

## A protección dos cidadáns fronte aos danos causados por infraccións á libre competencia

### La protección de los ciudadanos frente a los daños causados por infracciones a la libre competencia

### The protection of citizens against damage caused by infringements of free competition



MATI DE LOS ÁNGELES HERNÁNDEZ ALFARO

Doctora, profesora de Derecho Mercantil  
mati.hernandez@gmail.com

Recibido: 13/11/2017 | 12/06/2018

**Resumo:** Este traballo fai unha aproximación ás principais novidades introducidas no ordenamento español polo Real decreto lei 9/2017, polo que se traspón en España a Directiva de danos por infraccións á libre competencia. A transposición da Directiva de danos ten por obxecto facilitarles aos particulares un mecanismo efectivo para reclamar fronte ás empresas polos danos que directa ou indirectamente puidesen sufrir como resultado dos comportamentos anticompetitivos desenvolvidos por aquelas. Asemade, o traballo analiza os aspectos problemáticos do exercicio da acción privada no dereito da competencia e a súa convivencia coa acción pública que corresponde ás autoridades de competencia.

**Palabras clave:** Defensa da competencia, libre competencia, interese público, interese privado, danos, resarcimento de danos.

**Resumen:** Este trabajo hace una aproximación a las principales novedades introducidas en el ordenamiento español por el Real decreto ley 9/2017, por el que se transpone en España la Directiva de daños por infracciones a la libre competencia. La transposición de la Directiva de daños tiene por objeto facilitar a los particulares un mecanismo efectivo para reclamar frente a las empresas por los daños que directa o indirectamente pudieran sufrir como resultado de los comportamientos anticompetitivos desarrollados por aquellas. Al mismo tiempo, el trabajo analiza los aspectos problemáticos del ejercicio de la acción privada en el derecho de la competencia y su convivencia con la acción pública que corresponde a las autoridades de competencia.

**Palabras clave:** Defensa de la competencia, libre competencia, interés público, interés privado, daños, resarcimiento de daños.

**Abstract:** This document analyses the main developments introduced into the Spanish legal system by RD Law 9/2017, which transposes EU Directive 2014/104/EU on actions for damages for competition law infringements. The transposition of the Directive 2014/104/EU has the purpose of facilitating the instruments for the citizens to make claims to companies for direct or indirect damages caused by their

anticompetitive behaviour. At the same time, the work analyses the problematic aspects of the exercise of private action in competition law and its coexistence with the public action, which corresponds to the competition authorities.

**Key words:** Protection of competition, free competition, public enforcement, private enforcement, damages, compensation for damages.

**Sumario:** 1 Introducción. Algunas consideraciones preliminares en torno a la aplicación privada del derecho de la competencia. 2 La regulación española de la protección del interés individual frente a las infracciones de la libre competencia. 2.1 El derecho al pleno resarcimiento de los daños. 2.2 El derecho al pleno resarcimiento de los daños y la carga de la prueba. 2.3 Régimen de responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores. 2.3.1 Principio general. 2.3.2 Excepciones al principio de solidaridad de los infractores. 2.3.2.1 Excepción a las pymes. 2.3.2.2 Excepción para solicitantes del programa de clemencia a los que se les haya concedido la inmunidad. 2.4 El ejercicio de la acción de resarcimiento de daños por infracción del derecho de la competencia. 3 Reflexión final. 4. Bibliografía.

## 1 INTRODUCCIÓN. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES EN TORNO A LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las prácticas contrarias a la libre competencia, entre las que se encuentran las conductas colu-sorias<sup>1</sup> y los abusos de posición dominante<sup>2</sup>, son actos prohibidos que realizan algunas empresas en el desarrollo de su actividad en el mercado, y son susceptibles de causar perjuicios en dos niveles: por un lado, los comportamientos descritos en la Ley de defensa de la competencia<sup>3</sup> (en adelante, LDC) lesionan el interés general *public enforcement*, que persigue la existencia de una competencia efectiva entre las empresas y que constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado en correspondencia con lo establecido en el artículo 38 de la Constitución española (en adelante, CE)<sup>4</sup> y; por otro lado, las conductas infractoras a la libre competencia pueden causar daños patrimoniales al interés privado de los ciudadanos, *private enforcement*, que actúan como consumidores en el mercado, o al de otras empresas competidoras<sup>5</sup>.

Es decir, que se debe partir de la existencia de un fin esencial que es defender y proteger la competencia en los mercados. Este propósito se consigue a través de la plena coordinación de la aplicación pública –régimen sancionador administrativo– y de la aplicación privada –régimen de responsabilidad civil–. Por ello, las bases del control y la defensa de la competencia son coincidentes y deben estar orientadas a minimizar los efectos de los comportamientos anticompetitivos de las empresas en los mercados<sup>6</sup>.

A pesar de ello, tradicionalmente la aplicación privada, *private enforcement*, de las normas del derecho de la competencia ha sido relegada a un segundo plano, esto debido a que tanto el legislador europeo como el nacional han desarrollado un sistema de tutela que ha priorizado la aplicación pública del derecho de la competencia por parte de los órganos de la Administración<sup>7</sup> a través de los correspondientes procedimientos administrativos sancionadores, los cuales están orientados principalmente a la imposición de multas a las empresas infractoras<sup>8</sup>.

Sin embargo, esta orientación mayoritariamente administrativa sancionadora del derecho de la competencia (europeo y nacional) no constituye la negación de la existencia de un derecho privado de los particulares –consumidores y empresas– para ejercitar acciones que les permitan obtener el resarcimiento de los daños causados como consecuencia de las prácticas anticompetitivas.

A pesar de que la tutela del derecho privado no haya recibido atención específica en el ordenamiento jurídico del derecho de la competencia, se ha ido desarrollando al margen de este

un sistema de protección de los intereses particulares en esta materia a partir de las categorías generales de la responsabilidad civil. En este sentido, el resguardo al interés privado frente a las conductas infractoras a la libre competencia ha tenido especial acogida en el ámbito procesal, debido a que a nivel comunitario europeo se ha reconocido en sentido amplio –en cuanto a su alcance y legitimación– un derecho a la indemnización de los particulares frente a las conductas infractoras.

De este modo se puso de manifiesto en la Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd. v. Crehan*, C-436/1999, y en la Sentencia de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, en las que el TJUE afirmó la aplicabilidad directa de los artículos 101 y 102 TFUE y la posibilidad de reclamar su infracción ante los tribunales europeos, con la reclamación de daños correspondiente. En concreto, el TJUE reconoció que el derecho a reclamar daños derivados de conductas contrarias a la competencia sirve para fortalecer la aplicación de las normas comunitarias de competencia, disuadir de la realización de tales prácticas, además de contribuir al mantenimiento de la competencia efectiva en la Unión Europea.

Así pues, la jurisprudencia del TJUE fue admitiendo progresivamente que el contenido de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)<sup>9</sup> producía efectos directos en las relaciones entre particulares, y generaban derechos y obligaciones que estos particulares podían hacer valer frente a los órganos jurisdiccionales nacionales. Por tanto, de acuerdo con lo anterior, se reconoció a los órganos jurisdiccionales nacionales una función esencial en la aplicación privada de las normas sobre competencia, puesto que al pronunciarse sobre litigios entre particulares garantizan los derechos subjetivos que emanan del Derecho de la Unión, mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a las víctimas de infracciones.

Así las cosas, el TJUE admite que la plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE exigen que cualquier persona pueda reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones, con independencia de que previamente hubiese existido o no una relación contractual directa entre el afectado y empresa infractora, o que se constatare la comisión de una infracción por parte de una autoridad de la competencia<sup>10</sup>. Asimismo, el derecho a resarcimiento contemplado en el Derecho de la Unión debe aplicarse igualmente a las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE cometidas por empresas públicas y empresas titulares de derechos especiales o exclusivos de los Estados miembros a tenor del artículo 106 del TFUE.

En correspondencia con los pronunciamientos del TJUE, el *Libro verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, publicado por la Comisión Europea en diciembre de 2005<sup>11</sup>, eliminó el monopolio de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del art. 101 en virtud del Reglamento CE núm. 1/2003<sup>12</sup>. Esta idea se vio reforzada con la posterior publicación en el *Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, de 2008<sup>13</sup>.

Como consecuencia de la remisión de la protección del interés privado a los ordenamientos nacionales, se produjo como efecto que los tribunales nacionales de los distintos Estados miembros de la Unión Europea ofreciesen soluciones dispares frente a las acciones de reclamación por daños<sup>14</sup>. Esta problemática centró el interés de la Comisión, preocupada en evitar que la falta de regulación uniforme en materia de ejercicio privado del derecho de la competencia pudiese tener como efecto la búsqueda de la legislación más favorable para el ejercicio de las acciones y que, al mismo tiempo, pudiera acabar perjudicando el desarrollo del programa comunitario y de los programas nacionales de clemencia<sup>15</sup>.

Todo lo anterior desembocó en la aprobación de la Directiva 2014/104/UE<sup>16</sup>, 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 (en adelante, Directiva de daños)<sup>17</sup>. La directiva pretende armonizar las legislaciones nacionales en materia de reclamación de daños mediante la codificación del acervo comunitario, para lo cual establece determinadas normas necesarias para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación<sup>18</sup>.

No obstante, la directiva se ha preocupado también de asegurar mantener el delicado equilibrio entre la efectividad del *private enforcement* y la continuidad del éxito de los programas de clemencia en la lucha contra las conductas colusorias de las empresas o cárteles. Los programas de clemencia y los procedimientos de transacción son considerados por la directiva como instrumentos importantes para la aplicación pública del derecho de la competencia de la Unión, ya que contribuyen a la detección, la persecución eficiente y la imposición de sanciones de las infracciones más graves del derecho de la competencia.

En consecuencia, aunque la directiva reconoce que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden pedir en cualquier momento, en el contexto de una acción por daños, la exhibición de las pruebas preexistentes con independencia de las actuaciones de una autoridad de la competencia, excluye de la exhibición de pruebas a los documentos autoincriminatorios facilitados por las empresas, que se presentan sólo a efectos de cooperar con las autoridades de la competencia. Dicha limitación persigue evitar que las empresas se vean disuadidas de cooperar con las autoridades de la competencia en el marco de programas de clemencia y procedimientos de transacción<sup>19</sup>.

De este modo, la directiva fija una protección absoluta de confidencialidad sobre los documentos del programa de clemencia, que impide que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar la exhibición a una parte o a un tercero de las declaraciones corporativas en el marco de un programa de clemencia y de las solicitudes de transacción, lo que ha generado dudas respecto a que el auténtico interés de la directiva recaiga en incentivar la aplicación privada del derecho de la competencia en Europa, puesto que parece más bien un intento de proteger la acción pública, *public enforcement*, y, más concretamente, la protección efectiva de los programas de clemencia<sup>20</sup>.

La directiva tenía como fecha límite para su transposición el 27 de diciembre de 2016; no obstante, en España la transposición de la Directiva de daños se aprobó fuera de plazo<sup>21</sup>, el pasado 26 de mayo de 2017, mediante el Real decreto ley 9/2017, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores<sup>22</sup>. Entre las directivas transpuestas por el Real decreto ley 9/2017 se encuentra la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014; con dicha transposición se incorporan las normas de carácter sustantivo de la directiva en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC)<sup>23</sup>, mientras que las referentes a cuestiones procesales se añaden en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC)<sup>24</sup>. Por último, en lo que respecta a las definiciones recogidas en la directiva, el Real decreto ley 9/2017 opta por modificar y ampliar la disposición adicional cuarta de la LDC.

Para tener una visión global de esta nueva legislación, resulta necesario analizar su confluencia con el objetivo de avanzar en el efecto disuasorio frente a las conductas infractoras, mediante la

acción pública y la acción privada en el derecho de la competencia. Para ello deben plantearse los aspectos más problemáticos de esta nueva normativa y los cambios que acarrea su incorporación en el ordenamiento jurídico español.

## **2 LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS INDIVIDUAL FRENTE A LAS INFRACCIONES DE LA LIBRE COMPETENCIA**

### **2.1 El derecho al pleno resarcimiento de los daños**

Como hemos adelantado, con la transposición de la Directiva de daños al Derecho nacional, a través del Real decreto ley 9/2017, se incorporan a la LDC once nuevos artículos (arts. 71 a 81), en el nuevo título VI, los cuales regulan la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia. Además, se ha modificado la disposición adicional cuarta de la LDC con el fin de aclarar las definiciones de las conductas prohibidas a los efectos de interpretar el contenido del título VI; la enumeración de definiciones incluidas en esta disposición tiene carácter ejemplificativo; por tanto, no se considera una lista exhaustiva<sup>25</sup>.

En lo que respecta a la nueva regulación del derecho a resarcimiento por daños, el artículo 71 LDC considera como infracción del derecho de la competencia toda infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE y a los artículos 1 o 2 LDC realizada por las empresas en el mercado –conductas colusorias, abuso de posición dominante–. En consecuencia, se reconoce a cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del derecho de la competencia, el derecho a reclamar al infractor y a obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria (art. 72.1 LDC).

De acuerdo con el contenido de la LDC, el pleno resarcimiento debe consistir en devolver a la persona afectada a la misma situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del derecho de la competencia<sup>26</sup>. Por tanto, se reconoce que el derecho a obtener un resarcimiento comprende el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses (art. 72.3 LDC). *A contrario sensu*, el pleno resarcimiento no supone una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo.

Por tanto, lo que se reconoce como derecho a resarcimiento es en realidad el mínimo indemnizable, es decir, que no se prevé la posibilidad de otorgar indemnizaciones de carácter disuasorio o punitivo. Todo ello a pesar de que en el Libro verde ya se planteó la conveniencia de doblar los daños en los casos de cárteles o, al menos, de definir los daños en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor<sup>27</sup>.

La razón por la que en la LDC no se recoge una protección más amplia del derecho de resarcimiento tiene su origen en que el establecimiento de la absorción de las ganancias o de daños punitivos fue expresamente rechazado por el Parlamento Europeo<sup>28</sup>, que en relación con el contenido del Libro verde sostuvo que: *“la indemnización que se reconozca al demandante debería tener carácter compensatorio y no debería exceder los daños (damnum emergens) y los perjuicios (lucrum cessans) efectivamente sufridos, para evitar el enriquecimiento injusto”*. Por tanto, se eliminó la posibilidad de incluir indemnizaciones de carácter disuasorio, las cuales ya no aparecieron contempladas en el Libro blanco, que se limitó a señalar que una indemnización plena no debía conducir a un exceso de resarcimiento, sino que el derecho al pleno resarcimiento reconocido al perjudicado debía incluir únicamente la indemnización del daño emergente, el lucro cesante y el pago de intereses (art. 2.1)<sup>29</sup>.

En definitiva, el derecho a resarcimiento que reconoce la LDC a los particulares frente a conductas infractoras de la libre competencia resulta limitado, en especial si lo comparamos con la regulación nacional de otros regímenes especiales que prevén la absorción de las ganancias ilícitamente obtenidas por el causante del daño. Tal es el caso de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas<sup>30</sup>; artículo 74 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes<sup>31</sup>; y el artículo 140 del Real decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia<sup>32</sup>.

Si bien, es cierto, en los supuestos mencionados anteriormente, la función disuasoria o punitiva tiene una mayor justificación que en el caso de los daños que han sido causados por infracciones del derecho de la competencia ya que, a diferencia de lo que sucede con este, en el derecho de marcas, de patentes y de propiedad intelectual las normas no cuentan con un mecanismo de aplicación pública de la defensa del derecho, es decir, que no existe un organismo público que actúe de oficio para perseguir y sancionar conductas infractoras. Además, no hay que perder de vista que los beneficios obtenidos por el infractor no forman parte del daño, sino que constituyen un enriquecimiento injusto, de ahí que respecto a los derechos de propiedad industrial e intelectual ambas acciones se regulen de forma separada, limitando la acción de enriquecimiento injusto a los casos en los que el acto o práctica lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido.

Otro aspecto relevante a destacar respecto a la regulación en la LDC del derecho al pleno resarcimiento es que en ésta no se hace mención sobre el cálculo de los intereses, pese a que la directiva establece claramente que son un elemento esencial del resarcimiento y que deben exigirse: *“El pago de intereses es un elemento esencial del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, y debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización, 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. Corresponde a los Estados miembros establecer las normas que deban aplicarse a tal efecto”*. Al contrario, si se recurriese a la norma general establecida en el artículo 1100 del Código Civil<sup>33</sup> (en adelante, CC), los intereses exigibles por el afectado por el daño solamente se podrían computar desde el momento en el que se exija judicialmente la compensación.

## **2.2 El derecho al pleno resarcimiento de los daños y la carga de la prueba**

La carga de la prueba del daño, así como su cuantificación, corresponde a la parte que alegue haberlo sufrido. Es decir, que la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos recae sobre el demandante legitimado, que conforme a lo dispuesto en el artículo 72 LDC es cualquier persona –física o jurídica– que haya sufrido un perjuicio.

Para las infracciones cometidas por cárteles –conducta colusoria– se establece una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario (art. 76 LDC). En el caso de los perjudicados indirectos por esas prácticas de cártel, se presume también, *iuris tantum*, que se les ha repercutido el sobrecoste por parte de sus proveedores que resultan ser perjudicados directos, siempre que se pueda acreditar la existencia de la infracción y del sobrecoste, y que realizaron compras a los perjudicados directos (art. 79.2 LDC).

Es decir, que el reclamante está en la obligación de demostrar la existencia de una relación directa o indirecta con el infractor y que, además, como consecuencia de la conducta infractora, ha sufrido un daño en la situación que tenía antes de la misma. En el caso de que hubiese existido una relación directa, para probar la relación directa con el infractor será suficiente con aportar la prueba de las relaciones comerciales mantenidas con este (v. gr. contratos). En lo que respecta a los perjudicados indirectos, como puede ser el caso de los consumidores u otros distribuidores, será necesario probar la existencia de esa relación indirecta a través de la cual se ha podido ver perjudicado por la conducta infractora.

Una vez determinada esa relación, para que quede probada la existencia de un daño, tanto compradores directos como indirectos deben acreditar que la situación que tenían tras el cártel era peor que la anterior al mismo, alegando cualquier cambio en las condiciones contractuales que ofrecían los cartelistas.

En lo que respecta a la cuantificación del daño, cuando no fuese posible estimarlo o resultase excesivamente difícil en base a las pruebas disponibles, los órganos jurisdiccionales tendrán la facultad de tasarlo, para lo cual podrán solicitar a la CNMC información sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones.

Cabe destacar que la cuantificación del daño es una de las principales dificultades para la reclamación del resarcimiento por infracciones al derecho de la competencia, que resulta especialmente difícil en los casos en los que se trate de conductas ilícitas secretas, como son los cárteles entre competidores. Al respecto las modificaciones a la LEC contemplan la inclusión de un nuevo incidente de exhibición de pruebas para poder sustentar la demanda, tal y como se recoge en el artículo 283 *bis* i) de la LEC, que permite solicitar ante el tribunal la exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia.

Así pues, la normativa atenúa la obligación del demandante respecto a la prueba de la existencia de una conducta ilícita, no obstante, resulta necesario que en cualquier caso, el demandante demuestre la existencia de un daño y, al mismo tiempo, el nexo causal entre la infracción y ese daño.

Al mismo tiempo, el legislador ha previsto mecanismos para evitar el abuso de las herramientas para acceder a las fuentes de prueba, de modo que condiciona toda exhibición de pruebas a la proporcionalidad de la petición<sup>34</sup>. Además, como hemos mencionado anteriormente, se establecen límites al acceso a documentos obrantes en los expedientes de las autoridades de competencia, particularmente los que hacen parte de los procedimientos de solicitud de clemencia, en los que la prohibición tiene carácter absoluto y que no serán admisibles hasta que la autoridad de la competencia haya dado por concluido el procedimiento con la adopción de una decisión o de otro modo.

## **2.3 Régimen de responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores**

### **2.3.1 Principio general**

De conformidad con lo dispuesto en el art. 71 LDC, la responsabilidad general deriva de la infracción del derecho de la competencia, entendida como la comisión por parte de una o varias empresas de las conductas prohibidas a las que se refieren los artículos 101 o 102 del TFUE y los artículos 1 o 2 de la LDC. Como explicaremos más adelante, esta responsabilidad se hace extensiva a las empresas o personas que las controlan, salvo en los supuestos en los que su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

Por otro lado, el art. 73.1 LDC contempla que cuando una infracción se haya cometido conjuntamente por varias empresas o por una asociación, unión o agrupación de empresas, la responsabilidad de estas sea solidaria<sup>35</sup>. Por tanto, el perjudicado puede optar por reclamar a todos los infractores o dirigirse solamente contra algunos, aunque en el último supuesto contará con la posibilidad de reclamarles la totalidad del daño. En lo que respecta a la cuantía que corresponde abonar a cada uno de los infractores, la LDC se limita a indicar que la cuantía se determinará “en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado” y no establece los criterios que deben emplearse para determinar ese grado de responsabilidad relativa<sup>36</sup>.

Por su parte, el artículo 73.5 de la LDC sigue el principio general respecto a las acciones de repetición reguladas por el artículo 1145 CC, en virtud del cual el deudor solidario que se hizo cargo del pago puede ejercitar la acción de regreso contra los demás deudores solidarios para reclamarles la parte que corresponda a cada uno de ellos. De acuerdo con lo previsto en el artículo 1964 CC, el infractor que pagó la indemnización tiene un plazo de cinco años para repetir contra el resto de empresas infractoras, a contar desde el momento en el que realizó el pago.

Como hemos adelantado al principio de este apartado, aunque la Directiva de daños no lo establecía, el RDL 9/2017 incluye una importante novedad en el artículo 71 LDC, al reconocer expresamente que la actuación del infractor es imputable a las empresas o personas que lo controlen –empresa matriz–, salvo que su comportamiento económico no venga determinado por ellas. Con esta norma se crea una presunción *iuris tantum* de control que se emplea para imputar a las matrices por los daños causados por sus filiales<sup>37</sup>, y que podría llevar a considerar que la responsabilidad de las empresas que controlen a aquella que hubiere participado en la conducta reprochable tiene carácter automático; sin embargo, al menos, sería necesario probar que la matriz efectivamente controla a la filial imputable. En cualquier caso, el principio de solidaridad en la responsabilidad de la filial pone en entredicho la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo seguida por los tribunales españoles, para atribuir en la vía civil a una sociedad la responsabilidad por las conductas realizadas por otra<sup>38</sup>.

## **2.3.2 Excepciones al principio de solidaridad de los infractores**

### **2.3.2.1 Excepción a las pymes**

Los arts. 73.2 y 73.3 LDC prevén reglas especiales de responsabilidad atenuada en los supuestos en los que los infractores sean pymes que reúnan ciertas condiciones, así como para los solicitantes de clemencia a los que se les haya concedido la exención del pago de la multa.

En lo que respecta a las pymes se prevé que solamente sean responsables ante sus propios compradores (ya sean directos o indirectos). De modo que no tienen que hacer frente a los compradores de los otros infractores, es decir, que se rompe el principio de solidaridad. Esta excepción está justificada en el caso de las pymes, debido al mayor riesgo que supone para una empresa de pequeñas dimensiones asumir el pago de la totalidad del daño causado por la infracción en su conjunto. Para que la excepción opere, conforme a lo dispuesto en el art. 73.2 LDC, la pyme debe cumplir las siguientes condiciones:

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

*b) que la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria previsto en el apartado 1 mermara irremediablemente su viabilidad económica y causara una pérdida de todo el valor de sus activos”.*

No obstante, la LDC excluye la aplicación de la excepción a la pyme infractora cuando sea responsable de haber dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran

en ella, o hubiese sido declarada previamente culpable de una infracción del derecho de la competencia, es decir, en caso de reincidencia. Sin embargo, el texto no aclara si la exclusión de la excepción opera únicamente cuando existe reincidencia e identidad de tipo infractor o se predica de otras conductas.

### **2.3.2.2 Excepción para solicitantes del programa de clemencia a los que se les haya concedido la inmunidad**

El otro supuesto excepcional que excluye la responsabilidad solidaria de las empresas infractoras se refiere a las empresas solicitantes de clemencia, ya que estas deben responder únicamente frente a sus clientes o proveedores (directos o indirectos) y la obligación de resarcimiento sólo tendrá efectos frente a otros terceros perjudicados si estos no han podido ser plenamente resarcidos por el resto de infractores.

De este modo, el legislador pretende evitar el menoscabo de la eficacia y los incentivos que tienen las empresas, que, habiendo participado en un cártel, estén considerando solicitar clemencia a la autoridad al amparo de los artículos 65 y 66 de la LDC.

La solicitud de clemencia y la colaboración con la autoridad de competencia conlleva que las empresas tengan que reconocer su participación en la infracción; a cambio, se les permite obtener una exención del pago de la multa correspondiente o, en su caso, una reducción de su importe. En consecuencia, el infractor que haya solicitado clemencia está más expuesto a las reclamaciones de daños que el resto de empresas que hayan participado en la conducta sancionada.

Es por esta razón que el legislador europeo, y el español en cumplimiento de su obligación de transposición, han introducido dos excepciones a la regla de solidaridad que benefician exclusivamente al solicitante de clemencia al que le ha sido concedida la inmunidad. En estos casos las empresas solamente serán responsables frente a sus clientes directos e indirectos; y, de forma subsidiaria, frente a otros perjudicados únicamente cuando no hayan podido obtener el pleno resarcimiento del daño del resto de empresas implicadas en la infracción.

De este modo el legislador procura que las normas que impulsan las reclamaciones de daños no supongan un obstáculo para los solicitantes de clemencia y, además, incluyen un incentivo adicional al de la exención del pago de la multa y que es la limitación de las posibles reclamaciones por daños a las de sus compradores, directos o indirectos. Sin embargo, cabe precisar que la excepción sólo favorece a las empresas que hayan recibido beneficio de la inmunidad en el procedimiento de clemencia, quedando fuera aquellas empresas que también solicitaron clemencia en el marco de la investigación, pero que solamente obtuvieron una reducción del importe de la multa.

## **2.4 El ejercicio de la acción de resarcimiento de daños por infracción del derecho de la competencia**

Uno de los cambios más significativos que se introducen al ordenamiento español como consecuencia de la transposición de la Directiva de daños es lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción de resarcimiento, puesto que se amplía el plazo de 1 año establecido en el artículo 1968 CC –aplicable a las acciones de reclamación de daños extracontractuales–, a 5 años, que corresponde al plazo previsto para reclamación de responsabilidad contractual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1964.2 CC<sup>39</sup>. Esta disposición plantea la duda respecto a las acciones que no hubieran prescrito en el momento de la entrada en vigor de la transposición de la directiva.

Por otro lado, el artículo 77 de la LDC prevé determinados mecanismos que promueven las soluciones extrajudiciales de las disputas relativas a las reclamaciones de daños, garantizando

que quienes acuden a esta vía no se encuentren en una situación menos ventajosa de la que tendrían si hubiesen emprendido la acción judicial. Para ello, se establece la reducción del derecho de resarcimiento de la parte perjudicada que hubiese alcanzado una solución extrajudicial en la proporción de la responsabilidad que tuviera el infractor con el que llegó a tal solución. También se prevé una prohibición de repetición por parte del resto de los infractores contra el que alcanzó un acuerdo extrajudicial, en relación con la indemnización restante del perjudicado con el que alcanzó el acuerdo de solución extrajudicial.

Además, el artículo 77 prevé como excepción que, salvo pacto en contrario, el perjudicado pueda reclamar con carácter subsidiario contra el infractor con el que alcanzó la solución la indemnización que no pudieran pagar los restantes infractores. Asimismo, se aplica una atenuante a los efectos de establecer el importe de la multa en los procesos administrativos sancionadores llevados a cabo por las autoridades de competencia. Y, por último, se establece una excepción a la norma general de la LEC, que permite que las partes que estén negociando una solución extrajudicial al conflicto soliciten al juez que suspenda el procedimiento por un plazo máximo de sesenta días (art. 81 LDC).

### 3 REFLEXIÓN FINAL

Como hemos podido analizar a lo largo de estas páginas, la función preventivo-punitiva que se pretendía atribuir a las normas que regulan la acción privada del derecho de la competencia se ha difuminado a lo largo del procedimiento de tramitación de la Directiva 2014/104/UE, lo que ha impedido el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil específico para los daños por infracciones del derecho de la competencia. En consecuencia, la transposición de la directiva al Derecho nacional se limita a facilitar el resarcimiento de las víctimas, especialmente de los cárteles ya sancionados administrativamente, por lo que resulta potenciada la función indemnizatoria, propia de las normas generales de responsabilidad civil, y sólo indirectamente su función preventiva.

No obstante, la aplicación privada del derecho de la competencia depende de que el régimen de responsabilidad civil facilite el ejercicio de la acción. Los perjudicados por una infracción del derecho de la competencia pueden encontrarse con serias dificultades para aportar indicios sólidos sobre la extensión y cuantificación del daño que le haya podido ocasionar la conducta infractora, en particular en los supuestos de cárteles, por lo que resulta necesario acordar una especialidad en lo que respecta al acceso de la prueba, para lo cual la existencia de procedimientos y resoluciones administrativas previas y el acceso al contenido de las mismas puede contribuir al buen fin de la acción civil, lo que redundaría en una reducción de los costes procesales al no tener que analizarse ni calificarse dos veces los mismos hechos y evitaría, al mismo tiempo, el riesgo de que se dicten resoluciones contradictorias.

### 4 BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Águila-Real, J. 2010. «El abuso de posición dominante», en M. A. Agúndez y J. Martínez-Simancas Sánchez (coords.), *Cuadernos de derecho para ingenieros (Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial)*, vol. 5. Madrid: La Ley, Iberdrola y Colegio de Ingenieros del ICAI.
- Bello Martín-Crespo, M. P. 2005-2006. *Libro verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, tomo 26: 397-416.
- Berenguer Fuster, L. 2012. «Reflexiones en torno al programa de clemencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 28: 11-22.

- Berger, M. 2013. «Prácticas colusorias: imputabilidad del comportamiento infractor de las filiales a sus sociedades matrices y presunción de ejercicio efectivo de una influencia determinante: TJ Sala Primera, S 8 May. 2013», *La Ley Unión Europea*, 7: 15-24.
- Caballol I Angelats, L. 2012. «Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de las normas comunitarias de competencia», en A. Font Ribas y B. Vilà Costa (dirs.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de competencia*. Madrid: Marcial Pons.
- Cachafeiro, F. 2013. «Confidencialidad de los documentos del programa de clemencia», en A. Font Ribas y S. Gómez Trinidad (coords.) *Competencia y acciones de indemnización: actas del Congreso Internacional sobre Daños Derivados de Ilícitos Concurrenciales*. Madrid: Marcial Pons.
- Carrasco Perera, A. 2018. «Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1: 71-84.
- Contreras de la Rosa, I. 2016. «La responsabilidad por daños de la matriz por conductas anticompetitivas de su filial», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 19: 1 y ss.
- De la Vega García, F. L. 2001. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concursal. Resarcimiento del daño causado al competidor*. Madrid: Civitas.
- Escrinhuela Morales, F. J. 2008. «Conductas colusorias en la contratación pública», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 81: 73 y ss.
- Galán Corona, E. 2014. «Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición», en J. A. García-Cruces González (coord.), *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, vol. 1. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Herrero Suárez, C. 2016. «La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la Directiva», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8(1): 150-183.
- Hovenkamp, H. 2011. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. Minnesota: West, St.Paul.
- OCDE, 2015. «Relationship between public and private antitrust enforcement». [\(http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&docLanguage=\(23-09-2017\)](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&docLanguage=(23-09-2017))
- Sopeña Blanco, V. y Martín Martín, G. 2015. «La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 17.
- Suderow, J. 2011. «El acceso a las pruebas en expedientes de la Comisión Europea y los límites establecidos por su programa de clemencia», en L.A. Velasco San Pedro, C. Alonso Ledesma, M. Echebarría Sáenz, C. Herrero Suárez y J. Gutiérrez Gilsanz (dirs.), *La aplicación privada del derecho de la competencia*. Madrid: Lex Nova.
- Vidal Martínez, P. y Arranz Fernández-Bravo, T. 2017. «Aspectos sustantivos de la transposición al infracciones del derecho de la competencia», *La Ley Mercantil*, 38: 4 y ss.
- Villacañas Pérez, D. 2013. «La Propuesta de Directiva de Daños y la experiencia en los tribunales españoles», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, La Ley 11000, 16 de diciembre de 2013.
- Yanes Yanes, P. 2015. «Confidencialidad y clemencia en la Directiva de daños: una aproximación», en M.J. Morillas Jarillo, M. P. Perales Viscasillas y L. J. Porfirio Carpio (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Zurimendi Isla, A. 2017. «La reclamación de los daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenciales», *Revista de derecho mercantil*, 306: 487-544.

## NOTAS

- 1 Artículo 1.1 de la LDC. «Conductas colusorias.1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos». Al respecto puede verse: Galán Corona, 2014: 61-122. Escrinhuela Morales, 2008: 73 y ss.
- 2 Artículo 2.1 de la LDC. «Abuso de posición dominante. 1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de

prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.” Respecto al contenido de la prohibición de abuso de posición dominante véase Alfaro Águila-Real, 2010: 53-68.

- 3 Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.
- 4 BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Art. 38 de la CE: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.
- 5 Herrero Suárez, 2016: 153.
- 6 De la Vega García, 2001: 133 y 134.
- 7 Al respecto puede verse la actividad de la Dirección de la competencia de la Comisión Europea a través del siguiente enlace [http://ec.europa.eu/dgs/competition/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_es.htm); y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en <https://www.cnmcm.es/ambitos-de-actuacion/competencia> (10-11-2017).
- 8 No ocurre lo mismo en la jurisdicción de los Estados Unidos, donde se ha dado preeminencia a la protección de los intereses privados, debido especialmente a las singulares características de su sistema *antitrust*, que favorecen el ejercicio de acciones que permiten al actor reivindicar el resarcimiento de los daños sufridos hasta un triple de su valor más el coste de los honorarios derivados de la acción. Además, el sistema prevé la existencia del recurso colectivo o *class action*, que permite a uno o más demandantes presentar y entablar una demanda en nombre de un grupo más grande, o “clase”, lo cual facilita a los tribunales administrar demandas que de otro modo serían inmanejables si cada miembro de la clase de este tipo de acciones demandase individualmente. *Vid.* Hovenkamp, 2011: 652.
- 9 Versión consolidada 2012/C 326/01, DOUE núm. C 326, de 26 de octubre de 2012. *Vid.* Castro-Villacañas Pérez, 2013: 1 y ss.
- 10 Así se reconoce también en el considerando 13 de la Directiva 2014/104/UE, que establece que: “El derecho a resarcimiento está reconocido para 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 (...)”.
- 11 SECm(2005) 1732 COM (2005) 0672 final, disponible a partir de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52005DC0672> (11-09-2017). Al respecto, véase Bello Martín-Crespo, 2005-2006: 397-416.
- 12 Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE). Disponible a partir de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0001> (12-11-2017). Desde una perspectiva procesal, el Reglamento 1/2003 instauró unas relaciones de cooperación entre la Comisión Europea y los órganos judiciales nacionales; su art. 15 creó la figura del *amicus curiae*, figura que fue recogida posteriormente en el art. 16 de la LDC, y que reconoce la posibilidad de que la CNMC o las autoridades de competencia de las CCAA puedan aportar informaciones o presentar observaciones ante los órganos jurisdiccionales para la interpretación de los arts. 101 y 102 del TFUE y el Derecho nacional. El vehículo para la intervención de estas autoridades en el proceso civil se articula en el art. 15 *bis* LEC. Véase Caballol I Angelats, 2012: 22-32.
- 13 De 2 de abril de 2008, COM (2008) 165 final.
- 14 De este modo queda recogido en el informe de la OCDE, 2015, en el que se expone que en la Unión Europea sólo unas pocas víctimas de una infracción antimonopolio han podido obtener alguna indemnización, y que en el período 2006-2012, menos del 25% de las decisiones de infracción de la Comisión de la UE fueron seguidas por acciones por daño. En general, se presentaron casos en muy pocos Estados miembros, principalmente en el Reino Unido, Alemania y los Países Bajos, mientras que no se notificaron acciones de seguimiento a las decisiones de la Comisión de la UE en 20 de los 28 Estados miembros. En total, se presentaron 52 acciones por daños en ese período, sólo en 7 Estados miembros, mientras que, en 20 de los 28 Estados miembros, la Comisión no tiene conocimiento de ninguna acción de seguimiento de daños y perjuicios basada en una decisión de la Comisión.
- 15 En particular, respecto al ejercicio privado del derecho de la competencia y la confidencialidad de los expedientes del programa de clemencia puede verse: Cachafeiro, 2013: 143 y ss. Berenguer Fuster, 2012: 11 y ss., Suderow, 2011: 535 y ss., Yanes Yanes, 2015: 1140 y ss.
- 16 DOUE núm. L 349/1, de 5 de diciembre de 2014.
- 17 Al mismo tiempo, se publicó la Comunicación sobre cuantificación de daños, relegándose a una mera recomendación la preocupación sobre acciones colectivas como instrumento de fomento de la acción privada. Véase al respecto, 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 (2013/C 167/07), DOUE núm. C 167/19, de 13 de junio de 2013; y la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE), DOUE, núm. L 201/60, de 26 de julio de 2013.
- 18 Véase art. 1 Directiva 2014/104/UE.
- 19 Véanse los considerandos 25-28, art. 6.a) y b) Directiva 2014/104/UE: “Los Estados miembros velarán por que, a efectos de las acciones por daños, los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas: a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, y b) las solicitudes de transacción”.
- 20 Herrero Suárez, 2016: 156. Sopena Blanco y Martín Martín, 2015: 4.
- 21 Las disposiciones incorporadas a la LDC y la LEC entraron en vigor el mismo día de la publicación del RDL 9/2017 en el BOE, esto es el día 27 de mayo; a pesar de que la transposición de la Directiva de daños ha entrado en vigor fuera de plazo, las modificaciones de la LDC no pueden aplicarse con carácter retroactivo. Por su parte, las modificaciones de la LEC únicamente son aplicables a procedimientos incoados con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 9/2017. No obstante, cabe tener en cuenta que la transposición fuera de plazo de una directiva confiere derechos a los particulares, quienes están facultados para trasladar una denuncia a la Comisión Europea, que, en caso de estimarla, debe emitir un dictamen motivado dirigido al Estado infractor. El particular afectado podría recurrir al TJUE en el supuesto

- de que el dictamen de la Comisión no fuese acatado por el Estado, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 258-260 TFUE, sobre el procedimiento de infracción. El 24 de enero de 2017 la Comisión Europea inició un procedimiento formal de infracción contra España por la no transposición de la Directiva de daños. Numero de infracción: 20170081.
- 22 BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017.
- 23 BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.
- 24 BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.
- 25 Entre las definiciones incluidas en este listado se encuentran: “acción por daños”, “programa de clemencia”, “declaración en el marco de un programa de clemencia”, “información preexistente”, “solicitud de transacción”, “sobrecoste”, “comprador directo” y “comprador indirecto”. Cabe destacar que la transposición también ha tenido como efecto la modificación del concepto de “cártel”; ya suprime el requisito de que se trate de una práctica secreta y, además, amplía los supuestos que se subsumen en esta categoría a las prácticas concertadas entre competidores, siempre que tengan por objeto la coordinación entre empresas en lo que respecta a los precios, cantidades, repartos de clientes y mercados y, en general, cualquier medida contraria a la competencia que pueda llevarse a cabo en perjuicio de los competidores.
- 26 Art. 3.2 Directiva 2014/104/UE.
- 27 “Pregunta E: ¿Cómo deberían definirse los daños y perjuicios? Opción 14: Definición de los daños que deben resarcirse en función del perjuicio sufrido por el demandante como consecuencia de la conducta infractora del demandado (daños e intereses compensatorios). Opción 15: Definición de los daños que deben resarcirse en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor (recuperación de beneficio ilegal). Opción 16: Daños y perjuicios dobles en cárteles horizontales. Estas reparaciones podrían ser automáticas, condicionales o a la discreción del tribunal”.
- 28 Resolución del Parlamento Europeo de 25 de abril de 2007, sobre el Libro verde reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (2006/2207(INI)). Disponible a partir de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0152+0+DOC+XML+V0//ES> (23-10-2017).
- 29 De este modo quedó recogido en la directiva, que en su considerando 13 establece que: “Sin perjuicio de la indemnización por la pérdida de oportunidades, un resarcimiento pleno en virtud de la presente directiva no debe conducir a un exceso de resarcimiento, ya sea mediante daños punitivos, múltiples o de otro tipo”. Al respecto, Zurimendi Isla, 2017: 487 y ss. defiende que la finalidad de nuestro sistema de responsabilidad civil debe ser únicamente el resarcimiento pleno del daño, teniendo en cuenta que, además, la función disuasoria puede ser plenamente satisfecha por la aplicación pública y eficaz del derecho de la competencia.
- 30 Cfr. BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2001. Art. 43.1 de la LM “1. La indemnización de daños y perjuicios comprenderá no sólo las pérdidas sufridas, sino también las ganancias dejadas de obtener por el titular del registro de la marca, causa de la violación de su derecho. El titular del registro de marca también podrá exigir la indemnización del perjuicio causado al prestigio de la marca por el infractor, especialmente por una realización defectuosa de los productos ilícitamente marcados o una presentación inadecuada de aquella en el mercado. Asimismo, la cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial”.
- 31 Cfr. BOE núm. 77, de 25 de julio de 2015. Artículo 74 de la LP: “La indemnización de daños y perjuicios debida al titular de la patente comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el titular a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial”.
- 32 BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996. Art. 140. 1 TRLPI: “La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial”.
- 33 Real decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. Gaceta de 25 de julio de 1889.
- 34 Esta disposición obliga al tribunal a valorar tanto el alcance como el coste de la exhibición documental, con ello se evitan las llamadas *“fishing expeditions”* o peticiones genéricas e indiscriminadas de exhibición documental, así como la inclusión de información confidencial en la información cuya exhibición se pida. Además, el solicitante debe justificar que las fuentes de prueba de las que solicita el acceso son necesarias para la resolución del proceso; y que no tiene medios para acceder a las fuentes de prueba en cuestión por sí mismo, sin la intervención judicial. Asimismo, se hace hincapié en la protección de la confidencialidad de la información solicitada, por lo que el órgano judicial debe adoptar medidas para proteger esa confidencialidad, entre las que se encuentran: la celebración de audiencias a puerta cerrada, la utilización de peritos para que elaboren resúmenes de la información confidencial de manera no agregada o la limitación de las personas a las que se permita examinar las pruebas, entre otras.
- 35 Cabe destacar que las reclamaciones entabladas contra uno o varios de los infractores interrumpen la prescripción también frente a los demás deudores solidarios, lo que no debe considerarse un obstáculo para que el demandante se dirija contra los demás con posterioridad hasta que cobre por completo la indemnización correspondiente al daño. El principio de solidaridad también conlleva que el demandado podrá oponer todas las excepciones que le sean propias y, si tuviera que pagar por cuenta de otros infractores, también aquellas que puedan minorar la cantidad que corresponderá a aquellos. Si no lo hiciera, el demandado correría el riesgo de no recuperar la totalidad de la indemnización cuando ejerza la acción de regreso. Véase al respecto Vidal Martínez y Arranz Fernández-Bravo, 2017: 4 y ss.
- 36 Véase al respecto Carrasco Perera, 2018: 71 y ss.
- 37 Cfr. Contreras de la Rosa, 2016: 1 y ss., Berger, 2013: 15-24.
- 38 STS, Sala Primera, núm. 83/2011, de 1 de marzo de 2011, Rec. 1802/2006.
- 39 Art. 194.2 CC: “Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”.