

INSTITUTO DE DERECHO INDUSTRIAL
IDIUS

ACTAS
DE DERECHO INDUSTRIAL
Y
DERECHO DE AUTOR

Volumen 37

(2016-2017)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Índice de abreviaturas	19
 I. DOCTRINA	
Acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción	
Jaume MARTÍ MIRAVALLS	29
Obstáculos al mercado único digital y restricciones a la competencia en el comercio <i>online</i> de bienes	
Vanessa MARTÍ MOYA	55
La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito <i>antitrust</i>: transposición de la Directiva 2014/104/UE	
Ana María TOBÍO RIVAS	83
Las pautas para el examen de patentabilidad de las solicitudes de patentes de invenciones químico-farmacéuticas de Argentina. Efectos a largo plazo en la actividad inventiva y adaptación al ADPIC	
Vincenzo DI CATALDO	117
Repensar el sistema de patentes desde la dimensión institucional y de gobernanza	
Ernesto GUEVARA FERNÁNDEZ	139
El interés público sanitario como razón para la emisión de licencias obligatorias en la comunidad andina	
Diego Francoise ORTEGA SANABRIA	161
Considerações sobre a novidade e a atividade inventiva nos modelos de utilidade (em especial, à luz do CPI português)	
Vítor PALMELA FIDALGO	183
El interés general de los consumidores en el Derecho marcario de la comunidad andina: análisis de resoluciones	
Luis Gonzalo RAMÍREZ RAMÍREZ	199

El Derecho de marcas frente a usos del signo propios de la tecnología tridimensional	
Concepción SAIZ GARCÍA	221
Régimen jurídico aplicable a las creaciones de moda en el Perú	
Olga Alejandra ALCÁNTARA-FRANCIA.....	243
Detección y retirada de contenidos que vulneren derechos de autor en la red: necesidad de un Código de Buenas Prácticas	
José Juan CASTELLÓ PASTOR.....	279
Las «prestaciones»: nuevo objeto material en los delitos contra la propiedad intelectual tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015.	
Luis RODRÍGUEZ MORO	301
Derechos morales de autor, UE y CB	
Luigi CARLO UBERTAZZI	325
II. CRÓNICA Y DOCTRINA BREVE	
La actividad en materia de competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en 2016	
María ÁLVAREZ SAN JOSÉ y Araceli GUTIÉRREZ.....	339
El principio de territorialidad y el Derecho de patente a la luz de la figura de la patente unitaria (esfera procesal)	
María Aránzazu GANDÍA SELLENS	351
Sobre la inevitable revisión del concepto de variedad esencialmente derivada	
Benjamín SALDAÑA VILLOLDO.....	363
La Unión Europea ante el fenómeno de los contenidos digitales audiovisuales (Netflix, Amazon Prime Video, Spotify): análisis de la propuesta de reglamento de portabilidad transfronteriza de contenidos en línea en el mercado interior	
Loreto CORREDOIRA	375
El mánager musical como intermediario de la prestación artística: apuntes para una polémica	
Jorge Luis ORDELIN FONT.....	387
Impressão 3D e direitos de autor	
Maria Victoria ROCHA	399

III. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**Nulidad de patente europea sobre formulaciones de liberación sostenida por falta de actividad inventiva**

David PERAL CERDÁ..... 413

La posibilidad de defensa del licenciario no inscrito frente a infracciones del diseño licenciado

SARA LOUREDO CASADO..... 429

De nuevo sobre la funcionalidad técnica como causa de denegación y de nulidad de las marcas basadas en formas tridimensionales

Luis Alberto MARCO ARCALÁ..... 443

Obra colectiva, autoría de las personas jurídicas y acción de revisión por remuneración no equitativa: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2016

José Manuel VENTURA VENTURA..... 459

IV. RECENSIONES

I. DOCTRINA

ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y PRESCRIPCIÓN

ACTIONS FOR DAMAGES FOR INFRINGEMENTS OF COMPETITION LAW: JOINT LIABILITY AND LIMITATION PERIODS

JAUME MARTÍ MIRAVALLS*

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es analizar el régimen jurídico previsto en la Directiva 2014/104/UE en materia de responsabilidad conjunta por infracción del Derecho de la competencia y en materia de plazos para el ejercicio de las acciones de daños.

Palabras clave: aplicación privada, responsabilidad conjunta y solidaria, prescripción.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the legal regime provided in Directive 2014/104/EU on joint and several liability and limitation periods in actions for damages for infringements of Competition Law.

Keywords: private enforcement, joint and several liability, limitation periods.

SUMARIO: I. ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.—1. EL *ITER* LEGISLATIVO DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE.—2. EL EFECTO DISUASORIO DE LA APLICACIÓN PRIVADA DE LA COMPETENCIA Y SU INCARDINACIÓN EN LA DIRECTIVA.—II. EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD: LA *LEGITIMACIÓN ACTIVA DE CUALQUIER PERJUDICADO Y LA LEGITIMACIÓN PASIVA DEL INFRACTOR*.—1. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA.—2. LA LEGITIMACIÓN PASIVA.—III. LA RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA DE LOS INFRACTORES.—1. RÉGIMEN GENERAL.—2. EXCEPCIÓN PARA LA PYME.—3. EXCEPCIÓN PARA EL BENEFICIARIO DE LA CLEMENCIA.—4. LA RESPONSABILIDAD INTERNA DE LOS INFRACTORES.—IV. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

* Profesor Contratado Doctor (acreditado a Titular de Universidad) en el Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont» de la Universidad de Valencia. *Jaime.marti@uv.es*.

CONTENTS: I. ACTIONS FOR DAMAGES FOR INFRINGEMENT OF COMPETITION LAW.—1. *ITER LEGISLATIVE OF DIRECTIVE 2014/104/EU*.—2. THE DETERRENCE EFFECT OF PRIVATE ENFORCEMENT AND ITS INCARDINATION IN THE DIRECTIVE.—II. THE GENERAL REGIME OF LIABILITY: THE ACTIVE LEGAL STANDING «OF ANY INJURED PARTY» AND THE PASSIVE LEGAL STANDING OF «THE INFRINGER».—1. ACTIVE LEGAL STANDING.—2. PASSIVE LEGAL STANDING.—III. THE JOINT AND SEVERAL LIABILITY OF INFRINGERS.—1. GENERAL SCHEME.—2. EXCEPTION FOR SMES.—3. EXCEPTION FOR THE IMMUNITY RECIPIENT.—4. THE INTERNAL LIABILITY OF THE INFRINGERS.—IV. THE LIMITATION PERIODS.—V. CONCLUSIONS.—VI. BIBLIOGRAPHY.

I. ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las normas de Defensa de la Competencia, tanto europeas como nacionales, producen efectos directos en las relaciones entre particulares, y generan para los afectados derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar¹. Este principio es relevante por cuanto las prácticas restrictivas de la competencia no solo lesionan el interés general, en tanto atentan contra el mantenimiento de un orden competitivo no falseado en el mercado, sino que también lesionan y generan daños en los patrimonios de los operadores económicos presentes en el mercado².

La finalidad del presente trabajo es analizar el régimen jurídico previsto en la «Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, 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» —en adelante, Directiva 2014/104/UE o la Directiva— en materia de responsabilidad conjunta y en materia de prescripción, por ser dos de las instituciones de Derecho sustantivo cuya transposición a nuestro ordenamiento puede tener mayor incidencia. El objetivo es exponer cómo la configuración de la responsabilidad del infractor, el régimen de solidaridad atribuido a los infractores que actúen conjuntamente y la generosa regulación de la prescripción de las acciones, previstos en la Directiva 2014/104/UE, constituyen un verdadero y nuevo «Derecho de daños especial»³,

¹ El efecto directo horizontal de los artículos 101 y 102 TFUE en las relaciones entre particulares ya fue establecido por el TJUE en su famosa Sentencia de 30 de enero de 1974, asunto 127/73, caso *BRT/Sabam*: «... dado que, por su misma naturaleza, las prohibiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares, dichos artículos crean directamente derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar». Si bien, el verdadero hito para la aplicación privada de la Competencia lo representan las Sentencias del Tribunal de Justicia, de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, caso *Courage/Crehan*; y de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, caso *Manfredi*. En los puntos 26 y 27 del caso *Courage* se afirma: «26. La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia. 27. En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad». Sobre ello, por todos, KOMMINOS, A., *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008.

² En este sentido, HERRERO SUÁREZ, C., «La transposición de la directiva de daños *antitrust*. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva», *CDT*, vol. 8, 2016, pág. 151.

³ Expresión ya acuñada por ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., «La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho interno», *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, págs. 1110 y sigs.

que bien aplicado por parte de los Tribunales puede ofrecer un nada desdeñable efecto disuasorio.

1. EL ITER LEGISLATIVO DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE

Pese a que en Europa, a diferencia de Estados Unidos, hasta principios de este siglo el Derecho de Defensa de la Competencia se ha concebido como un Derecho de aplicación eminentemente pública —realizada a través de las autoridades europeas y nacionales de la Competencia, *public enforcement*—, lo bien cierto es que la vertiente privada o *private enforcement* siempre ha estado en la genética del Derecho *antitrust*⁴. La consecuencia inherente a esta aplicación privada, núcleo de un bien entendido Derecho de la competencia, es el derecho al resarcimiento a favor del perjudicado por un ilícito *antitrust*⁵. Por tanto, los tribunales nacionales tienen una función esencial en la aplicación de estas normas desde su vertiente privada. La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones establecidas en cualquier norma de Defensa de la Competencia, 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 tribunales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones.

La doctrina del TJUE, casos *Courage* y *Manfredi*, unida al giro copernicano que supuso el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002⁶, despertaron la aplicación privada europea del letargo en el que se encontraba. Y que tras un «viaje de Ulises»⁷, con final dulcificado⁸, ha llegado a puerto con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE⁹.

⁴ En cierta manera, la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia son dos caras de una misma moneda, que es el Derecho de la Competencia. Como el ying y el yang, son dos fuerzas opuestas y complementarias, que se encuentran en una única cosa: el Derecho de la Competencia. Sobre la complementariedad de la aplicación pública y privada del Derecho *antitrust*, entre otros, DÍEZ ESTELLA, F., y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., «La directiva de acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2014, págs. 41 y sigs., afirmando que ambos modelos están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro, ya que además cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: la aplicación pública busca el efecto disuasorio —*deterrence*— a través de la política sancionadora, mientras que la aplicación privada busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva.

⁵ No hay que olvidar que el legislador español, hasta la aprobación de la vigente Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, siempre ha previsto una indemnización de daños y perjuicios por ilícito *antitrust* en su normativa nacional. Así, artículo 6 de la Ley 110/1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia; y artículo 13 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Cuestión distinta es su utilización por parte de los operadores económicos. Sobre las trabas que existían, ALONSO SOTO, R., «La aplicación privada del Derecho de la Competencia», FONT RIBAS y GÓMEZ TRINIDAD (coords.), *Competencia y acciones de indemnización*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 123 y sigs. Con todo, no puede decirse que el ordenamiento jurídico español haya sido ajeno a la aplicación privada de la Competencia, MARCOS, F., «Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», *Global Competition Law Review*, vol. 6, núm. 4, 2013, págs. 167 y sigs.

⁶ Relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, que aclaró conceptos, eliminó barreras y simplificó el procedimiento.

⁷ «Viaje de Ulises» porque el iter legislativo empieza con el *Libro Verde de Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, SEC (2005) 1732, 19 de diciembre de 2005. Seguido del *Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2008) 0165, final. Y de la Propuesta inicial de Directiva, elaborada por la Comisión en abril de 2009.

⁸ En efecto, el final del viaje que supuso la Directiva 2014/104/UE ha dulcificado significativamente algunas de las medidas previstas en los documentos elaborados previamente. Así, por ejemplo, por citar solo dos cuestiones que se han eliminado: el Libro Verde (pág. 7) planteaba la conveniencia de doblar los daños en los casos de cárteles, o, al menos, de definir los daños en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor;

En efecto, la travesía de la Directiva no ha sido especialmente sencilla¹⁰. Ni tampoco supone el final de las «aventuras de Ulises»¹¹. El problema que se planteaba en el marco europeo era que la mayoría de cuestiones relativas a la aplicación privada son Derecho privado nacional. En concreto, Derecho de daños. Y como es sabido existen importantes y significativas diferencias entre las distintas concepciones del Derecho de daños en los Estados miembros. Se trata de asuntos nucleares que van desde los plazos para el ejercicio de la acción hasta la propia función resarcitoria y/o punitiva del Derecho de daños. Y otras cuestiones son de naturaleza procedimental y, por tanto, también Derecho nacional. Como es el caso del derecho al acceso al expediente administrativo incoado por las autoridades de competencia a los efectos de un posterior uso de la información allí obrante en un procedimiento por daños. Por ello, parece que era aconsejable una aproximación de la regulación respecto de las principales cuestiones —sustantivas y procedimentales— que afectan al ejercicio de las acciones de daños y perjuicios por ilícito *antitrust*, y que tradicionalmente estaban reguladas únicamente desde una perspectiva nacional¹².

La Directiva 2014/104/UE, que es una Directiva de mínimos, debía transponerse antes del 27 de diciembre de 2016, como dispone su artículo 21.1. A día de hoy, finales de marzo de 2017, han transpuesto la Directiva: Dinamarca, Finlandia, Hungría, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Eslovaquia, Suecia,

o como hasta la Propuesta inicial de Directiva de 2009 se incluía una regulación específica para las acciones colectivas de daños por ilícito *antitrust*, que no consiguió entrar en el orden del día del Colegio de comisarios por el fuerte rechazo que la regulación de las acciones colectivas suscitó en algunos estamentos. Sobre ello, BROKELMANN, H., «La Directiva de daños y su transposición en España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015, pág. 2; y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *La función normativa...*, op. cit., pág. 1115.

⁹ En estos momentos ya existe abundante doctrina sobre la Directiva 2014/104/UE, por todos, con referencia a la bibliografía allí recogida, vid. RUIZ PERIS (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016. En doctrina internacional, entre otros, sobre la Directiva, MUNARI, F., y CELLERINO, C., *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, Aracne, 2016; FRATEA, C., *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea: profili europei, internazionali e interni*, Edizioni scientifiche italiane, 2015; NERVI, A., «Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions - Some Considerations from the Perspective of Italian Law», *The Italian Law Journal*, núm. 1, 2016, págs. 131 y sigs. Sobre la aplicación privada en Derecho francés, para un estudio completo, AMARO, R., *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruylant, 2014.

¹⁰ Sobre esa «compleja travesía», BERENGUER FUSTER, L., «¿La piedra de Sísifo o el tejido de Penélope? Idas y venidas de la noma de la UE para la reclamación de daños en materia de competencia», *Anuario de la competencia*, Marcial Pons, 2011-2012, págs. 55 y sigs. Sobre el alcance de la armonización legislativa de la Directiva, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del Derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España», *Elderecho.com*, disponible on-line.

¹¹ La Directiva ha unificado lo esencial, pero no todo lo importante —tal y como se expondrá a lo largo del trabajo—. Muchas cuestiones siguen abiertas. Pero ello probablemente no es casual. Algunos de los silencios parecen que deben interpretarse en el sentido de «hasta aquí es suficiente para una primera armonización». No en vano no debe menospreciarse la declaración de intenciones que entraña el artículo 20.1 Directiva 2014/104/UE: «La Comisión revisará la presente Directiva y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar el 27 de diciembre de 2020». La Directiva 2014/104/UE, por tanto, no puede verse como un punto y final, sino como una llegada a puerto. Una llegada a Ítaca. Pero no un final de las «aventuras de Ulises». Como en la «Odisea», todavía quedan «historias» y «aventuras». 2020 será el siguiente punto y probablemente será el momento para afrontar algunas de las cuestiones que ahora no se han querido abordar.

¹² Como afirma el propio artículo 1.1 *in fine* de la Directiva, 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 perjuicio». En contra de la armonización, con sólidos argumentos —que no todos compartimos—, algunos de los cuales entendemos que no son incompatibles con un escenario de unificación normativa, ALFARO, J., «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia», *InDret*, 3/2009.

y muy recientemente —incumpliendo el plazo de transposición— Italia, Francia y Alemania¹³. España, que tiene por transponer variadas e importantes Directivas¹⁴, todavía no ha cumplido¹⁵. No obstante, cuenta desde enero de 2016 con la «Propuesta de Ley de la sección especial para la transposición de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, 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» —en adelante, Propuesta de Ley—¹⁶.

La Propuesta de Ley, tomando en consideración que la Directiva comprende normas que regulan cuestiones de diversa naturaleza —de temas procesales, temas sustantivos y, por último, la consideración de factores tecnológicos—, opta —entre las distintas alternativas existentes para la realización de una adecuada transposición de la Directiva— por incorporar la parte relativa a las normas sustantivas contenidas en la Directiva en la Ley de Defensa de la Competencia y la relativa a las normas procesales en la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁷.

El objeto del presente trabajo es analizar concretamente el régimen jurídico previsto en la Directiva 2014/104/UE en materia de responsabilidad conjunta por infracción del Derecho de la competencia y en materia de plazos para el ejercicio de las acciones de daños. Para ello estudiaremos en primer lugar el régimen general de responsabilidad por ilícito *antitrust*, con especial referencia a la legitimación activa y pasiva; en segundo lugar, el régimen de responsabilidad conjunta y solidaria; y en tercer lugar el régimen de prescripción¹⁸.

La transposición de estas cuestiones a nuestro ordenamiento aclarará, y en algunas cuestiones cambiará, significativamente el régimen jurídico de las ac-

¹³ Italia el 19 de enero, Francia el 9 de marzo y Alemania el 10 de marzo. Sobre el estado de transposición de la Directiva puede consultar la web de la Comisión Europea.

¹⁴ Por ejemplo, en el ámbito del mercado de valores o en ámbito bancario. Ello es debido, entre otras cuestiones, a la parálisis legislativa vivida en 2016.

¹⁵ En este punto hay que destacar que, recientemente, el 21 de diciembre de 2016 —esto es, seis días antes de expirar el plazo de transposición—, se abrió una consulta pública «sobre la transposición de la Directiva 2014/104/UE», abierta hasta el 11 de enero de 2017, con la finalidad de recabar la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de: a) los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa; b) la necesidad y oportunidad de su aprobación; c) los objetivos de la norma, y d) las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

¹⁶ Para una visión integral de la Propuesta, RUIZ PERIS, J. I., «Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del derecho de la competencia a la responsabilidad compartida», RUIZ PERIS (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 25 y sigs.

¹⁷ Esta ha sido la opción mayoritaria entre los Estados miembro que ya han transpuesto la Directiva, así, entre otros, Alemania y Países Bajos. En cambio, otros países, como Italia, han optado por la técnica de transponer la Directiva en un único texto normativo. El resultado de la Propuesta de Ley es, a nuestro juicio, incierto. Nos referimos que tenemos nuestras dudas respecto a que todo lo que «propone» acabe siendo transpuesto. Así como la transposición de las cuestiones sustantivas a incorporar en la LDC la Propuesta sigue en lo esencial la Directiva, sin arriesgar demasiado. En cambio, la parte procesal es, sin duda, arriesgada. Especialmente por la ampliación que realiza en materia de exhibición documental en el proceso civil, convirtiendo en regla general lo que está concebido para el sector de la aplicación privada de la Competencia. Con independencia de que nos parezca adecuada la mayoría de cuestiones que se proponen en este aspecto, las duras críticas que ha recibido desde algunos sectores nos hacen tener dudas de que finalmente se incorporen a nuestro ordenamiento —vía modificación de la LEC— todas las cuestiones nuevas que recoge.

¹⁸ A tal fin tomaremos en consideración no solo el texto de la Directiva, sino también la jurisprudencia existente en el ámbito europeo y nacional, así como la Propuesta de Ley española y los textos legales de los principales países que ya han transpuesto la Directiva. En este sentido, se advierte que cuando se haga referencia a la numeración de los artículos de la Propuesta de Ley, en tanto nuestra materia de estudio se refiere a cuestiones sustantivas, deben entenderse realizadas respecto a las reformas que se introducirán en la LDC.

ciones de daños por infracción del Derecho de la competencia. En efecto, a nuestro juicio, tanto el régimen de responsabilidad general —tal y como queda configurado por la Directiva y la jurisprudencia del TJUE—, unido al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria, y al de la prescripción, constituyen un verdadero y nuevo «Derecho de daños especial», que bien aplicado por parte de los Tribunales puede ofrecer un nada desdeñable efecto disuasorio —no punitivo, pero sí disuasorio—¹⁹.

2. EL EFECTO DISUASORIO DE LA APLICACIÓN PRIVADA DE LA COMPETENCIA Y SU INCARDINACIÓN EN LA DIRECTIVA

En efecto, no puede perderse de vista el efecto disuasorio de la aplicación privada como complemento al sistema de las sanciones —multas— de la aplicación pública del Derecho de la competencia²⁰. En los sistemas avanzados el efecto disuasorio puede llegar a ser más acusado en el ámbito de la aplicación privada que en el de la aplicación pública²¹. Mientras que sistemas avanzados como el europeo es posible cuantificar *a priori* el importe aproximado de las multas en la aplicación pública; en cambio, la responsabilidad civil —núcleo de la aplicación privada— es más impredecible, y con una multitud de variables de difícil control *a priori*²².

Aunque el efecto disuasorio no es propio de la aplicación privada, cuya finalidad es el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva, sino de la aplicación pública, lo bien cierto es que el régimen de responsabilidad conjunta y solidaria, o el concepto amplio de perjudicado —legitimado activo— proclamado por el TJUE, son elementos que en un sistema maduro de responsabilidad por ilícito *antitrust* poseen efecto disuasorio. Es cierto que el debate sobre los daños punitivos, como elemento disuasorio por excelencia, está prácticamente descartado en el Derecho que dimana de la Unión Europea. Pero no es menos cierto que un correcto funcionamiento de un sistema de responsabilidad civil fundado en un concepto amplio de perjudicado,

¹⁹ Como expresamente recoge el artículo 3.3 de la Directiva, previamente advertido en el Considerando 13 *in fine*: «El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo».

²⁰ Sobre la función normativa de la responsabilidad por ilícito *antitrust*, mostrándose crítico con la posición finalmente adoptada por la Directiva 2014/104/UE, puede consultarse el magnífico trabajo ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *La función normativa...*, *op. cit.*, págs. 1110 a 1126. Para el autor la atribución de una función preventiva a las normas establecidas en la Directiva 2014/104/UE, tal y como pretendía originariamente la Comisión, habría exigido la configuración de un Derecho de daños especial para los derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia. Al limitarse el texto finalmente aprobado a facilitar el resarcimiento de las víctimas, especialmente de los cárteles ya sancionados administrativamente, resultará potenciada la función indemnizatoria atribuida a las normas sobre responsabilidad civil, pero solo indirectamente —como «subproducto» de aquella, al agravar las consecuencias patrimoniales para los infractores— su función preventiva. Si bien el propio autor reconoce que, aunque ello pone duda la propia justificación de su aprobación, resulta coherente con los principios de nuestro ordenamiento interno, en el que la función preventivo-punitiva de las conductas potencialmente dañosas es atribuida al Derecho penal o al Derecho administrativo sancionador —DIEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 44—.

²¹ Muy crítico con el efecto disuasorio del modelo de aplicación pública actual, RUIZ PERIS, J. I., *Tiempos de cambio...*, *op. cit.*, pág. 17, quién afirma, tras una breve exposición de sus principales problemas, que en estas condiciones resulta irreal afirmar que el sistema de aplicación pública de las normas de competencia en Europa y en España cumple su función disuasoria al impedir que el infractor se beneficie de su conducta ilícita o resulta insuficiente.

²² Hasta el punto que, en ocasiones, en grandes ilícitos el importe a pagar por daños por algunas empresas puede llegar ser significativamente superior al importe a pagar en concepto de multa.

con un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria y con unos plazos para el ejercicio de la acción —prescripción— relativamente largos, como medidas de tuición de una parte —las víctimas perjudicadas por el ilícito— que no pasaran desapercibidas para los potenciales infractores. Ahora bien, para conseguir este correcto funcionamiento, y ese componente disuasorio, el papel del legislador y de los jueces resulta fundamental. El riesgo de estar expuesto a reclamaciones de daños y perjuicios por los efectos del ilícito en un sistema eficaz de aplicación privada de la Competencia puede tener, por tanto, un nada desdeñable componente disuasorio del ilícito.

II. EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD: LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE CUALQUIER PERJUDICADO Y LA LEGITIMACIÓN PASIVA DEL INFRACTOR

El artículo 3 de la Directiva 2014/104/UE es claro cuando establece que los Estados miembros velarán por que «cualquier persona» física o jurídica «que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia» pueda reclamar y obtener el «pleno resarcimiento» de dicho perjuicio. El pleno resarcimiento deberá devolver a toda persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses²³.

1. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

Así configurado, el derecho a resarcimiento se reconoce —legitimación activa— a cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia 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.

El amplísimo término utilizado por Directiva, tanto en el artículo 1 como en el artículo 3, «cualquier persona»²⁴ que haya sufrido un perjuicio ocasio-

²³ Artículo 3 de la Directiva 2014/104/UE. Que viene a confirmar el acervo europeo establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos *Courage* y *Manfredi*. Cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia puede solicitar resarcimiento por el daño emergente (*damnum emergens*), el lucro cesante (pérdida de beneficios o *lucrum cessans*), más los intereses, con independencia de si en las normas nacionales estas categorías se definen por separado o conjuntamente. El pago de intereses se configura, como ya había dicho la jurisprudencia europea, como un elemento esencial del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos. Exigiéndose desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización. Ello sin perjuicio de que en el Derecho nacional esos intereses se califiquen de intereses compensatorios o de demora. Y de que se tenga en cuenta el transcurso del tiempo como categoría independiente (interés) o como parte constitutiva de la pérdida experimentada o de la pérdida de beneficios. Por ello, y siendo completamente positivo el reconocimiento expreso del derecho a ser resarcido con los intereses, la ausencia de una unificación respecto del tipo de interés a abonar, nos lleva a la conclusión de que este será un elemento que contribuirá al *forum shopping* en aquellos ilícitos *antitrust* en los que los daños se manifiestan en varios Estados miembros. A estos efectos resulta interesante la consulta del *EUI Working Paper LAW 2016/11*, titulado «*EU law and interest on damages for infringements of competition law – A comparative report*», editado por Giorgio Monti y disponible *on-line*.

²⁴ Término ya utilizado por el Tribunal de Justicia en el caso *Courage*, punto 26.

nado por una infracción del Derecho de la competencia, tiene una primera consecuencia muy relevante, que no por obvia no debe resaltarse. Y es que el concepto «cualquier persona» adquiere la condición noción de Derecho europeo que solo el Tribunal de Justicia está cualificado para interpretar en última instancia.

Por su parte, de una lectura conjunta de los artículos 1, 2 —puntos 2, 6, 23 y 24—, 3, 11 —apartados 2 y sobre todo 4, letra b)—, 14 y 15, se concluye que tienen legitimación activa no solo los compradores «directos» e «indirectos» de los infractores²⁵, sino cualquier otra «parte perjudicada». Esto es «la persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia».

En este contexto cobra especial importancia la doctrina del Tribunal de Justicia respecto del «*umbrella pricing*» o «efecto paraguas», establecida en Sentencia de 5 de junio de 2014, asunto C-557/12, caso *Kone*²⁶. En virtud de la cual, 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 cártel²⁷. Concluye el TJUE que «corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se satisfacen estas condiciones» —apartado 34—.

Por ello es especialmente relevante el Considerando 11 de la Directiva en el que se afirma que todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, incluidas las relativas a aspectos no abordados en la Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y los daños y perjuicios, han de observar los principios de efectividad y

²⁵ Según el artículo 2 de la Directiva, por «comprador directo» se entiende una persona física o jurídica que haya adquirido directamente de un infractor productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia. Por su parte, «comprador indirecto» es una persona física o jurídica que haya adquirido no directamente del infractor sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia, o productos o servicios que los contengan o se deriven de ellos.

²⁶ Para un completo análisis, por todos, OLMEDO PERALTA, E., «Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel («*umbrella pricing*»): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la competencia», *La Ley Mercantil*, núm. 7, 2014.

²⁷ Ahora bien, como ha puesto de manifiesto ROBLES MARTÍN-LABORDA en el trabajo «El carácter expansivo del daño causado por los cárteles y el juego de las presunciones (II): el efecto paraguas» —disponible *online*—: La intensidad del «efecto paraguas», sin embargo, puede variar dependiendo de factores como el tipo de competencia existente en el mercado (basada en la cantidad o en el precio, en cuyo caso dependerá del tamaño del mercado afectado por el cártel), el grado de homogeneidad del producto (mayor en el caso del azúcar o el papel —en el que, si no hay restricciones de la capacidad productiva, será igual que el del cártel— que en el de los concesionarios de automóviles, puesto el grado de sustituibilidad es mayor) el poder de mercado del vendedor (mayor si se limita a seguir el precio de mercado que si tiene capacidad para influir en el precio), o de la competencia existente en el mercado descendente de los compradores directos (mayor cuanto menor sea el poder de compra de estos). Motivo por el que concluye que la presunción establecida en el artículo 17.2 de la Directiva 2014/104/UE —«las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios»— probablemente no alcanza al efecto paraguas, al que —a diferencia de los compradores indirectos— aquella no se refiere expresamente. Corresponde al comprador del competidor de los cartelistas perjudicado por estos demostrar la existencia y la cuantía de estos daños causados por cártel.

equivalencia²⁸. 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 Directiva²⁹.

Por su parte, en el marco de las relaciones verticales, el concepto «cualquier persona» incluye al «comprador-distribuidor» al que se incorporan en su contrato cláusulas contrarias al Derecho de la competencia. Como estableció el TJUE en el caso *Courage* —punto 33—, incumbe al órgano jurisdiccional nacional examinar si la parte que alega haber sufrido un perjuicio, en razón de la celebración de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición. Si la conclusión es afirmativa, procede el derecho a ser indemnizado aun cuando es parte del contrato que incorpora la restricción de la competencia.

2. LA LEGITIMACIÓN PASIVA

En relación con la legitimación pasiva, y aunque no lo recoge expresamente la Directiva 2014/104/UE, de la lectura conjunta de la Directiva se concluye que solo pueden ser «responsables» de los daños causados por ilícito *antitrust* los calificados jurídicamente como «infractor» en resolución firme de una autoridad de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente. Lo que según el artículo 2.2 de la Directiva 2014/104/UE será «la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia». En efecto, aunque no se prevé expresamente, todo el sistema de responsabilidad por daños configurado en la Directiva se cimenta sobre la regla de que son responsables los infractores.

En este sentido resulta mucho más clara y completa la Propuesta de Ley, en cuya redacción de un nuevo artículo 71.1 LDC establece expresamente que: «Los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados»³⁰. Sobre esta redacción de la Propuesta se ha afirmado que el

²⁸ Sobre el polémico y complejo requisito de «causalidad», proclamado por el Tribunal de Justicia en el caso *Manfredi*, apartado 64, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *La función normativa...*, *op. cit.*, págs. 118 y 119.

²⁹ Como establece expresamente el artículo de la Directiva, de acuerdo con el principio de equivalencia, las normas y procedimientos nacionales relativos a las acciones por daños se conciben y aplican de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del Derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios, ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia. Por su parte, de acuerdo con el principio de equivalencia, las normas y procedimientos nacionales relativos a las acciones por daños derivados de infracciones de los artículos 101 o 102 del TFUE no serán menos favorables a las presuntas partes perjudicadas que los que regulan las acciones nacionales similares por daños causados por infracciones de la normativa nacional.

³⁰ Sobre las consecuencias de esta redacción, en especial, en lo que supone de dotar de autonomía a las conductas desleales que falsean la competencia afectando al interés público —art. 3 LDC—, RUIZ PERIS, J. I.,

«precepto parece introducir una responsabilidad objetiva para demandas de daños basadas en infracciones del Derecho de la competencia»; añadiendo que «la Directiva no obliga a ello (*vid.* el Considerando 11), y, además, la responsabilidad objetiva es una figura muy excepcional que se justifica para actividades peligrosas (por ejemplo, centrales nucleares), por lo que no parece que esté justificada para este tipo de demandas»; concluyendo que «a fin de evitar cualquier equívoco debería añadirse en el artículo 71.1 PL que solo serán responsables de resarcir el perjuicio causado aquellos que hayan cometido una infracción intencionada o negligente o, en su defecto, la norma puede, alternativamente, remitirse al artículo 1.902 CC»³¹.

Esta posición no puede compartirse. Es cierto que la culpa no está regulada en la Directiva, y que hay que estar al Considerando 11 de la Directiva. Pero también lo es que no estamos en presencia de una responsabilidad objetiva. Como ha señalado la doctrina, por responsabilidad objetiva se debe entender la que se imputa al sujeto agente a título distinto de la culpa o del riesgo o, si se prefiere, abstracción hecha de la culpa del agente o del riesgo provocado. La responsabilidad prevista en el precepto es una responsabilidad por culpa. Requiere de la previa declaración del responsable como «infractor» del Derecho de la competencia —con independencia de que se haga en el marco de una *follow-on action*, o de que lo haga directamente un órgano jurisdiccional en un único procedimiento en el marco de una *stand-alone action*—. Sin declaración de infractor no hay responsabilidad. Y desde una perspectiva jurídico privada, con independencia de las medidas que se adopten en la aplicación pública, parece que la infracción del Derecho de la competencia conlleva una actuación anti-jurídica y/o culposa o, al menos, negligente en el sentido del artículo 1.902 CC.

Tras la declaración de responsabilidad del infractor, la Propuesta de Ley recoge una importante regla de imputación en el artículo 71.2³²: «A efectos de este título, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas». El precepto, que es una reproducción literal del artículo 61.2 LDC —aplicación pública en sede de sanciones—, imputa responsabilidad civil «a quién controla» por los daños causados por un ilícito *antitrust* imputables «a los controlados».

Tiempos de cambio..., *op. cit.*, págs. 29 y 30; quien recuerda que en nuestro ordenamiento dichas conductas no son menos infracciones del Derecho de la competencia que los cárteles o los abusos de posición de dominio, por lo que resulta plenamente razonable que tengan el mismo tratamiento. Posición que recoge la Exposición de Motivos Propuesta de Ley y que suscribimos por completo. Estamos, por tanto, ante un ilícito propio, que genera sus daños y que requiere de una acción específica. Distinta de la acción de daños *ex* artículo 32 LDC, que en algunos casos pueden haber prescrito *ex* artículo 35 LC —tres años desde el cese de la conducta—, cuando la resolución administrativa o judicial declare el ilícito *antitrust*. Por su parte, en este punto conviene señalar, que la posición adoptada por el pre-legislador español de unificar bajo un mismo régimen jurídico las acciones por infracción del Derecho de la Competencia Europeo y nacional —posición mayoritaria en los Estados miembro que han transpuesto la Directiva—, no es la única existente. Así, Países Bajos ha optado por no extender el régimen jurídico previsto en la Directiva para la infracción del Derecho Europeo de la Competencia a la infracción del Derecho *antitrust* nacional. Una de las probables causas de esta opción radique en que Países Bajos permite en su Derecho nacional los famosos daños punitivos, expresamente prohibidos en el marco de la normativa europea. Con esta técnica legislativa, en Países Bajos podrá coexistir un sistema de indemnización por infracción del Derecho de la competencia comunitario sin daños punitivos, con un sistema de infracción de norma nacional con daños punitivos.

³¹ Observaciones de la Asociación Española de Defensa de la Competencia —AEDC— sobre la transposición de la Directiva 2014/104/UE, disponibles *on-line*.

³² Sobre el mismo, *vid.*, RUIZ PERIS, J. I., *Tiempos de cambio...*, *op. cit.*, págs. 30 a 32, quién califica el precepto como «valiente» y ofrece una disertación sobre el concepto de control a estos efectos.