



Responsabilidad civil derivada de las infracciones del Derecho de la competencia

Jorge Romero Ilarduya
Abogado y Licenciado en Administración
y Dirección de Empresas.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN

2. LA JURISPRUDENCIA PREVIA A LA DIRECTIVA 2014/104/UE

3. ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y ASUNTOS EN DETALLE

- 3.1. LA DELIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL ENTRE SUJETOS VINCULADOS POR CONTRATO
- 3.2. EL DAÑO: COMPONENTES Y ELASTICIDAD PRECIO DE LA DEMANDA
- 3.3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD
- 3.4. EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN
- 3.5. LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS
- 3.6. COMPETENCIA Y “FORUM SHOPPING”
- 3.7. LEGITIMACIÓN
- 3.8. EL RETO DE LA PRUEBA
- 3.9. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO
- 3.10. INCENTIVOS EN LAS ACCIONES “FOLLOW ON”
- 3.11. ACCESO A FUENTES DE PRUEBA DEL DEMANDADO Y TERCEROS
- 3.12. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y EL PRIVATE ENFORCEMENT
- 3.13. EL PLENO RESARCIMIENTO Y EL “PASSING ON”
- 3.14. ACCIONES COLECTIVAS, ACUMULACION DE ACCIONES Y TRANSMISIÓN DE DERECHOS

4. CONCLUSIONES

5. BIBLIOGRAFÍA



1. INTRODUCCIÓN

Adam Smith sostenía que los mercados se autorregulan mediante una tendencia ínsita al equilibrio. Entendía que de una manera natural la competencia en el mercado se mantendría sola situando a todos los agentes del mercado en un círculo virtuoso, logrando la maximización del beneficio social a través de la búsqueda de cada uno de su propio interés.

Desde el punto de vista de la dinámica económica es entendible que en un mercado perfecto el producto preferido por los consumidores (por precio, diseño, calidad o otros motivos o una combinación de estos) será el que más demanda acapare y, por tanto, el que más volumen de producción y materia prima ocupe. De esta manera el éxito del producto (y su empresario y mayor beneficio) supone el mecanismo que, por medio de la libertad de los compradores, hace que la asignación de recursos se produzca de forma eficiente.

De alguna manera la orientación a este logro o éxito, hará que los productores de un determinado mercado tengan incentivos

para mejorar permanentemente el producto, adaptándolo o innovando, abaratando o, en definitiva, mejorándolo para tentar el favor del público.

Lo que no se contemplaba con esta visión tan ingenua es que existieran prácticas restrictivas de la competencia que hicieran saltar por los aires este círculo virtuoso, es por ello, que esta teoría económica fue superada por los postulados de otro economista como fue Keynes, y mediante los cuales se dio lugar a la justificación teórica necesaria de la intervención estatal de la economía como medio para evitar las crisis económicas propias de los modelos de libre mercado, que obviaban la tendencia de los comerciantes hacia la pereza y la avaricia.

Los Estados fueron más allá interviniendo también en otros aspectos relativos a derechos sociales e instaurando los “Estados de bienestar”, con los que se legitimó definitivamente el Estado Social de Derecho, que haría considerar a la Economía como un ámbito de libertad de mercado, pero sometido en su fin último al



beneficio de la sociedad, y por tanto limitado por la protección de otros intereses, aparte de los empresariales, tales como la protección de los consumidores o el fomento de la innovación y eficiencia del mercado.

La libertad de empresa es el derecho económico nuclear de los ordenamientos constitucionales modernos, alcanzando incluso la condición de principio político vertebrador de los sistemas plurales y democráticos, entendiéndose no como un fin en sí mismo, sino como una institución jurídica de la “infraestructura jurídica del mercado” manifestación del derecho fundamental de autodeterminación de las personas (empresarios) que pueden elegir como autorrealizarse en su emprendimiento, teniendo en cuenta que nuestra Constitución limita la libertad de empresa a *las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*.

El Derecho de la competencia es el corpus jurídico en el que se manifiesta la necesaria intervención estatal para garantizar intereses sociales superiores a la misma libertad de

empresa y, teniendo en cuenta, que el propio derecho a la libertad de empresa requiere de la existencia de competencia en el mercado. Es por eso por lo que este derecho obliga doblemente al Estado, por un lado a impedir injerencias en esta libertad y también a dotar de los medios precisos para asegurar la efectividad en el ejercicio del derecho.

La evolución del Derecho de la competencia a los dos lados del Atlántico ha sido divergente y cuando en los ordenamientos Europeos se ha dado prevalencia al Derecho Público en defensa del orden público económico, y justificado por la primacía del mandato de los Estados Social y democráticos de Derecho, en cambio, en la tradición anglosajona, se priorizado el resarcimiento particular de los perjuicios causados por infracciones al Derecho a la competencia, relegando a un segundo plano la actuación pública sancionadora por estas infracciones.

Con respecto a la evolución de la normativa de competencia en Europa, y aunque no es objeto del presente texto analizar en profundidad la historia del Derecho en esta materia, es interesante conocer que tuvo lugar en mayor medida durante la postguerra de la 2ª Guerra Mundial, como compensación de los planes de reconstrucción financiados por Estados Unidos y su despegue coincidió con las iniciativas de comunitarización dadas en países Europeos que han tenido como consecuencia final la existencia de la Unión Europea.

En clave española la pionera Ley 110/1963 de Represión de prácticas restrictivas de la competencia, fue sustituida por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. En ambas normas ya contemplaban las consecuencias civiles en la esfera privada de los perjudicados de las infracciones del derecho de la competencia pero limitando la posibilidad de reclamar estos daños a entablar una acción ordinaria posterior (consecutiva) de un pronunciamiento que determine la existencia de la infracción.

Cabe hacer un aparte para clarificar que dentro de las demandas de la acción de resarcimiento por perjudicados por infracciones del Derecho de la competencia, caben dos tipos de acciones, aquellas entabladas con posterioridad, una vez ya se ha realizado un pronunciamiento judicial o administrativo que acredite la existencia y otros aspectos de la infracción del Derecho de la Competencia (consecutivas o “follow on actions”), y aquellas otras en las que la demanda se lleva a cabo sin esperar estos pronunciamientos (independientes o “stand alone actions”).

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia se permitió la convivencia de las acciones “stand alone” y las acciones “follow on”.

2. LA JURISPRUDENCIA PREVIA A LA DIRECTIVA 2014/104/UE

Con la publicación de esta Directiva, se trata de cubrir un déficit que existía en los ordenamientos Europeos, al no proteger de los intereses subjetivos o satisfacer los daños de los individuos perjudicados por infracciones de Derecho de la competencia, situación que además de una manifiesta injusticia, suponía el no utilizar estas acciones como recurso desincentivador (adicional a las sanciones) para hacer cumplir las políticas de Defensa de la competencia, y que funcionaría igual que las sanciones en el mismo sentido que Teoría preventiva general negativa del Derecho penal.

La evolución del Private Enforcement en Europa en tiempos modernos fue inicialmente en base a jurisprudencia, siendo el asunto iniciático el analizado por el TJCE en su Sentencia de 6 de Febrero (asunto 23/1967, Brasserie de Haecht contra Wilkin- Janssen) que establecía la aplicación directa de los artículos 101 y 102 TFUE en las relaciones entre particulares sin precisar previa declaración expresa de la Comisión Europea y siendo ejercitables directamente en sede judicial nacional.

Más recientemente, la sentencia del TJCE de 16 de Julio de 1999, Asunto c-453/1999 Courage contra Bernard Crehan y de 13 de Julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a c-298/04 Manfredi, fue más allá y reconociendo también el efecto directo de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, considerando que los particulares perjudicados por las prácticas anticompetitivas tenían derecho a reclamar su resarcimiento, incluso si el perjudicado había tomado parte en el acuerdo anticompetitivo. Igualmente la sentencia del asunto Courage también recoge la eficacia desincentivadora para los infractores del establecimiento de indemnizaciones a los sujetos privados que finalmente redundan en la protección de la competencia de los Mercados.

El asunto Manfredi introdujo el principio de procesal de los Estados Miembros al encargar a estos que sean ellos quien tenga que designar los órganos competentes para conocer de los asuntos de daños en base a la normativa comunitaria de competencia, preservando los principios de equivalencia (igual trato a reclamaciones en base a Derecho comunitario o interno) y efectividad (la regulación procesal no puede suponer una gran dificultad o imposibilidad en la práctica para el ejercicio de los derechos).

Para respaldar esto se promulgó “el Reglamento (CE) 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, que confirmaba la competencia de los Tribunales de los Estados Miembros para aplicar directamente esas

normas europeas, eliminando la exclusividad de la Comisión en este aspecto, descentralizando la aplicación pública y privada de las normas de competencia.

Previamente, antes de este Reglamento, la judicatura española era reacia a la aplicación directa del Derecho europeo, si bien ya en el año 2000, mediante Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 2 de junio de 2000, Distribuidora Industrial, DISA y Prodalca, Rec. 2355/1995 se efectuó un giro copernicano y se empezó a contemplar la aplicación directa del Derecho Europeo de Competencia.

Igualmente el asunto Manfredi puso de relevancia la necesidad de cierta armonización para lograr el respeto de los principios de equivalencia y efectividad, si bien la doctrina es discrepante por considerar que ni la jurisprudencia ni la finalidad de la norma hacen necesaria la armonización e incluso tal homogeneización puede resultar perjudicial.

Sea como fuere, a nivel internacional el conflicto entre normas de distintos ordenamientos o el distinto planteamiento o visión de una infracción en base a una tradición jurídica distinta y la multiplicación de operaciones de índole global y la aplicación del principio de extraterritorialidad que habilita a distintos países a la vez a conocer de las infracciones del Derecho de la competencia, hacen recomendable si no normas para armonizar, sí mecanismos de coordinación que impidan a los infractores aprovecharse de esas externalidades.

Por otro lado, cierta armonización si era necesaria en el sentido de que esta Responsabilidad Civil derivada de infracciones del Derecho de la Competencia tiene caracteres propios específicos que con la normativa interna preexistente a las transposiciones de la Directiva 2014/104/UE no daban un tratamiento satisfactorio en caracteres tan propios como puedan ser la repercusión de los sobrecostes, la existencia de pluralidad de responsables, la complejidad litigiosa derivada de la materia técnica y el desequilibrio de las partes en materia de prueba.

Aunque profundizando en las tesis de algunos autores críticos como Jesús Alfaro Águila Real en “*Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia*” quizás en estos ámbitos de gran dificultad en acertar plenamente sea óptimo lo que denomina “armonización negativa” o lo que es lo mismo dejar a los operadores jurídicos que se auto-impongan las soluciones que sean más eficaces sin necesidad de homogeneizar las normas; elegir entre el pleno resarcimiento evitando la sobrecompensación, el resarcimiento del daño pero que no se incurra en un castigo doble, conseguir incentivos a la litigación pero sin

crear una “cultura de la litigación” o garantizar el resarcimiento respetando todas las tradiciones procesales de los estados miembros, son dicotomías en las que el legislador opte por la mejor solución en todos los casos es complejo.

3. ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y ASUNTOS EN DETALLE

En cuanto a la estructura jurídica de las acciones de Responsabilidad Civil derivadas de infracciones del Derecho de la competencia, estas brotan del tronco común que en nuestro ordenamiento representa el artículo 1902 del Código Civil o la *acción aquiliana*, tal como se recoge en la Directiva en el considerando 11. Esto quiere decir que se encontrarán en ella los mismos elementos que en la Responsabilidad Civil general, de tal forma que para que surja, debe de haber acción u omisión de un actor, un daño en otro sujeto y un vínculo de causalidad entre la primera y el segundo, existiendo un criterio de imputación a título de culpa o negligencia. Cabría incorporar a este esquema básico que para que el daño sea resarcible no debe concurrir en el dañado un deber jurídico de soportar el perjuicio, es decir que el daño ha de ser antijurídico.

Es evidente que en estos casos la acción que constituye la iniciación de la responsabilidad es la infracción de la norma antitrust, es decir, que el sujeto responsable haya conculcado los artículos 101 y 102 del TFUE o el 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia Española, tal como establece por remisión el artículo 71 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Hay que denotar que existen algunas divergencias entre lo establecido en los artículos 101 y 102 del TFUE y el 1 y 2 de la LDC. El artículo 101 hace referencia explícitamente como sujeto activo de la infracción a las “empresas o asociaciones de estas” que usen como instrumentos “acuerdos, decisiones o prácticas”. Por el contrario el artículo 1 LDC incorpora otros instrumentos de la acción, además de los anteriores, como son las “recomendación colectiva” y la “práctica conscientemente paralela”.

En lo que concierne al artículo 102 TFUE, trata el abuso de posición dominante como una actividad prohibida, con un tenor casi idéntico, a lo previsto en el artículo 2 de la LDC, salvo que en la norma Nacional, se añade un punto 3 que extiende la prohibición de posición de dominio aun cuando la misma haya sido establecida por disposición legal, lo cual permite hacerse una idea de lo dañino que es el abuso de la posición dominante para el legislador, que en conductas colusorias permite excepciones, pero no así en situaciones de posición dominante.

Hay que tener en cuenta, que para la delimitación de la relevancia de las conductas

infractoras a efectos de Derecho Público sancionador, por economía procesal, se cuenta con un instrumento que evita utilizar recursos públicos para conductas sin especial relevancia, como es la “Regla de Minimis” que se encuentra regulada en el artículo 5 de la LDC, con desarrollo normativo a través del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

Se entendía esta regla de *minimis* como el instrumento que permitía equilibrar la gratuidad de efectuar denuncias en este ámbito (lo que podía dar lugar a denuncias torticeras) y a la amplitud de definición de conductas prohibidas, si bien en la actualidad el riesgo de denuncias por intereses desviados ya no existirá puesto que la denuncia ya no vincula a la Autoridad de Competencia a iniciar el procedimiento sancionador.

Esta ausencia de vinculación no supone menoscabo a la seguridad jurídica del sistema, en la medida en que los denunciados dispondrán de otras instancias y de la acción privada para proteger sus intereses y también al considerar que la seguridad jurídica debe valorarse en términos agregados.

Aunque será un debate que se enriquecerá con la jurisprudencia que haya de venir, cabe plantearse si al aplicar la regla de *minimis*, si una conducta infractora no tiene interés a efectos de sanción, cómo afectará esa carencia de relevancia a una hipotética reclamación privada de los daños que haya podido ocasionar.

En nuestra opinión, la relevancia de la regla de *minimis*, solo será a efectos prácticos al hacer más difícil la acreditación del perjuicio, si bien el que una conducta restrictiva de la competencia carezca de relevancia para la administración a efectos de no incoar procedimiento, por exclusivas razones de eficiencia del sistema, nada obsta para que la misma sea una acción antijurídica que ocasiona un daño concreto en la esfera privada de un particular y por tanto, susceptible de ser resarcida.

3.1 LA DELIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL ENTRE SUJETOS VINCULADOS POR CONTRATO

En el ámbito de la responsabilidad por infracciones del Derecho de la competencia, aparte de la evidente responsabilidad extracontractual para con terceras personas distintas al infractor y su cliente directo, cabe pensar también la existencia de responsabilidad que surja por infracciones del Derecho de la competencia en el seno de un contrato y en la cual uno de los perjudicados sea parte. En este sentido la Jurisprudencia del TJUE en el asunto

Courage y Crehan, tartó el impago del Sr. Crehan de unos suministros de cerveza al suministrador Courage, que imponía unos precios superiores a los arrendadores de establecimientos del grupo que los que cobraba a otros clientes no afiliados. El tribunal nacional planteó una cuestión prejudicial incardinada a esclarecer si una parte de un contrato ilegal por infringir el

Derecho de la competencia, como lo era el Sr. Crehan, podía alegar la infracción en la que había participado, para la defensa de sus intereses y en caso afirmativo si tendría derecho a indemnización.

La sentencia indicó que la norma Europea se opone a que una norma nacional permita que una parte de un contrato que infringe el Derecho de la competencia pueda solicitar una indemnización por esta infracción, sin que el hecho de ser parte del contrato suponga un impedimento, y tampoco se opone a que una norma nacional impida esta indemnización en los casos en que la parte solicitante de la indemnización haya ostentado una "responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia", de tal forma que lo que habrá que analizar será si el demandante "se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición".

No aclara en todo caso la sentencia si tal reclamación debería llevarse a cabo por vía extracontractual o contractual, pero parece que el motivo por el cual se irroga al demandante no parece encajar en el incumplimiento de las prestaciones contractuales, sino más bien en una conducta antijurídica separada de lo previsto en las voluntades manifestadas en el contrato.

En este sentido es interesante traer a colación las sentencias del Tribunal Supremo del 24 de Julio de 1969 o del 16 de Diciembre de 1986, que en síntesis defendían que no opera ningún automatismo para invocar la responsabilidad contractual por el mero hecho de existir una relación contractual previa entre dañante y dañado, sino que para que esto suceda excluyendo la responsabilidad Aquiliana, el daño debe haberse causado debido al incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, "dentro del la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial".

En el mismo sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 2008, aunque en esta se incorporan nuevos planteamientos como la posibilidad de que concurran ambas responsabilidades a la vez en

un esquema mixto que doctrinalmente se ha denominado de "Unidad de culpa civil".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012, nº 344/2012, sentencia pionera del cártel de Azúcar, ha terminado de zanjar el asunto, utilizando terminología anglosajona, e indica que existiendo " *the law of contract* " y " *the law of torts* " -, *hay que entender [...] que nos hallamos en el ámbito de la segunda.*

En similar sentido en cuanto a la concurrencia de responsabilidad extracontractual en asuntos con preexistencia de vínculo contractual se ha pronunciado también el TJUE en los asuntos Kalfelis/Schröder C-189/87, Petruzzi y Longo C- 261/90, Réunion européenne S.A. y otros 100 STS 7567/1986 de 16 de Diciembre 101 STS 7354/2008 de 22 de Diciembre de 2008 : Según la jurisprudencia de esta Sala, «la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo -el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC - y otro subjetivo -la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe-» (STS de 31 de octubre de 2007, recurso de casación núm. 3219/2000). Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo (SSTS 22 de julio de 1927, 29 de mayo de 1928, 29 de diciembre de 2000). Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación. No cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio de unidad de la culpa civil.

De todas formas, es preciso recordar que el artículo 6.3 del CC que "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención", por lo que teniendo en cuenta que la nulidad surte efectos "ex tunc", sería difícilmente sostenible que una responsabilidad surgida de un contrato nulo de pleno derecho (inexistente a todos los efectos) pueda ser de

carácter contractual puesto que el acuerdo no produce ningún efecto conforme al brocardo “quod nullum est nullum efectum producit”.

3.2 EL DAÑO: COMPONENTES Y ELASTICIDAD PRECIO DE LA DEMANDA

La prueba y cuantificación de este serán un elemento capital en el éxito de las acciones. En la regulación de la Directiva el “pleno resarcimiento” es el objetivo básico, tratando de que las acciones privadas reguladas sirvieran para devolver a las personas que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la Competencia (art 72.2 Ley de Defensa de la Competencia; 3.2 de la Directiva), e incluso se plantean la posibilidad de introducir la institución de daños punitivos y aunque la Jurisprudencia TFUE no lo impide, (es más en la Sentencia Manfredi contempla que pueda existir, de acuerdo al principio de equivalencia, si existen en los ordenamientos nacionales en reclamaciones similares), también le parece correcto que los tribunales nacionales impidan que el ordenamiento jurídico comunitario produzca enriquecimientos injustos en los perjudicados.

Finalmente en el Libro Blanco se impone el posicionamiento de la norma en la tradición legislativa Europea impidiendo los daños punitivos, de tal forma que, de forma vertebrada, las partidas que incluye el daño indemnizable serán, conforme el artículo 72 LDC, “el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses”, proscribiendo la “sobrecompensación o daños punitivos o múltiples” (tal regulación es idéntica a la efectuada en la Directiva de forma autónoma en su artículo 3.2, en base al considerando 12, y en este caso no por remisión a las normas nacionales de los Estados Miembros, para evitar una falta de homogeneidad de los ordenamientos nacionales).

El considerando 12 plantea también un dilema interesante, puesto que en él se fija el plazo

de devengo de los intereses en el momento del daño hasta el momento del abono del pago, si bien esta previsión se separa de lo previsto en el Código Civil Español donde se establece el día de inicio en el día de la interposición de la demanda (arts. 1108 y 1100 CC).

La norma transpuesta nada ha dicho respecto a este particular por lo que estamos en una indeterminación legal que se habrá de resolver jurisprudencialmente afirmando (o no) el valor normativo de los considerandos de las Directivas (que como criterio interpretativo ya es innegable) y aplicando, en caso de que se le otorgue este, el principio de primacía del Derecho Europeo.

En contra de otorgarles valor normativo pero sí un fuerte valor interpretativo se sitúan los autores Mariano Yzquierdo Tolsada y Vicente Arias Máiz (2006, Pág.184). Igualmente en clave nacional la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1990, F.J. 2º niega que el preámbulo y la exposición de motivos tengan valor normativo, aunque tampoco es claro que los considerandos de las normas europeas sean equiparables a estos, en la medida en que la propuesta de Directiva ya recoge una exposición de motivos distinta de los considerandos.

El adoptar el posicionamiento de la Directiva fijando el “dies a quo” de la cuantificación de los intereses en el de la producción del daño es coherente con el carácter compensatorio de estos intereses.

El artículo 78 Ley de Defensa de la Competencia delimita el concepto del daño definiendo el daño emergente como el “sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido” y contemplando que “también conllevará el derecho del perjudicado a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostes”.

En relación al daño emergente varios autores, con buen criterio sostienen la existencia de otros daños difusos que no se han tenido en cuenta a la hora de indemnizar [Francisco Marcos y Albert Sánchez Graells (2008, Pág. 474-475), Vera Sopeña Blanco y Gustavo Andrés Martín Martín (2015, Pág. 7)] y que no conviene obviar, aunque no sean en términos puramente monetarios y más remotos y por tanto de mucha mayor dificultad de cuantificación, como son la variedad y dinamismo del mercado, los perjuicios relativos a la innovación y calidad de los productos y servicios, el coste reputacional o la pérdida de cuota de mercado.

Por otro lado, en cuanto a lucro cesante, es conveniente esbozar un concepto económico comúnmente desconocido a nivel teórico para los juristas pero que intuitivamente cualquier consumidor conoce, como es la elasticidad precio de la demanda.

Este es un concepto microeconómico básico que hace referencia a la relación existente entre las variaciones porcentuales de precio y la demanda porcentual agregada de un producto concreto. Es un instrumento analítico fundamental como indicador cuantitativo de la sensibilidad de las decisiones de compra a las variaciones de precio.

Si la demanda de un producto es elástica, la reducción de la demanda de un producto es mayor que la subida del precio del producto. Hay que tener en cuenta que la elasticidad siempre es negativa (o cero) dado que sólo se concibe que ante subidas de precio la demanda



disminuya en mayor o menor medida pero nunca aumente.

Son factores influyentes en la elasticidad precio de la demanda:

- La posibilidad de sustitución del producto, de tal forma que si la categoría de producto (no así la marca comercial) no tiene sustitutivos la demanda será más bien inelástica (no bajará la demanda ante subidas de precio).
- La importancia del producto en términos cuantitativos en proporción al presupuesto global del demandante. Cuando mayor proporción de la renta suponga el gasto, más elástica será la demanda.
- Otros dos factores influyentes serán el tiempo de adaptación del consumidor ante las variaciones de precio que no será igual en todo tipo de producto y el sentido del “efecto renta” del punto segundo de esta enumeración que tampoco opera igual

para todo tipo de producto, pero que por su complejidad entendemos que supera el objetivo del presente artículo.

Con las anteriores líneas maestras del concepto de elasticidad, podemos aplicarlas a la demanda agregada de los perjudicados por acciones anticompetitivas que, además del sobreprecio que habrán tenido que pagar, si lo han repercutido en sus consumidores siguientes, esta subida de precio también habrá supuesto para ellos una bajada en la demanda susceptible también de ser indemnizada.

El propio regulador Europeo es consciente de la dificultad en cuanto a la cuantificación del daño considerando que para lograrlo es preciso llevar a cabo modelos económicos complejos y abstractos que, tal como recoge el considerando 39 de la Directiva, “implican realizar una comparación con una situación que, por definición, es hipotética, por lo que nunca puede hacerse con total precisión”, entendiéndose, por ejemplo, que el daño emergente es “el resultado de la diferencia de precios entre cuantías ya

pagadas realmente y lo que se habría pagado si no se hubiera cometido la infracción” o que el lucro cesante, “es la disminución de las ventas causadas por el sobrecoste asumido por el agente económico”.

Estas y otras dificultades en la cuantificación del daño provoca que la norma faculte al Tribunal, por un lado a presumir la existencia de daños cuando se den conductas de cártel, salvo prueba en contrario, y por otro, para la estimación de la cuantificación del daño en las ocasiones en la que, ante las pruebas disponibles, y acreditado la existencia del daño, sea imposible o excesivamente difícil cuantificarlo.

3.3 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La acreditación de esta en el proceso es una de las mayores dificultades a la hora de construir la estructura jurídica para reclamar la Responsabilidad Civil, y eso es probablemente debido al carácter completamente abstracto del concepto, o a situaciones como la “causalidad múltiple o causalidad indeterminada”.

Dada la complejidad económica de las cuestiones implicadas, los reguladores europeos ya se hacían eco de esta dificultad considerando, además, que el requisito de causalidad no debería excluir a quienes hayan sufrido un perjuicio causado por una infracción de la legislación de defensa de la competencia de la reparación del perjuicio. En clave interna, nuestro ordenamiento facilita mediante la amplitud de la previsión de los medios de prueba que resultan admisibles y la abstracción de la regla de valoración probatoria por parte de los jueces y magistrados mediante su “sana crítica”.

Técnicamente la relación de causalidad puede entenderse, como se prevé en Derecho Anglosajón, como algo similar a una “conditio sine qua non” (cause in fact), una causalidad de hecho, que se produce “cuando el daño no hubiera ocurrido de no haberse realizado la conducta, por acción u omisión, del demandado, no obstante, este concepto casi naturalista se ha venido viendo matizado con criterios como los “proximate causation”, cuando no se tienen en cuenta causas remotas en relación a otras más próximas o rechazando causas más imprevisibles cuando concurren otras previsibles.

Otra perspectiva doctrinal de notable éxito a nivel europeo, y que ha acogido en ocasiones nuestro Tribunal Supremo (STS 16773/1988 de 11 de marzo, STS 17618/1990 de 27 de octubre de 1990, STS 12581/1992 de 25 de febrero de 1992, STS 2312/1997, sala 1ª, 1 de Abril de 1997, STS 3233/2004, sala 1ª, 12 de Mayo de 2004 y STS 7314/2004, sala 1ª, 11 de Noviembre de 2004), será la de la Causalidad Adecuada, entendida

esta como la causalidad que se produce entre la acción (u omisión) del responsable y el daño, si el resultado dañoso era previsible al realizar la acción. Nuestra doctrina poco dada a la concreción en algunos casos, no ha cuantificado cuando se ha de entender como previsible un resultado, cosa que podría haber hecho en base al concepto estadístico de la probabilidad.

La causalidad adecuada la entiende la Jurisprudencia como aquella que permita “valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido” conforme a los conocimientos generalmente aceptados.

En relación a un asunto de competencia desleal, aunque a efectos de ilustración nos resulta útil, la Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia 6773/2006 de 25 de Mayo) indica que “el mero incumplimiento de cualquier obligación, o la existencia de cualquier clase de ilícito, no genera por sí la obligación de indemnizar. Es precisa una prueba concreta y completa de los hechos que sin incertidumbre demuestren la realidad de la ganancia frustrada y la relación de causa-efecto, para lo cual no obstante puede tomarse en consideración una cierta probabilidad en el curso normal de las circunstancias del caso, punto de vista objetivo que obliga a realizar una interpretación restrictiva, debiendo excluirse lo basado en deducciones inseguras o desprovistas de certidumbre”.

Por otro lado la jurisprudencia Europea previa a la Directiva también se pronunció respecto a este asunto estableciendo presunciones que permitieran la acreditación del nexo de causalidad como hizo la sentencia del asunto T-Mobile Netherlands y otros en la cual, en su apartado 51, indica que “siempre que una empresa participante en una concertación permanezca posteriormente activa en el mercado de que se trate, hay presunción iuris tantum [...] de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado”.

Similar presunción iuris tantum se establece en el artículo 76 Ley de Defensa de la Competencia/ 14 de la Directiva en la cual se indica que las “infracciones calificadas como cártel causan daños”.

El tenor literal del artículo parece hacer referencia en su presunción tanto a la existencia misma del daño como a la relación causal entre la acción del cártel y el daño, porque no en vano usan la expresión “ causan “, que es una conjugación de causa y según el diccionario de la Real Academia Española se entiende en sus dos primeras acepciones como “aquello que se considera como fundamento u origen de algo o motivo o razón para obrar”, ilustrando

por tanto la existencia intrínseca en la palabra causa de una relación entre una acción y una consecuencia.

En este mismo sentido se manifiestan algunos autores, aunque en referencia a los procedimientos “follow on”: Plantean dos escenarios como son que la Autoridad de Competencia proclame específicamente que hubo abuso de posición dominante o pacto colusorio o que declare que meramente hubo un acuerdo con objeto de falsear la competencia sin entrar en el resultado concreto de ese acuerdo.

Consideran en el primer caso, que debería existir una presunción que no admita prueba en contrario relativa a la existencia y causación del daño, independientemente que el dañado tenga que acreditar que pertenece al círculo de los dañados.

En la segunda hipótesis, dada la indefinición, creen que tan riguroso sería considerar que todo acuerdo que quiera alterar el mercado tiene como consecuencia causar daño, como ingenuo sería sostener lo contrario, por lo que plantean que en estos casos debería existir una presunción iuris tantum de la relación de causalidad.

Otros autores aportan otras reflexiones en este aspecto considerando que la causalidad como mecanismo de delimitación restrictiva de la legitimación activa, ha sido omitida en la LDC, en consecuencia de lo que supone una renuncia en la Directiva : exigir acreditación de la causalidad. En este sentido la Directiva no se ha decantado y ha dejado en la Responsabilidad de los Estados regular el aspecto de la causalidad requerida.

Adicionalmente Ángel Carrasco, pone de relevancia la dificultad de construir en puridad una relación de causalidad entre el infractor y los compradores indirectos, dado que en realidad el daño de los compradores indirectos no proviene de la conducta infractora sino de la decisión empresarial libre del comprador directo de imputar los costes a sus clientes (“passing on”), siendo esta decisión el hecho generador del daño (emergente) que es este sobrecoste y tanto más de las consecuencias que este lleve aparejadas en forma de lucro cesante.

Según el autor este escollo es sólo salvable asumiendo que en la Directiva existe un “postulado implícito” que sostiene que no hay restricciones de causalidad “con respecto al comprador directo y el siguiente de segundo nivel (solo en este caso a efectos del sobrecoste)”.

En todo caso, es interesante esta inversión de la carga de la prueba en materia de nexo de causalidad entre daño y acción en conductas cartelistas, establecido en el 76.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, dado que facilitará

bastante los procesos al evitar la prueba de este carácter de la responsabilidad civil tan complejo.

3.4 EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN

Ha de entenderse sencillamente como el parámetro mediante el cual se puede vincular la acción dañosa a un sujeto concreto responsable que, en consecuencia, verá afectado su patrimonio si le reclaman.

Los criterios de imputación positivizados en el 1902 del Código Civil son los de culpa o negligencia. Es claro en el ámbito que nos ocupa de la Responsabilidad Civil derivada de infracciones del Derecho de la competencia que las conductas llevadas a cabo por parte de los infractores, en tanto perseguibles por el Derecho Administrativo Sancionador, son analizadas en base al principio de culpabilidad del artículo 25 de la Constitución Española (donde se exige el dolo o al menos la imprudencia para sancionar).

Además, es conveniente tener en cuenta que los intercambios comerciales lo que cobra o gana el vendedor necesariamente lo paga y pierde el comprador, son un “juego de suma cero”, por eso, difícilmente se podrá sostener que una conducta voluntaria del infractor encaminada a la subida de precios del mercado no contenga en sí misma el requisito de la culpa.

En los trabajos preparatorios de la Directiva, se indica que la Comisión nada tiene que objetar a los ordenamientos que presumen la culpabilidad cuando concurre una infracción o no tienen el requisito de la culpabilidad para condenar por Responsabilidad Civil. Pero al contrario para aquellos que exigen esta culpabilidad de forma separada a la infracción para establecer la Responsabilidad Civil, considera que no hay ninguna razón (salvo el error excusable) para liberar a los infractores de responsabilidad por ausencia de culpa, al considerar el principio de efectividad. Los términos vertidos en el artículo 71.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, tras la transposición, pueden hacernos pensar que el legislador ha optado deliberadamente por una cierta objetivación de la culpa con una afirmación tan rotunda : “Los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados”, más teniendo en cuenta que tal rotundidad no encuentra amparo en precepto alguno de la Directiva y además este aspecto fue objeto concreto de observaciones por parte de la Asociación Española de Derecho de la competencia, sin que la redacción final se viera afectada por las observaciones ni variara de la realizada en la Propuesta de Ley.

Este planteamiento tendría sentido si como ya hemos dicho, las infracciones del Derecho de la competencia de las que derivan las acciones privadas, ya incorporan en su propia esencia la antijuridicidad y voluntariedad como caracteres y que es complejo pensar que puedan

estar producidas por un error excusable o lo que es lo mismo el que cometería “una persona que prestara un alto grado de atención no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia”.

3.5 LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS

En materia de plazos rigen los principios de equivalencia y efectividad, tanto en lo referido a la duración del plazo como en materia de “dies a quo”. Es necesario verificar si la norma interna que fija el “dies a quo” en el día del acuerdo de la práctica anticompetitiva “hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio sufrido, en particular cuando dicha norma nacional establece también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse” y debe tenerse en cuenta que el “plazo no ha de ser menos favorable que el relativo a recursos similares de carácter interno en la misma materia, y que la fijación del momento a partir del cual empieza a correr el plazo no debe haber imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario”.

Así, La Directiva viene a ampliar los plazos de prescripción y a establecer mecanismos de suspensión que favorezcan la interposición de acciones, sobre todo en tipo de acciones “follow on”.

En materia de plazo de prescripción y día de inicio del cómputo en acciones extracontractuales como las que nos ocupan, la regulación del Código Civil se encuentra en el artículo 1968. El plazo dado de 1 año inicia su cómputo “desde que lo supo el agraviado”, aunque en este aspecto la jurisprudencia ha sido un alivio para los reclamantes al imponer una amplia flexibilidad iniciando el plazo “desde que se conozca cabalmente y de modo cierto el daño definitivo sufrido” y precisando para que el perjudicado conozca la identidad de los daños y pueda reclamar con garantías y de forma cuantificada, haber obtenido “una verificación total de los daños producidos o incluso cuando el perjudicado tenga “aptitud plena” para reclamar, lo cual da una idea de lo flexible e indeterminado (y muy pro damnato) de la postura del alto Tribunal, que además se verá apoyado, en la materia de los ilícitos antitrust, en la especial complejidad y extensión de los aspectos a conocer para reclamar, y por la carga de la prueba de la prescripción que como se sabe, no se aprecia de oficio, sino a instancia y acreditada por quien la alega, con la dificultad intrínseca que ello supone.

Pero esta flexibilidad no debe interpretarse como que el demandante está amparado en cierta laxitud de la jurisprudencia a la hora de fijar el día de inicio del cómputo del plazo. El

tribunal considerará que este se inicia cuando la parte demandante esté en condiciones de conocer los elementos de juicio suficientes, no para el seguro éxito de la pretensión, sino sólo para el ejercicio de la misma.

En la Directiva se ha dado un plazo más favorable a estas acciones, estableciéndolo en 5 años (74LDC) a contar desde que “hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de [...] la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia, el perjuicio ocasionado por misma y la identidad del infractor”.

Con efectos dogmáticos, y en relación al Cártel de los Camiones, será interesante abordar el asunto de la eficacia de Directivas no transpuestas dentro de su plazo máximo, dado que la Transposición de la Directiva tenía un plazo máximo de 27 de Diciembre de 2016 que no se cumplió en España (entre otros Estados). España, traspuso la Directiva como hemos visto mediante un Real Decreto Ley que entró en vigor el 27 de Mayo de 2017, y contenía en materia de régimen transitorio en su Disposición transitoria primera, lo siguiente: “Las previsiones recogidas en el artículo tercero del real decreto ley no se aplicarán con efecto retroactivo y las recogidas en su artículo cuarto serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor”.

Así las cosas, en la preparación de las demandas que se han interpuesto en relación al “cártel de los camiones” ha surgido la duda de cuál es el régimen de prescripción de estas acciones.

Aunque no es pacífico, consideramos que el día de inicio del cómputo del plazo es aquel en que se conocían suficientemente los aspectos concretos necesarios para entablar una reclamación y eso se produjo en la publicación del texto de la Comisión, en su versión provisional no confidencial, de la decisión que se produjo el día 6 de Abril de 2017.

En relación a los clientes perjudicados la infracción del Derecho de la competencia generadora del perjuicio, es un acuerdo ilegal en el que estos tienen la condición de tercero, por lo que resulta pacífico en la doctrina el considerar que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual.

En ese momento no había aún norma de trasposición de la Directiva por lo que los plazos en principio eran los genéricos del Código Civil, que ya hemos visto, de 1 año para acciones de

Responsabilidad extracontractual.

Por superar el objeto de este artículo no entraremos en analizar el efecto directo de la Directivas no transpuestas en plazo, que podría

ser de interés en este aspecto, si bien es una materia que se trata en las sentencias de los asuntos TJUE 26/62 Expeditie Onderneming van Gend & Loos del 5 de febrero de 1963, 4 de diciembre de 1974 sobre el asunto 41/74 Yvonne van Duyn, sentencia 148/78, Asunto Tullio Ratti de 5 de abril de 1979 y sentencia del asunto 158/84 M. H. Marshall.

3.6 COMPETENCIA Y “FORUM SHOPPING”

La determinación de la Competencia internacional será relevante, dados los condicionantes de la globalización económica en la que están inmersos nuestros Mercados, y en esta materia habrá que estar a la regla general de atribución de los art. 4, 7.1 y 7.2 del Reglamento 1215/2012- Bruselas I bis o art. 22 ter LOPJ, del domicilio del demandante, teniendo en cuenta que se pueden dar múltiples puntos de conexión perfectamente defendibles, y por tanto, foro optativo a favor de la parte actuante como sucedió en el asunto del TJUE de CDCnHydrogen Peroxide, en el cual los demandantes CDC, vincularon la acción al foro alemán sede de uno de los infractores demandados, respecto al cual posteriormente renunciaron a su acción, manteniendo el proceso en Alemania, territorio ajeno a todas las partes subsistentes.

Es interesante el artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis, en el cual sostiene que “en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”, que fue clarificado en la sentencia del asunto antedicho que en su considerando 38 donde indica que “se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción contra el demandado puede ejercitarse a elección del demandante ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares” y ahonda, en sus considerandos del 44 al 56, indicando que en materia de casos de sobrecostes por infracciones de la normativa de la competencia ese lugar será tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel” (si se conoce y es único), “o del lugar en el que en su caso fue concluido un arreglo específico e identificable por sí solo como el hecho causal del perjuicio alegado, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social” (como lugar en el que se ha materializado el daño).

En cuanto el sometimiento del fuero al arbitraje indicar que en los supuestos en los que exista una relación contractual previa entre demandante y demandado podrá cuestionarse la eficacia de las cláusulas de sumisión expresa o de arbitraje, en la medida en que se puede dudar si la redacción amplia y omnicompreensiva habitual de estas cláusulas puede servir para



contener los asuntos relativos a infracciones de la competencia que irroguen daños.

Esto fue resuelto por la sentencia en la que (CDC) Hydrogen Peroxide SA que en sus apartados 69 y 70 niega esta posibilidad a menos que se prevea de forma expresa en la cláusula de sumisión, argumentando que no será probable que las partes a la hora de perfeccionar el contrato se hayan representado siquiera la posibilidad de que exista este tipo de controversia y por tanto, no podrá afectar tal sumisión a estos asuntos cuando la cláusulasea genérica.

3.7 LEGITIMACIÓN

Serán perjudicados legitimados activos tanto los consumidores finales del bien objeto de la infracción como los sujetos que incorporen el bien objeto de la infracción a su proceso productivo. Con respecto a los primeros su perjuicio será el



sobrepago, aunque en nuestra opinión también sea sostenible la reclamación de otros perjuicios de tipo más moral como puedan ser el no haber tenido acceso a tecnología mejor por el retraso deliberado en su desarrollo y distribución. Con respecto a los segundos, compradores sucesivos del bien objeto de infracción, la determinación de su perjuicio se tendrá que ver minorada por la repercusión de los sobrecostes a los siguientes consumidores “de debajo de la cascada”.

Es claro para ambos tipos de perjudicados la existencia de una barrera de entrada como serán los costes de la acción (reclamación) y los riesgos de ejercerla en relación a la importancia cuantitativa del perjuicio ocasionado, cuando el precio unitario de los bienes objeto de infracción sea pequeño. Estas barreras sólo se podrán evitar con un sistema de acción colectiva eficiente, que de no existir hará que la tutela judicial no sea en ningún caso efectiva, porque ni siquiera existirá.

Por otro lado, también existen otro tipo de perjudicados que resultarán menos intuitivos para el lector cómo serán aquellos afectados por el efecto paraguas o “umbrella pricing”, tratados en el asunto C-557/12, de 17 de octubre de 2012, en el procedimiento entre Kone AG y otros. Este efecto paraguas en los precios se manifiesta cuando en un mercado dado unas empresas llevan a cabo una acción colusoria de elevación de precios con afectación importante en la cuota de mercado, subida por la cual otros agentes del mercado no participantes del cártel, también elevan sus precios en concordancia con el mercado ineficiente. Los clientes de estos proveedores no cartelistas se verán perjudicados por unos precios artificialmente superiores a los que existirían de no haberse producido el cártel.

Aun con grave afectación del nexo de causalidad, en el asunto referido recoge el TJUE la posibilidad de que un perjudicado por el “umbrella pricing” reclame directamente a las

empresas cartelistas, al considerar que el cártel ha podido fijar unas condiciones de precio en el mercado que hayan servido al vendedor directo del perjudicado para fijar el precio artificialmente inflado.

Legitimación Pasiva : Es este aspecto el private enforcement no reviste ninguna especificidad, más allá del debate de la culpa ya afrontado “ut supra” y habida cuenta las previsiones introducidas por la norma de trasposición en el artículo 73 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación a la responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores y el 71.2 b) de la misma norma que extiende la responsabilidad de los infractores a “las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”.

Respecto a esta extensión de la responsabilidad, funciona como una presunción iuris tantum de responsabilidad de la persona física o jurídica que ejerza control sobre la persona infractora del Derecho de la competencia, y es una verdadera rareza en nuestro ordenamiento donde un sistema similar sólo opera excepcionalmente en caso de levantamiento del velo cuando concurra, conforme al artículo 7 del Código Civil, un abuso de derecho que conculque la exigencias de la buena fe.

Esta extensión de responsabilidad puede dar lugar a la absurda situación de que una empresa no sea ni mencionada en la resolución sancionadora de la Autoridad Nacional de Competencia pero finalmente sea la que tenga que responder por los daños.

También es obligado deslindar el régimen de responsabilidad conjunta y solidaria al compararlo con la responsabilidad solidaria impropia que existiría entre los infractores en nuestro ordenamiento en defecto de la previsión del 73.1 LDC. La responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores de derecho antitrust es nacida de la Ley y por tanto desde el inicio de la acción y afecta a todos los infractores sean o no demandados. La responsabilidad impropia nacería de la sentencia que la declarara y sólo respecto a los demandados que no podrían ejercer su acción de repetición contra otros infractores no participantes en el proceso.

3.9 EL RETO DE LA PRUEBA

En materia de aplicación privada del Derecho de la competencia, con la entrada en vigor de la transposición de la Directiva, se ha introducido en nuestro ordenamiento un fenómeno no común cómo es la atenuación de la carga de la prueba, que se dará como respuesta a la gran dificultad para los demandantes que supone la asimetría en el acceso a las información y tendrá como consecuencia una variación en el

estándar de prueba requerido para valoración del pleito por parte de los operadores jurídicos.

La existencia de una acción de infracción de normas de competencia nacional o Europea será especialmente difícil de acreditar por la complejidad técnico económica de los asuntos en los que el hecho (infracción) sobre el que se basa la reclamación es naturalmente secreto, al ser ilegal. Esta dificultad se encontrará más en procedimientos independientes que en los consecutivos de la acción de la Administración o Follow on.

Igualmente será complejo acreditar la cuantificación del perjuicio por las mismas razones expuestas. No obstante lo anterior, se ha tratado de paliar las dificultades en base a mecanismos para facilitar el acceso a las fuentes de prueba y también mediante presunciones e inversión de carga de la prueba, facilitando la fijación de ciertos hechos relevantes para la estimación de la demanda. Las facilidades probatorias introducidas afectan tanto a la propia existencia de la infracción, como a la responsabilidad de los demandados y la cuantificación de los daños.

Estas presunciones que permiten la acreditación de los extremos mediante indicios, se encuentran, por ejemplo el artículo 76.3 que indica “se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios” o el 79 del mismo texto legal que invierte el sentido de la carga de la prueba general en nuestro ordenamiento en favor del comprador indirecto que tendrá por acreditado que se le ha repercutido el sobrecoste, si prueba que existe un infractor que repercutió sobrecostes a un comprador que a su vez le vendió bienes objeto de la infracción. Esta presunción es equiparable a acreditar la existencia del daño.

3.10 LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

Es importante tener en cuenta que para lograr el pleno resarcimiento será necesaria la determinación concreta de la cuantía indemnizable, e indirectamente, buscando los criterios para determinarla se logrará acreditar la existencia misma del daño.

La acreditación de la cuantía del daño se ve especialmente dificultada por dos aspectos como son, el contenido técnico de tal acreditación mediante modelos econométricos complejos que resultan inasibles para personas no versadas en la materia, y por otro lado, la genérica asimetría de información entre infractores y demandantes respecto a los parámetros económicos de la infracción que pertenecen a la esfera privada de conocimiento de los infractores.

Así la Directiva y antes el Tribunal Supremo en la sentencia del Cártel del

Azúcar consideran la necesidad de introducir mecanismos de flexibilidad probatoria en cuanto a la cuantificación, dado que en estos procesos existe “la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, [...] problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones [...]”, y así en favor del principio de efectividad y pleno resarcimiento de las víctimas, aún en detrimento de la certeza judicial, se han introducido facilidades probatorias para la cuantificación, disminuyendo el estándar probatorio normal (17.1 Dir./ 76.2 LDC), de tal forma que, “si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños”.

La utilización deliberada del término “estimar” no es inocente, entendiendo que el tribunal tiene la facultad exclusiva de atenuar el rigor de determinar una cuantía indubitada tan difícilmente determinable o también, que permite al demandante cuantificar su demanda en términos de estimación. La diferenciación de estos dos puntos de vista tendrá relevancia a efectos de costas del proceso.

Otro mecanismo para la facilitación de la cuantificación del daño será el recogido en el artículo 76.4 LDC mediante el cual el Tribunal puede solicitar la aportación de informes en materia de cuantificación del daño a las Autoridades Administrativas de Competencia.

Podría pensarse que una norma de este tipo, en nuestro ordenamiento, en realidad habría de tener un alcance limitado, consistente simplemente en permitir que el tribunal, a quien alguna de las partes -o las dos- le hubiera pedido la designación de perito en virtud del artículo 339.2 LEC, delegará dicho encargo en la Autoridad Nacional de Competencia.

Si se asumiera la posibilidad de que esta Autoridad operara, autónomamente, como “Perito” se estaría asumiendo la posibilidad de que el Tribunal acordara pruebas de oficio, lo cual supondría una innovación en nuestro Derecho y supondría desvirtuar el equilibrio procesal y el reparto de la carga de la prueba de las partes.

3.11 INCENTIVOS EN LAS ACCIONES FOLLOW ON

La preferencia del ordenamiento por las acciones “follow on” se manifiesta en la atribución del carácter de irrefutable a las resoluciones de las Autoridades de la Competencia y jurisdiccionales de órganos Nacionales, o en su defecto de prueba iuris

tantum (en la trasposición) si proceden de otros Estados Miembros. La preferencia es lógica para evitar resoluciones contradictorias en distintas acciones independientes sobre los mismos hechos y por economía procesal, y la ventaja de la irrefutabilidad es muy atractiva para los reclamantes incluso a pesar de la dilatación de los plazos en este tipo de acciones, que además son ventajosas también en tanto que el Derecho Procesal Civil que se aplicaría en la resolución de estos asuntos no está hecho para la instrucción y averiguación de hechos complejos, y está basado en el principio dispositivo y la actividad de las partes, problema que se vadea si se utiliza una la prueba constituida en el proceso sancionador previo que si dispone de herramientas propias del Derecho penal.

Por otro lado en materia de prescripción por el artículo 74.4 de la LDC se establece la interrupción de la misma en caso que la Autoridad de la competencia actúe por investigación o incoación de procedimiento, lo cual facilita la utilización de las acciones “follow on”.

3.11 ACCESO A FUENTES DE PRUEBA DEL DEMANDADO Y TERCEROS

Esta nueva herramienta introducida por la transposición de la Directiva mediante la inclusión de algunos artículos en la LEC, es fundamental para atacar la asimetría de acceso a la información entre demandantes y demandados, y para confrontar la evitación de ofrecer información por parte de los infractores que se producía anteriormente en base a normas transversales, como eran las de protección de datos o los secretos comerciales. Será una herramienta primordial en las acciones independientes o “stand alone”, que no vienen precedidas de resolución sancionatoria de la Autoridad de Competencia.

No obstante, ha sido preciso regular este acceso en detalle porque es en este ámbito donde más se manifiesta la necesidad de equilibrar los intereses contrapuestos de la faceta privada del Derecho de la competencia y de la pública. Se trata de compatibilizar por un lado la eficacia de las actividades públicas de la Administración como instructora y sancionadora de infracciones antitrust y su interés por preservar los incentivos a los programas de clemencia, y la eficacia de las acciones privadas de daños por infracciones anticompetitivas. Para lograr el equilibrio será necesario establecer limitaciones en cuanto al tipo de documentos que son accesibles, o el momento de acceder, y la exigencia de solicitar de forma ponderada y justificada el acceso a tales documentos.

Procesalmente, se ha introducido este instrumento como innovación afectante a



todo el ordenamiento y no solo a los asuntos de Derecho de la Competencia, mediante la incorporación de una categoría nueva o instrumento como son las fuentes de prueba, que serán considerados los lugares, personas u objetos en los cuales se podrán practicar medios de prueba para que el tribunal pueda conformar su opinión respecto a los hechos controvertidos.

Se ha introducido una nueva Sección 1.^a bis dentro del Capítulo V del Título I del Libro II, con la siguiente rúbrica “Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia”, que regula un nuevo sistema caracterizado por ser un sistema amplio con una enumeración “numerus apertus” de las fuentes de prueba accesibles, cuyo acceso se producirá con carácter rogado y motivado por las partes, y que en ningún caso permitirá los sondeos probatorios de las fuentes de prueba, sino que

será precisa la aportación de indicios y el acceso se hará sometido a condiciones estrictas (Art. 283 bis a punto 2) y sustentadas en el principio de proporcionalidad (Art. 283 bis a punto 3). La autorización de acceso a las fuentes de prueba se hará ponderando los intereses en liza y, en particular, el sustento indiciario de la reclamación, la onerosidad de la exhibición y la confidencialidad de la información contenida.

En materia de confidencialidad el artículo 283 bis b) contempla que el Tribunal adopte medidas para proteger la misma, pero en todo caso la predisposición de la norma es tendente a la exhibición de este tipo de pruebas, tan es así, y aun parece de lógica, que contempla que la evitación de procesos de daños no es un interés de las empresas infractoras susceptible de protección, e incluso en su punto 5 expone una relación abierta de medidas que el Tribunal podría adoptar para proteger la información que tenga carácter de confidencial.

Cuando la fuente de prueba es un expediente de la Autoridad Nacional de Competencia el tema es algo más espinoso, porque como decíamos dar acceso libre a esta información pondría en riesgo el equilibrio del sistema público/privado de defensa del Derecho de la competencia y la eficacia de las propias autoridades en la persecución de las infracciones en curso y, además, afectaría muy negativamente a los incentivos incluidos en los programas de clemencia y, en consecuencia, a la propia eficacia general de las políticas de defensa de la competencia.

Helmut Brokelmann en su artículo *“La directiva de daños y su transposición en España”*, utiliza un código de colores diferenciador de los distintos documentos por su posibilidad de exhibición. La lista negra la copiarán (apartado 6 Art. 283 bis i) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción en el seno de un programa de clemencia, a los que no se podrá acceder, salvo por parte del Tribunal, previa solicitud motivada, para valorar si se trata de este tipo de documentos. Esta prohibición absoluta, en principio, no es un perjuicio para las víctimas puesto que esta documentación no existiría si voluntariamente no la hubiera elaborado el infractor, pero hay algunos autores que se plantean si este artículo es conforme a la doctrina asentada por la sentencia Donau Chemie que se oponía a que hubiera normas que impidieran de forma absoluta la posibilidad de ponderación por parte del juez.

La lista gris la ocuparán aquellos documentos (apartado 5 Art. 283 bis i) a los cuales no se puede acceder durante la tramitación de un expediente de la autoridad de Derecho de la competencia pero sí después, como son “la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia, la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento, y las solicitudes de transacción que se hayan retirado”.

La lista blanca incluirá, por eliminación, en virtud del apartado 9 del Art. 283 bis i, el resto de documentos no recogidos en las otras categorías, incluso las partes de la prueba solicitada que relacionada con los documentos de la lista negra, no estén protegidos por el apartado 6.

Se establecen también en esta materia concreta algunas cautelas para equilibrar todos los intereses en juego como son la subsidiariedad del acceso a estos expedientes, que sólo se producirá en caso de que la información no se pueda obtener por otra vía o un análisis extra de la proporcionalidad para conceder el acceso, e incluso, la prohibición del uso indebido o extralimitado de estas pruebas y previendo

algunas consecuencias para accesos no autorizados a las pruebas o al uso inadecuado de las mismas.

3.12 LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y EL PRIVATE ENFORCEMENT

En relación a lo anterior especial sensibilidad tendrá el acceso a las fuentes de prueba de los expedientes sancionadores en los que se haya desarrollado un programa de clemencia y también supondrá un reto definir el alcance de la Responsabilidad Civil de los beneficiarios de clemencia, y sobre todo tratar ambos aspectos sin que el mantenimiento de los incentivos de los programas de clemencia ni el principio del pleno resarcimiento de los perjudicados privados se vean afectados. Los programas de clemencia son uno de los principales instrumentos de la Administración para lograr el éxito de las políticas de Derecho de la competencia.

La elección o primacía de uno de los dos intereses en pugna, será manifestación de la opción entre sistemas de Derecho de la competencia de corte americano, donde prima el interés por el resarcimiento particular, o más europeístas con el foco puesto en el interés público.

Los programas de clemencia son la palanca que permite movilizar la voluntad y romper el “status quo” que tendrán los infractores que, por definición, preferirán mantener en secreto sus conductas reprobables para lograr la indemnidad, más si no tienen tampoco incentivos para perjudicar a los competidores infractores. El establecimiento de sistemas de clemencia que beneficien al delator y, a la vez, perjudiquen a su competencia parece una forma óptima de lograrlo.

En los trabajos preparatorios de la Directiva se proponía sacrificar la reparación de los perjudicados para no desincentivar el instrumento eficaz que son los programas de clemencia. Afortunadamente ese posicionamiento tan radical no tiene reflejo en la Directiva donde se ha optado por poner en posición de ventaja relativa al infractor delator con respecto al resto de infractores pero no del todo respecto a las víctimas.

Si las palancas internas que actúan sobre la eficacia de los programas de clemencia, y que son directamente proporcional al interés de los infractores a acogerse, son la gravedad de las sanciones, la eficiencia y medios de las Autoridades de competencia nacionales y la claridad, seguridad jurídica y generosidad manifestada en el propio sistema de clemencia, y es esta tercera la que disminuye con el nuevo sistema de private enforcement, parece evidente que tendrá que actuarse respecto a las otras dos para recuperar el atractivo de los sistemas de clemencia.

3.13 EL PLENO RESARCIMIENTO Y EL “PASSING ON”

El pleno resarcimiento es la piedra angular sobre la que descansa todo el sistema de acción privada del Derecho de la Competencia y se ha plasmado en ordenamiento interno en el artículo 72 de la LDC, cuyo deseo orientador es retornar al perjudicado a la situación previa que tuviera antes de la acción dañosa.

Para lograrlo, ha sido fundamental la atribución del carácter conjunto y solidario a la responsabilidad de los infractores en un cártel (Art. 73 de la LDC), que es contraria, en cuanto a la solidaridad, a la previsión del artículos 1137 y siguientes del Código Civil establecen en materia de obligaciones en general. A pesar de la previsión legal, quizás por vía jurisprudencial se hubiera alcanzado el mismo régimen a través del concepto de *solidaridad impropia* en materia de Responsabilidad Extracontractual que es sostenido por reiterada jurisprudencia del TS.

A pesar de ello la solidaridad en este caso es propia, derivada de la Ley, y el pleno resarcimiento se lleva a extremos de afectar a las responsabilidades de los infractores beneficiarios de clemencia, en el sentido de que estos responderán completamente frente a sus compradores o proveedores directos, y sólo ante las víctimas de los demás infractores, como deudor de último recurso, en caso de que los co-infractores no asuman su responsabilidad 164 (Art. 11.4 Directiva/73.4 LDC).

Por otro lado el pleno resarcimiento en cuanto a los sujetos beneficiarios nos lleva a la noción de que “cualquier” perjudicado podrá reclamar (Art. 3 de la Directiva) independientemente de su posición en la cadena de valor o producción, lo que nos incardina al concepto de “passing on”.

Este no es otro que la natural repercusión de costes que se va efectuando a lo largo de los distintos sujetos de la cadena de producción y distribución, y la relevancia que tiene esta repercusión de costes (sobrecostes) en los siguientes escalones a la hora de cuantificar el daño producido por los infractores del Derecho de la Competencia. El “passing on” tiene una faceta activa que es la previsión normativa que otorga legitimación al comprador indirecto frente al infractor (evitando así indemnizaciones muy por encima de los daños causados al comprador directo por la infracción del Derecho de la competencia y también la falta de responsabilidad del infractor con respecto a los compradores indirectos). La faceta pasiva (defensiva) del “passing on” se refiere a que los infractores del Derecho de la competencia podrán alegar que el demandante (comprador directo) hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción, de tal forma que no podrá reclamar un daño que finalmente no ha soportado.

La introducción de esta faceta defensiva no ha estado exenta de polémica porque tan injusto es obviar la repercusión del sobreprecio en los siguientes consumidores a la hora de calcular el daño, como sostener que la totalidad del sobrecoste se repercute sin que esto tenga efectos sobre la demanda y así ignorar el efecto de la elasticidad precio de la demanda que tendrá como consecuencia la pérdida de ingresos por reducción del volumen de ventas.

Hay tesis más cercanas al Derecho anglosajón que defienden que hubiera sido más justo no incluir ninguna de las facetas del “passing on” al consideran que el infractor no debe beneficiarse de una consecuencia lógica del mecanismo del mercado que es que el comprador directo trate de minimizar el impacto del sobreprecio sobre su propio patrimonio.

Planteamiento de este tipo quizás susciten dudas al afectar en nuestra opinión a la institución del enriquecimiento injusto [(doctrina asentada por ejemplo en STS 7753/2010 de 29 de Julio que ilustra la concreción y vigencia en derecho común Español de los principios “nemo debet lucrari ex alieno damno” (nadie debe obtener lucro del daño ajeno) (D. 4,3,28), “Nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet” (Nadie debe enriquecerse en detrimento de otro)], no obstante el razonamiento del Catedrático Jesús Alfaro, también es defendible y sustentado por algunas resoluciones, como en el Fundamento Jurídico 6º punto 2 párrafo final de la STS 651/2013 de 7 de Noviembre de 2013, al proponer que el hecho de que el comprador directo consiga repercutir el coste, primero, no parece que esté dentro de los deberes exigidos a este para mitigar el daño y ,desde luego, la repercusión del coste no es por causa de la existencia del sobrecoste sino por mérito de las habilidades del comprador directo y es por eso que no debería beneficiar al infractor.

Por otro lado al haber contemplado el “passing on” defensivo, se está complicando un sistema de reclamación que pretendía ser más simple y adicionalmente se está fortaleciendo la posición de los compradores indirectos en detrimento de los directos, cuando los indirectos tendrán mayores dificultades y falta de incentivos (por ejemplo menor perjuicio económico y lejanía con respecto a la acción de infracción), y de esta manera, indirectamente se está mejorando la posición relativa del infractor que sabe que la mayor parte del perjuicio de los compradores indirectos no se la van a reclamar. De hecho en los trabajos previos a la Directiva se preveía la posibilidad de impedir el “passing on” defensivo cuando “los compradores indirectos se enfrenten a la imposibilidad legal de reclamar compensación alguna sobre la base de las normas nacionales de causalidad (incluidas las normas sobre previsibilidad y lejanía)”.

Hubieran sido posibles otras opciones legislativas como que el comprador directo obtuviera el total de la indemnización y que los indirectos reclamaran a este, preservando clara la relación de causalidad entre el perjuicio de los compradores indirectos y la acción que lo ocasiona (la repercusión), aunque faltaría en este esquema la culpa, lo cual se podría haber resuelto con la objetivación de la responsabilidad. También se podría incluso haber introducido mecanismos de procedibilidad como legitimación activa necesaria de comprador directo e indirectos o acciones colectivas obligatorias al tipo de las “class actions” americanas. Pero ninguna de estas opciones cristalizaron en la norma emanada.

3.14 ACCIONES COLECTIVAS, ACUMULACION DE ACCIONES Y TRANSMISIÓN DE DERECHOS

A pesar de que el Derecho de la competencia es un ámbito especialmente apropiado para el desarrollo de las acciones colectivas, y era un interés del legislador europeo en los trabajos preparatorios de la Directiva, finalmente no se han introducido novedades en esta materia en esta ocasión, por afectar las acciones colectivas a muy diversos ámbitos del Derecho, no sólo al Derecho de la Competencia, y querer evitar la dispersión normativa.

Como hemos comentado, sería este un sistema que proporcionaría mucha mayor satisfacción a la tutela judicial efectiva, sobre todo en aquellas infracciones puntuales y de poco valor relativo, en las cuales “costes, retrasos, incertidumbre, riesgos y cargas” suponen un desincentivo claro y motivo de impunidad del infractor, además de que serviría para evitar las ineficiencias procesales que este tipo de demandas individualizadas pueden provocar.

Se podrían haber hecho convivir, como proponía la Comisión Europea, las demandas en representación con las demandas colectivas (que funcionarían de forma residual respecto a las primeras), siendo las de representación aquellas demandas entabladas por organismos o asociaciones habilitadas por el Estado Miembro en relación a determinado incumplimiento específico de la normativa de competencia y designadas oficialmente para el asunto concreto, que actuarían en favor de los intereses de una colectividad de víctimas identificadas o, en ocasiones, identificables. De esta manera a través del uso complementario de estas dos tipos de acciones se podría acaparar la mayor parte de las acciones privadas de Derecho de la competencia que los particulares no hubieran decidido llevar adelante de forma individual, dando cumplimiento tanto a la finalidad resarcitoria de la norma como a la de prevención general de las infracciones del Derecho de la

Competencia a través de la acción privada.

La Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, proponía un modelo de “class actions” a la americana conforme a la Federal Rule of Civil Procedure nº. 23, aunque más enfocada en la faceta “opt-in” o en la posibilidad de que los particulares individuales se pudieran sumar al procedimiento y con fuerte control judicial de la legitimación de la acción y su financiación, sin embargo esta recomendación como decíamos no fue acogida por el legislador, pero esta no regulación no ha de entenderse como una exclusión específica y determinada de estos sistemas, sino que más bien contempla que puedan existir acciones colectivas como lo hace en el considerando 13 o el artículo 2.4 de la Directiva, dejando abierta la posibilidad.

En tanto no se desarrolle un sistema de acciones colectivas como el indicado, se podrán seguir utilizando otras estrategias jurídicas que eviten ciertas ineficiencias de las acciones individuales, como puede ser la acumulación de acciones (art. 71-73 LEC), particularmente las acciones de representación de las asociaciones de defensa de los consumidores (art. 11 LEC) o la transmisión de los derechos de indemnización.

Respecto a este último tema la propia Directiva recoge de forma implícita en varios pasajes la transmisibilidad de estos derechos, lo cual supone una innovación en nuestra tradición jurídica y como decíamos puede servir materialmente para colectivizar las acciones, por ejemplo, mediante la creación de una estructura jurídica interpuesta que sea la adquirente de los derechos y que finalmente sea la que ejercite la acción de reclamación. Igualmente este puede ser un mecanismo útil para la financiación de los procesos de reclamación o para la obtención de liquidez por parte de los perjudicados.

La traslación del riesgo de la acción jurídica a terceros intervinientes en el proceso que litigue en nombre propio para la consecución de sus intereses adquiridos es una posibilidad inédita en España, pero que sí se ha producido en otros ordenamientos con influencias más anglosajonas en lo legal, donde fondos de inversión especializados centran su modelo de negocio en este tipo de transacciones. Será extraordinariamente interesante el tratamiento jurisprudencial que se dará en el futuro a los escollos jurídicos que puedan encontrar este tipo de reclamaciones efectuadas por terceros adquirentes de los derechos y en función de este tratamiento quizás en el futuro se dé satisfacción a algunas corrientes de opinión que reclaman ya la creación de mercados secundarios de derechos de reclamación.

Argumentando la transmisibilidad de los derechos hay que tener en cuenta que nuestro sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual es una manifestación moderna de la “lex Aquilia de damno dato” del Derecho Romano, en la cual, aunque no se hablaba de responsabilidad, si que se mencionaba con entidad propia a la acción de reclamar el resarcimiento del daño causado. Esta acción es una facultad que se integra en el patrimonio del damnificado, que puede ejercitarla para la obtención de una indemnización resarcitoria, y desde que se ocasiona el daño, el damnificado es tributario de un derecho de crédito (en sentido amplio) frente al responsable. Hay que tener en cuenta el tenor del artículo 1089 CC que dice que “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

La Transmisión de créditos está regulada en el artículo 1526 y siguientes de dicho texto que a su vez deriva del 1112 del CC que indica que “todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”, y será aún más natural mediante el fenómeno que viene produciéndose en nuestro Derecho que D. Luis Díez-Picazo denominó “Cosificación de los Créditos” y que tiene una de sus últimas manifestaciones en la tan actual “titulización” de créditos.

Caben disquisiciones respecto al momento de nacimiento del crédito, si es con efecto del daño o de la declaración judicial del mismo, si bien es pacífica la posibilidad de ceder créditos futuros asique el planteamiento no tiene relevancia a efectos prácticos. Igualmente se puede dilucidar la diferencia entre la nomenclaturas habituales de derecho de reclamación y crédito indemnizatorio, si bien su diferenciación es en base a un criterio temporal, siendo el primer concepto una “expectativa de crédito” mientras que el segundo ya reúne condiciones como son la liquidez, vencimiento y exigibilidad que harían viable una acción más ejecutiva.

Lo que es innegable es el carácter algo aleatorio de la cesión de reclamaciones por cuanto no puede garantizarse en estas un resultado, que además es exógeno al depender del criterio de la contraparte y sobre todo del juzgador. Pero en ellos, a salvo de cualquier vicio de la autonomía de la voluntad que pueda concurrir, lo que sí es claro es que se realiza una traslación completa del riesgo entre el cedente y el cesionario.

4. CONCLUSIONES

La disciplina del Análisis Económico del Derecho sostiene que el Derecho tiene como función social la de facilitar los intercambios

y la cooperación entre individuos. Es por ello, que cuando analizamos desde este enfoque las infracciones del Derecho de la competencia, consideramos que estas afectan a la esencia misma del Derecho como institución.

Sea como fuere, es evidente que la inclinación hacia la avaricia de los agentes económicos existe, igual que han sido múltiples los ejemplos históricos en los que estos han obviado la función social de la Economía de Mercado, en la cual, la evolución de los regímenes democráticos se ha hecho cada vez más protagonista el individuo o consumidor.

A este individuo hay que protegerle en diversos planos, y el haber abandonado la protección de sus intereses, en resarcir los perjuicios que le hubiera ocasionado una infracción del Derecho de la Competencia, es simplemente un déficit del ordenamiento. Es cierto que la persecución por el derecho público de estas infracciones ya supone un estúpido reto, teniendo en cuenta la globalización de la economía y la complejidad de las tramas y los recursos limitados con los que cuenta el sector público para ello (que comparativamente con los recursos de que disponen las organizaciones infractoras para ocultar sus infracciones aún lo son más).

Para paliar ese déficit mencionado, se ha dado un muy buen primer paso con la transposición de la Directiva, aunque se hayan dejado ámbitos de indeterminación que se tendrán que resolver por vía jurisprudencial en el futuro. No obstante lo anterior, la regulación si ha sido innovadora en cuanto a introducir caracteres propios de la Responsabilidad Civil derivada de infracciones del Derecho de la competencia.

Uno de ellos será el concepto del “passing on”, a través del cual en materia de legitimación activa, esta se extiende a todos los perjudicados independientemente del lugar que ocupen en la cadena de suministro. No importa que el perjudicado no haya tenido tratos comerciales con ninguno de los miembros del cártel infractor, puesto que se le permitirá reclamar al infractor que haya causado el sobreprecio que el reclamante haya tenido que pagar a su vendedor directo (el cual sí que ha comprado al infractor). Esta sería la “faceta positiva” del “passing on”, si bien también se contempla la “faceta negativa” que será el permitir al infractor alegar que el reclamante no ha sufrido realmente algunos daños que reclama cuando los haya repercutido a sus sucesivos compradores.

En nuestra opinión la “faceta positiva” complica extraordinariamente el sistema, y además supone una ventaja para los infractores que verán como en la práctica los compradores indirectos no les reclamarán, porque la cantidad a reclamar será menor (y por tanto menos atractiva) cuanto más indirecto sea el comprador, y además el comprador indirecto



perderá motivación cuanto más alejado (no sólo físicamente) se encuentre de la acción infractora (mayor dificultad para el acceso a la información y otras barreras).

La “faceta negativa” o defensiva beneficia al infractor de una acción que se produce no por su diligencia o actividad o virtud sino por mera lógica de mercado, como es la repercusión del incremento del coste a los sucesivos compradores, por tanto parece algo injusto hacer que se beneficie de ello el infractor.

Otro elemento propio de esta especial Responsabilidad Civil será la solidaridad de la responsabilidad de los infractores como garantía del pleno resarcimiento de los perjudicados, incluso cuando alguno de los infractores sea beneficiario de un programa de clemencia, en cuyo caso, el infractor goza de una ventaja relativa con respecto al resto de los infractores puesto que responderá sólo de los daños de sus perjudicados, y de los perjudicados de otros

infractores sólo como último recurso cuando los demás infractores no le hayan podido resarcir.

También hay innovación en este ámbito en materia de prueba al introducir medidas como la flexibilización de la misma (o inversión de la carga), el establecimiento de presunciones y la rebaja del estándar probatorio y un nuevo medio de prueba como es el acceso a las fuentes de prueba. Esta innovación es obligada por el carácter propio de esta Responsabilidad Civil que se derivará de actos ilegales (y por tanto ocultos y generalmente que pertenecen al ámbito de lo privado de los infractores) y de complejidad técnica en sus conductas y cuantificación del daño, lo cual introduce importantes dificultades probatorias que se han tratado de paliar.

Las presunciones sobre la existencia misma del daño o la reducción del estándar requerido habitualmente para la prueba, cuando sea prácticamente imposible cuantificar el daño,

serán medidas interesantes pero que plantean dudas de si no abrirán una vía para introducir cierta laxitud en el sistema de prueba y también habrá que estar atento al sentido de la jurisprudencia en esta materia en su relación con la tutela judicial efectiva.

Con respecto a la nueva prueba de acceso a las fuentes de prueba del demandado o del tercero, será preciso ver cómo funciona el sistema con respecto a la multitud de requisitos y cautelas existentes para la autorización al acceso (acceso rogado, motivado, no indiscriminado ni de sondeo, proporcionalidad y limitación del alcance y extensión, subsidiariedad y postergación en caso de ser fuentes de prueba dentro de un programa de clemencia, etc...).

Igualmente, en relación a lo anterior, será precisa cierta modificación de las políticas públicas de persecución de prácticas anticompetitivas en relación al atractivo de los programas de clemencia, que se verá afectado por la nueva regulación dado que la evolución de la acción privada puede resultar un desincentivo al acogimiento por parte de los infractores a los programas de clemencia.

Por otro lado, el nuevo sistema también tiene la especialidad de otorgar carácter de presunción irrefutable o refutable las derivadas de resoluciones firmes de las autoridades de la competencia nacionales o de otro Estado miembro, respectivamente, lo cual doctrinalmente, puede dar lugar a discusión de si esta previsión supone una afectación a la independencia judicial o incluso conculca la obligatoria separación de poderes de nuestro sistema democrático, al permitir que un acto administrativo vincule a la autoridad judicial.

Por último en relación a los elementos conformadores de la Responsabilidad Civil como son acción, daño, nexo de causalidad y criterio de imputación, en la derivada de las infracciones del Derecho de la Competencia se sigue el esquema habitual del 1902 C.C. con algunas especificidades.

La acción se ha definido por remisión a los preceptos de Derecho de la competencia nacional y europea y, en nuestra opinión, al acreditar la infracción se está dando pasos agigantados para acreditar a su vez el nexo de causalidad y la culpa (como criterio de imputación).

Entendiendo la acción dañante como un acuerdo secreto para subir precios y/o reducir la innovación, acreditando la existencia y puesta en marcha del acuerdo, es contraintuitivo pensar que el acuerdo no produzca (cause), necesariamente, el fin para el que se llevó a cabo, incremento de precios que los perjudicados soportarán. Así se acredita el nexo de causalidad.

Pero también se acreditará en igual sentido la culpa porque difícilmente se podría pensar

que un infractor lleve a cabo una acción anticompetitiva sin representarse que va a provocar necesariamente un perjuicio a tercero, más cuando los intercambios comerciales son un "juego de suma cero" en los que todo lo que uno gane necesariamente lo tiene que perder otra persona.

No obstante lo anterior, el legislador europeo prima el principio de efectividad frente a la exigencia de la culpa, de tal forma que el único criterio de exclusión de la responsabilidad será la actuación infractora en base a un error excusable, que en la realidad no se dará y adicionalmente se desprende del tenor literal de las normas cierta objetivación de la culpa. En materia de nexo de causalidad la norma europea no ha sido explícita, posibilitando que sean los Estados miembros quienes decidan los requisitos para su acreditación o incluso su exigencia, encontrándose en el tenor de la norma rotundas afirmaciones tendentes hacia el establecimiento de presunciones en cuanto a la existencia del nexo de causalidad.

En materia de plazo de prescripción la nueva regulación es generosa en cuanto al plazo mismo como a la fijación del "dies a quo", en base a eventos un tanto etéreos, y con respecto a la posibilidad de la suspensión o interrupción del mismo, todo ello, entendemos guiado por la voluntad de lograr el resarcimiento de los perjudicados y respetar el principio de efectividad.

Por último, habrá de tenerse en cuenta, que de los caracteres de la Responsabilidad Civil derivada de infracciones del Derecho de la competencia lo más difícil de acreditar será el daño y su cuantificación, a pesar de que se ha definido para facilitar su medida en base a la agregación de las masas patrimoniales que son daño emergente, el lucro cesante y los intereses.

En nuestra opinión, para terminar, a pesar de la completa regulación se han dejado ámbitos de indefinición o interpretables jurisprudencialmente, que con el paso del tiempo definirán si este ha sido un buen primer paso sobre el que trabajar por ejemplo introduciendo otras opciones legislativas exógenas a nuestra tradición jurídica, pero útiles para la tutela judicial, como los daños punitivos o las acciones colectivas inclusivas de corte americano (o otros mecanismos jurídico análogos) o si estamos ante un sistema pleno que ya despliega sus efectos satisfactoriamente para la defensa de los intereses de los perjudicados particulares. El tiempo lo dirá.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho, InDret 2007.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia, (2009), InDret, nº 1.
- ALONSO SOTO, R., Nuevas normas reguladoras de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, Revista de análisis del Despacho Gómez-Acebo y Pombo.
- ARAUJO, M; BACHES OPI, S.; BROKELMANN, H.; CALLOL, P.; CAPILLA, A.; GÓMEZ DE LA CRUZ, E.; IGARTUA, I.; MANZARBEITIA J., y VIDAL.P. ; Comentarios a la propuesta legislativa del grupo de trabajo de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA (2017).
- BROKELMANN, H., La directiva de daños y su transposición en España, Revista General de Derecho Europeo 37 (2015).
- CANTERO GAMITO, M., La aplicación privada del derecho de la competencia”, capítulo “Los programas de clemencia en la Lucha antitrust, Lexnova, Pág. 696-697.
- CANTOS, F.; CARRERA, E. Y GONZALO, P., La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita, Gaceta Jurídica de la UE, Editorial La Ley, núm. 36, (2013), Pág. 11-36.
- CARPAGNANO, M., El private enforcement del Derecho comunitario de la competencia en acción: Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C 295-298/04., InDret 2007.
- CARRASCO PERERA, A. Perjudicado, comprador indirecto y relación causal en daños por ilícitos competenciales, Artículo del Despacho Gómez-Acebo y Pombo, (2017).
- COLECTIVO, Reclamaciones de daños causados por cárteles: el Tribunal Supremo somete la defensa del “passing on” a requisitos estrictos, Grupo de Competencia de Gómez-Acebo & Pombo.
- DÍEZ ESTELLA, F. y ESTRADA MERAY, C., Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente, Revista de derecho de la competencia y la distribución, Wolters Kluwer N° 15 (2014).
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; GUTIÉRREZ CARRIZO, I. Y OTROS, 1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia, Libro Marrón, Círculo de Empresarios; Artículos “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España”, pág. 60-74 y “El efecto tiempo: eficacia vs seguridad jurídica. Eficacia pro seguridad jurídica”, Pág. 124.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: Apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición, Cuadernos de Derecho Transnacional (2017), Vol. 9, N° 1, pPág. 125-152.
- H. FRANK, R., Microeconomía y conducta, McGraw Hill (1992)
- HERRERO SUÁREZ, C., La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva, Cuadernos de Derecho Transnacional (2016), Volumen 8, N° 1, pág. 150-183.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F., La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles, Revista ICE 50, Enero-Febrero 2014. N. ° 876, Aniversario de la primera ley de competencia en España.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P., La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust, InDret 2013.

SANCHO GARGALLO, I., Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia, InDret 2009.

SOPEÑA, V. y MARTÍN, G., La esperada transposición de la Directiva de indemnización de daños causados por ilícitos antitrust ¿para cuándo?, Almacenederecho.org

TORRE SUSTAETA, V., Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia. La tutela procesal del derecho de la competencia en el plano nacional español, Editorial Aranzadi, Pág. 36-38

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. y BENGOETXEA CABALLERO, J, Breves apuntes sobre las sentencias básicas del tribunal de justicia de la unión europea, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, Núm. 33 (2014) Pág. 443-480.

VELASCO SAN PEDRO, L.A. Y HERRERO SUÁREZ, C., Cuestiones de derecho material y derecho procesal, capítulo La «passing-on defence», ¿un falso dilema?, Pág. 593-604.

