

RECLAMACIONES DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA



Jose María Carbonell Botella. Socio Director Carbonell Abogados.
Prof. Dr. Carlos Gómez Asensio. Abogado Carbonell Abogados.

SUMARIO

1. Introducción
2. Comentario al nuevo Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia

El pasado 27 de mayo de 2017 tuvo lugar la publicación en el BOE del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo (en adelante RD 9/2017). Dicha norma prevé en su Título II, artículos tercero y cuarto, la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/104/UE, reguladora de las acciones por Daños por infracciones del Derecho de la competencia (en adelante la Directiva).

De esta forma el RD 9/2017 pone fin con 5 meses exactos de retraso, al proceso de transposición de la Directiva, iniciado el 15 de enero de 2016 con la decaída Propuesta de Ley de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, (en adelante La Propuesta de Ley), de la cual el RD 9/2017 hereda tanto su organización sistemática, como gran parte de su contenido.

INTRODUCCIÓN

En este sentido, el RD 9/2017 a través de su artículo tercero, prevé una modificación de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), mediante la **introducción de un nuevo Título VI en la norma que lleva por rúbrica “De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia”**. Por su parte, el artículo cuarto del RD 9/2017 lleva a cabo una muy importante reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia del acceso a fuentes de prueba, en relación específicamente a las reclamaciones de daños por infracción del derecho de la competencia.

El presente trabajo se centrará exclusivamente en el comentario de los artículos introducidos por el RD 9/2017 en el nuevo Título VI de la LDC.

COMENTARIO AL NUEVO TÍTULO VI DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Art. 71.- Responsabilidad por las infracciones del Derecho de la competencia.

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- 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. (Marginal: 70380196)
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (Marginal: 65759). Arts.; 1, 3, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81.
- Código Civil (Marginal: 69730142). Arts. 1100, 1144, 1974, 1964, 1968, 1969, 1973.
- Ley de Enjuiciamiento Civil. (Marginal: 12615). Arts. 15 bis, 281.4.

“El art. 78 LDC supone la transposición de los arts. 12 y 13 de la Directiva, siendo su objeto garantizar tanto el derecho al pleno resarcimiento, como evitar enriquecimientos injustos y sobrecompensaciones para el demandante de daños”

“La solidaridad en las obligaciones extracontractuales es una “solidaridad impropia” o “responsabilidad in solidum”, la cual ni despliega sus efectos desde el inicio del hecho que da lugar a dicha responsabilidad, ni se extiende a todos los sujetos partícipes de dicho hecho, sino que requiere de una sentencia con eficacia constitutiva que declare la misma”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 2016, Nº Rec. 3691/2013, (Marginal: 69721934)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 2016, Nº Rec. 1975/2014, (Marginal: 69721047)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, (Marginal: 70376694)

El precepto identifica como destinatarios del régimen de responsabilidad a los “infractores del Derecho de la competencia”, especificando en su apartado segundo que dichas infracciones lo serán respecto de los arts 1 y 2 de la LDC y sus correlativas normas europeas. En todo caso debe tomarse en consideración los últimos desarrollos jurisprudenciales en la materia, que consideran como autores de infracciones del Derecho de la competencia no solo a los autores materiales de la conducta, sino también a quienes han actuado como colaboradores de dichos sujetos¹.

Art. 72.- Derecho al pleno resarcimiento.

El nuevo art. 72 LDC regula el ámbito objetivo de la responsabilidad por las infracciones del Derecho de la competencia, el cual, al igual que ya había hecho con anterioridad la Directiva, aboga por una concepción compensatoria de la indemnización en aplicación del *full compensation principle*, incluyendo daño emergente, lucro cesante e intereses.

Respecto al devengo de intereses, es importante hacer mención a lo previsto en el Considerando 12 de la

Directiva al establecer que “*El pago de los intereses...debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización*”. Dicha previsión si bien no aparece incluida de forma expresa en el nuevo art. 72 LDC, no es menos cierto que en virtud del principio de equivalencia (D.A 2ª del RD 9/2017), obligará a una interpretación conforme de nuestro art. 1100 CC con el Derecho Comunitario.

Art. 73.- Responsabilidad conjunta y solidaria.

El nuevo art. 73 LDC lleva a cabo una transposición casi literal de su correlativo art. 11 de la Directiva, referido al principio de responsabilidad conjunta y solidaria – *joint and several liability* –. Situados en este marco, debe destacarse como el nuevo precepto supone un giro copernicano respecto a la situación tradicional en nuestro Derecho, donde **la solidaridad en las obligaciones extracontractuales es una “solidaridad impropia” o “responsabilidad in solidum”, la cual ni despliega sus efectos desde el inicio del hecho que da lugar a dicha responsabilidad, ni se extiende a todos los sujetos partícipes de dicho hecho, sino que requiere de una sentencia con eficacia constitutiva que declare la misma.**

Consecuentemente esto plantea importantes problemas tanto desde la perspectiva subjetiva – la sentencia no tiene por qué contemplar a todos los sujetos efectivamente responsables, lo que a su vez limita también el alcance subjetivo de las acciones de regreso –, como desde la perspectiva procesal respecto a los efectos interruptivos de la prescripción ex. art. 1974 CC .

¹ STJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, caso AC-Treuhand AG.

En este sentido, al establecer el nuevo art. 73 LDC el carácter solidario de la responsabilidad de los infractores de las normas de competencia – responsabilidad ex lege por tanto –, convierte la solidaridad de los mismos en una “solidaridad propia”, superando así toda la problemática antes descrita.

Prosigue el art. 73 en su apartado 2 estableciendo un régimen de responsabilidad especial y más restringido para las PYMES frente a terceros, en lo que supone una alteración de la regla general contenida en el art. 1144 CC. No obstante, dicho régimen no será aplicable cuando concurren sobre dichas empresas las circunstancias previstas en el apartado 3 del precepto.

Por su parte **el apartado 4 prevé una limitación especial del principio de responsabilidad conjunta y solidaria para los sujetos beneficiarios de la exención – que no reducción –, del pago de la multa en el marco de un programa de clemencia.**

Limitación especial que se complementa con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 73, y que supone una excepción al art. 1145 CC, al limitar el importe de la responsabilidad del sujeto beneficiario de la exención, únicamente, al perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos.

Art. 74.- Plazo para el ejercicio de las acciones de daños.

Es quizás este precepto el que supone, en la práctica, una de las principales y más trascendentes novedades del nuevo régimen de responsabilidad de las infracciones del Derecho de la competencia.

Así, el nuevo art. 74.1 LDC lleva a cabo la transposición del art. 10.3 de la Directiva, la cual fijaba un plazo para el ejercicio de la acción por daños de “al menos 5 años”. De esta forma, **en materia de reclamación de daños antitrust, no obstante, su carácter como daños extracontractuales, no resultará de**



“En materia de reclamación de daños antitrust, no obstante su carácter como daños extracontractuales, no resultará de aplicación el plazo de prescripción general de 1 año establecido en el art. 1968.2 CC, sino el especial de 5 años previsto en el art. 74 LDC”



aplicación el plazo de prescripción general de 1 año establecido en el art. 1968.2 CC, si no el especial de 5 años previsto en el art. 74 LDC, paradójicamente, el mismo plazo de prescripción que para las obligaciones contractuales tras la reforma del art. 1964.2 CC.

Por su parte, el art. 74.2 LDC aborda otro de los aspectos claves en el ámbito de la prescripción: la determinación del *dies a quo*, cuestión que ya había sido objeto de resolución por parte de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en el asunto “Céntrica”. Así el art. 74.2 LDC recoge dos requisitos cumulativos por efecto de la conjunción copulativa “y” para la determinación del *dies a quo*:

El primero, de carácter objetivo, “desde el momento en que hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia”, de nuevo en concordancia con lo establecido para las acciones personales con el reformado art. 1964.2 CC último inciso a sensu contrario.

El segundo de carácter subjetivo: “y el demandante tenga conocimiento o haya podido tener conocimiento de a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia, b) el perjuicio ocasionado por la citada infracción y c) la identidad del infractor”, condiciones estas tres últimas de nuevo de carácter cumulativo.

Como puede verse, ambos requisitos suponen una modalización muy importante respecto la regla general de determinación del *dies a quo* contenida en el art. 1969 CC, suponiendo a su vez un desarrollo y concreción de la jurisprudencia “Céntrica”, al fijar qué es lo que debe entenderse en términos de dicha sentencia por

“tener conocimiento cabal del perjuicio sufrido”, además de añadir el requisito objetivo del cese de la infracción.

En lo que respecta al art. 74.3 LDC, el precepto prevé la introducción de una causa especial de interrupción de la prescripción para las demandas por daños antitrust, respecto a las reglas generales de interrupción de la prescripción previstas en el art. 1973 CC.

Finalmente, el art. 74.4 LDC aborda también la cuestión de la interrupción de la prescripción, pero respecto a los procedimientos extrajudiciales de solución de controversias en relación con los daños que se pretenden reclamar y con efectos sólo para las partes de dichos procedimientos extrajudiciales.

Art. 75.- Efectos de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia o de los tribunales competentes.

Este precepto aborda otra de las cuestiones nucleares del engarce entre el *public enforcement* y el *private enforcement* del Derecho antitrust que mayor debate doctrinal ha suscitado, estableciendo el art. 75.1 la vinculación de los órganos jurisdiccionales nacionales, a la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia, ya venga dicha firmeza como consecuencia de la propia firmeza de la sentencia contencioso administrativa de revisión, como del hecho que la decisión administrativa no hubiera sido impugnada en plazo y, por tanto, hubiera devenido firme.

Por su parte el art. 75.2 LDC, ajustado en rigor a lo exigido por el art. 9.2 de la Directiva, supone sin embargo un paso hacia atrás respecto el texto proyectado para este artículo en La Propuesta de Ley, que establecía la vinculación del tribunal a la declaración de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia en una resolución firme de una autoridad nacional u órgano jurisdiccional de cualquier Estado miembro, frente a la actual presunción salvo prueba en contrario de la existencia de la infracción y con permisión de alegar nuevos hechos respecto los tenidos en cuenta para dictar dichas resoluciones.

Art. 76.- Cuantificación de los daños y perjuicios

Otro de los principales desafíos a los que se enfrenta el demandante



SUSCRIPCIÓN A FISCAL & LABORAL DIGITAL POR 99€/AÑO.
ACCESO ILIMITADO A LA WEB DE FISCAL & LABORAL.



CUMPLIMENTE LOS DATOS

Razón social			NIF		
Apellidos			Nombre		
Dirección		Número	C.P	Población	
Provincia	Teléfono		Móvil		
Email			Fax		
Nº Cuenta			Firma		
_____	_____	_____	_____	_____	_____
Entidad	Oficina	Control	Nº Cuenta		

En cumplimiento con lo dispuesto en la Ley 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, le informamos de que los datos facilitados formarán parte de los ficheros titularidad de Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., inscritos en el registro General de Protección de Datos, cuyos fines son la gestión de nuestra relación comercial y administrativa, así como el envío, a través de cualquier medio, de información acerca de los productos de la compañía que creamos puedan ser de su interés. Así mismo, y para el exclusivo cumplimiento de las mismas finalidades, informamos que con los datos facilitados, nos presta su autorización para su comunicación a la empresa del mismo grupo conocida como Instituto Superior de Derecho y Economía. Usted puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición respecto a sus datos personales dirigiendo una comunicación por escrito a Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. C/ Recoletos 6, 28015 Madrid, o a la siguiente dirección de correo electrónico: datos@difusionjuridica.es.

* I.V.A. no incluido.

No deseo recibir comunicaciones a través del e-mail

por daños antitrust, es la cuantificación de dicho daño en los distintos conceptos que el mismo integra: daño emergente, lucro cesante e intereses.

A los efectos de facilitar dicha cuantificación el art. 76.2 LDC establece la facultad de los tribunales, al igual que ya reconoce la jurisprudencia en otros ámbitos como el Derecho de la Competencia Desleal, de estimar el importe de la indemnización de daños y perjuicios para los casos en que el demandante acreditando la acusación de los mismos no pueda o le sea excesivamente difícil cuantificar los mismos.

Por su parte el art. 76.3 LDC establece una presunción *iuris tantum* de causación de daños in re ipsa por los cárteles, presunción

sobre cuya aplicación el Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse en el caso del “cártel del azúcar”, si bien no con demasiada claridad, y que adquiere ahora carta de naturaleza.

Finalmente, art. 76.4 LDC prevé la intervención de las autoridades nacionales de defensa de la competencia actuando como *amicus curiae*, facultad de intervención ya prevista en el art. 15 bis LEC, y que ahora se prevé específicamente en esta sede.

Arts. 77 y 81.- Soluciones extrajudiciales y resarcimiento de daños.

Los arts. 77 y 81 de la LDC llevan a cabo la transposición de los arts. 18

y 19 de la Directiva, estableciendo el primero, la reducción del derecho al resarcimiento respecto la persona perjudicada que hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial, con el objetivo tanto de evitar un enriquecimiento injusto del mismo, como en salvaguarda de que el infractor parte del acuerdo no acabe en un peor escenario que si no se hubiera sometido al mismo. Así, la persona perjudicada no podrá dirigir contra dicho infractor demanda de daños por la parte no cubierta por el acuerdo, sino solo contra los otros coinfractores no partícipes del acuerdo, sin que estos puedan exigirle al primero su contribución por la indemnización restante (art. 77.2 LDC). Todo ello, salvo que concurra la circunstancia prevista en el art. 77.3 LDC, esta-

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- AMILS ARNAL, RAIS. *Formularios de defensa de la competencia*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007.
- PINTÓ SALA, JORGE. TORRELLA CABELL, FRANCESC. *Worker contratación civil mercantil*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007.
- ADELL, CRISTINA. *Worker inteligente. Derecho Procesal Mercantil. Volumen 02*. Derecho Contractual. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006.

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- ENRILE MORA-FIGUEROA, PABLO. *La Ley de Defensa de la Competencia y los contratos de desarrollo empresarial, pactos de permanencia, de no competencia y los pactos de plena dedicación*. Economist&Jurist Nº 196. Diciembre-Enero 2015. (www.economistjurist.es)
- RIVEROS, PAOLA. *La indemnización por daños y perjuicios derivada de la vulneración de las normas de Defensa de la Competencia: Desarrollo en el Régimen Estadounidense y Comunitario Europeo*. Economist&Jurist Nº 146. Diciembre-Enero 2011. (www.economistjurist.es)
- CEDÓ, MARIA. *Balance sobre el funcionamiento del Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia (y II) (julio/agosto 2009)*. Economist&Jurist Nº 132. Julio/Agosto 2009. (www.economistjurist.es)

bleciendo el art. 77.4 LDC un límite al ejercicio de las acciones de repetición entre coinfractores, es decir, una excepción al principio de responsabilidad conjunta y solidaria del art. 73 LDC.

Por su parte el art. 81 LDC prevé un plazo de suspensión de hasta 2 años para que las partes de un procedimiento judicial alcancen una solución extrajudicial del mismo.

Arts. 78, 79 y 80.- Régimen de los sobrecostes.

Los arts.78, 79 y 80 LDC, regulan otra de las instituciones fundamentales en el ámbito del *private enforcement* la cual carecía de una regulación positiva específica en nuestro Derecho: la *passing-on defence*, tanto en su vertiente como “espada” – legitimación de compradores indirectos –, así como “escudo” – defensa frente a la reclamación del comprador directo basada en la repercusión de los sobrecostes por el mismo a terceros –.

En este sentido, **el art. 78 LDC supone la transposición de los arts. 12 y 13 de la Directiva, siendo su objeto garantizar tanto el derecho al pleno resarcimiento, como evitar enriquecimientos injustos y sobrecompensaciones para el demandante de daños.** Para ello el precepto prevé en su apartado 2 una habilitación a los Tribunales para que puedan calcular con arreglo a derecho la parte del sobrecoste repercutido, con sujeción a los

principios y límites ya comentados en sede del art. 76.2 LDC; estableciendo finalmente el apartado 3 del precepto a quién corresponde la carga de la prueba en sede de la *passing-on* usada como “escudo”.

Por su parte, el art. 79 LDC, regula el *passing-on* en su vertiente como “espada”, estableciendo sobre el demandante la carga de la prueba de la existencia y cuantía del sobrecoste y su repercusión, si bien “*podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandado o de terceros*”, lo cual deberá ponerse en relación con las normas procesales introducidas por el art. 4 del RD 9/2017. En el apartado segundo del precepto, se prevé a favor del comprador indirecto una presunción *iuris tantum* para facilitar

la prueba de la repercusión del sobrecoste a su persona, si se cumplen acumuladamente las tres condiciones que fija el precepto.

Por último, el art. 80 LDC, tiene por objeto regular la coordinación procesal entre las acciones ejercitadas por diversos demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro, a los efectos de evitar tanto la ausencia de responsabilidad, como el exceso de la misma, para lo que habilita a los tribunales a tomar en consideración los factores incluidos en el precepto, los cuales entroncan con cuestiones procesales como la acumulación de procesos, la prejudicialidad civil o la regulación de los hechos públicos y notorios del art. 281.4 LEC. ■



CONCLUSIONES

- La modificación de la LDC operada por el RD 9/2017 con la introducción de los nuevos 10 preceptos integrantes del Título VI de la norma, abre la puerta a un nuevo campo de litigio en el ámbito del Derecho Privado, al dotar a los operadores jurídicos de las herramientas necesarias para poder reclamar con éxito los daños derivados de las infracciones del Derecho de la Competencia