este daño se materializa en un sobre coste que ha tenido que satisfacer como resultado de la infracción, tendrá derecho a la compensación de dicho sobre coste. Pero tal derecho será limitado en la medida en que el propio perjudicado lo haya repercutido total o parcialmente a sus clientes directos, puesto que en tal caso no habría sufrido un daño. Esta traslación del sobre coste a los clientes del perjudicado, que se conoce como defensa de *passing-on*, permite excluir o reducir el importe de la indemnización que deberá satisfacer la empresa infractora.

A pesar de que el infractor pueda invocar esta defensa, el nuevo artículo 78 de la LDC dejaría abierta la posibilidad a que el perjudicado pueda acreditar que su perjuicio se materializó en una reducción de las ventas derivada de la práctica restrictiva, ya que tuvo que soportar mayores costes que trasladó aguas abajo a sus clientes. Esta novedad en nuestra LDC realmente no era desconocida por nuestros jueces, que ya en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2013, en el asunto *Azucareras* (nº de recurso 2472/2011) indicaron que podría ser merecedor de una compensación la contracción de las ventas del perjudicado como consecuencia de haber trasladado el sobre coste a sus clientes directos.

No se oculta al lector que este ejercicio es sumamente complejo y que requiere de la participación de expertos economistas en el cálculo de los sobre costes y su efecto en las ventas. Es por ello que la Comisión Europea publicó un informe (*Study on the passing-on of overcharges*) que pretende servir de guía a los jueces nacionales para la estimación de la cuota de los sobre costes repercutidos al comprador indirecto. Esta herramienta resultará de especial utilidad para que los jueces puedan hacer uso de la potestad prevista en el Real Decreto-ley para fijar la cuantía de los daños.

10.2 Defensa de *passing-on*

Como acabamos de adelantar, el artículo 78 reconoce expresamente la capacidad de los demandados a invocar en su defensa el *passing-on* del sobre coste generado como consecuencia de la conducta infractora, de manera que se evite la sobre compensación y el enriquecimiento injusto. Esta posibilidad realmente no es novedosa para nuestros jueces, como se ha expuesto, pues ya fue reconocida por el Tribunal Supremo en la precitada Sentencia en el asunto del cártel del azúcar.

En cualquier caso, la carga de la prueba relativa a la repercusión del sobrecoste recae en la parte demandada. La complejidad del análisis y la ausencia de la información necesaria para llevarlo a cabo podrían traducirse en que, en la práctica, resultara imposible para el demandado invocar esta defensa. Es por ello, que el Real Decreto-ley reconoce al demandado la capacidad de exigir la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros.

Lo anterior pone de manifiesto, una vez más, la importancia del carácter indemnizatorio -y no punitivo- del régimen establecido por la Directiva y el Real Decreto-ley.

10.3 Presunción del *passing-on* en reclamaciones de compradores indirectos

Teniendo en cuenta que la repercusión del sobrecoste al siguiente nivel de la cadena es una práctica habitual, tanto la Directiva como el nuevo artículo 79 del Real Decreto-ley reconocen a los compradores indirectos de la empresa infractora la posibilidad de reclamar contra ésta el sobrecoste que les ha sido trasladado por los clientes directos del infractor. Es más, ambos cuerpos normativos asumen que el comprador indirecto tendrá mayores dificultades que el comprador directo para acceder a la prueba y acreditar que realmente ha sufrido un *passing-on*. Por ello, la Directiva y el Real Decreto-ley establecen una presunción *iuris tantum* de que el comprador indirecto fue objeto de *passing-on*. En concreto, se entenderá que el comprador indirecto ha sufrido un daño cuando se pueda demostrar que:

- el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia,
- la infracción tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo. Es por tanto preciso demostrar que existe un sobrecoste, aunque sea en el primer nivel de los compradores, lo que a su vez podría alegar alguno que cabría presumirse cuando se trata de cárteles por operativa de la presunción del apartado tercero del artículo 76 de la LDC al que nos hemos referido *supra*. Es previsible que los jueces analicen esta doble presunción con cautela, pero habrá que estar a su práctica jurisprudencial para ver cómo interactúan ambas disposiciones; y
- el demandante adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción (o de ellos derivados) del comprador directo.

Si bien esta presunción puede ser desvirtuada por el demandado, es llamativo constatar que la norma establece un doble juego de presunciones de un mismo hecho que depende de dónde se

sitúe el demandante en la cadena de suministro. En el caso de compradores indirectos, operará la presunción de repercusión del sobrecoste, mientras que si se trata de un comprador directo, tal presunción no operará y será el demandado el que tendrá la carga de probar que el demandante efectivamente ha repercutido el sobrecoste. Habrá que ver hasta qué punto los tribunales consideran este doble juego de presunciones compatible con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el principio de igualdad de armas.

10.4 Coordinación de las acciones de daños ejercitadas por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro

El nuevo artículo 80 de la LDC, que no cuenta con contenido sustantivo propio, se limita a incorporar al Ordenamiento jurídico español el artículo 15 de la Directiva, cuyo objetivo es la coordinación de las demandas por parte de operadores situados en distintos niveles de la cadena de suministro. La preocupación del legislador es que el juego de estas acciones no resulte ni en una responsabilidad múltiple ni en la ausencia de responsabilidad del infractor.

Los tribunales que conozcan de las reclamaciones tendrán en cuenta estos elementos y pondrán “*los medios disponibles en el marco del derecho de la Unión Europea o del Derecho nacional*”. De acuerdo con la redacción de este artículo, el Real Decreto-ley parece referirse a mecanismos como la acumulación de acciones o la prejudicialidad, pero habrá que ver como lo aplican nuestros jueces para darles sustancialidad y evitar resoluciones contradictorias (por ejemplo, en el caso de los clientes indirectos se presume que ha habido *passing-on* mientras que en los procedimientos de las reclamaciones entabladas por los clientes directos se acredita que no se ha producido un *passing-on*).

11. CONCLUSIONES

Con carácter general, podemos afirmar que varias de las novedades introducidas por el Real Decreto-ley ya estaban asentadas en el Ordenamiento español a través de la jurisprudencia de nuestros tribunales, por lo que las modificaciones a la LDC vienen a sistematizar la práctica actual. No obstante, el Real Decreto-ley sí introduce algunas cuestiones novedosas que han sido objeto de análisis en este trabajo, como el régimen de las presunciones sobre la existencia de daños o de la repercusión de los sobrecostes a otros niveles de la cadena de suministro, o la ampliación del plazo de prescripción del ejercicio de la acción a 5 años.

Por otro lado, la modificación plantea varios interrogantes, como los relativos al ámbito temporal de aplicación de la norma, el tratamiento de resoluciones que no hayan adquirido firmeza o sean adoptadas por autoridades de otros Estados miembros o la aplicación, en la práctica, del atenuante por indemnización del daño causado antes de la adopción de la resolución. Se espera que la práctica futura de las autoridades y los tribunales arroje luz sobre estas cuestiones.

12. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, “*Más sobre la responsabilidad de la matriz por las infracciones de competencia de la filial*”, publicado en derechomercantilespana.blogspot.com el 7 de marzo de 2012.

BROKELMANN, Helmut, “La Directiva de Daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2015, nº 37, págs. 1-24.

CANTOS, Francisco, CARRERA, Enrique y GONZALO, Pablo, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones que suscita”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2013, nº 36, págs. 11-36.

DÍEZ ESTELLA, Fernando y ESTRADA MERAY, Clara, “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: Análisis de jurisprudencia reciente”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2014, nº 15, págs. 189-200.

GUTIÉRREZ, Alfonso y GARCÍA SANZ, Javier, “La indemnización por daños y perjuicios ocasionados por infracciones de las normas de defensa de la competencia: Desarrollo en España e hitos recientes”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2005, nº 12, págs. 84 a 86.

OLMEDO PERALTA, Eugenio, “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (*umbrella pricing*): Una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2014, nº 15, págs. 107-130.

ORDÓÑEZ SOLÍS, Diego, “La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España”, publicado en ELDerecho.com el 1 de mayo de 2015.

ORTIZ BAQUERO, Ingrid S., “La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia”, La Ley, *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Madrid, La Ley, 2011, págs. 153-359.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio, “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho interno”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, págs. 110-1126.

ROMERO GIL-DELGADO, María Concepción, “Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracciones de competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, 2015, nº 16, págs. 10-25.

* * *