



Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Robles Martín-Laborda, Antonio. La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia... En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1110-1126. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21041>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

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*

ANTONIO ROBLES MARTÍN-LABORDA**

Resumen

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 cárteles ya sancionados administrativamente, resultará potenciada la función indemnizatoria atribuida con carácter general a las normas sobre responsabilidad civil, y sólo indirectamente su función preventiva. De esta forma, las modificaciones exigidas por la transposición de la Directiva, de carácter esencialmente procesal, no impedirán que se continúe aplicando el régimen general sobre responsabilidad civil previsto en nuestro ordenamiento a las reclamaciones sobre daños por infracciones del Derecho de la competencia.

Contenido

1. Introducción. - 2. La función de las normas sobre daños por infracciones del Derecho de la competencia. -3. Aspectos sustantivos. – 3.1. El daño. – 3.2. La relación de causalidad. – 3.3. La culpa. - 4. Aspectos procesales: la prueba. – 4.2. La prescripción. - 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En las páginas siguientes se pretende determinar la función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia regulada en la reciente Directiva 2014/104/UE (*Directiva de Daños*),¹ y su coherencia

* El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación "*La nueva CNMC: análisis jurídico del cambio de modelo institucional y de su repercusión práctica en el ámbito nacional e internacional*". Plan Nacional de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad. DER2013-48401-P

** Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid. (ORCID: 0000-0003-1179-0426).

¹ *Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por*

con la atribuida al régimen general sobre responsabilidad civil previsto en nuestro ordenamiento interno (apartado 2). Teniendo en cuenta ambos aspectos, se analizan brevemente las exigencias derivadas de la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento interno, diferenciando los aspectos sustantivos (apartado 3) de los procesales, con especial atención al problema de la prueba (apartado 4). Se concluyendo valorando si dichas exigencias han de conducir a la configuración de un Derecho de daños especial –y armonizado– para las acciones derivadas de infracciones del Derecho de la competencia (apartado 5).

2. LA FUNCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El sistema de aplicación pública de las normas comunitarias de defensa de la competencia previsto inicialmente en el Reglamento 17/1962,² centralizado en la Comisión, resultó ser insuficiente e ineficaz para desarrollar adecuadamente su función preventivo-punitiva.³ A pesar de algunos tímidos intentos anteriores,⁴ la necesaria descentralización no se alcanzó hasta la promulgación del Reglamento 1/2003,⁵ en el que se introdujeron dos normas esenciales para la consecución de ese fin: por una parte, la aplicabilidad directa de la exención contenida en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado (actual artículo 101 TFUE), de tal forma que, desde entonces, los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que reúnan las condiciones previstas en dicho apartado “*no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto*” (artículo 1.3);⁶ por otra, la aplicación del Derecho comunitario de la competencia se convierte en una obligación para las autoridades (y los órganos jurisdiccionales) nacionales, los cuales, siempre que apliquen el Derecho nacional de la

infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE L 349, de 5 de diciembre de 2014, págs. 1-19).

² Reglamento 17/1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

³ Cfr. considerandos 2 y 3 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Sobre el tema, con referencias bibliográficas adicionales, ya ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El principio de subsidiariedad en la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE”, *Derecho de los Negocios*, núm. 37, 1993, págs. 16 y ss.

⁴ Vid. Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (DO C 39 de 13.2.1993, págs. 6-12) y Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE (DO C 313 de 15.10.1997, págs.3-11).

⁵ Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:ES:PDF> (Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014).

⁶ Según los artículos 4 y 9 del Reglamento 17/62 , la Comisión tenía competencia exclusiva para declarar inaplicables las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 a los acuerdo que cumplieran los requisitos establecidos en su apartado 3, siempre que hubieran sido previamente notificados por las partes interesadas. Las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo tanto, sólo eran competentes para aplicar la prohibición contenida en el apartado 1, pero no podían conceder una exención individual aunque la conducta enjuiciada reuniera los requisitos del apartado 3.

competencia a conductas prohibidas por los artículos 101 o 102 TFUE, deberán aplicar también estos últimos (art. 3.1).⁷

La aplicación pública de los artículos 101 y 102 TFUE corresponde desde entonces tanto a la Comisión Europea como, principalmente, a las autoridades nacionales de los Estados miembros. De esta forma, la infracción de cualquiera de aquéllos puede dar lugar a la incoación de un procedimiento administrativo sancionador por parte de la Comisión Europea o de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) que, actuando en interés público con una función preventivo-punitiva, termine con la declaración de la existencia de una conducta prohibida y la imposición de una multa.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia había ya establecido con anterioridad que las normas sobre competencia incluidas en el Tratado pueden producir efectos directos inmediatos en las relaciones entre particulares, por lo que generan de forma directa en favor de éstos derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger.⁸ El propio Derecho comunitario originario, por lo tanto, exige ya que los Estados miembros garanticen la existencia de un sistema adecuado para la aplicación privada de las normas sobre competencia del Tratado.⁹ Esta exigencia resultaba evidente respecto de la nulidad prevista expresamente en el apartado 2 del actual artículo 101 FTUE -alegada normalmente por vía de excepción ante una acción de incumplimiento-; y de la jurisprudencia existente podía deducirse que, entre los efectos directamente producidos por las normas sobre competencia del Tratado, se incluye la posibilidad de ejercitar contra un particular la correspondiente acción de daños y perjuicios,¹⁰ ya antes de que fuera establecida expresamente por el Tribunal de Justicia en el asunto *Courage*, conforme al cual:

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.¹¹

Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia del derecho a reclamar la mencionada indemnización,¹² así como, en general, la aplicación del concepto de relación de causalidad, el plazo de prescripción de la acción de indemnización, o la fijación de los

⁷ La Directiva es aplicable a toda infracción de los artículos 101 o 102 TFUE, así como a las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen al mismo asunto conforme a este artículo (art. 2 *Directiva de Daños*).

⁸ STJCE de 21 de marzo de 1974, 127/73- *BRT/SABAM*.

⁹ STJCE de 28 de febrero de 1991, C-234 /89 - *Delimitis/Henninger Bräu*, ap. 44; STPI de 17 de septiembre de 1992, T-24/90 - *Automec contra Comisión*, aps. 73 y 85.

¹⁰ STJCE 19.11.1991, C-6/90 y C-9/90, *Francovich*, respecto del Estado miembro infractor.

¹¹ STJCE de 20 de septiembre de 2001, C-453/99 - *Courage Ltd y Bernard Crehan*, ap. 26.

¹² SSTJCE de 13 de julio de 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ap. 62.

criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación.¹³ Sin embargo, esa regulación nacional no puede ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).¹⁴

El respeto del principio de equivalencia resulta indiscutible en el caso del Derecho español: la competencia para conocer de las reclamaciones de daños derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia corresponde a los juzgados de lo mercantil y se tramita conforme a las reglas del juicio ordinario, con independencia de que las normas infringidas sean las del Derecho interno o las del Derecho comunitario. Y, en ambos casos, la reclamación se rige por las normas generales de responsabilidad por daños previstas en el art. 1902 CC¹⁵ (o, en caso de ser finalmente aprobado, en el artículo 341-1 del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*, que, al extender el régimen actualmente previsto en la *Ley de Competencia Desleal* a las prácticas restrictivas de la competencia, incluye entre ellas la de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto o práctica, si ha intervenido dolo o culpa del agente).

Sin embargo, la Comisión Europea ha afirmado que la regulación nacional existente -no ya en España, sino en el conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea- supone un obstáculo para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan desempeñar la función complementaria de la de las autoridades nacionales de competencia que les corresponde.¹⁶ De ahí que en los últimos años la Comisión Europea haya abordado diversos trabajos para determinar las causas de esa supuesta escasez de reclamaciones por daños y analizar posibles iniciativas para promoverlas.¹⁷ Éstas han desembocado, mediante la reciente aprobación de la *Directiva de Daños*, en la armonización parcial de determinadas normas sustantivas y procesales del Derecho de la responsabilidad civil por daños causados por infracciones del Derecho de la competencia. El fundamento de esta armonización, por lo tanto, se encontraría en el principio de efectividad, entre cuyas -supuestas- exigencias se incluiría la

¹³ STJCE de 13 de julio de 2006, *Manfredi*, cit., aps. 64, 81 y 92.

¹⁴ SSTJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage*, cit., ap. 29; y de 13 de julio de 2006, *Manfredi*, cit., ap. 62. Ambos principios son recogidos en el artículo 4 de la Directiva de Daños.

¹⁵ SSTS (Sala de lo Civil) de 8 de junio de 2012, F.D. 12, y de 4 de septiembre de 2013, F.D. 5.

¹⁶ *Libro Verde. Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*. Bruselas, 19.12.2005 COM(2005) 672 final, *passim*, en relación con el Considerando 7 del Reglamento 1/2003. En el caso español, los datos empíricos sugieren precisamente lo contrario. Cfr. MARCOS, F., “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Global Competition Law Review*, vol. 6, núm. 4, 2013, págs. 167 ss. (también disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351770 (Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014).

¹⁷ Entre ellos, el *Libro Verde*, cit., y el Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Bruselas, 2.4.2008 COM(2008) 165 final (en adelante, *Libro Blanco*). Sobre este último, *vid.* ILLESCAS, R., “A propósito del reciente Libro Blanco de la Comisión de la CE sobre “acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la competencia””, *Actas de Derecho Industrial*, vol. 28 (2007-2008), págs. 589 ss. Disponibles en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html (Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014).

descentralización de la aplicación del Derecho de la competencia mediante la atribución a la aplicación privada del Derecho de la competencia de la misma función (preventivo-punitiva) que corresponde a la aplicación pública.¹⁸

Sin embargo, como en la mayoría de los demás Estados miembros, la función normativa del régimen general de nuestro Derecho sobre responsabilidad civil – aplicable hasta ahora a los daños por infracciones tanto de nuestro Derecho de la competencia interno como del comunitario- es considerada mayoritariamente como puramente indemnizatoria, de tal forma que la prevención no sería más que un “*subproducto fáctico de la compensación*”.¹⁹ Como regla general, la función preventiva o disuasoria de las conductas potencialmente dañosas corresponde exclusivamente, en nuestro ordenamiento, al Derecho Penal o al Derecho Administrativo Sancionador;²⁰ y, en el caso del Derecho de la competencia, dicha función se manifiesta en las facultades sancionadoras atribuidas a la CNMC.

La atribución de una función adicional punitivo-represiva a las normas sobre daños por infracciones del Derecho de la competencia impediría, por lo tanto, la aplicación del régimen general (artículo 1902 CC, o 341-1 del *Código Mercantil* si llegara convertirse en Ley) y exigiría el establecimiento de un régimen específico. Sin embargo, como veremos, la mayoría de las manifestaciones de la pretendida función preventiva han ido desapareciendo durante la tramitación de la Directiva, poniendo en duda, así, la propia conveniencia de su aprobación.²¹

3. ASPECTOS SUSTANTIVOS

3.1. El daño indemnizable

Aunque inicialmente la Comisión planteó la posibilidad de armonizar todos los elementos de la responsabilidad civil (daño, culpa y relación de causalidad),²² en la Directiva sólo se regula parcialmente el daño indemnizable.²³

¹⁸ *Libro Verde, cit.*, pág. 3. En la práctica, esta función preventivo-punitiva de las normas sobre daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia prevista, complementaria de la que desempeñan las normas administrativas sancionadoras, sólo resultaría efectiva si aquéllas favorecieran las demandas por daños originarias (en ausencia de resolución administrativa previa, o “*stand alone claims*”); las demandas derivadas (aquellas que se apoyan en una resolución administrativa previa, o “*follow-on claims*”) ciertamente pueden agravar las consecuencias patrimoniales para el infractor, pero sólo alcanzan a conductas ya constitutivas de una infracción.

¹⁹ PANTALEÓN, F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, pág. 167. En el mismo sentido, REGLERO, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2002, págs. 55-56.

²⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pág. 44; REGLERO, F., *Tratado de Responsabilidad Civil, cit.*, pág. 62.

²¹ En este sentido, ya MARCOS, F.; SÁNCHEZ GRAELLS, A., “Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?”, *European Review of Private Law*, vol. 16, núm. 3, 2008, págs. 469 ss.; ALFARO, J., “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia”, *InDret*, 3/2009 (disponible en http://www.indret.com/pdf/667_es.pdf. Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014).

²² La doctrina civilista no es unánime sobre si la antijuricidad constituye un presupuesto de la responsabilidad extracontractual, y, en caso afirmativo, si aquélla supone un juicio respecto de la

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, “*los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses*”.²⁴ Tal definición, sin embargo, constituía en realidad el mínimo indemnizable, pues la posibilidad de conceder indemnizaciones de carácter disuasorio o punitivo por infracciones del Derecho comunitario de la competencia no sólo resultaba admisible, sino que, conforme al principio de equivalencia, resultaría obligada siempre que se pudieran conceder tales indemnizaciones especiales en el marco de las acciones nacionales similares²⁵. En ese sentido, y dada la función (preventiva) complementaria de la aplicación pública que la Comisión pretendía atribuir a la aplicación privada del Derecho de la competencia, en el *Libro Verde* planteó la conveniencia de doblar los daños en los casos de cárteles, o, al menos, de definir los daños en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor.²⁶

En nuestro ordenamiento, la absorción de las ganancias ilícitamente obtenidas por el causante del daño ha sido ya reconocida en determinados regímenes especiales de responsabilidad por daños provocados por infracciones de derechos de exclusiva,²⁷ y ha sido señalada como una característica propia de su función preventivo-punitiva.²⁸ En tales casos esta función tendría mayor justificación que en aquellos en los que los daños han sido causados por infracciones del Derecho de la competencia, ya que, a diferencia de lo que sucede con éste, aquéllos se reconocen en normas que no cuentan con aplicación pública. Aun así, lo cierto es que los beneficios que haya obtenido el infractor no forman parte del daño, sino que constituyen un enriquecimiento injusto; de ahí que ambas acciones sean reguladas acertadamente de forma separada -y limitando la acción de enriquecimiento injusto a los casos en los que el acto o práctica lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido

conducta o del resultado (sobre el tema, PANTALEÓN, F., *Comentarios del Código Civil, cit.*, págs. 1993 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños, cit.*, págs. 290 y ss.; REGLERO, F., *Tratado de Responsabilidad Civil, cit.*, págs. 52 y ss.). La jurisprudencia resulta igualmente contradictoria: por una parte, afirma reiteradamente que la responsabilidad puede surgir de hechos considerados lícitos en sí mismos; por otra, establece también que “*según constante y pacífica doctrina jurisprudencial*” la responsabilidad extracontractual exige ineludiblemente entre sus requisitos “*una acción u omisión ilícita*” (Así, por ejemplo, con cita de otras muchas, la STS, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2008, F.D. 2º). En cualquier caso, la aplicabilidad del régimen establecido en la Directiva para la responsabilidad por los daños causados por infracciones del Derecho de la competencia exige que la conducta causante del daño constituya una infracción de tales normas.

²³ En el *Libro Verde*, sin embargo, se contemplaba también la posible supresión del requisito de la culpa o su presunción respecto de las infracciones del Derecho de la competencia (pág. 7), así como la conveniencia de aclarar el requisito de la relación de causalidad (pág. 11).

²⁴ STJCE de 13 de julio de 2006, *Manfredi, cit.*, ap. 95.

²⁵ STJCE de 13 de julio de 2006, *Manfredi, cit.*, ap. 99.

²⁶ *Libro Verde*, pág. 7.

²⁷ *Vid.* artículo 42.3 de la *Ley de Marcas*, artículo 66.2 de la *Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes*, y artículo 140.2 del *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*.

²⁸ Erróneamente, según pone de manifiesto, en un acertado resumen del estado de la cuestión, DEL OLMO, P., “Punitive Damages in Spain”, en KOZIOL, H.; WILCOX, V. (eds.) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Viena-Nuva York, 2009, págs. 137 ss. Sobre el tema, *vid.* YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Madrid, 2001, págs. 53 y 178; REGLERO, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, págs. 69 y ss.

económico- en el artículo 32. 1 de la Ley 3/1991, de *Competencia Desleal* (esencialmente reproducido en el 341-1 del *Anteproyecto de Ley de Código mercantil*, que, en caso de aprobarse, sería aplicable también a las prácticas restrictivas de la competencia).²⁹

En cualquier caso, el establecimiento de la absorción de las ganancias o de daños punitivos fue expresamente rechazado por el Parlamento Europeo, para el que “*la indemnización que se reconozca al demandante debería tener carácter compensatorio y no debería exceder los daños ("damnum emergens") y los perjuicios ("lucrum cessans") efectivamente sufridos, para evitar el enriquecimiento injusto*”.³⁰ De esta forma, la posibilidad de incluir indemnizaciones de carácter disuasorio desapareció ya en el *Libro Blanco*. Y, considerando que “*una indemnización plena (...) no debe conducir a un exceso de resarcimiento*”,³¹ finalmente se estableció que el derecho al pleno resarcimiento reconocido al perjudicado (art. 2.1) incluye “*la indemnización del daño emergente, el lucro cesante y el pago de intereses*” (art. 2.1), resultando incluso prohibido que el resarcimiento conlleve “*un coste excesivo, bien mediante sanciones pecuniarias punitivas, múltiples o de otro tipo*” (art. 2.3).³² Por lo tanto, la Directiva no exige ninguna modificación de la definición del daño conforme a nuestro ordenamiento interno, en el que –bien mediante la aplicación del art. 1106 CC, bien directamente del art. 1902 CC- comprende precisamente el daño emergente y el lucro cesante.

Ese carácter estrictamente indemnizatorio del daño resarcible es empleado como fundamento para aceptar la defensa de la repercusión del daño (*passing-on*),³³ conforme a la cual el demandado por daños y perjuicios puede invocar “*el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobre coste resultante de la infracción del Derecho de la competencia*” (art. 13). Aunque la repercusión del sobreprecio no constituye una manifestación del deber de mitigar el daño³⁴ ni un

²⁹ Vid. PANTALEÓN, F., “Artículo 1902”, en PAZ-ARES, C., et al. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Madrid, 1991, pág. 1973; DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, págs. 54 y ss.; MARTÍN-CASALS, M., “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en AAVV, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Murcia, 2011, págs. 25 y ss. Por el contrario, sí parece desempeñar una función preventivo-represiva la regla contenida en el art. 42.5 del artículo 43 de la Ley de Marcas, conforme a la cual “*(e)l titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna (es decir, aunque no existiera ningún daño), derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular de la marca podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su marca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores.*” Vid. NAVEIRA, M. M^a., “La Ley de Marcas de 2001: un punto de inflexión en el análisis funcional del Derecho de Daños”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 87, núm. 3, 2003, págs. 393 y ss.

³⁰ *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de abril de 2007, sobre el Libro Verde: Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (2006/2207(INI))*.

³¹ *Directiva de Daños*, considerando 12.

³² Art. 12 *Directiva de Daños*.

³³ Regulada en los arts. 12-16 de la Directiva.

³⁴ Como manifestación del carácter compensatorio de la indemnización, dicho deber excluye del resarcimiento las pérdidas que efectivamente haya evitado el acreedor con la adopción de medidas mitigadoras, exigiendo además de éste la adopción todas de aquellas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado (Vid. SOLER PRESAS, A.: “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de Noviembre de

supuesto de “*compensatio lucri cum damno*”,³⁵ ha sido ya aceptada por nuestra jurisprudencia, si bien –en mi opinión– de manera errónea. Por una parte, la sentencia va más allá de lo previsto en la Directiva, al exigir al demandado que demuestre no sólo que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos, sino además que, mediante ese aumento del precio, ha logrado repercutir a sus clientes todo el daño sufrido por el sobreprecio ocasionado por el cártel;³⁶ es decir, ha de demostrar no sólo que se ha trasladado el daño emergente (el “*sobre coste*” al que se refiere la Directiva), sino también el lucro cesante, concretado en la reducción de ventas derivada del aumento del precio.³⁷ Por otra parte, una subida de precios constituye un mero reflejo de la cambiante información disponible en cada momento en el mercado, y, ciertamente, puede ser provocado por una reducción de la oferta debida a un aumento de los costes de producción (como consecuencia del sobreprecio pagado), pero también por un incremento del poder de mercado del vendedor, un aumento de la demanda, o una

1994)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVIII, fascículo II, abril-junio 1995, págs. 960-961). Sin embargo, la repercusión del sobreprecio no constituye una medida exigible al acreedor del resarcimiento –que, dado el carácter secreto del cártel, normalmente desconoce incluso la existencia de dicho sobreprecio– la defensa del “*passing-on*” no puede fundamentarse en el deber de mitigar el daño (ALFARO, A.: “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement*”, *cit.*, pág. 10).

³⁵ La cual, debido al carácter resarcitorio de la indemnización, exige computar los eventuales efectos ventajosos producidos por el hecho causante del daño (*Vid.* L. DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, *cit.*, p. 320.). Sin embargo, en este caso los supuestos beneficios (el sobreprecio cobrado a sus clientes) no derivan en este caso del mismo hecho dañoso (el acuerdo de fijación de precios que provoca el posterior sobreprecio pagado a sus proveedores). En este sentido, J. ALFARO: “Contra la armonización positiva”, *cit.*, pág. 11.

³⁶ Como apuntaba ya MARCOS, F., “Las indemnizaciones de daños derivadas del cártel del azúcar”, en *Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza*; disponible en <http://www.osservatorioantitrust.eu/es/las-indemnizaciones-de-danos-derivadas-del-cartel-del-azucar/> (Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014). Ello obligará a la transposición de la norma de manera expresa, a pesar de que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, “*la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente que sus disposiciones se reproduzcan formal y textualmente en otra disposición legal o reglamentaria expresa y específica, y que, en función de su contenido, puede ser suficiente con un contexto jurídico general, siempre que éste asegure efectivamente la plena aplicación de la Directiva de un modo bastante claro y preciso*” (SSTJCE de 16 de noviembre de 2000, C-214/98 Comisión/Grecia, ap. 49, de 7 de diciembre de 2000 C-38/99 - Comisión/Francia, ap. 53 de 15 de noviembre de 2001 C-49/00 - Comisión/Italia, ap. 21). Para ello, “*es especialmente importante que los particulares disfruten de una situación jurídica clara y precisa que les permita conocer la plenitud de sus derechos y obligaciones y ejercitarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales*” (STJCE de 19 de septiembre de 1996, C-236/95 Comisión/Grecia, ap. 13, y de 15 de noviembre de 2001, C-49/00, Comisión/Italia, ap. 22). Además será necesario establecer normas procesales que permitan a los órganos jurisdiccionales impedir una responsabilidad múltiple o la ausencia de responsabilidad (art. 15 Directiva de Daños).

³⁷ STS de 7 de noviembre de 2013, F.D. 5º. (En este sentido, ya VELASCO, L.A.; HERRERO, C., “La “*Passing-on Defense*”, ¿Un Falso Dilema?”, en L. A. VELASCO *et al.* (dirs), *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, *cit.*, págs. 601 y ss.) Sin embargo, lo cierto es que, en este caso concreto, para calcular el daño –y conforme al informe pericial aportado por las demandantes– el TS sólo tuvo en cuenta el daño emergente, pero no el lucro cesante; por lo que, en este caso, exigió al demandado la prueba de que se había repercutido una parte del daño que el demandante no había sufrido (o, al menos, no había probado), y que, por lo tanto, no resultaba ya indemnizable. Sobre aquélla, *vid.* MARCOS, F., “Compensación de daños provocados por el cártel de azúcar”, *Anuario de la Competencia*, 2014, págs. 185 ss.; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. “Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial*, vol. 34 (2013-2014), págs. 519 ss.

conjunción de algunas de éstas u otras múltiples causas, frecuentemente desconocidas incluso para el vendedor.

La prueba de que se ha producido realmente una repercusión del sobrecoste, por lo tanto, debería incluir la prueba de que ese incremento del precio que el comprador cobra a sus clientes fue provocado por el sobreprecio derivado del acto ilícito, de tal forma que el demandante no habría podido subir sus precios si no hubiera existido la infracción de la LDC: sólo en ese caso existiría la relación de causalidad que permitiría a los compradores indirectos reclamar la indemnización del daño a los autores de la infracción.³⁸ Sin embargo, respecto de los compradores indirectos, la Directiva obliga a establecer la presunción de que el daño ha sido repercutido cuando se demuestre la existencia de la infracción, de un coste excesivo para el comprador directo como consecuencia de ella, y de la posterior adquisición por parte del demandante de los bienes o servicios objeto de la infracción (art. 14.2).

3.2. La relación de causalidad

En contra de lo planteado inicialmente por la Comisión en el *Libro Verde*, la relación de causalidad entre la infracción de las normas de defensa de la competencia y el daño no es regulada en la Directiva.

En nuestro ordenamiento, la jurisprudencia exige que exista un nexo de causalidad desde un punto de vista físico (causalidad de hecho) conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), según la cual es causa todo aquello que no pueda suprimirse imaginariamente sin que desaparezca también el efecto. Y, además, este criterio ha de ser completado por otro, de carácter jurídico (imputación objetiva o causalidad jurídica), para determinar si el resultado dañoso puede ser atribuido a un determinado comportamiento. El criterio general de imputación objetiva es el de la causalidad adecuada, conforme a la cual sólo pueden ser considerados como causa en sentido jurídico aquellos hechos respecto de los cuales resulte previsible, conforme a criterios razonables de seguridad o probabilidad, la producción del daño.³⁹

Según parece desprenderse de las Conclusiones de la Abogado General KOKOTT en el asunto *Kone*, la causalidad en sentido jurídico exigida en los ordenamientos nacionales debería adoptar –con independencia de la denominación recibida en cada uno de ellos- el criterio de la causalidad “*suficientemente directa*” establecido en la jurisprudencia comunitaria relativa a la responsabilidad

³⁸ Implícitamente, aunque probablemente sin contemplar esta consecuencia, KOKOTT, J., *Conclusiones presentadas el 30 de enero de 2014 en el asunto C-557/12, KONE AG y otros*, ap. 38.

³⁹ Mientras la imputabilidad objetiva constituye una cuestión jurídica, la causalidad de hecho es una cuestión de hecho (no revisable, por lo tanto, en casación). Sobre el tema, F. PANTALEÓN, “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en *Asociación de Profesores de Derecho civil, Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid (1990), págs. 1561 y ss. Para un aproximación, *vid.* L. Díez-PICAZO, *Derecho de Daños*, *cit.*, págs. 331 y ss.; P. SALVADOR, “Causalidad y responsabilidad”, (2ª edición), *InDret*, núm. 3, 2002 (disponible en http://www.indret.com/pdf/094_es.pdf); REGLERO, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, *cit.*, 292 y ss.

extracontractual de las instituciones de la Unión (aps. 34 y 35),⁴⁰ conforme al cual una persona debería responder por los daños cuya materialización pudiera prever al cometer la infracción y cuyo resarcimiento resulte conforme con los objetivos de la norma infringida (ap. 40).⁴¹ Sin embargo, no se trata de criterios equivalentes: la “*causalidad adecuada o eficiente*” exige un juicio de necesidad o probabilidad, mientras que la “*causalidad suficientemente directa*”, tal y como se enuncia en las Conclusiones citadas, implica un juicio de previsibilidad; y éste, entendido como criterio que define una determinada representación mental del agente sobre las eventuales consecuencias de su conducta, no constituye en nuestro ordenamiento un elemento de la relación causal, sino de la imputación subjetiva (analizado en el aparato siguiente).

Y, en cualquier caso, a falta de regulación en la Directiva, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular la aplicación del concepto de “relación de causalidad”,⁴² sin que el obligado respeto de los principios de equivalencia y efectividad exija modificar la regulación vigente en nuestro ordenamiento.

3.3. La culpa

Tampoco la culpa, necesaria como presupuesto de la responsabilidad conforme al art. 1902 CC,⁴³ es regulada en la Directiva.

En el *Libro Verde*, la Comisión planteó la conveniencia de regular el requisito de la concurrencia de culpa en la conducta del infractor, sin descartar la posibilidad de suprimirlo y configurar un sistema de responsabilidad objetiva.⁴⁴ Según la Comisión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia -conforme a la cual “*cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 81*

⁴⁰ Asunto, C-557/12. Presentadas el 30.01.2014.

⁴¹ Con ello trata de justificar que los miembros del cártel puedan ser demandados también por quienes, sin ser compradores directos o indirectos suyos, adquirieron los productos o servicios de una empresa ajena al cártel que elevó sus precios amparándose en la falta de competencia derivada de éste; se trata de los daños causados por los “*efectos paraguas sobre los precios*” (aps. 45 y ss.). En su sentencia de 5 de junio de 2014, el Tribunal acepta parcialmente la propuesta, el establecer que “*la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («umbrella pricing») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel*” (ap. 34). Sobre el tema, vid. HANSBERRY, D. *et al.*, “Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelist Competitors”, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2014, vol. 5, núm. 4, págs. 196 ss.; OLMEDO PERALTA, E., “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”, *La Ley Mercantil*, núm. 7 (octubre) 2014, págs. 80 ss.

⁴² Expresamente, STJCE de 13 de julio de 2006, *Manfredi, cit.*, aps. 64 y *Directiva de Daños*, Considerando 11.

⁴³ En el mismo sentido, el art. 341-1.e) del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil* supedita el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por los actos de competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia a la concurrencia de dolo o culpa del agente.

⁴⁴ *Libro Verde*, pág. 7.

CE”⁴⁵- no exige la concurrencia de culpa. De ahí que, ya en el *Libro Blanco*, manifestara su conformidad con la legislación de aquellos Estados miembros que se adoptan en este planteamiento, bien porque no se exige el requisito de la culpa, bien porque se establece una presunción absoluta de su concurrencia una vez demostrada la infracción. Además, la Comisión sugirió que, conforme al principio de efectividad, los demás Estados miembros en los que es necesaria la concurrencia de culpa deberían establecer una presunción relativa, rebatible únicamente en el caso de error excusable, entendiendo por tal el caso en el que una persona razonable que prestara un alto grado de atención no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia.⁴⁶

Finalmente, sin embargo, la Comisión descartó de forma expresa esta propuesta,⁴⁷ por lo que los Estados miembros pueden mantener el requisito de la culpa sin más límites que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los principios de efectividad y equivalencia y lo establecido en la propia Directiva.⁴⁸

4. ASPECTOS PROCESALES: LA PRUEBA

Entre las normas procesales, la transposición de la Directiva de Daños exigirá la inclusión de una norma especial en materia de prescripción que determine cuándo empieza a transcurrir el plazo, su duración y las circunstancias en las que se interrumpe o suspende (art. 10). De forma parcialmente coincidente con lo previsto en el artículo 1968.2º CC y la jurisprudencia relativa al mismo,⁴⁹ el plazo no comenzará hasta que se haya producido el cese de la infracción y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tenerlo, de la conducta y su carácter ilícito, de la identidad de la empresa infractora y de la existencia del daño. Sin embargo, frente al año previsto en el art. 1968.2º CC (y también en el 341-4 del Anteproyecto del Código Mercantil), la duración ha de ser, al menos, de cinco años. Además, si existiera un procedimiento administrativo, habrá de establecerse de manera expresa su suspensión hasta, al menos, un año después que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

Sin embargo, la mayoría de las normas procesales incluidas en la Directiva de Daños son las relativas a la prueba. Conforme a la regla general, corresponde al

⁴⁵ STJUE *Manfredi*, cit., ap. 61.

⁴⁶ *Libro Blanco*, pág. 7; COMMISSION STAFF WORKING PAPER accompanying the WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules {COM(2008) 165 final}, págs. 50-54 (disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf. Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014)

⁴⁷ Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, COM(2013) 404 final, pág. 14 (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:ES:PDF>. Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014).

⁴⁸ *Directiva de Daños*, Considerando 11.

⁴⁹ *Vid.* STS (Sala de lo Civil) de 4 de septiembre de 2013 (*Céntrica*), F.D. 7.

demandante acreditar la concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad (daño, relación de causalidad y culpa) y de la existencia de una infracción de las normas de defensa de la competencia.⁵⁰ Si bien esta última puede resultar siempre difícil, cuando se trata cárteles -debido a su carácter esencialmente secreto- las demandas originarias (*“stand alone”*) pueden encontrar obstáculos casi insuperables. De ahí que la Directiva establezca que –más allá de lo previsto en los artículos 328-331 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- los ordenamientos procesales nacionales han de permitir que los órganos jurisdiccionales que conozcan de una acción por daños puedan ordenar, previa solicitud motivada y proporcionada de la parte demandante, que la parte de demandada o un tercero exhiba determinadas piezas específicas de prueba o categorías pertinentes de pruebas (art 5).

Por el contrario, las demandas derivadas (*“follow-on”*) pueden resultar facilitadas por la existencia de un procedimiento administrativo previo. Efectivamente, por una parte, la tramitación del procedimiento administrativo puede facilitar la generación de pruebas, bien fruto del ejercicio de las amplias facultades de investigación atribuidas tanto a la CNMC como a la Comisión Europea, bien mediante las declaraciones y documentos aportados voluntariamente por las empresas en el marco de un programa de clemencia. La Directiva establece que, tras evaluar la proporcionalidad de la medida, los órganos jurisdiccionales nacionales han de poder ordenar la exhibición de esas pruebas contenidas en el expediente administrativo previo (art. 6). Sin embargo, esa facultad es limitada: mientras el procedimiento administrativo no haya concluido, no podrán ordenar la exhibición de determinadas pruebas cuyo origen se encuentre en el propio procedimiento (art. 6.5); y, dentro de éstas, en ningún momento podrán ordenar la exhibición de las declaraciones proporcionadas en el marco de un programa de clemencia ni de las solicitudes de transacción (art. 6.6).⁵¹

Aparentemente, se pretende así que la función indemnizatoria atribuida a las normas sobre responsabilidad civil no perjudique la preventivo-punitiva desempeñada por el Derecho administrativo sancionador; o, más brevemente: que la aplicación

⁵⁰ Artículo 217 LEC, en el caso de la infracción de normas de la Ley de Defensa de la Competencia, y artículos 2 y 3 del Reglamento 1/2003 para los supuestos de infracción de los artículos 101 o 102 TFUE.

⁵¹ Resolviendo así definitivamente una cuestión planteada en la STJUE de 14 de junio de 2011, C-360/09, *Pfleiderer*. Sin embargo, el vigente apartado 1 del artículo 15 *bis* de la LEC, citado en el texto, introducido por el número uno de la Disposición Adicional Segunda de la LDC, establece ya que la *“la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias podrán intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Con la venia del correspondiente órgano judicial, podrán presentar también observaciones verbales. A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate.*

La aportación de información no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia.” Lo previsto en este último párrafo deberá extenderse, por lo tanto, a las solicitudes de transacción.

privada no vaya en detrimento de la aplicación pública⁵². Sin embargo, es muy probable que la norma no disminuya, sino aumente las posibilidades de las víctimas de obtener reparación: la prueba de la existencia de un cártel resulta casi imposible fuera del procedimiento administrativo;⁵³ y, para la detección y sanción del cártel, los programas de clemencia -que permiten al denunciante quedar exento de una eventual sanción- constituyen un elemento esencial. Ese incentivo resulta debilitado por el incremento del riesgo de ser objeto de una reclamación de los daños y perjuicios causados: las resoluciones administrativas que declaran la existencia del cártel vinculan al órgano jurisdiccional y suelen devenir firmes en primer lugar, precisamente, contra el denunciante, el cual es responsable civilmente conjunta y solidariamente con los demás participantes, pero, a diferencia de éstos, no recurre la resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin la protección parcial que establece la Directiva dicho incentivo resultaría no ya debilitado, sino directamente suprimido, con lo que los potenciales demandantes no sólo no podrían obtener la exhibición de las declaraciones realizadas en el marco del programa de clemencia, sino tampoco beneficiarse de la vinculación del órgano jurisdiccional a la resolución administrativa.

Efectivamente, las resoluciones administrativas que pongan fin al procedimiento tienen una eficacia probatoria que varía según el órgano que las haya dictado. Así, las Decisiones de la Comisión relativas a los procedimientos en virtud de los artículos 101 ó 102 del TFUE vinculan al órgano jurisdiccional nacional que con posterioridad conozca de una demanda por daños y perjuicios, ya que no puede adoptar resoluciones susceptibles de entrar en conflicto con ellas.⁵⁴ Lo mismo sucede con las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa resolviendo los recursos contra las resoluciones de la CNMC.⁵⁵ Por el contrario, estas últimas no son vinculantes en los procedimientos posteriores; puesto que los jueces son independientes y están “*sometidos únicamente al imperio de la ley*” (art. 117.1 CE), la existencia de una resolución administrativa que declare una infracción del Derecho de la competencia no exime al demandante de tener que demostrarla, ni impide al juez considerar que no ha resultado probada.⁵⁶ La

⁵² En ese sentido, por ejemplo, MILUTINOVIĆ, V., “The Antitrust Damages Directive: The Ideal of Just Compensation and the Primacy of Public Enforcement”, *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, 2015 (1) 2 pág. 11. Con esa misma finalidad se establecería, como excepción al carácter solidario de la responsabilidad –coincidente en esto con nuestra doctrina jurisprudencial-, que los beneficiarios de clemencia respondan solidariamente ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y ante otros perjudicados sólo cuando no sea posible obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas infractoras (art. 11).

⁵³ Sobre la práctica española, *vid.* RUIZ DE ANGULO, E.; BAYO, R., COSTAS, J., “Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la competencia: España”, en VELASCO, L.A., *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, 2011, págs. 137 ss.; MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *cit.*, págs. 167 ss.

⁵⁴ Artículo 16 del Reglamento 1/2003, conforme a lo establecido ya en la STJUE 14 de diciembre 2000, asunto C-344/98 *Master Foods*, ap. 52.

⁵⁵ En este sentido, en un asunto relativo a un cártel, la STS (Sala de los Contencioso) de 7 de noviembre de 2013, F.D. 3º, conforme al cambio de criterio provocado por la STC 192/2009, de 28 de septiembre, F.D. 2º, y acogido ya previamente en la STS (Sala de lo Civil) de 19 de septiembre de 2013.

⁵⁶ BROKLEMAN, H., “La indemnización de los daños y perjuicios” en MARTÍNEZ LAGE, S.; PETITBÒ, A., *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 62 y ss.; MARCOS, F., “Competition Law private litigation in Spanish courts”, *Working Paper IE Law School AJ8-202*,

transposición de la *Directiva de Daños*, exigirá una modificación de esta regla, ya que establece que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente ha de ser irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia (artículo 9)⁵⁷.

La transposición de la norma deberá realizarse teniendo en cuenta el alcance limitado de la presunción. Por una parte, no alcanza a cualquier valoración sobre la licitud de la conducta, sino únicamente –a diferencia de lo previsto en el Reglamento 1/2003 respecto de las Decisiones de la Comisión- a “*la constatación de una infracción hecha en una resolución firme*”. Por lo tanto, una decisión de archivo del expediente o una declaración sobre la licitud de la conducta no impide que, con posterioridad, un órgano jurisdiccional declare la existencia de una infracción. Sólo así, por otra parte, podrán evitarse situaciones paradójicas; téngase en cuenta, por ejemplo, que las distintas sentencias recaídas en apelación contra una resolución sancionadora que declare la existencia de un acuerdo entre competidores prohibido pueden ser contradictorias,⁵⁸ o dicha resolución ser recurrida únicamente por algunos de sus destinatarios (por ejemplo, los que no formaron parte de un eventual procedimiento de clemencia),⁵⁹ o, en fin, sólo algunas de las sentencias recaídas en apelación –por ejemplo, por razón de la cuantía- ser posteriormente casadas por el Tribunal Supremo.⁶⁰ En todos estos casos, el juez competente en un procedimiento posterior de reclamación de daños, vinculado por la declaración previa de la existencia de una infracción sólo respecto de algunas de las partes del acuerdo, puede declarar –una vez valoradas todas las pruebas- la existencia de esa misma infracción respecto de las demás.

págs.34 y ss. (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351770. Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014). Así, por ejemplo, la SAP Madrid 11 de abril de 2011, no reconoce a la resolución administrativa previa más fuerza vinculante que la de un “*alegato de autoridad capaz de conferir refuerzo a los propios argumentos ya esgrimidos en el proceso*” (F.D. 5º).

⁵⁷ Además, toda resolución firme contemplada dictada en otro Estado miembro podrá ser presentada al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, de tal forma que dicha resolución podrá ser valorada junto con otras pruebas presentadas por las partes.

⁵⁸ Por ejemplo, los recursos interpuestos contra la RCNC de 12 de noviembre de 2009 (*S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal*), que sancionaba a varias aseguradoras y reaseguradoras, fueron estimados por la Audiencia Nacional, pero por distintos motivos. Así, en las SSAN 18 de diciembre de 2012 (*SCOR*), 4 de enero de 2013 (*ASEFA*) y 20 de marzo de 2013 (*MAPFRE*), se consideró que no existía prueba de ningún acuerdo prohibido, y sí una explicación alternativa a la concertación para el comportamiento paralelo de las sancionadas. La SAN de 14 de diciembre de 2012 (*CASER*), estableció la existencia acuerdo prohibido (cártel y boicot) que carecía de cobertura legal, pero entendió que no hubo culpa en la conducta del recurrente. En la SAN 18.12.2012 (*MÜNCHENER*), se consideró que había un acuerdo prohibido, pero que contaba con cobertura legal (era en realidad un intercambio de información sobre el riesgo permitido por el art. 25.3. de la LOSSP y el Reglamento (UE) nº 267/2010 de la Comisión de 24 de marzo de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros).

⁵⁹ Lo que, además, puede traducirse en que el *dies a quo* sea diferente en unos casos y en otros. En el Derecho comparado, el tema se ha suscitado ya en el asunto *Deutsche Bahn AG and others v Morgan Advanced Materials Plc* [2014] UKSC 24.

⁶⁰ *Vid.* sin embargo la interesante STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de mayo de 2014 (SOS Cuétara).

Por otra parte, el alcance de la vinculación a los hechos considerados probados por la CNMC o la jurisdicción contencioso-administrativa –igual que respecto de las Decisiones de la Comisión- resulta delimitado por la propia competencia de éstas: comprende únicamente los hechos que determinan una infracción de la LDC, pero en ningún caso los elementos de la responsabilidad civil, como erróneamente ha aceptado nuestra jurisprudencia:⁶¹ el órgano jurisdiccional que conozca de la posterior reclamación de daños debe aceptar la existencia de una infracción de las normas de defensa de la competencia, pero el daño, la relación de causalidad y la culpa han de ser probados por el demandante en el proceso.⁶²

Ciertamente, la dificultad que supone la prueba de la existencia y la cuantía del daño constituye una de las principales dificultades para cualquier eventual demandante. De ahí que la Directiva prohíba que las normas nacionales sobre tales aspectos hagan prácticamente imposible el ejercicio del derecho al resarcimiento, debiendo facultar a los órganos jurisdiccionales para estimar el importe de los daños una vez acreditada su existencia; la cual, además, se presume –como jurisprudencialmente se ha establecido ya respecto de los actos de competencia desleal-⁶³ en el caso de los cárteles (art. 17).⁶⁴

Respecto de la relación de causalidad y la culpa, sin embargo, la *Directiva de Daños* no establece presunción alguna. Ciertamente, el elemento subjetivo de la culpa es necesario en toda infracción administrativa,⁶⁵ incluyendo las contempladas en la LDC.⁶⁶

⁶¹ En este sentido, la STS de 8 de junio de 2012 señala que la AP Valladolid “*tras haber ganado firmeza la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, consideró probado tanto la realidad del perjuicio que el ilícito comportamiento de la ahora recurrente produjo a las demandadas, como la medida o extensión del mismo*” (F.D. 7º). Por su parte, la STS 2013 asume que la establecida en la Resolución sancionadora “*es la base fáctica sobre la que de partirse para la resolución de la reclamación. La demandada concertó con las demás integrantes del cártel determinadas modificaciones de los precios del azúcar para uso industrial que hizo que tal precio fuera superior al que hubiera debido resultar del juego de la libre competencia por lo que hubo un aumento indebido en los costes que debieron soportar los fabricantes de productos elaborados con azúcar, que es justamente lo que constituye el daño*” (F.D. 3º).

⁶² En este sentido, el Tribunal de Justicia ha establecido acertadamente que “*una acción civil de indemnización, como la que es objeto del procedimiento principal, implica, según resulta de la resolución de remisión, no sólo la comprobación de que se ha producido un hecho dañoso, sino también la existencia de un daño y de una relación directa entre éste y el hecho dañoso. Si bien es cierto que la obligación que tiene el juez nacional de no adoptar resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE le impone admitir la existencia de un acuerdo o práctica prohibidos, cabe precisar que la existencia de un daño y la relación de causalidad directa entre ese daño y el acuerdo o práctica en cuestión siguen dependiendo, en cambio, de la apreciación del juez nacional.*” (STJUE de 6 de noviembre de 2012. C-199/11- *Europese Gemeenschap y Otis NV*, ap. 65). En este sentido ya ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. “Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia”, *cit.*, págs. 526-527. Contra, CACHAFEIRO, F., “Damages Claims for Breach of Competition Law in Spain”, en ROSENAU, H.; VAN NGHIA, T. (eds.), *Competition Regime: Raising Issues and Lessons from Germany*, Baden-Baden, 2014, pág. 176.

⁶³ Por ejemplo, STS (Sala de lo Civil) de 21 de junio y 22 de noviembre de 2006, F.D. 3º.

⁶⁴ Los cárteles, sin embargo, se definen con una amplitud que va más allá de su significado económico (art. 2.14 *Directiva de Daños*) y de la literalidad de la definición establecida en nuestra LDC, aunque de forma análoga a la interpretación que de la misma han realizado la CNC y la CNMC. *Vid.* ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El concepto de cártel a efectos de la aplicación del programa de clemencia en la Ley de Defensa de la Competencia española”, *Actas de Derecho Industrial*, vol. 32 (2011-2012), págs. 719 ss.

⁶⁵ Por ejemplo, SSTC 246/1991, de 19 de diciembre; y 102/1994, de 11 de abril.

Por lo tanto, cabría pensar que, una vez acreditada aquélla, resulta implícita la prueba de ésta.⁶⁷ Sin embargo, el argumento se basa en una supuesta identidad entre la culpa exigible para la imposición de una sanción administrativa y la culpa determinante de la responsabilidad civil. Ciertamente, ambas se traducen en la omisión de determinados deberes de previsión; pero mientras la culpa administrativa (a la que se refieren tanto el *Libro Verde* como el *Libro Blanco*) supone la previsibilidad de la antijuricidad de la conducta,⁶⁸ para que exista culpa civil es necesaria la previsibilidad, no de la antijuricidad, sino del daño, de tal forma que el sujeto que lo ocasionó no haya cumplido los deberes requeridos para su prevención y, en su caso, evitación.⁶⁹ También es necesaria, por lo tanto, la prueba de la culpa: aunque la previsibilidad de la ilicitud de la conducta (restrictiva de la competencia) supondrá, normalmente, la previsibilidad del daño –y, por lo tanto, el establecimiento de una presunción relativa podría resultar admisible–, son necesarios dos juicios diferentes.

5. CONCLUSIONES

La atribución de una función preventivo-punitiva a las normas establecidas en la Directiva 2014/104/UE, tal y como pretendía originariamente la Comisión, exigiría el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil específico para los daños por infracciones del Derecho de la competencia. Sin embargo, las manifestaciones de aquélla han ido desapareciendo durante su tramitación, y la función de las normas finalmente establecidas en la Directiva de Daños es puramente resarcitoria.

⁶⁶ Entre otras, SSTS (Sala de Contencioso) de 9 de marzo de 2005 (Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España), 7 de julio de 2010 (Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares), 22 de noviembre 2013 (ASETRAVI, comentada en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La aplicación del principio de confianza legítima a las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Actas de Derecho Industrial*, vol. 34 (2013-2014), págs. 553 ss.); y SSAN de 14 de diciembre de 2012 (CASER) y 18 de marzo de 2014 (CETM). Sobre el principio de confianza legítima, *vid.* COSTAS COMESAÑA, J., “La confianza legítima en la actuación de las Administraciones Públicas como límite al Derecho de Defensa de la Competencia”, en GUILLÉN CARAMÉS, J., (dir.), *Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, 2011, págs. 105; MARCOS, F., “Artículo 4. Conductas exentas por ley”, en MASSAGUER, J., *et al. (dirs.), Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3ª ed., Madrid, 2012, págs. 296 ss.

⁶⁷ En este sentido, ya SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret* 1/2009, pág. 16 (disponible en http://www.indret.com/pdf/619_es.pdf); QUIJANO, J., para quien “*la presunción conjunta de ilicitud y culpa derivada de la infracción ya estimada es perfectamente razonable*” (“Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial”, en VELASCO, L.A., *et al. (dirs.), La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, 2011, págs. 484-485); CACHAFEIRO, F., “*Damages Claims for Breach of Competition Law in Spain*”, *cit.*, pág. 191.

⁶⁸ “*Para poder sancionar administrativamente es necesario que el sujeto imputado haya actuado con intención de realizar una conducta, a pesar de conocer que es contraria a Derecho; o bien que no haya adoptado las medidas exigibles para evitar la realización de una conducta que se sabe contraria a Derecho, o adquirir el conocimiento de que la conducta es contraria a Derecho*” (STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de diciembre de 2012, F.D. Quinto).

⁶⁹ Díez-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, *cit.*, págs. 360 ss.; REGLERO, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, *cit.*, pág. 186 ss.

De esta forma, la transposición de la Directiva de Daños no impedirá que los derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia puedan seguir sometidos al régimen general sobre responsabilidad civil previsto en nuestro ordenamiento.⁷⁰ Por el contrario, las modificaciones exigidas por la Directiva son esencialmente procesales. Su incorporación a nuestro Derecho interno obligará a ampliar el plazo de prescripción de la acción, y clarificar tanto las causas de su interrupción como *el dies a quo*. Pero, sobre todo, facilitará la prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y del correspondiente daño, y muy especialmente en el caso de los cárteles. Mientras la existencia de éstos resulta casi imposible de acreditar fuera del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, la determinación del daño causado por los mismos presenta grandes dificultades incluso contando con complejos –y costosos– informes periciales; por lo tanto, la Directiva de Daños favorecerá principalmente las demandas contra los participantes en un cártel cuya existencia haya sido previamente declarada en una resolución administrativa (*“follow-on claims”*).

Al facilitar el resarcimiento de las víctimas, especialmente de los cárteles ya sancionados administrativamente, resultará potenciada la función indemnizatoria atribuida a las normas sobre responsabilidad civil, pero sólo indirectamente –como “subproducto” de aquélla, al agravar las consecuencias patrimoniales para los infractores– su función preventiva. Aunque ello pone 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.

⁷⁰ En contra, aparentemente, DIEZ ESTELLA, F.; ESTRADA MERAY, C., “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 14, 2014, págs. 189 ss.