



doctrina

La naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia



Enrique Sanjuán y Muñoz
Profesor de Derecho Mercantil UMA
Especialista en Mercantil por el CGPJ
Magistrado de la Audiencia Provincial de Málaga

Sumario

- I.- INTRODUCCIÓN: SOBRE LA NATURALEZA DE LAS ACCIONES PRIVADAS DE DAÑOS DERIVADAS DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.
- II.- EL CONCEPTO AUTÓNOMO DE DELITOS Y CUASIDELITOS Y LA NATURALEZA DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS EN SUPUESTOS ANTITRUST.
- III.- LAS CONDUCTAS TIPIFICADAS, EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA.
- IV.- SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LAS PARTICULARIDADES PROCESALES EN SUPUESTOS ANTICOMPETITIVOS.
 - 1. Responsabilidad contractual y extracontractual. Régimen ordinario.
 - 2. Regla de mínimos.
 - 3. Supuestos de clemencia.
 - 4. Supuestos de afectación menor.
 - 5. La carga probatoria y la actuación de oficio.
- V.- CONCLUSIONES.

ABSTRACT:

En el presente trabajo analizamos la naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de conductas que regulan la libre competencia, a partir de la Directiva de daños 2014/114/UE. A partir de la nueva regulación introducida y armonizada en nuestro derecho nacional en 2017, consideramos, como conclusión, que la naturaleza de la pretensión no puede venir sustentada sobre bases exclusivamente extracontractuales, sino que también abarcan los supuestos de infracción contractuales y conlleven la aplicación de una normativa europea que determinan una especie diferente tanto en materia procesal como sustantiva. Es por ello que consideramos que las bases sobre las que se construye la exigencia de responsabilidad son matizadas por ese cuerpo europeo de normas y jurisprudencia que tendrán un importante impacto en nuestro derecho nacional.

In the present work we analyze the nature of the private action of damages derived from the infraction of conducts that regulate free competition, from the Directive of damages 2014/114 / EU. Based on the new regulation introduced and harmonized in our national law in 2017, we consider, as a conclusion, that the nature of the claim cannot be supported on exclusively non-contractual grounds, but also cover contractual breach cases and entail the application of European regulations that determine a different species in both procedural and substantive matters. That is why we believe that the bases on which the requirement of responsibility is built are nuanced by that European body of rules and jurisprudence that will have an important impact on our national law.

Keywords: Competencia, Antitrust, daños, damages, privados, privates, acciones, action. Directive, directiva, Unión Europea, European Union.

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA NATURALEZA DE LAS ACCIONES PRIVADAS DE DAÑOS DERIVADAS DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Es la infracción de la normativa reguladora del mercado y la competencia prevista en los artículos 101 y 102 del TFUE¹ y artículos 1 a 3 de la LDC², la que da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios derivado de una actuación infractora. La Directiva 104/2014/UE³ señala en su considerando tercero que *“La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones en ellos establecidas, exigen que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, pueda reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones.”* Por lo tanto, la norma nos habla de daños y perjuicios y de resarcimiento (pleno resarcimiento) como institución reparadora de los diferentes supuestos que puedan dar lugar a la misma y que se contemplan en dichos preceptos. El considerando cinco de dicha Directiva vendrá a localizar la misma en una *“acción por daños”*: *“Las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios («acciones por daños») constituyen tan solo un elemento de un eficaz sistema de Derecho privado para los casos de infracciones del Derecho de la competencia y van acompañadas de vías alternativas de reparación, tales como la solución consensual de controversias y las decisiones de ejecución de las autoridades públicas, que dan un incentivo a las partes para conceder el resarcimiento.”* Esto exigirá por tanto que exista una relación causal entre los daños y perjuicios producidos y la infracción del Derecho de la competencia y una valoración compleja a cuyos efectos dicha Di-

1 Diario Oficial nº C 326 de 26/10/2012 p. 0001 - 0390

2 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. «BOE» núm. 159, de 04/07/2007.

3 DIRECTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. L 349/1

rectiva se completa con una Guía indicativa⁴ a los tribunales para su cuantificación.

Lo característico de esta acción por daños en el ámbito de la competencia es que partimos de una normativa imperativa reguladora del mercado que se incumple y a partir de ahí se podrán reclamar daños por los perjudicados considerando que entre quien infringe y quien resulte afectado puede haber o no una relación contractual y abarca tanto los daños directos como indirectos⁵; es la misma infracción de la norma, sea cual sea el instrumento con el que se haga, la que da lugar a ese derecho a ser reparado completamente en el daño sufrido y ello al margen -o complementando- de lo que sea la relación individual concreta que simplemente exige relación de causalidad.

Nuestra tradicional distinción entre daños derivados del contrato y extracontractuales o acción contractual o extracontractual no es válida, en mi opinión, a estos efectos⁶ solo por ello, puesto que en realidad esa relación podrá ser una u otra, pero la que sea habrá afectado al mercado infringiendo la norma reguladora de la competencia y esto, a su vez, dará lugar a

la posibilidad de reclamar la reparación⁷. Conforme al artículo 2, apartado 3) de la Directiva la «acción por daños» es toda acción conforme al Derecho nacional, mediante la cual una parte presuntamente perjudicada, o una persona en representación de una o varias partes presuntamente perjudicadas cuando el Derecho de la Unión o nacional prevean esta facultad, o una persona física o jurídica que se haya subrogado en los derechos de la parte presuntamente perjudicada, incluida la persona que haya adquirido la acción, presente ante un órgano jurisdiccional nacional una reclamación tendente al resarcimiento de daños y perjuicios. Siendo así que estos últimos consisten en toda reclamación de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción del Derecho de la competencia; y a su vez esto parte de toda infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE o del Derecho nacional en materia de competencia.

La acción recogida en dicha Directiva y a través del RDL 9/2017⁸ en nuestro derecho nacional⁹ parte (artículo 71 LDC) de considerar infractores y responsables del perjuicio causado a los que lo son del Derecho de la competencia y por tanto reconociendo a aquellos el derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho per-

4 DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN. GUÍA PRÁCTICA CUANTIFICAR EL PERJUICIO EN LAS DEMANDAS POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 101 O 102 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA que acompaña a la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

5 Hemos de considerar que la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («umbrella pricing») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se satisfacen estas condiciones. STJUE de 5 de junio de 2014. Asunto C-557/12. Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH v. ÖBB-Infrastruktur AG.

6 De conformidad al artículo 1089 del Código civil “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”

7 La insuficiencia del sistema fue puesto de manifiesto por I. Díez-Picazo Giménez, “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España”, 1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia - Libro marrón del Círculo de Empresarios, Madrid, 2008, pp. 53-74, p. 59: (“...”) al “private enforcement” del Derecho de la competencia sólo se dedican el párrafo antepenúltimo y penúltimo de la exposición de motivos y las disposiciones adicionales primera y segunda”.

8 Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

9 Esta acción ya estaba en la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. El artículo 6 se refería a ella conforme a lo siguiente: “Los perjudicados por las prácticas restrictivas declaradas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán ejercitar acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil ordinaria en plazo no superior a un año, a contar del día en que sea firme la declaración del Tribunal.” También el artículo 13 de Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia: 1. Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada paso procedan. 2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles.

juicio causado. El bien jurídico protegido que permite esta acción se recoge en el artículo 1 de la Directiva cuando señala que en ella se establecen normas destinadas a fomentar una competencia real en el mercado interior y a eliminar los obstáculos que impiden su buen funcionamiento, garantizando una protección equivalente en toda la Unión para todos los que hayan sufrido tal perjuicio¹⁰.

Mediante las conductas ilícitas infractoras del derecho de la competencia¹¹ los responsables perciben cantidades que no debieron percibir por haber alterado las reglas del mercado con aquellas o alteran de otra forma los mercados. De esta forma las conductas podrían encuadrarse en supuestos de “maquinaciones fraudulentas” que conllevan dolo (art. 1269 CC) y por lo tanto inducen (por la asimetría de la información) a la adquisición o consumo de un producto o servicio en donde las reglas de la buena fe en el tráfico negocial se han vulnerado.

Tanto la normativa europea como las nacionales recogen prohibiciones de actuar en el mercado de determinada forma. Se trata de conductas colusorias o abusos de posición de dominio a partir de acciones individuales o colectivas conscientes o no y que se tienen como objeto: 1º. Produzca o pueda producir (por lo tanto, potencialmente) el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. 2. Explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en un mercado concreto.

Las características concretas de este tipo de

10 *Debe recordarse, en primer lugar, que el Tratado ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias (véanse las sentencias de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos, 26/62, Rec. pp. 1 y ss., especialmente p. 23; de 15 de julio de 1964, Costa, 6/64, Rec. pp. 1141 y ss., especialmente pp. 1158 a 1160, y de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 31).*

11 *La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente, en su versión original en el artículo 85, apartado 2, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho (véase la sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 36).*

acciones las hacen particulares frente a nuestro sistema de acciones contractuales¹² y extracontractuales pues participan de ambas posibilidades y se podrán dar en ambos supuestos o con ambos supuestos, pero que son en realidad simplemente el instrumento a través del cual se produce el daño, pues la realidad es que es la propia infracción de la normativa prohibitiva la que podrá dar lugar a dicha acción (sea cual sea el origen del producto o servicio) en tanto exista relación de causalidad¹³ entre esa infracción y el daño producido. La Ley de 1989 (artículo 13) era aclaratoria al efecto estableciendo dos elementos a considerar para determinar su naturaleza: 1º. Está fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley. 2º. El régimen sustantivo de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles Según esta norma, se trataría entonces de una acción basada en resarcimiento de daños y perjuicios conforme a lo previsto en el código civil (y otras normas comunes) si bien con determinadas reglas que lo matizan y lo modulan para adaptarlo al bien jurídico protegido que

12 *Por lo que atañe a la posibilidad de solicitar una reparación del perjuicio irrogado por un contrato o un comportamiento susceptibles de restringir o de falsear el juego de la competencia, procede recordar en primer lugar que, según jurisprudencia reiterada, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990, Factortame y otros, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 19).*

13 *El contexto de “causalidad” en el que nos movemos es también diferente pues la Directiva nos hablará de daños directos o indirectos. Y además como veremos el planteamiento no es solo de daños derivados de la existencia directa o indirecta de una relación contractual (y extracontractual) con el infractor sino los coyunturales que pudieran haberse producido. Así en el supuesto de que una empresa cometa una conducta infractora las empresas o personas afectadas en la cadena podrán reclamar (relación contractual). A su vez los que contraten con estas últimas podrán reclamar a la primera en virtud de una relación extracontractual. Pero también las empresas o personas físicas que hayan resultado afectados como consecuencia del impacto de dichas conductas en el mercado por, por ejemplo, una subida de precios que haya motivado que terceras empresas que no intervienen en la conducta infractora a su vez suban los precios de su producto (es decir afectados por la curva oferta-demanda en el sector y mercado respectivo) también podrán reclamar de las primeras. Todavía el cálculo cuantitativo de daños derivados de esa conducta se minorará, en los supuestos en que sea posible, en la cuantía que las empresas afectadas hubieran repercutido a otras empresas o consumidores y por lo tanto hayan minorado el impacto que las mismas tuvieron.*

es el mercado y los consumidores¹⁴. El Tribunal Supremo¹⁵ se pronunció al respecto en el denominado Asunto del Azúcar en un momento en que la normativa vigente era la de 1989; en este asunto llegó a decir que la acción ejercitada no había sido fundamentada en el contrato sino en responsabilidad de daños y perjuicios y por tanto “... a los efectos de identificar el régimen de prescripción extintiva de la acción, ante la dualidad de responsabilidades, la contractual y la extracontractual - a las que los anglosajones se refieren como “ the law of contract ” y “ the law of torts ” -, hay que entender con la recurrente que nos hallamos en el ámbito de la segunda.” El apartado trece de la directiva concluirá lo siguiente: “El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la exis-

tencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia”. Es por ello que otros autores¹⁶- con los que nos alineamos- han venido a llamar al mismo con la denominación de régimen especial que se caracteriza sustantivamente por esas particularidades que señalaremos y procesalmente por la complejidad.

II. EL CONCEPTO AUTÓNOMO DE DELITOS Y CUASIDELITOS Y LA NATURALEZA DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS EN SUPUESTOS ANTITRUST.

El derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la Unión y nacional es, conforme a la Directiva, el contemplado en el Derecho de la Unión. El establecimiento de

14 En este sentido parece pronunciarse también ROMERO J, “Responsabilidad civil derivada de las infracciones del Derecho de la competencia”. Revista de responsabilidad civil y seguro. Julio-2018, aunque llega a afirmar la preponderancia de las acciones extracontractuales: “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.”

15 SENTENCIA Nº 344/2012 DE TS, SALA 1ª, DE LO CIVIL, 8 DE JUNIO DE 2012

16 Tal y como afirma Gastón F. “Aspectos procesales de las acciones por 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 (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pp. 125-152 : “Las autoridades europeas constataron desde el principio que era necesario dotar de un régimen jurídico especial a las acciones de daños por infracciones a las reglas sobre competencia, tanto en el plano sustantivo, como en el procesal.”



unas normas básicas comunes a todos los Estados es su razón principal, considerando que existirá no obstante aspectos regulados por la Directiva que convivirán con aspectos tratados por las normativas nacionales a tres niveles diferentes:

1º. Por un lado en cuanto a la aplicación del derecho que recoge la directiva y en tanto armonizada en cada Estado.

2º. Por otro lado en cuanto a los aspectos no regulados por la Directiva.

3º. En tercer lugar en cuanto a la aplicación del derecho nacional a las conductas infractoras de la competencia que se circunscriban al propio territorio y a la normativa nacional.

En cualquiera de los supuestos antes señalados la norma exigirá que se atienda a los principios de equivalencia y efectividad. Ello quiere decir que no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE, o de modo menos favorable que las aplicables a acciones nacionales similares. Cuando un Estado miembro establezca en su Derecho nacional otras condiciones para el resarcimiento, tales como la imputabilidad, la adecuación o la culpabilidad, ha de poder mantener dichas condiciones en la medida en que se ajusten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los principios de efectividad y equivalencia, y a la presente Directiva.

El problema de la adaptación a los principios de equivalencia y efectividad es trascendental en el derecho común de la Unión, pues considerando elementos diferentes para la responsabilidad civil derivada de estas conductas en un concreto Estado, el resultado puede ser ciertamente diferente al supuesto en que dichos elementos no se hubieran incorporado particularmente a dicha normativa nacional.

Interpretando, desde la perspectiva del derecho autónomo europeo, el Convenio de

Bruselas¹⁷, el TJUE¹⁸ ha señalado que *“El concepto de obligaciones en materia delictual o cuasidelictual abarca, según el Tribunal de Justicia, todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la «materia contractual» en el sentido del artículo 5, número 1.”* En este sentido interpretó el abogado general el precepto en el Asunto C-334/00: *“En resumen, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el alcance del artículo 5, número 1, se describe exactamente. Si una obligación no está incluida en el ámbito del artículo 5, número 1, se aplica el artículo 5, número 3. En este sentido, el artículo 5, número 3, tiene carácter residual. Por tanto, es cuestión de determinar cuándo una obligación está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 5, número 1. Al hacerlo, el elemento de la libre asunción de responsabilidades desempeña un papel central. Así, el concepto de «materia contractual [...] no puede ser entendido como si se refiriera a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a otra», según indica la sentencia Handte.”* En la STJUE de 17 de septiembre de 2002 se incluyó en su ámbito (el de delitos y cuasidelitos) los supuestos precontractuales. Finalmente, la STJUE de 13 marzo 2014, as. C-548/12, integraría las interpretaciones y concluiría señalando que *“Debe considerarse que las acciones de responsabilidad civil como las controvertidas en el asunto principal, de carácter extracontractual en Derecho nacional, están, no obstante, incluidas en la «materia contractual», a efectos del artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, si el comportamiento imputado puede considerarse un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato.”* El apartado 18 de dicha resolución señala que ha de recor-

17 *En la medida en que el Reglamento nº 44/2001 (hoy Reglamento 1215/2012, Bruselas I bis)sustituye, en las relaciones entre los Estados miembros, al Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p. 32; EE 01/01, p. 186), en su versión modificada por los posteriores convenios de adhesión de los nuevos Estados miembros a este Convenio (en lo sucesivo, «Convenio de Bruselas»), la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en relación con las disposiciones del Convenio de Bruselas es igualmente válida para las del citado Reglamento, cuando las normas de estos instrumentos puedan calificarse de equivalentes (sentencia ÖFAB 18 de julio de 2013, C-147/12 apartado 28).*

18 *Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis (189/87, Rec. p. 5565).*

darse que de reiterada jurisprudencia se desprende que las expresiones «materia contractual» y «materia delictual o cuasidelictual», en el sentido de los puntos 1, letra a), y 3 del artículo 5 del Reglamento nº 44/2001, respectivamente, deben interpretarse de manera autónoma, remitiéndose principalmente al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de éste en todos los Estados miembros (véase, en particular, la sentencia de 18 de julio de 2013, ÖFAB, C-147/12, apartado 27). Por lo tanto, no puede entenderse que se remitan a la calificación que la ley nacional aplicable da a la relación jurídica sobre la que debe pronunciarse el órgano jurisdiccional nacional.

Conforme a ello tendremos entonces dos grandes distinciones: 1º. Por un lado, los asuntos puramente nacionales que obedecerán a materia contractual o extracontractual según la legislación del país correspondiente pero que necesariamente, en esta materia, deberán observar los principios de equivalencia y efectividad. 2º. Por otro los asuntos no nacionales y de afectación europea en donde la clasificación obedecerá a los conceptos autónomos que interpreta el TJUE y en donde, por lo tanto la competencia vendrá determinada por el Reglamento Bruselas I Bis según esa interpretación.

Lo anterior nos permite considerar que nuestra categorización de acciones contractuales y extracontractuales se matiza - aunque

sea en materia de competencia- en el ámbito europeo; y que ello nos dará pie a considerar su naturaleza de forma diferente según estemos ante una u otra normativa aplicables. Pero ello no puede ser válido desde el punto de vista sustantivo, aunque sí lo sea para el ámbito procesal al menos en el régimen de competencia. Al aplicar, por ejemplo, una norma de competencia que nos dice que no existe relación contractual y que por lo tanto se aplicará lo referido a “delitos y cuasidelitos” por el citado Reglamento, cierta vinculación existirá desde el principio a los efectos de delimitar esa responsabilidad por daños y la normativa aplicable. En este sentido alguna autora¹⁹ ha venido a señalar que previamente se hace necesario interpretar y/o calificar la naturaleza de la acción que presenta el demandante. Labor que corresponde a los jueces y tribunales que conocen del asunto, que ante las dudas en un caso concreto han de acudir al auxilio que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así dependiendo de la naturaleza del litigio, el fondo del asunto puede resolverse por una u otra norma una vez determinada la competencia. Si se trata de competencia contractual, en el ámbito internacional, será aplicable Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las

19 MORENO A, <<Interpretación autónoma de la naturaleza contractual o no de una acción. Comentario a la STJUE de 13 marzo 2014, as. C-548/12, Marc Brogssitter v. Fabrication de Montres Normandes>>. REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO - FEVEREIRO 2016 - N.º 1





obligaciones contractuales (Roma I)²⁰; si lo calificamos como extracontractual será aplicable en el Reglamento (CE) núm. 864 /2007, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)²¹, que pueden llevar a determinar aplicable a la responsabilidad extracontractual una ley distinta de la señalada por el Reglamento Roma I. Autores muy considerados²² dan a los supuestos de libre competencia la naturaleza de acción extracontractual al amparo del concepto de “compromiso libremente asumido” y en relación a la competencia derivada del Convenio Bruselas I Bis. Pero evidentemente esto es al amparo de la normativa europea en los términos interpretados por

20 DO L 177, de 4 de julio de 2008, que en sus artículos 3 y siguientes puede remitir a la ley de cualquier país

21 DOL 199, de 31 de julio de 2007:

22 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, 2ªed., Thomson-Civitas, 2014. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, S., “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, año 2013, número 48, pp. 9 a 35.

el TJUE²³. Lo que no impide que la restricción de la competencia pueda plantearse desde la perspectiva de lo contractual como sucede por ejemplo cuando se aplica la Regla del Blue Pencil²⁴; la denominada «blue pencil» entonces partía —en el caso— de una restricción del comercio a partir de una cláusula establecida en un concreto contrato. Y desde ahí la consideración de nulidad de parte de la misma por la restricción del comercio que ello suponía de forma abusiva. Desde esa restricción —declarada en términos generales nula conforme al derecho consuetudinario anglosajón— se partía de la posibilidad de dar validez al resto de la cláusula cuando cumpliera tres requisitos: 1.º Que los términos alcanzados en el acuerdo entre las partes protegieran un legítimo interés. 2.º Que dichos términos fueran razonables (equilibrio, proporcionalidad y buena fe) para ambas partes. 3.º Que los términos no fueran contrarios al orden público. Darle naturaleza siempre ex-

23 *La sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, as. 189/87, Kalfelis, que el fundamento 17, establece que para garantizar una solución uniforme en todos los Estados miembros, conviene admitir que el concepto de en “materia de delitos o cuasidelitos” comprende toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no está relacionada con la materia contractual en el sentido del apartado 1 del artículo 5 (Convenio de Bruselas de 1968). Y en el fundamento siguiente continua: “el concepto de en materia de delitos o cuasidelitos en el sentido del apartado 3 del artículo 5 del Convenio, debe considerarse como un concepto autónomo, que abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del apartado 1 del artículo 5”. La STJUE de 18 de julio de 2013, as. C-147/12, ÖFAB, en el fundamento 33, mantiene que no obstante, según reiterada jurisprudencia el concepto de “materia delictual o cuasidelictual” en el sentido del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del artículo 5, número 1, letra a), de dicho Reglamento (cita, por lo que respecta a la interpretación del Convenio de Bruselas, las sentencias de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis, 189/87, fundamento 18; de 26 de marzo de 1992, Reichert y Kockler, C-261/90, fundamento 16; de 27 de octubre de 1998, Réunion européenne y otros, C-51/97, fundamento 22, y de 17 de septiembre de 2002, Tacconi, C-334/00, fundamento 21). Y en la sentencia reciente del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2015, as. C47,14, Holterman Ferho (68) afirma que es jurisprudencia reiterada que el artículo 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 se aplica a toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la “materia contractual”, en el sentido del artículo 5, punto 1, letra a), de este Reglamento (Vid igual el Asunto Brogsitter, C-548/12, EU:C:2014:148, fundamento 20).*

24 SANJUÁN E, <<Blue pencil rule y cláusulas de vencimiento anticipado.(A propósito de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo-Asunto C-70/17).*Diario La Ley, Nº 9171, Sección Doctrina, 5 de Abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer.*

tracontractual es tanto como limitar la posibilidad contractual²⁵ que también pueda darse en determinados supuestos, aunque en realidad podemos partir de una u otra y concluir en que la infracción, por la conducta, nos lleva a la ley y desde ahí a considerar que sea cual sea el origen el paso intermedio es la infracción de las reglas de competencia y por tanto algo diferente a lo contractual o extracontractual. Tal y como afirma la Directiva de Daños “los artículos 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares y generan, para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar.” Esto nos permite igualmente configurar la responsabilidad por daños como un régimen especial (nuevamente) en donde la razón de ser de la reclamación podrá fundamentarse en un contrato o no pero que en cualquier caso tiene sus propias peculiaridades en la normativa que actualmente lo desarrolla. Diríamos por tanto que desde la base normativa de la Unión Europea es una categoría autónoma.

III. LAS CONDUCTAS TIPIFICADAS, EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

Podemos afirmar inicialmente que el bien jurídico protegido en las conductas anticom-

²⁵ Piénsese por ejemplo en los supuestos de abanderamiento que realiza el TS (por todas STS, Civil sección 1 del 17 de julio de 2018 (ROJ: STS 2851/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2851) en donde la infracción del derecho de la competencia parte de lo fijado en los contratos, sin perjuicio de que posteriormente pudieran ejercitarse otro tipo de acciones derivadas de una relación contractual o extracontractual por quienes adquieren el producto sin esa inicial relación. En la citada se recoge, entre otras muchas referencias, un análisis necesario de lo contractual para concluir afirmando que si no se realiza es evidente que no se podrá probar: “Bajo este prisma, las alegaciones de la parte recurrente sobre la fijación de precios son inatendibles. En primer lugar, cabe descartar que la sentencia recurrida se aparte de la doctrina establecida en la sentencia del pleno de esta sala 863/2009, de 15 de enero de 2010, porque el contrato litigioso no contiene una cláusula sobre la imposibilidad de realizar descuentos como la analizada en la indicada sentencia. Y en segundo término, porque no cabe la vinculación pretendida por la recurrente a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001, y las sentencias de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de 10 y 17 de noviembre de 2010. No consta que el contrato litigioso fuera uno de los examinados en el expediente administrativo que dio lugar a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, por lo que el mismo no puede servir para mantener que Repsol impuso a Esparga los precios de venta al público. Y ya dijimos en la sentencia 709/2012, de 30 de noviembre, con cita de otras muchas, que la imposibilidad real de hacer descuentos no puede quedar probada sin más en virtud de expedientes de los órganos de defensa de la competencia en los que no haya sido examinado el contrato objeto del litigio.”

petitivas es la libre competencia. De conformidad con el artículo 26, apartado 2, del TFUE, el mercado interior comprende un espacio sin fronteras interiores, en el que está garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. El TS vendrá a señalar en la STS de 3 de noviembre de 2017²⁶ que «*En cuanto la normativa antitrust comunitaria (arts. 101 y 102 TAJE) y nacional (arts.1 y 2 LOC) tiene carácter imperativo, pues a través de ella se establecen límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público -español o comunitario- en el mantenimiento de la Competencia, la nulidad de los pactos contractuales que infringen dicha normativa se justifica por el traspaso de estos límites a la autonomía privada de la voluntad (arts. 6.3 y 1255 CC)*». La protección pública de las autoridades de la competencia y la aplicación privada es complementaria. Al pronunciarse sobre litigios -dirá la Directiva- entre particulares protegen los derechos subjetivos que emanan del Derecho de la Unión, por ejemplo, mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a las víctimas de infracciones. La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones en ellos establecidas, exigen que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, pueda reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones. El derecho a resarcimiento contemplado en el Derecho de la Unión se aplica igualmente a las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE por parte de empresas públicas y de empresas titulares de derechos especiales o exclusivos de los Estados miembros a tenor del artículo 106 del TFUE.

La conducta podrá darse tanto en supuestos contractuales como no contractuales y por lo tanto ello dará lugar a infringir la norma y en consecuencia surge, además de la actuación pública, el derecho al pleno resarcimiento de los particulares. La actuación pública y privada es, como hemos dicho, complementaria, de tal forma que la pretensión final es intentar volver la situación a cómo estaba (y en ello se basan todos los modelos de cuantificación conocidos) antes de la infracción de tal forma que la libre competencia siga sirviendo de guía en ese concreto mercado que ha sido lesionado.

Uno de los principales puntos que han lleva-

²⁶ STS, Civil sección 1 del 03 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3879/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3879)

do a la Unión Europea a introducir en nuestro sistema un régimen de reclamación privada de daños en supuestos antitrust²⁷, han sido los beneficios que de ello pueden obtenerse no solo en particular o individualmente para quien sufre los daños sino también para la sociedad en conjunto. Según el estudio encargado por la Comisión Europea²⁸, los potenciales beneficios de una política normativa efectiva en tema de daños en supuestos de competencia se pueden ver en diferentes apartados: 1. Por un lado porque da seguridad a quien ha sufrido daños para recuperar los mismos y ser compensado por sus pérdidas. Por tanto, incrementa la justicia restaurativa. 2. En segundo lugar garantiza una política de prevención general de tal forma que las empresas estarán disuadidas de cometer dichos actos y que con ello internalizarán las externalidades negativas que afectan a la sociedad con conductas anticompetitivas y que se manifiestan fundamentalmente en sobrecostes y pérdidas irrecuperables en los excedentes (deadweight loss). 3. Se benefician los mercados al hacer que todas las empresas compitan en igualdad de condiciones y los ciudadanos consumidores podrán optar también en dichos términos tanto en el ámbito nacional como europeo. 4. Favorecen los derechos de los ciudadanos brindando y facilitando la posibilidad de reclamación de los que hayan sido infringidos. 5. Macroeconómicamente tiene un impacto positivo en la competencia y la competitividad, en el desarrollo y en los puestos de trabajo que se benefician de ese mercado competitivo, reduce ineficiencias localizadas y aumenta la calidad de los productos y servicios, reduce los precios e incrementa la oferta de los mismos.

A tal efecto podemos señalar que el doble sistema previsto de sanciones administrativas a través de las agencias encargadas del seguimiento de estas conductas y el de reclamación privada de daños se completan, puesto que el primero iría determinado o dirigido al doble efecto de mitigar el daño social al mercado (internaliza la externalidad negativa social) y a disuadir a las empresas de la realización de dichas conductas; y el segundo estaría encaminado a compensar o reparar el daño sufrido

27 *Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre (Ref. DOUE-L-2014-83627).*

28 *REPORT FOR THE EUROPEAN COMMISSION CONTRACT DG COMP/2006/A3/012. AAVV. "Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. "2007*

por los particulares en cualquier punto de la cadena en que se encuentren. Sin embargo, este último también conlleva un efecto disuasorio²⁹ en la medida en que exista facilidad en la reclamación (no solo en el ejercicio de acciones sino en los costes derivados de un litigio o de una transacción) y por ello se convierta en una seria amenaza para las empresas que se integran en dichas prácticas y de internalización en las empresas infractoras de la externalidad negativa determinada que suponen dichas conductas y por ello la mitigación de la misma externalidad³⁰.

Tal y como hemos afirmado en otros estudios³¹ (y conforme a las rondas de trabajo de la OCDE³²) podemos distinguir entre la valoración del daño que teóricamente deben hacer las agencias estatales en supuestos de prácticas anticompetitivas de aquellos que se producen a un individuo concreto y que tienen su razón de ser en la reclamación por ante los Tribunales. Señala el citado estudio que *"The concept of harm to competition resulting from anti-competitive*

29 *Así ha sido señalado por el TS Sala de lo Contencioso de 29 de enero de 2015 (Roj: STS 112/2015 - ECLI: ES:TS:2015:112) en cuando afirma: "Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo "sufran" la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta." <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7274949&links=ley%2015/2007;%20defensa%20competencia&optimize=20150204&publicinterface=true>*

30 *Sobre si ello es suficiente o no se viene discutiendo por la doctrina desde hace mucho tiempo. A tal efecto la doctrina clásica ha considerado que la teoría del monopolio es suficiente para justificar y probar esa pérdida social (Richard A. Posner, Antitrust Law, 2001), es decir se trataría de aplicar el "Chicago deadweight loss analysis" para determinar esa pérdida de excedente. Sin embargo nuevas y más modernas concepciones nos hablan (Lee, Y.A. and D.J. Brown (2005), Competition, Consumer Welfare and the Social Cost of Monopoly, at <http://cowles.econ.yale.edu/P/cd/d15a/d1528.pdf>.) de otros efectos indirectos en una determinada industria que son a los que también nos hemos referido.*

31 *Sanjuán y Muñoz, E. Valoración de daños en supuestos antitrust. 2018. Tirant. Pg 117.*

32 *OCDE. Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies 2011. DAF/COMP (2011)25. www.oecd.org. OCDE. 27/11/2012.*

conduct is related but distinct from the concept of damages suffered by particular victims as a result of that conduct. Harm to competition captures the general harm done to the economy and takes a welfare perspective; it is at the centre of any assessment by a competition agency. On the opposite side, the concept of damages takes a strong individualised perspective which might or might not coincide with the damages to society; it is central in any private damages case brought in front of a national court.” De esta forma la valoración del daño por parte de las agencias tendría una perspectiva del bienestar común y por ello de valoración económica en general, mientras que la valoración del daño para los particulares supone una perspectiva distinta que puede coincidir o no con aquella y que se dirigirá por tanto al daño real causado al particular y por ello al pleno resarcimiento del mismo conforme a dichos parámetros. Se trata entonces de considerar el bien jurídico protegido en cada uno de los supuestos. De esta forma la propuesta de la OCED es la distinción entre unos y otros que podrá entenderse con algunos ejemplos. Así en supuestos del cártel la reclamación del particular debería centrarse en el sobrecoste y los efectos del pass-on como defensa frente al mismo, mientras que en el procedimiento administrativo será más importante focalizar el asunto por la pérdida del bienestar en conjunto que la práctica haya conllevado. En supuestos de conducta de abuso de dominio o de explotación la cuestión está, como se señala, más clara, mientras que en los supuestos de exclusión no lo está tanto por la dimensión vertical que la misma conlleva. En esta se produce por tanto una afectación de competidores y de consumidores y la estrategia que haya sido utilizada para la conducta anticompetitiva será importante a considerar en esa valoración tanto en las fases en las que nos encontremos como en el producto, mercado o industria afectada³³.

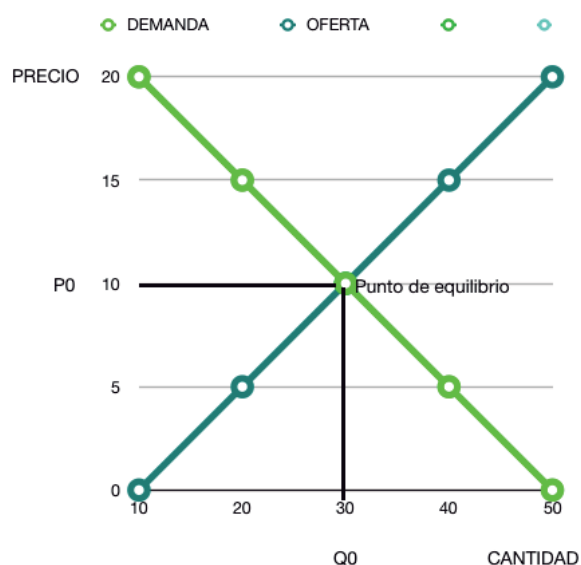
No dejan de haber por ello las posturas³⁴ que consideran que desde estos puntos de vista lo privado podría afectar a lo público y por ello desproteger el mercado de esa protección;

³³ Un caso interesante de mezcla de ambos supuestos es el asunto de 29 de marzo de 2017 de la Duch Supreme Court en donde se produce un análisis curioso sobre el passing-on en donde finalmente el resarcimiento a un particular (administración) se produce por una valoración conjunta de la pérdida del beneficio o bienestar económico de la sociedad en su conjunto o la recuperación del mismo dada la naturaleza pública de quien reclamaba.

³⁴ Prichard, J.R.S. (1979), *Private Enforcement and Class Actions*, in J.R.S. J.L. Mashaw (1975), *Private Enforcement of Public Regulatory Provisions: The DCitizen Suit*, 4 *Class Action Rep.* 29 at 33.

y frente a ello la eterna referencia a la mano invisible de Smith en donde se considera que debe ser el mercado el que deba corregir dichas ineficiencias³⁵.

El equilibrio en un mercado competitivo con ausencia de externalidades se alcanzará en el punto de intersección entre la curva de oferta y la curva de demanda a un precio y una cantidad de equilibrio.



Fuente: Elaboración propia.

La existencia de externalidades negativas supone ineficiencia en sentido Pareto. De esta forma el nivel de producción que se alcanza no es socialmente eficiente; así si incrementamos el nivel de producción el coste externo marginal también aumenta.

Fuente: Elaboración propia. Externalidad negativa y

³⁵ McAfee, R.P., H.M. Mialon and S. H. Mialon (2005a) *Private Antitrust Litigation: Procompetitive or Anticompetitive?*, Forthcoming in *The Political Economy of Antitrust*, Vivek Ghosal and Johan Stennek, eds. At http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/220040.htm

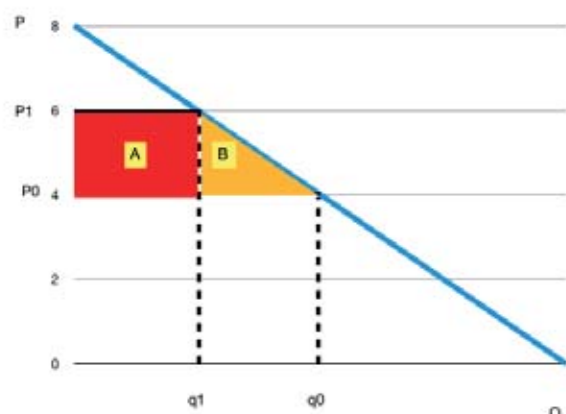
Así por ejemplo y tal y como puede verse en la figura posterior uno de los modelos comparativos es el de Diferencia por diferencias o dobles diferencias; en este se fundamentará en el antes, durante y después considerando bien la empresa, el mercado o la zona geográfica³⁸ concreta (o la mezcla de todos o dos de ellos); desde ahí las herramientas técnicas que se van a utilizar son la comparación porcentual aritmética entre los diferentes elementos que se comparan o la regresión (lineal o múltiple). Cada uno de ellos se estructura conforme a lo siguiente:

Sin entrar en un examen más profundo³⁹ en la medida en que una infracción da lugar, por ejemplo, a un aumento de precios de los productos en cuestión, se pueden distinguir dos tipos principales de daño causado por la misma:

COSTE EXCESIVO: el perjuicio resultante del hecho de que los clientes directos e indirectos de las empresas infractoras tienen que pagar más por cada producto que compran que si no existiera la infracción (el «coste excesivo»).

EFECTO VOLUMEN: el perjuicio resultante del denominado «efecto volumen», causado por el hecho de que, debido al aumento de los precios, se compra menor cantidad de esos productos.

Gráficamente se puede expresar de la siguiente forma:



Fuente: Elaboración propia.

El cuadro A muestra el efecto incremento del precio. Se produce una disminución de

la cantidad (volumen) desde q_0 a q_1 , y un incremento de precio de P_0 a P_1 . Es el valor transferido de clientes al infractor o infractores. Si tenemos los datos de q_1 y de P_0 a P_1 , el cálculo es el área de dicho rectángulo.

El triángulo B (también calculable por el Área del Triángulo) muestra el efecto pérdida de volumen: es el valor de los que comprarían al primer precio (P_0), pero no al segundo (P_1).

Con ello se producen además dos efectos concretos:

Habrà un lucro cesante en los que compraban el producto para su reventa o para su insumo en un producto que vendían.

Los consumidores tendrán también un emergente debido al incremento del precio.

Puede ocurrir también que el infractor se beneficie con sus hechos de un menor precio en el mercado de los productos que adquirirían para su insumo o para su reventa. Esto puede afectar:

A los proveedores que se ven perjudicados en cuanto a la pérdida de precio. Daño emergente.

En cuanto al consumidor porque no se benefician del juego del mercado descendente: lucro cesante.

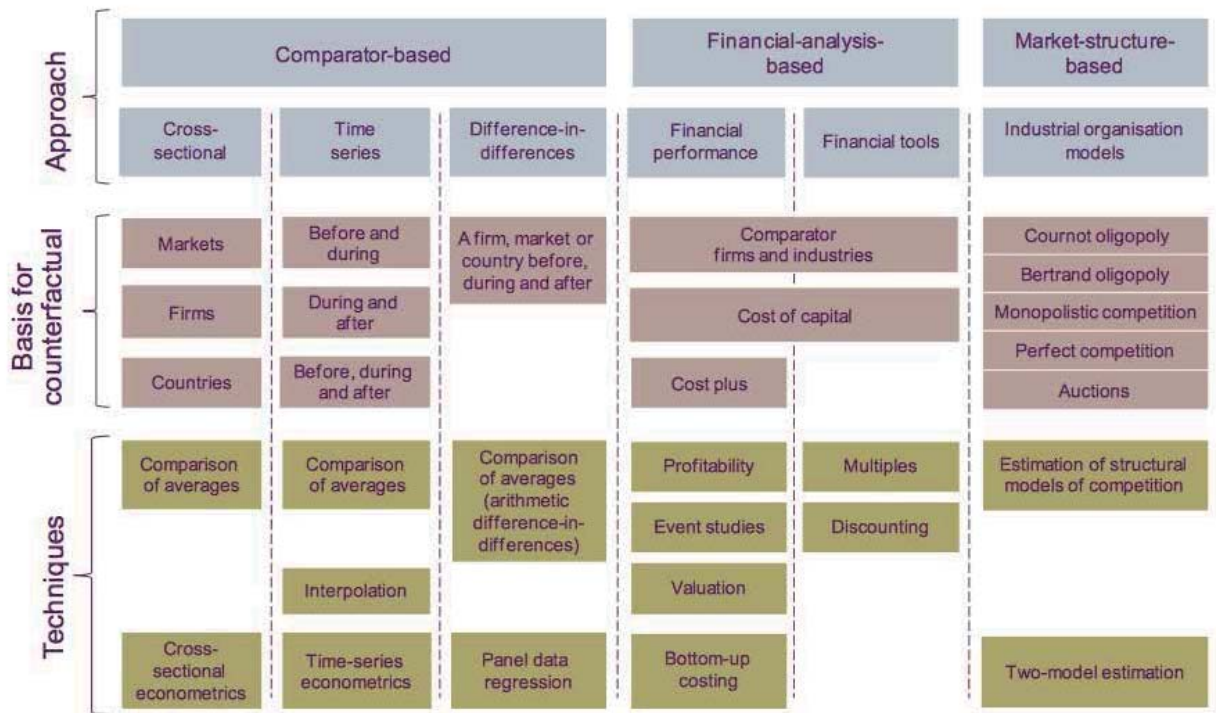
Los métodos para valorarlo distinguirán necesariamente entre aquellos supuestos en que nos encontremos con un cártel u otro tipo de conducta anticompetitiva como exclusión y conforme a los modelos, métodos y técnicas que sean aplicables⁴⁰.

De todo ello solo podemos concluir que la acción ejercitada en protección de daños y resarcimiento pleno es una de las caras de la moneda para reestablecer el equilibrio competitivo (la libre competencia) y que la infracción, sea cual sea, dará lugar a la lesión de ese bien jurídico protegido que tiene diferentes ramas (pública y privada) y desde ellas diferentes instrumentos (contractual o extracontractual) con los que puede resultar lesionado. Nuevamente nuestra conclusión, por tanto, no puede ser sino que se trata de una acción de naturaleza especial que se construye desde el derecho

³⁸ La CNC realizó una comparativa de zonas geográficas en el Asunto 626/07 Canarias de explosivos.

³⁹ Análisis todo ello en la citada obra Valoración de Daños...Tirant 2018.

⁴⁰ Análisis todos los aspectos en «Infracciones of the Competition as Externalities (July 10, 2018).» Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3211511>



Source: Oxera.

Fuente: Oxera. 2009.

clásico pero que se desarrolla con nuevos elementos y herramientas que la hacen por ello particular frente al origen de la conducta y sin que pueda subsumirse en una simple obligación derivada de la legalidad porque precisamente es esta la que lo canaliza desde lo contractual o lo extracontractual hasta lo público o lo privado para reestablecer, en la medida de lo posible, el bien jurídico lesionado.

IV. SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LAS PARTICULARIDADES PROCESALES EN SUPUESTOS ANTICOMPETITIVOS.

1. Responsabilidad contractual y extracontractual. Régimen ordinario.

La sentencia N° 341/2006 DE TS, SALA 1ª, DE LO CIVIL, 30 DE MARZO DE 2006 vino a señalar que existe yuxtaposición de acciones en la responsabilidad contractual y extracontractual, cuando responden a los mismos principios y la misma realidad, aunque tengan diversa regulación positiva: es la llamada "unidad de la culpa". Cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de la responsabilidad (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente. De conformidad a las SSTS de 30 de junio de 2000 y de 22 de julio de 2003, "Constituye doctrina de esta Sala que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjeto u objeti-

vo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (STS. 11 febrero 1998), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (Sentencias 17 diciembre 1988, 2 abril 1998). Es preciso la existencia de una prueba terminante (Sentencias 3 noviembre 1993 y 31 julio 1999), sin que sean suficientes meras conjeturas, deducciones o probabilidades (Sentencias 4 julio 1998, 6 febrero y 31 julio 1999). El "como y el porqué" constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (Sentencias 17 diciembre 1988, 27 octubre 1990, 13 febrero y 3 noviembre 1993). Al respecto de ello la STS de 18 de marzo de 2016 (STS 1161/2016) resumirá, al amparo de la doctrina del alto Tribunal⁴¹, cuales son los criterios aplicables:

1. La creación de un riesgo, del que el re-

41 SSTS 462/2006, de 10 de mayo (Rec. 3104/1999), 645/2007, de 30 de mayo (Rec. 80/2000), 1070/2007, de 16 de octubre (Rec. 3816/2000), 788/2008, de 24 de julio (Rec. 1813/2001), 791/2008, de 28 de julio (Rec. 3409/2001), 1200/2008, de 16 de diciembre (Rec. 1683/2000), 149/2010, de 25 de marzo (Rec. 1018/2006), 385/2011, de 31 de mayo (Rec. 2037/2007), 979/2011, de 27 de diciembre (Rec. 1736/2008), 816/2011, de 6 de febrero de 2012 (Rec. 977/2008), 566/2015, de 23 de octubre (Rec. 2213/2013), y 639/2015, de 3 de diciembre (Rec. 558/2014)

sultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa -demostración de que «faltaba algo por prevenir»-, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC.

2. La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado «reproche culpabilístico».

3. El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. No cabe considerar exigible una pericia extrema y una diligencia exquisita, cuando sea normal el riesgo creado por la conducta causante del daño. La creación de un riesgo superior al normal -el desempeño de una actividad peligrosa- reclama, empero, una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia. La falta de adopción o «agotamiento» de las más exigentes medidas de cuidado en su caso requeridas justifica atribuir responsabilidad (por culpa o subjetiva) por los resultados dañosos que sean realización del mayor riesgo así creado: que sean objetivamente imputables a esa culpa en el desempeño de la actividad peligrosa.

4. El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño -el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro- puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del artículo 217 LEC. Del tenor del artículo 1902 CC, en relación con el artí-

culo 217.2 LEC, se desprende que corresponde al dañado demandante la carga de la prueba de la culpa del causante del daño demandado. No será así, cuando «una disposición legal expresa» (art. 217.6 LEC) imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño; o cuando tal inversión de la carga de la prueba venga reclamada por los principios de «disponibilidad y facilidad probatoria» a los que se refiere el artículo 217.7 LEC.

5. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 386 LEC, el tribunal podrá imputar a culpa del demandado el resultado dañoso acaecido, cuando, por las especiales características de éste y conforme a una máxima de la experiencia, pertenezca a una categoría de resultados que típicamente se produzcan (sean realización de un riesgo creado) por impericia o negligencia, y no proporcione el demandado al tribunal una explicación causal de ese resultado dañoso que, como excepción a aquella máxima, excluya la culpa por su parte.

En la materialización de la responsabilidad derivada de estos supuestos antitrust sin embargo tenemos que matizar algunos supuestos.

2. Regla de mínimos.

Por un lado porque se establece una regla de mínimos (mínimis) de tal forma que si no se alcanzan los mismos, en la forma en que ha sido interpretada, no se afectará a la competencia. Tal y como afirma la STS de 17 de marzo de 2016, la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de la regla de minimis viene resumida en las sentencias del Pleno de esta Sala núms. 31/2012, de 15 de febrero, y 543/2015, de 20 de octubre, posteriormente reiterada en las sentencias 698/2015, de 16 de diciembre, y 699/2015, de 17 de diciembre (que toman en consideración la doctrina fijada por el TJUE en respuesta a diversas cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles; y las tres últimas, específicamente, la doctrina establecida al resolver la cuestión prejudicial formulada por esta Sala en el recurso 549/2010), en los siguientes términos:

1ª) La regla de minimis en su formulación de minimis non curat lex, es decir como regla de legalidad (distinta de la formulación de minimis non curat praetor, más relacionada con el principio de oportunidad y por tanto ajena a los órganos jurisdiccionales del orden civil por su incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE), viene siendo afirmada por la doctrina del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea (TJUE).

2ª) En su concreta aplicación a las relaciones jurídicas entre compañías petroleras y gestores de estaciones de servicio el auto del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-506/07, expresa su doctrina sobre la regla de *minimis* del siguiente modo:

«a) En general un acuerdo que tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia "queda al margen de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, cuando solo afecta al mercado de forma insignificante, habida cuenta de la débil posición que tengan los interesados en el mercado de los productos de que se trate", según sentencias del propio Tribunal de 9-6-1969, 25-11-1971, 28-4-1998 y 23-11-2006 (apdo. 24); b) "[d]e lo anterior resulta que un acuerdo que se considere de importancia menor puede, aun cuando contenga cláusulas como las mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente [derecho de superficie del proveedor durante veinticinco años], no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1" (apdo. 26); c) el órgano jurisdiccional debe tomar en consideración el marco concreto en que se inscribe el acuerdo, "especialmente en el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas y la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes" (apdo. 28); d) cuando se trata de un acuerdo de compra en exclusiva es preciso "analizar los efectos que produce dicho contrato, en relación con otros contratos del mismo tipo, sobre las posibilidades de que disponen los competidores nacionales u originarios de otros Estados miembros de implantarse en el mercado de referencia o de ampliar en este su cuota de mercado" (sentencias de 28-2-1991, caso *Delimitis*, y 7-12-2000, caso *Neste* (apdo. 30); e) también debe examinarse "la naturaleza e importancia del conjunto de contratos similares que vinculan a un número importante de puntos de venta con varios proveedores y tomar en consideración, entre los demás elementos del contexto económico y jurídico en el que se insertan los contratos, los que determinan las posibilidades de acceso al mercado de referencia", por lo que habrá de examinarse "si existen posibilidades reales y concretas para que un nuevo competidor se infiltre en el haz de contratos" y tener en cuenta, igualmente, "las condiciones en que tiene lugar el juego de la competencia en el mercado de referencia", según declararon las sentencias de los casos *Delimitis* y *Neste* (apdo. 31); f) "[s]i

el examen del conjunto de contratos similares revela que el mercado afectado es difícilmente accesible, deberá analizarse en qué medida los contratos celebrados por el proveedor de que se trate contribuyen al efecto acumulativo producido por dicho conjunto de contratos" (apdo. 32); g) "[l]a responsabilidad de este efecto de cierre del mercado debe imputarse, conforme a las normas sobre competencia comunitarias, a los proveedores que contribuyan a él de manera significativa" (apdo. 32); h) "[l]os contratos celebrados, por los proveedores cuya contribución al efecto acumulativo es insignificante no están comprendidos, por tanto, dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1" (apdo. 32); i) "[c]on el fin de analizar la importancia de la contribución de los contratos celebrados por un proveedor al efecto de bloqueo acumulativo, debe tomarse en consideración la posición de las partes contratantes en el mercado" y, además, la duración de los contratos, de modo que "[s]i esta duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, el contrato concreto está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1", según las sentencias de los casos *Delimitis* y *Neste* (apdo. 32); j) por tanto, un contrato que contenga cláusulas de imposición de una obligación de compra en exclusiva o de prohibición de competencia con un periodo de aplicación superior a los límites temporales previstos en los Reglamentos nº 1984/83 y nº 2790/99 "no incurre en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, siempre que no pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y que no tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia, lo que debe determinar el órgano jurisdiccional remitente teniendo en cuenta, en particular, el contexto económico y jurídico en el que se inscribe dicho contrato" (apdo. 32 y pronunciamiento 1º del fallo)».

3ª) Aunque sin valor propiamente normativo, la Comunicación de la Comisión Europea de 2001, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de *minimis*, 2001/C 368/07), reduce los umbrales de cuota de mercado del 15% (acuerdos entre no competidores) y del 10% (acuerdos entre competidores), por encima de los cuales se entiende que puede haber restricción sensible de la competencia, a un más seguro 5%, cuando se trate de un mercado de referencia en el que "la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuer-

dos para la venta de bienes y servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares"). En consecuencia, "se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5% no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado" (puntos 7 y 8), extremo en el que viene a coincidir la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 relativa a las restricciones verticales (2000/C 291/01, apdos. 140 y 142).

4ª) En sentido similar, la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07, sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros si la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad no es superior al 5% y, además, tratándose de acuerdos verticales, no se supera una determinada cifra de volumen de negocio total anual, si bien, tratándose de acuerdos verticales que afecten a un solo Estado miembro, «al proceder a la evaluación se debe tener en cuenta no solo el acuerdo o la red concreta de acuerdos en cuestión, sino también otras redes paralelas que produz-

can efectos similares» (apdos. 44 y 87)

Más específicamente, hemos de partir de la base de que el TJUE ha declarado que un acuerdo queda al margen de la prohibición del art. 81.1 TCE cuando solamente afecta al mercado de manera no significativa, en función de la posición que tengan los interesados en el mercado de los productos de que se trate; y a tales parámetros se ciñe la resolución recurrida, en la que se dan como hechos probados, no revisables en casación, que en el mercado geográfico relevante "Shell" disponía de una cuota inferior a los umbrales expresados en el antes citado Auto del TJUE de 4 de diciembre de 2014 (asunto C-384/13). Asimismo, el mencionado auto TJUE también se ha pronunciado sobre la incidencia del plazo de duración en relación la regla de minimis , al afirmar que se requieren dos requisitos acumulativos, de manera que si no se da el primero -la cuota significativa de mercado-, carece de relevancia la temporalidad del contrato. un contrato de este tipo no incurre en la prohibición establecida en el artículo 81.1 TCE (actual 101.1 TFUE) siempre que, por una parte, la cuota de mercado de ese proveedor no supere el 3%, mientras que la cuota de mercado acumulada de otros tres proveedores represente cerca del 70%, y, por otra parte, la duración de dicho contrato no sea manifiestamente excesiva respecto de la duración media de los contratos generalmente celebrados en el





mercado afectado, lo cual deberá comprobar el órgano jurisdiccional nacional. Es decir, en caso de que la cuota de mercado de los contratantes no sea relevante, el acuerdo puede ser contrario al Derecho Comunitario de la competencia si su duración es manifiestamente excesiva respecto de la duración media de los contratos del sector. No podemos perder de vista, sigue diciendo el TS, que el apartado 8º de la Comunicación de la Comisión (2001/C 368/07) relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis) -actual artículo 101 TFUE -, publicada en el DOCE de 22 de diciembre de 2001, fijó unos criterios conforme a los cuales, los acuerdos entre empresas que afectan al comercio entre los Estados miembros en los supuestos en que se produzca un efecto acumulativo de exclusión, producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares, no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 81 (actual artículo 101 TFUE), cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no excede del 5% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo. En general, se considera que proveedores o distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5% no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado. Además, se especifica que si el conjunto de re-

des paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares no alcanza el 30%, es improbable que exista un efecto acumulativo. Es decir, la Comisión entiende que si en el mercado de referencia la competencia está restringida por el efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias en el mercado sean similares, lo que, en principio, debe valorarse cuando éstas cubren más del 30% del mercado, debe examinarse la contribución del concreto operador, de su red, a dicho efecto de exclusión, y se considera que la contribución no es significativa y, en consecuencia, no restringe la competencia a los efectos del artículo 81 del Tratado, si su cuota de mercado no excede del 5%.

A su vez, conforme a las conclusiones del auto del TJUE de 4 de diciembre de 2014 ,tomando en consideración los umbrales de la Comunicación de minimis , cuando la cuota de mercado no excede del 3% el contrato en cuestión sólo estará prohibido por el artículo 81 del Tratado si su duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado. La prueba de que el contrato infringe el artículo 81 y, por tanto, de que su duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado, incumbe a la parte actora por expresa disposición del artículo 2 del Reglamento 1/2003 , y dicha prueba



no consta en las actuaciones. Y a la luz de lo establecido por el propio auto del TJUE, a los efectos de la aplicación de la regla de minimis, tampoco puede afirmarse que la duración pactada del contrato fuera desproporcionada.

No obstante lo anterior la conducta, que no entraría en el régimen de los supuestos de infracción de la competencia, podría dar lugar a daños a particulares a lo largo de la cadena. Pero a partir de ella parece que no podrá fundamentarse en la infracción del bien jurídico protegido en estos supuestos.

3. Supuestos de clemencia.

La matización de los programas de clemencia supone una importante exención o atenuante a la responsabilidad civil que sí se da, pero que a estos efectos no se podrá ejecutar completamente en vía privada por los particulares afectados. Así el último párrafo del artículo 73 LDC viene a señalar que el importe de la contribución del infractor beneficiario de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Cuando el perjuicio se cause a una persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de cualquier contribución del beneficiario anteriormente citado a otros infractores

se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio. De esta forma se matiza la responsabilidad distinguiendo entre una responsabilidad solidaria para unos supuestos y una responsabilidad basada en su participación (responsabilidad relativa) para otros en estos supuestos. El apartado cuarto de dicho precepto recoge que los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente:

a) Ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y

b) ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia.

4. Supuestos de afectación menor.

En el mismo precepto se recoge también que cuando el infractor fuera una pequeña o mediana empresa⁴², sólo será responsable ante sus propios compradores directos e indirectos siempre que se den dos supuestos:

⁴² Conforme a la definición dada en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

a) su cuota de mercado en el respectivo mercado fuera inferior al cinco por ciento en todo momento durante la infracción, y

b) la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria previsto mermara irremediablemente su viabilidad económica y causara una pérdida de todo el valor de sus activos.

Por lo tanto, la cuestión de responsabilidad se matiza nuevamente respecto de compradores directos e indirectos y ahora sin participar respecto de la responsabilidad relativa que hemos señalado. No obstante, esto no se aplicará en dos supuestos:

a) Que exista control en la conducta, es decir que la empresa de pequeñas dimensiones que hemos señalado, hubiese dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción, o

b) Que exista reincidencia; es decir que la empresa hubiese sido anteriormente declarada culpable de una infracción del Derecho de la competencia.

En la Sentencia⁴³ del Asunto C-373/17 de 2018 se llegará a afirmar que el hecho de que las autoridades competentes en materia de protección no actúen, por cualquier razón, existirá también no obstante la acción privada de daños: *“Además, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que el Tribunal General ha recordado correctamente en los apartados 80 a 82 y 84 de la sentencia recurrida, las recurrentes tienen la posibilidad de interponer ante los órganos jurisdiccionales nacionales una demanda para la indemnización de los daños supuestamente sufridos debido a los comportamientos que fueron objeto de la denuncia a fin de obtener el respeto de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE y ejercer los derechos que les reconocen dichas disposiciones ante un órgano jurisdiccional nacional, en concreto cuando la Comisión decide no dar un tratamiento favorable a su denuncia.”*

5. La carga probatoria y la actuación de oficio.

Tampoco la carga probatoria se estructura de forma similar en los supuestos anticom-

petitivos en relación a los supuestos contractuales y evidentemente los extracontractuales de nuestro derecho. La Directiva de 2014 introduce elementos (y la normativa nacional de cada Estado la adapta) en relación a las fuentes de prueba, primero, y a la carga probatoria, segundo, de tal forma que la regla es intentar conciliar la dificultad de prueba con el principio de pleno resarcimiento. Y en relación a ello no solo introducen elementos de obtención (discloser evidence) de material probatorio o en que se deban fundamentar las pruebas (fundamentalmente de análisis periciales) sino también sobre la distribución de la carga probatoria por un lado y la posibilidad de apreciación de oficio tanto para la obtención como para la valoración.

Aunque de reclamaciones privadas hablamos en realidad se pretende no solo eso sino también la restauración del orden público vulnerado que es la libre competencia. Es por ello que el lado privado se ve fortalecido con metodologías y sistemas de acceso a fuentes de prueba que no son los habituales en esta materia.

V. CONCLUSIONES.

De todo lo anterior podemos considerar que la exigencia de responsabilidad civil derivada del ilícito consistente en la infracción de la normativa de la competencia va más allá de nuestras tradicionales instituciones de responsabilidad civil derivadas del cumplimiento o incumplimiento de contratos o extracontractuales, situándose en una esfera diferente que parte del concepto autónomo del derecho de la Unión Europea, introduciendo nuevos elementos tanto en la vía procesal como sustantiva que han de ser considerados desde una nueva perspectiva, especial, para poder ser delimitados. No es la naturaleza de la acción ejercitada entonces la que determinará, conforme al derecho nacional, lo que se puede o no hacer en esta materia conforme a la doctrina tradicional, sino que deberá integrarse en el propio derecho de la Unión para configurar una categoría independiente, diferente y más compleja. Todo ello sin perjuicio de que la base de la pretensión pueda ser la misma – aunque no necesariamente extracontractual- y por ello le serán aplicables los criterios de nuestro derecho clásico matizados con esos principios europeos que protegen esencialmente el mercado único.

43 SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena) de 20 de septiembre de 2018 (*) «Recurso de casación – Competencia – Desestimación de una denuncia por la Comisión Europea – Falta de interés de la Unión Europea» En el asunto C-373/17 P.