

RETROACTIVIDAD Y APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ACUERDOS COLUSORIOS

Jaume Martí Miravalls*

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación ratione temporis de la Directiva 2014/104/UE y las consecuencias que, en nuestro ordenamiento, conlleva que no resulte de aplicación las principales novedades Directiva a los grandes asuntos ya iniciados en nuestros juzgados –principalmente, cártel de los fabricantes de camiones y de automóviles–.

Palabras clave

Derecho de la competencia, Acuerdos colusorios, Acciones de daños, Retroactividad

Abstract

The purpose of this work is to analyze the jurisprudence of the CJEU on the «ratione temporis» application of Directive 2014/104/EU and the consequences that, in our system, entails that the main novelties of the Directive are not applicable to major cases initiated in our courts.

Keywords

Competition law, Collusive agreements, Damages actions, Retroactivity.

* Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universitat de València. Contacto: jaime.marti@uv.es

SUMARIO: I. Introducción. II. Aproximación a la aplicación privada del Derecho de la Competencia. III. El principio de irretroactividad, la aplicación «*ratione temporis*» de la Directiva 2014/104/UE y el caso Volvo. IV. El régimen aplicable a las acciones de daños no sometidas a la Directiva 2014/104/UE: el «régimen jurídico autosuficiente». V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Según la RAE «retroactividad», en su segunda acepción, significa: «extensión de la aplicación de una norma a hechos y situaciones anteriores a su entrada en vigor o a actos y negocios jurídicos». En este sentido, en una sucesión temporal de leyes, la retroactividad significa la aplicación de la norma jurídica nueva a supuestos de hecho, actos, relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor. Ello, en el ámbito de la aplicación privada del Derecho de la competencia nos sitúa en el artículo 22 de Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea —en adelante la Directiva o Directiva 2014/104/UE, que este año hará su décimo aniversario—; y en la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación «*ratione temporis*» de la Directiva, particularmente la STJUE de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, caso Volvo.

El artículo 22 de la Directiva 2014/104/UE, titulado «Aplicación en el tiempo», establece lo siguiente: «1. Los Estados miembros se asegurarán de que las medidas nacionales adoptadas en virtud del artículo 21 a fin de cumplir con las disposiciones sustantivas de la presente Directiva no se apliquen con efecto retroactivo; 2. Los Estados miembros se asegurarán de que ninguna medida nacional adoptada en virtud del artículo 21, distinta de aquellas a las que se refiere el apartado 1, se aplique a las acciones por daños ejercitadas ante un órgano jurisdiccional nacional antes del 26 de diciembre de 2014»⁽¹⁾.

Pues bien, a ello, particularmente a su aplicación jurisprudencial y a las consecuencias que este principio de irretroactividad sustantiva conlleva en nuestro ordenamiento jurídico, dedicaremos el presente trabajo. Si bien, con carácter general se estima necesario realizar una breve introducción sobre las singularidades que presenta la aplicación privada del Derecho de la competencia.

(1) El artículo 21.1 de la Directiva establecía, bajo la rúbrica «Trasposición», que: «Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva a más tardar el 27 de diciembre de 2016».

II. APROXIMACIÓN A LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como ya hemos indicado en otro lugar⁽²⁾, la historia de la aplicación privada del Derecho de la competencia es, en realidad, la historia de sus sentencias. En particular, la historia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su función en el marco del principio de efectividad del Derecho Europeo. En estos momentos asistimos en Europa a lo que Von Ihering definía como la «lucha por el Derecho». Pocas ramas del ordenamiento jurídico-económico están en un momento donde la célebre expresión del jurista alemán tenga mayor actualidad. Todo se está luchando. Todo se está discutiendo. Y cada sentencia del TJUE supone un avance en los derechos de los perjudicados de una infracción del Derecho de la competencia que solo se consigue en el marco de una intensa y compleja «lucha» ante los tribunales jurisdiccionales.

El Derecho de la Competencia europeo asiste a su propio renacimiento, a su momento más trascendente desde su constitución. La responsabilidad civil por infracción del Derecho de la competencia está irrumpiendo con fuerza en los órganos jurisdiccionales nacionales de toda Europa. Por ello es imprescindible que todos los juristas, y los jueces en especial, comprendan que estamos en presencia de un «Derecho especial de daños» que rasga las vestiduras del Derecho de daños clásico y de corte nacional, por cuanto es Derecho de la competencia. No se trata sólo de resarcir, sino también de disuadir la infracción y proteger al solicitante de clemencia. Esto es algo que hay que interiorizar. Los jueces han de comprender que cuando se enfrentan a estas acciones son jueces de competencia y no jueces de daños. Y ello supone un cambio de paradigma a la hora de afrontar muchos de los problemas que se plantean en el marco de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la competencia.

El Derecho de la competencia presenta una serie de peculiaridades aplicativas que lo hacen distinto de las restantes ramas del ordenamiento jurídico⁽³⁾. El carácter disuasorio del Derecho de la competencia altera por completo algunas de las categorías clásicas del Derecho de daños, en particular las reglas de imputabilidad, prueba y valoración del daño. El amplísimo término «cualquier persona» para la legitimación activa, con la doctrina del efecto paraguas, diluye la causalidad. La doctrina del concepto «empresa» en sede de legitimación pasiva, esto es, en sede de sujeto «responsable», deconstruye la personalidad jurídica tal y como se entiende en Derecho privado clásico. El principio de efectividad del Derecho de la competencia conlleva que normas nacionales de prescripción aplicadas a este ámbito sean declaradas contrarias al TFUE. Y la función de protección del solicitante de clemencia, específica de esta rama del Derecho, tiene como consecuencia que este ostente una posición de privilegio en sede de responsabilidad civil frente al resto de coinfractores, tanto en la vertiente externa como en la interna de la solidaridad.

(2) MARTÍ MIRAVALLS, J., *Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la Competencia*, Tirant, 2022.

(3) ASÍ, RUIZ PERIS, J. I., «Prologo» en *Derecho europeo de la competencia*, Tirant, 2017, p. 16.

Ha de tenerse en cuenta que el Derecho de daños se configura desde la perspectiva del perjudicado, pero el Derecho de la competencia se configura desde la perspectiva del infractor. Y, por tanto, no se trata solo de resarcir, sino también de disuadir y de no perjudicar la aplicación pública mediante la protección del beneficiario de la clemencia. Y ni el Derecho procesal ni las doctrinas nacionales –por ejemplo, sobre la causalidad– pueden –ni deben– instrumentalizarse por los infractores para «desincentivar», en este caso, el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento y, por extensión, afectar al principio de efectividad de la Unión.

En este sentido, la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la competencia, por su configuración jurisprudencial y legal, está llamada a ser el catalizador del carácter disuasorio de las prohibiciones establecidas en los artículos 101 y 102 TFUE. Esta función disuasoria incide directamente en la configuración de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia y lo dota de singularidad propia. Por ello el legislador europeo, y el TJUE en su interpretación, así como la todavía insuficiente jurisprudencia nacional, han delimitado un sistema de responsabilidad civil fundado en un concepto amplísimo de perjudicado y con un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria, como medidas de tuición de las víctimas perjudicadas por el ilícito y como medidas de disuasión de las empresas que operan en el mercado. Esto no es una cuestión menor, pues es un principio que debe marcar cualquier tipo de interpretación de la normativa aplicable.

El riesgo de estar expuesto a reclamaciones de daños y perjuicios en un sistema eficaz de aplicación privada de la competencia tiene, por tanto, un nada desdeñable componente disuasorio del ilícito y constituye un medio efectivo para asegurar el respeto de las normas sobre competencia. Ahora bien, para conseguir este correcto funcionamiento, con ese componente disuasorio, el papel de todos los operadores jurídicos, y en especial el de los jueces nacionales, resulta fundamental. Siempre dentro de los límites del respeto a las garantías y la tutela judicial efectiva, del estudio de la normativa y la jurisprudencia, europea y nacional, el intérprete descubre cómo aflora un principio o regla no escrita: *in dubio pro perjudicado*. En caso de duda, a favor del perjudicado (con el límite del daño punitivo).

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 aplicar⁽⁴⁾. 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 «Sabam». No obstante, el verdadero hito para la aplicación privada de la competencia, en general, y para las acciones de daños y perjuicios en particular, lo representan las Sentencias del

(4) 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. Sobre el sistema de compensación de daños en competencia, por todos, un buen resumen, RUIZ PERIS, J. I., «El sistema europeo de compensación de daños en material de competencia», *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Tirant lo Blanch, 2018, pp 13 y ss; y ALONSO SOTO, R., «La aplicación privada del derecho de la competencia», *Competencia y acciones de indemnización: actas del Congreso Internacional sobre Daños Derivados de Ilícitos Concurrenciales*, Marcial Pons, 2013, pp 123 a 134.

Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, caso *Courage*⁽⁵⁾; y de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, caso *Manfredi*⁽⁶⁾. 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».

Este principio es relevante por cuanto las prácticas restrictivas de la competencia no solo lesionan el interés general, al atentar 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 mercado,

(5) El supuesto de hecho del caso «*Courage*» es relativamente simple. En 1991, el Sr. Crehan celebró con *Inntrepreneur Estates Ltd* dos contratos de arrendamiento por veinte años que incluían una obligación de compra a favor de *Courage*. El arrendatario del establecimiento debía comprar una determinada cantidad mínima de ciertas cervezas e IEL se comprometía a conseguir que los tipos de cerveza especificados fueran suministrados por «*Courage*» al arrendatario a los precios indicados en la lista de precios de esta última. En 1993, «*Courage*» formuló una demanda para que se condenara al Sr. Crehan al pago de una cantidad de 15.266 GBP, correspondientes a los suministros de cerveza que no se habían pagado. Pero el Sr. Crehan manifestó su disconformidad con la fundamentación de la citada demanda al afirmar que la obligación de compra resultaba contraria al artículo 85 del Tratado y formuló reconvención con el fin de conseguir una indemnización por daños y perjuicios. El TJ declaró que el artículo 85 del Tratado se opone a una norma de Derecho nacional que prohíbe a una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido de la citada disposición, solicitar una indemnización por daños y perjuicios como reparación de un perjuicio ocasionado por la ejecución del citado contrato por el mero hecho de que el autor de la solicitud sea parte en éste.

(6) A diferencia del caso *Courage*, que tenía su origen en un acuerdo vertical, el caso «*Manfredi*» es más próximo, desde una perspectiva fáctica, a los asuntos típicos de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia. Todo se inicia con la Resolución núm. 8546, de 28 de julio de 2000, de la *Autorità garante della concorrenza e del mercato* –AGCM–, que declaró que determinadas compañías aseguradoras habían aplicado un acuerdo ilegal cuyo objeto era el intercambio de información relativa al sector de los seguros. Este acuerdo permitió que dichas empresas coordinasen y fijasen las primas del seguro de responsabilidad civil de automóviles imponiendo a los usuarios incrementos considerables de las primas, no justificados por las condiciones del mercado y que los consumidores no podían eludir. El *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* y el *Consiglio di Stato* confirmaron en lo esencial la Resolución de la AGCM, recurrida por las compañías aseguradoras. Los demandantes en el litigio principal, entre los que se encontraba el Sr. Manfredi, interpusieron sus respectivos recursos ante el *Giudice di pace di Bitonto*, con objeto de que se condenase a cada compañía aseguradora demandada a restituirles el incremento en las primas del seguro pagado por ellos a causa de la concertación declarada ilegal por la AGCM. En este caso, se consideraba que el precio medio de las pólizas de seguro de responsabilidad civil de automóviles era un 20 % superior al que habría alcanzado si la concertación no hubiera alterado la competencia entre las compañías aseguradoras. El TJUE resolvió, entre otras cuestiones relevantes, que, el artículo 81 CE debe interpretarse en el sentido de que legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por dicho artículo y, cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación de dicho perjuicio.

por lo que el infractor responsable debe indemnizar⁽⁷⁾. En este contexto se puede afirmar que la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la competencia es, en estos momentos, una de las materias de mayor interés en el ámbito teórico y práctico en Europa⁽⁸⁾. En el ámbito teórico, por los relevantes retos conceptuales que plantea su aplicación. En el ámbito práctico, como consecuencia de la publicación de varias resoluciones de las autoridades de la competencia, principalmente de la Comisión Europea, que han estimulado a miles de operadores económicos en toda Europa a solicitar ante los órganos jurisdiccionales el pleno resarcimiento del daño que conductas anticoncurrenciales les han generado.

En efecto, el Derecho de la competencia europeo, probablemente, está viviendo su momento más trascendente desde su constitución. El paso de la aplicación pública a la aplicación privada ha generalizado su utilidad y, por tanto, su interés. Ha dejado de ser un Derecho especializado con un ámbito de aplicación restringido, tanto desde la perspectiva de los operadores económicos como de los juristas, para ser simplemente un Derecho especializado que puede afectar a cualquier operador económico y que, por extensión, interesa a todo jurista: no solo de Derecho privado, sino también de Derecho público, pues la Administración Pública suele ser una de las principales afectadas por la existencia de cárteles⁽⁹⁾. El Derecho de la competencia ha dejado de ser un Derecho que afecta e interesa a empresas con cierta cuota de mercado, para ser un Derecho que afecta a todo operador económi-

(7) En este sentido, HERRERO SUAREZ, C., «La trasposición de la Directiva de daños “anti-trust”. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de trasposición de la directiva», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, 2016, p. 151; también, ZURIMENDI ISLA, A., «La indemnización de los daños y perjuicios», *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, 2017.

(8) Como ya señalara LARENZ en su manual sobre «Derecho de obligaciones», el término «responsabilidad» es utilizado por los juristas y los legisladores en al menos tres sentidos distintos: i) responsabilidad en el sentido de obligación de indemnizar; ii) responsabilidad como sujeción del patrimonio del deudor al poder de agresión del acreedor; y ii) responsabilidad como modo de estar obligado. Como indica PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, 1996, pp 16 a 21, «responsabilidad» significa, en un primer sentido, «tener que responder» del daño sufrido por otra persona, resultando el responsable obligado a indemnizar dicho daño al perjudicado. En este sentido hablan de responsabilidad, entre otros los artículos 1102, 1103, 1107, 1591 o 1903 CC, mientras que en los artículos 1101 y 1092 CC se emplea con idéntico significado la terminología «estar sujeto u obligado a indemnizar o reparar el daño o los daños y perjuicios causados». Y este es el sentido con el que el término responsabilidad es utilizado cuando hablamos, por ejemplo, de responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva o responsabilidad por hecho ajeno. Por su parte, en un sentido completamente diferente, cuando se habla de «responsabilidad» formando binomio con «deuda» integrando la posición pasiva de la relación obligatoria, responsabilidad significa «sumisión al poder de agresión del acreedor» y, más en concreto, «sujeción del patrimonio del deudor o de parte de él al poder de agresión del acreedor» para hacer efectivo el crédito. En este sentido contempla la responsabilidad el artículo 1911 CC. Finalmente, cuando hablamos de responsabilidad directa o principal y de responsabilidad subsidiaria o de responsabilidad solidaria y de responsabilidad mancomunada, empleamos «responder» como otro modo de decir «estar obligado» y no necesariamente, aunque será lo más frecuente, a indemnizar daños y perjuicios. Se regresa al ámbito de la deuda, pero no solo para las deudas indemnizatorias, sino para deudas de cualquier objeto. Estas tres acepciones de la responsabilidad están presentes en la configuración legal y jurisprudencial de la responsabilidad por infracción del Derecho de la Competencia.

(9) De hecho, desde 2016 la CNMC ha desmantelado 10 cárteles en temas relacionados con contratación pública, donde el principal perjudicado es la Administración. La causa de este renacimiento y reformulación del Derecho de la Competencia obedece, en parte, al cambio que se ha producido respecto de los sujetos implicados.

co, por pequeño que sea, incluidos los consumidores y usuarios. Ello se ha evidenciado claramente en el conocido «cártel de los camiones» en el que miles de pequeños transportistas en toda Europa se han aventurado a demandar por daños y perjuicios; y en el cártel de los fabricantes de vehículos.

2018 fue el año de la eclosión de las acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia; el quinquenio 2019-2024 ha sido el de los años de su primera configuración jurisprudencial; y en un futuro no muy lejano se antoja que el Derecho de la competencia dejará de ser un Derecho de sanciones para convertirse en un Derecho de daños, como ya ocurre en otros sistemas jurídicos. Ahora bien, hay que comprender que estamos ante un nuevo «Derecho especial de daños». No puede olvidarse que la aplicación privada es Derecho de la competencia. Y, en estos momentos, toda su configuración se está creando y discutiendo en los tribunales, tanto nacionales como ante el propio TJUE, rasgando en muchas ocasiones las vestiduras del Derecho de daños clásico y corte nacional. Dicha tensión se debe a que su función y naturaleza es propia. Su función no es solo resarcir, sino también disuadir y proteger al beneficiario de los programas de clemencia. Ello incide ineludiblemente en su configuración legal y jurisprudencial, y lo aleja de los planteamientos tradicionales de las instituciones clásicas del Derecho de daños, obligando a adentrarse en la búsqueda y conocimiento de su significado como categorías propias del Derecho de la competencia.

Como nos estaba adelantando la jurisprudencia del TJUE, en cuatro Sentencias dictadas este 2019⁽¹⁰⁾, las viejas categorías del Derecho de daños de los derechos nacionales no solo no sirven para este ámbito, sino que, en algunas ocasiones, se oponen al principio de efectividad del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esto es algo que los jueces nacionales tienen que interiorizar. Como ha dejado entrever el TJUE, estos son procesos de aplicación de Derecho de la competencia, no de Derecho de daños. En puridad, no se ejercita una acción del Código civil, tal y como la hemos entendido y configurado jurisprudencialmente, sino la acción de daños de los artículos 101 y 102 TFUE, de conformidad con el principio de efectividad. Y, por tanto, los jueces nacionales deben hacer el esfuerzo de dejar de ser jueces de daños –que es a lo que están acostumbrados– para ser jueces de competencia.

En este contexto se comprende mejor cómo el régimen de responsabilidad civil en materia de Derecho de la competencia, tal y como queda configurado por la Directiva 2014/104/UE y la jurisprudencia del TJUE, unido al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria, y al de la prescripción, constituye 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⁽¹¹⁾–. Ello es algo inherente a la propia configuración del Dere-

(10) SSTJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17, caso Skanska; de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17, caso Cogeco; TJUE 29 de julio de 2019 asunto C 451/18, caso Tibor; y STJUE 12 de diciembre de 2019, asunto C-435/18, caso Otis II.

(11) 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». En contraste, en los Estados Unidos, los particulares tienen derecho a una indemnización que ascienda al triple del perjuicio que hayan sufrido a causa de la infracción de las leyes federales «*antitrust*» (los denominados «*treble damages*»); tanto la *Sherman Act* como la *Clayton Act* prevén que todo particular «*injured*

cho de la competencia, también en su aplicación privada, pues genera un efecto de «disuasión por exposición» a las posibles reclamaciones de daños. Este nuevo Derecho especial de daños configura de manera autónoma los conceptos de legitimación, tanto activa como pasiva; diluye muchísimo las categorías de imputabilidad, en especial la relación de causalidad; moderniza determinadas reglas de la prescripción; y prevé reglas específicas respecto de la prueba del daño y su cuantificación. En definitiva, hay que entender de dónde venimos y saber dónde estamos, para intuir hacia dónde vamos. En este momento todavía existen muchas incertidumbres, dado lo novedoso de este Derecho. Particularmente, hay que comprender que la naturaleza jurídica de la acción de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia es una cuestión teórica de gran trascendencia práctica. Como ahora se indicará, en el régimen previo a la trasposición de la Directiva no estamos ante una acción de daños y perjuicios, aunque tengamos que articularla a través del artículo 1902 CC, sino ante una consecuencia de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, por lo que se trata de Derecho de la competencia⁽¹²⁾.

En efecto, en el marco normativo previo a la trasposición de la Directiva, la LDC de 2007, a diferencia de la tradición histórica anterior⁽¹³⁾, no estableció un mecanismo para la reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia. Ello obliga a que las acciones de daños relativas a hechos acontecidos entre el 1 de septiembre de 2007 –fecha en que entró en vigor la LDC– y el 28 de mayo de 2017 –fecha en que entra en vigor la reforma operada por la Directiva 2014/104/UE, incorporando los nuevos artículos 71 y siguientes LDC– el vehículo jurídico para ejercitar la acción solicitando el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por la infracción del Derecho de la competencia, tanto nacional o europeo, sea el artículo 1902 del CC, por cuanto es el precepto general para la responsabilidad extracontractual en nuestro ordenamiento. Y la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la competencia es, por su objeto, siempre

in his business or property by reason of anything forbidden in the “antitrust” laws [...] shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee».

(12) En el mismo sentido, SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «La compensación privada de daños en supuestos de prácticas restrictivas de la competencia», *Mercado y Derecho de la Competencia. Reglas de actuación y funcionamiento*, Tirant lo blanch, 2021, quién apunta: «Por mucho que nos empeñemos en mantener un régimen asimilable al derecho español para abordar dicha cuestión e intentar determinar dicho vínculo de causalidad derivado de nuestra normativa (artículo 1902 CC, con anterioridad a la Directiva de daños y en asimilación posterior en su aplicación), es evidente que (...) las características concretas de este tipo de acciones las hacen particulares frente a nuestro sistema de acciones contractuales y extracontractuales pues participan de ambas posibilidades y se podrán dar en ambos supuestos o con ambos supuestos, pero que son en realidad simplemente el instrumento a través del cual se produce el daño, pues la realidad es que es la propia infracción de la normativa prohibitiva la que podrá dar lugar a dicha acción (sea cual sea el origen del producto o servicio) en tanto exista relación de causalidad entre esa infracción y el daño producido. Se infringe el mercado y se hace con relación contractual o no, pero la acción no deriva de ellas sino de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

(13) Ver, artículo 6 de la Ley 110/1963, de 20 de julio; y artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia.

extracontractual⁽¹⁴⁾. Incluso cuando se produce en el marco del cumplimiento de un contrato⁽¹⁵⁾.

Pero ello no significa –y ahí radica lo complejo del asunto– que se esté ejercitando una acción de daños nacional del artículo 1902 CC, y que, por tanto, se aplique al procedimiento toda su doctrina jurisprudencial clásica, o, mejor dicho, que se aplique sin tener en cuenta la jurisprudencia en materia de Derecho de la competencia, fundamentalmente en el ámbito europeo, cuando la infracción es también del artículo 101 TFUE. Sino que se está ejercitando una acción de daños por infracción del artículo 1 LDC o 101 TFUE instrumentalizada a través del precepto general del ordenamiento para la responsabilidad extracontractual. No es lo mismo. No estamos ante Derecho de daños, sino ante Derecho la competencia.

Por tanto, cuando en ausencia de una acción específica en Derecho de la competencia acudimos al 1902 CC es porque este precepto es –en nuestro ordenamiento– el vehículo a través del cual se tiene que canalizar la acción de daños por infracción del artículo 1 LDC y/o del 101 TFUE. Como ahora veremos, las funciones de estas acciones de daños no son simplemente resarcir, sino también disuadir, puesto que la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la competencia es concebida como un instrumento para mantener una competencia efectiva. Ello genera una serie de especialidades que afectan a conceptos clave de la responsabilidad civil, como el de «responsable», y/o a los propios presupuestos de la indemnización: tanto a la antijuridicidad, como al nexo causal y al daño. Téngase en cuenta que el Derecho de la competencia, a través de la jurisprudencia del TJUE, cuenta con conceptos jurídicos propios, distintos de los del Derecho privado clásico, como el concepto de «empresa», vinculado a la unidad económica, lo que es esencial para determinar el concepto de responsable civil; o la forma de entender y configurar el nexo causal, tras el caso *Otis II* –Sentencia del TJUE, 12 de diciembre de 2019, asunto C-435/18–, como una «causalidad suficiente», so pena de menoscabar el principio de efectividad, lo cual está muy lejos de la posición tradicional de la jurisprudencia española del artículo 1902 CC.

Esta posición ya ha sido refrendada por el TJUE en sus Sentencias de 6 de octubre de 2021, asunto C 882/19, caso *Sumal*, y de 14 de marzo de 2019, caso *Skanska*, C 724/17. Y esta conclusión –que las acciones de daños son Derecho de la competencia– es de la máxima importancia, no solo a efectos sustantivos o de contenido de la reclamación, sino también a efectos procesales, por ejemplo, para determinar el tribunal competente para conocer de este tipo de acciones.

(14) Se trata de un ilícito concurrencial, que afecta al mercado, con independencia de que se manifieste o articule a través de una relación contractual.

(15) En este sentido, por todos, en la doctrina, MASSAGUER FUENTES, J., «Sobrecostes soportados y sobrecostes repercutidos. Una contribución a la teoría de la responsabilidad civil indemnizatoria derivada de las infracciones del Derecho de Defensa de la competencia», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 322, 2021; en la jurisprudencia, por todas, STS núm. 344/2012 de 8 de junio. Plantea dudas respecto de ello, BAÑO FOS, J. M., «La prescripción de las acciones por responsabilidad derivada de la infracción del Derecho de la Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 24, 2011, pp 14 a 20.

III. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD, LA APLICACIÓN «*RATIONE TEMPORIS*» DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE Y EL CASO VOLVO

La aplicación «*ratione temporis*» de la Directiva 2014/104/UE trata de determinar si resultan de aplicación a los asuntos que están siendo tramitados en estos momentos ante los juzgados⁽¹⁶⁾ las reglas que han sido incorporadas a los Estados miembros con su trasposición, en nuestro caso, los artículos 71 y siguientes LDC; o, en caso de que no resulte de aplicación, delimitar qué régimen jurídico se aplica a este tipo de acciones en nuestro ordenamiento.

Pues bien, como ahora veremos, para deslindar el régimen jurídico aplicable a las acciones de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia es necesario acudir a las resoluciones del TJUE sobre la aplicación «*ratione temporis*» de la Directiva 2014/104/UE, traspuesta tardíamente en España por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, y que entró en vigor el 28 de mayo de 2017.

Desde una perspectiva normativa, para las cuestiones sustantivas, el artículo 22.1 de la Directiva establecía que: «Los Estados miembros se asegurarán de que las medidas nacionales adoptadas en virtud del artículo 21 a fin de cumplir con las disposiciones sustantivas de la presente Directiva no se apliquen con efecto retroactivo⁽¹⁷⁾». Por ello, la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-

(16) Singularmente, el conocido «cártel de camiones»: Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39824 – Camiones) (2017/C 108/05). Sobre ella, por todos, MARCOS FERNÁNDEZ, F., «Primeras Sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, núm. 26, 2020. Otra visión, en CARRASCO PERERA, A., «El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, núm. 25, 2019. Particularmente interesante resulta, MARCOS FERNÁNDEZ, F., «El efecto “marea” del cártel de fabricantes de camiones: Notas sobre la Sentencia del tribunal de distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021», *Estudios de la red académica de Defensa de la competencia*, Thomson-Aranzadi, 2022, quién destaca como la principal novedad de la Sentencia analizada es la concepción del cártel de fabricantes de camiones como un nuevo tipo de cártel. El autor señala que la Sentencia: «Siguiendo a Harrington y Schinkel considera que la singularidad de este cártel radica en que no tenía que haber un cártel de precios netos para que el mecanismo de cártel funcione (...) los fabricantes de camiones dan amplios ejemplos de competencia en estos niveles inferiores, por cuotas de mercado y demás. Puede que sea así porque el cártel solo tenía que acordar los precios brutos y luego todo se desarrollaba en sentido descendente porque sabían que todos los fabricantes trabajaban con un margen. Es como si la marea levantara todos los barcos. Cada uno de los barcos puede seguir subiendo y bajando con las olas, pero incluso el barco más bajo está un nivel más alto y esos son los precios más altos que pagan los compradores de camiones».

(17) La Directiva 2014/104 refleja el principio general establecido por el Tribunal de Justicia según el cual, contrariamente a las normas procesales, que, por regla general, se considera que se aplican a todos los litigios pendientes en el momento en que entran en vigor, las normas sustantivas se interpretan habitualmente en el sentido de que no se refieren, en principio, a «situaciones existentes» con anterioridad a su entrada en vigor. Según reiterada jurisprudencia, una norma jurídica nueva se aplica a partir de la entrada en vigor del acto que la contiene y, si bien no se aplica a las situaciones jurídicas nacidas y definitivamente consolidadas bajo el imperio de la antigua norma, sí se aplica a los efectos futuros de tales situaciones, así como a las situaciones jurídicas nuevas (principio de no retroactividad de los actos jurídicos). Véanse las Sentencias de 14 de abril de 1970, Brock (68/69, EU: C:1970:24), apartado 7, y de 10 de julio de 1986, Licata/CES (270/84, EU: C:1986:304), apartado 31.

ley 9/2017 estableció que: «Las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo».

Ahora bien, para la concreta determinación o aplicación práctica del principio de irretroactividad hay que acudir a las Sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17, caso «Skanska», y de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17, caso «Cogeco» –en la que el TJUE estimó que la Directiva 2014/104 no era aplicable «*ratione temporis*» a «hechos» producidos antes de la adopción y entrada en vigor de dicha Directiva–. Pero, sobre todo, resulta esencial la –sorprendente– Sentencia de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, caso «Volvo» –sobre la aplicación de los artículos 10 y 17, apartados 1 y 2 de la Directiva– por cuanto «estira» su posición anterior en sede de prescripción⁽¹⁸⁾. En ella el TJUE declara que cuando una disposición tiene la consideración de sustantiva, a efectos del artículo 22, apartado 1, la Directiva 2014/104/UE, esta norma resulta de aplicación, aunque se derive de una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de la citada Directiva y fue ejercitada después de la entrada en vigor de las disposiciones que transponen tal Directiva al Derecho nacional, en la medida en que el plazo de prescripción aplicable a esa acción en virtud de la regulación anterior no se había agotado antes de que expirara el plazo de trasposición de la misma Directiva.

En el caso «Volvo» el TJUE empieza recordando dos cuestiones. Por una parte, que, a diferencia de las normas de procedimiento que, en general, se consideran aplicables en la fecha en que entran en vigor, las normas de la Unión de Derecho sustantivo deben interpretarse con el fin de garantizar el respeto de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, en el sentido de que solo son aplicables a situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor en la medida en que de sus términos, finalidad o sistema se desprenda claramente que debe atribuírseles dicho efecto. Por otra, que, en principio, una norma jurídica nueva se aplica a partir de la entrada en vigor del acto que la establece. Si bien esta norma no se aplica a las situaciones jurídicas nacidas y consolidadas definitivamente bajo la vigencia de la norma anterior, sí se aplica a los efectos futuros de una situación nacida bajo la vigencia de la norma anterior, así como a las situaciones jurídicas nuevas. Únicamente no sucede así, sin perjuicio del principio de irretroactividad de los actos jurídicos, cuando la nueva norma lleva aparejadas disposiciones concretas que determinan específicamente su ámbito de aplicación temporal.

En el caso concreto de la Directiva 2014/104/UE el TJUE recuerda que ésta contiene una disposición particular que determina expresamente el ámbito de aplicación temporal de sus disposiciones sustantivas y no sustantivas: el artículo 22. Y partiendo del mismo fija el método para determinar la aplicación «*ratione temporis*» de sus disposiciones: primero, determinar si la disposición es sustantiva o no;

(18) Sobre el caso Volvo, MARTÍN MARTÍN, G., «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-267/20: ab Volvo y daf Trucks n. V. / Rm [2022] de 22 de junio», *Revista de Consumo y Empresa*, núm. 15, 2022; y MARCOS FERNÁNDEZ, F., *Prescripción y daño en las reclamaciones de daños...*, cit., quién señala que: «En su mayor parte, la sentencia objeto de este comentario sigue las detalladas conclusiones del AG Athanasios Rantos, presentadas el 28/10/21 (EU: C:2021:884), aunque introduce alguna variación significativa al pronunciarse sobre el alcance de la retroactividad establecida artículo 22.1 de la Directiva de daños. En ese punto, la solución adoptada por el TJUE coincide mayormente con la postulada por la Comisión Europea en sus Observaciones escritas al TJUE en el asunto (de 4/11/20)».

segundo, verificar si, en atención a las circunstancias del litigio principal, en las que la citada Directiva fue transpuesta tardíamente, la situación de que se trata, en la medida en que no pueda calificarse de nueva, se había consolidado con anterioridad a que expirara el plazo de trasposición de la referida Directiva o si tal situación continuó surtiendo sus efectos después de la expiración de ese plazo.

Sobre esta fundamentación, el TJUE, en el caso «Volvo», declara aplicable al cártel de los fabricantes de camiones el artículo 10 de la Directiva, sobre prescripción, que es una norma sustantiva: «De este modo, en tanto en cuanto el plazo de prescripción empezó a correr después de que expirara el plazo de trasposición de la Directiva 2014/104, es decir, después del 27 de diciembre de 2016, y continuó computando incluso después de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, adoptado para transponer esa Directiva, es decir, después del 27 de mayo de 2017, dicho plazo se agotó necesariamente con posterioridad a esas dos fechas. Parece, pues, que la situación de que se trata en el litigio principal seguía surtiendo sus efectos después de que hubiese expirado el plazo de trasposición de la Directiva 2014/104, e incluso después de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, que transpone tal Directiva. En la medida en que ello suceda en el litigio principal, extremo que corresponde verificar al tribunal remitente, el artículo 10 de dicha Directiva será aplicable *ratione temporis* al caso de autos».

También declara aplicable el artículo 17.1 de la Directiva relativo a la estimación judicial, que no es una normativa sustantiva, y que, por tanto, es de aplicación desde la fecha en que entra en vigor: «En el caso de autos, la acción por daños se ejercitó el 1 de abril de 2018, es decir, después del 26 de diciembre de 2014 y después de la fecha de trasposición de la Directiva 2014/104 al ordenamiento jurídico español. En consecuencia, ...el artículo 17, apartado 1, de esta Directiva es aplicable *ratione temporis* a dicha acción»⁽¹⁹⁾.

Pero, en cambio, declara que no es de aplicación el artículo 17.2 de la Directiva –presunción de daños en los cárteles–, porque, primero, califica la disposición como sustantiva⁽²⁰⁾, y, a continuación, declara que: «Dado que la existencia de un cártel es el hecho identificado por el legislador de la Unión como el que permite presumir la existencia de un perjuicio, habrá de verificarse si la fecha en la que finalizó el cártel en cuestión precede a la fecha en la que expiró el plazo de trasposición de la Directiva 2014/104, al no haber sido esta última transpuesta al Derecho español dentro de ese plazo. En el caso de autos, el cártel duró desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011. Así pues, dicha infracción finalizó antes de que expirara el plazo de trasposición de la Directiva 2014/104. En estas circunstancias, teniendo en cuenta el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104, procede considerar que la presunción *iuris tantum* establecida en el artículo 17, aparta-

(19) Como señala MARTÍN MARTÍN, G., *Comentario a la Sentencia...*, cit., p. 12, «lo que se estaba cuestionando realmente es hasta qué punto la estimación judicial puede ser reconocida en el cártel de los camiones por parte de los tribunales nacionales».

(20) En efecto, el TJUE, siguiendo al Abogado General, señala que una presunción legal no es únicamente una norma relativa a la carga de la prueba puesto que se refiere a la existencia misma del daño, que es uno de los elementos que configura el derecho subjetivo al resarcimiento. Se refiere, por tanto, a uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual. Al tratarse de una regla de «imputación» de responsabilidad al autor de la infracción, afecta a la situación jurídica de este. Por ello, considera que la norma ha de ser calificada como sustantiva y, por tanto, se aplica la norma de derecho intertemporal del apartado 1 del artículo 22 que declara la irretroactividad.

do 2, de esta Directiva no puede aplicarse *ratione temporis* a una acción por daños que, aunque fue ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones nacionales que transpusieron tardíamente dicha Directiva al Derecho nacional, se refiere a una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de trasposición de tal Directiva».

Cuestión distinta es qué ocurre con aquellos cárteles que se iniciaron antes de que expirara el plazo de trasposición de tal Directiva, pero que han estado vigentes un periodo tras su trasposición a los Estados Miembros⁽²¹⁾. En estos supuestos, teniendo en cuenta que los operadores conocían o debían conocer la existencia de la Directiva, y que a partir del momento de la trasposición el nuevo régimen ya resulta aplicable –y, por tanto, los infractores podían prever las consecuencias de la comisión del acto ilícito y, en particular, el nuevo régimen jurídico su responsabilidad civil–, en estas acciones de daños resultan de aplicación las nuevas reglas establecidas en los artículos 71 y siguientes de la LDC, con independencia de que en el momento de iniciarse el cártel la Directiva no resultase de aplicación. Es lo que se conoce como retroactividad impropia.

IV. EL RÉGIMEN APLICABLE A LAS ACCIONES DE DAÑOS NO SOMETIDAS A LA DIRECTIVA 2014/104/UE: EL «RÉGIMEN JURÍDICO AUTOSUFICIENTE»

Estas conclusiones anteriores nos llevan a analizar algunas cuestiones del régimen jurídico aplicable a las acciones de daños no sometidas ni a la Directiva 2014/104/UE ni a la normativa nacional derivada de su trasposición, ni al principio de interpretación conforme, por cuanto son las que mayor trascendencia están teniendo en estos momentos en los juzgados, como consecuencia del cártel de los camiones y del cártel de los fabricantes de automóviles. Y lo primero que hay que apuntar es que dicha circunstancia no significa que en España no contemos con un «régimen jurídico autosuficiente», en las que algunas de las principales soluciones de la Directiva ya estaban proclamadas por la jurisprudencia nacional y europea⁽²²⁾, tal y como ahora veremos: por ejemplo, la vinculación de los órganos judiciales civiles en el ámbito de acciones «*follow-on*»; la solidaridad entre coinfractores; los efectos de la interrupción de la prescripción en este régimen de solidaridad –solidaridad impropia–; las condiciones y requisitos que han de cumplir los informes periciales en este ámbito a efectos del cálculo y valoración del daño⁽²³⁾; las particu-

(21) Porque los cárteles iniciados después del 28 de mayo de 2017 no plantean problemas de aplicación temporal: se aplica la nueva normativa.

(22) Como expresamente recoge el considerando 12 de la Directiva: «La presente Directiva confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la Competencia de la Unión, especialmente en relación con la legitimación y la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y no prejuzga ninguna evolución posterior del mismo.»

(23) Como no vamos a entrar en las cuestiones procesales, resulta conveniente realizar alguna apreciación sobre el papel de los informes sobre la valoración y cálculo del daño en estos procedimientos, lo que nos sitúa en la STS núm. 651/2013, de 7 noviembre, caso azúcar. El planteamiento del TS arranca del reconocimiento de la complejidad de este tipo de cálculos. Por ello, consciente de «la

dades de la relación de casualidad en esta sede; y/o la aplicación de la doctrina del «*passing-on*» escudo o espada, es decir, el argumento de la repercusión del daño⁽²⁴⁾, tanto para defenderse, cuando el demandante ha repercutido íntegramente el daño a un tercero, como para atacar, legitimando activamente a un comprador indirecto que no adquirió directamente del infractor.

Además, hay que entender presente qué significa que no se aplique el principio de interpretación conforme a la Directiva 2014/104. Que la Directiva no resulte de aplicación, ni pueda utilizarse para interpretar el Derecho nacional con arreglo a las nuevas reglas que incorpora, no quiere decir que, si se aplica el artículo 101 TFUE –porque se ha infringido, como ocurre en el cártel de los camiones y de los fabricantes de vehículos–, no tenga que traerse a la resolución nacional del caso todo el acervo jurisprudencial del TJUE sobre la materia. Incluida la doctrina que se derivada de Sentencias posteriores a los hechos analizados, puesto que, como se ha dicho, el TJUE no crea Derecho, sino que lo interpreta y, por tanto, ofrece soluciones que siempre han estado en el precepto y, por ende, en el ordenamiento jurídico –también cuando se produjeron los hechos, aunque la solución en cuestión aún no se hubiese formulado por el TJUE–.

En este sentido, la «autosuficiencia» del régimen jurídico anterior a la Directiva –y su trasposición– ha sido proclamada por nuestros tribunales. Como ya estableciera una de las principales resoluciones, la Sentencia de la AP de Valencia núm. 4151/2019, de 16 de diciembre de 2019: «Nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de noviembre de 2013, anterior a la Directiva, ya definió los parámetros interpretativos aplicables por referencia a la jurisprudencia del TJUE, al enlazar el análisis de la cuestiones controvertidas (y en particular a la defensa del «*passing-on*» por la parte demandada) al «principio general del Derecho de la competencia de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, de 20 de septiembre de 2001, caso “Courage”, asunto C-453/99, y de la Sala Tercera, de 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04)». Y en defecto de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, afirmó que la cuestión había de resolverse aplicando «las normas de Derecho interno».

Ahora bien, hay que comprender correctamente qué significa «resolverse aplicando las normas de Derecho interno», sobre todo cuando se declara la infracción del artículo 101 TFUE. En el marco normativo previo a la trasposición de la Direc-

imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, [...] problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar» (FD7.º-3 de la STS de 07.11.2013 y véase también FD14.º de la STS de 08.06.2012), considera que lo exigible al informe pericial es «que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneo» (FD7.º-3 STS de 07.11.2013).

(24) Por todos, ESTEVAN DE QUESADA, C., «Oponibilidad y prueba de la defensa *passing-on* en las acciones de daños por infracción de las normas de competencia», *Daños y competencia: revisión de cuestiones candentes*, Tirant lo Blanch, 2021, pp 155 a 176.

tiva, la LDC de 2007, a diferencia de la tradición histórica anterior⁽²⁵⁾, no estableció un mecanismo para la reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia⁽²⁶⁾. Ello obliga a que las acciones de daños relativas a hechos acontecidos entre el 1 de septiembre de 2007 –fecha en que entró en vigor la LDC– y el 28 de mayo de 2017 –fecha en que entra en vigor la reforma operada por la Directiva 2014/104/UE, incorporando los nuevos artículos 71 y siguientes LDC– el vehículo jurídico para ejercitar la acción solicitando el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por la infracción del Derecho de la competencia, tanto nacional o europeo, sea el artículo 1902 del CC, por cuanto es el precepto general para la responsabilidad extracontractual en nuestro ordenamiento.

Pero, como se ha dicho, ello no significa que se esté ejercitando una acción de daños nacional del artículo 1902 CC, sino que se está ejercitando una acción de daños por infracción del artículo 1 LDC o 101 TFUE instrumentalizada a través del precepto general del ordenamiento para la responsabilidad extracontractual. No estamos ante Derecho de daños, sino ante Derecho de la competencia. Por tanto, cuando en ausencia de una acción específica en Derecho de la competencia acudimos al 1902 CC es porque este precepto es –en nuestro ordenamiento– el vehículo a través del cual se tiene que canalizar la acción de daños por infracción del artículo 1 LDC y/o del 101 TFUE.

En este sentido, cuando, como en el caso de los camiones o en el de los fabricantes de vehículos, se tiene que aplicar el artículo 1902 CC, lo que –en puridad– se ejercita es la acción que se deriva del artículo 1 LDC o 101 TFUE. Que, en ausencia de una acción específica en Derecho de la competencia, exige acudir a dicho precepto. Se trata, en definitiva, de Derecho de la competencia y no de Derecho de daños, aunque se esté aplicando de forma instrumental el precepto por excelencia del Derecho de daños de nuestro ordenamiento. Esta posición, como hemos dicho anteriormente, ya ha sido refrendada por el TJUE en su Sentencia de 6 de octubre de 2021, asunto C 882/19, caso Sumal.

La conclusión anterior –que estas acciones de daños son Derecho de la competencia– es de la máxima importancia, no solo a efectos del contenido de la reclamación, sino también a efectos de determinar el tribunal competente para conocer de este tipo de acciones respecto de hechos acontecidos antes de la trasposición de la Directiva. En particular, la competencia objetiva de los Juzgados de lo mercan-

(25) Ya el artículo 6 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, establecía que: «Los perjudicados por las prácticas restrictivas declaradas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la competencia podrán ejercitar acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil ordinaria en plazo no superior a un año, a contar del día en que sea firme la declaración del Tribunal». Por su parte, el artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, indicaba que: «La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles».

(26) Si bien, no puede decirse que el ordenamiento jurídico español haya sido ajeno a la aplicación privada de la competencia, MARCOS FERNÁNDEZ, F., «Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», *Global Competition Law Review*, vol. 6, núm. 4, 2013, pp 167 y ss.

til⁽²⁷⁾. En efecto, aunque se ejercite la acción de daños a través del artículo 1902 CC, no se está ejercitando una acción de daños ordinaria, sino una acción de daños por infracción del artículo 1 LDC y 101 TFUE. Que, en ausencia de previsión específica en la normativa –por el momento temporal en que acontecieron los hechos–, se instrumentaliza a través del artículo 1902 CC. Pero es Derecho de la competencia y, por tanto, el tribunal competente es el Juzgado de lo mercantil, por aplicación del artículo 86.ter.2) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En relación a la cuestión de la vinculación de las resoluciones de competencia en el ámbito civil, lo que subyace es si, en el marco de las acciones *«follow-on»* de daños por infracción del Derecho de la competencia, el demandante debe acreditar el presupuesto de la antijuridicidad o si, por el contrario, la antijuridicidad ya ha sido declarada y, por tanto, hay por acreditar simplemente los otros dos presupuestos de toda acción indemnizatoria: el nexo causal y el daño –que no son una cuestión menor–.

En este punto, como ya hemos visto, es necesario distinguir si el procedimiento ha sido europeo o nacional. En efecto, el artículo 16.1 del Reglamento (CE) n° 1/2003 proclama el efecto vinculante de las decisiones de la Comisión Europea, recogiendo las reglas previamente establecidas por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, caso *«Masterfoods»*⁽²⁸⁾. El problema está en que no teníamos una regla similar en nuestro ordenamiento, para cárteles de ámbito nacional, hasta la trasposición del artículo 9 de la Directiva en el actual artículo 75 LDC⁽²⁹⁾. Ahora bien, que *«ratione temporis»* no resulte de aplicación ni el artículo 9 Directiva ni el artículo 75 LDC no significa que no tengamos una doctrina jurisprudencial consolidada por el Tribunal Supremo que llega a idéntica solución: la vinculación del juez de lo mercantil a la resolución firme de la CNMC, o de la Audiencia Nacional y del TS, según el caso.

(27) Sobre las cuestiones de competencia judicial, PASTOR MARTÍNEZ, E., «Nada ha cambiado para el cártel de camiones: la competencia internacional en la STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17, *Lithuanian Airlines»*, *La Ley mercantil*, núm. 51, 2018.

(28) Respecto de la competencia para aplicar el artículo 101.1 TFUE a conductas anteriores al Reglamento 1/2003, la STJUE de 11 de noviembre de 2021, asunto C-819/19, caso *«Stichting Cartel Compensation»*, ha declarado que: «Los artículos 81 CE, 84 CE y 85 CE y el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, deben interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional es competente para aplicar el artículo 81 CE y el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en un litigio de Derecho privado relativo a una acción de indemnización de daños y perjuicios de la que conoce después de la entrada en vigor del Reglamento (CE) n. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE], a las conductas de empresas en el sector del transporte aéreo entre un Estado miembro y un tercer país distinto a Suiza que tuvieron lugar antes del 1 de mayo de 2004, a las conductas de empresas en el sector del transporte aéreo entre un Estado miembro y Suiza que tuvieron lugar antes del 1 de junio de 2002 y a las conductas de empresas en el sector del transporte aéreo entre un país del Espacio Económico Europeo que no es un Estado miembro y un tercer país que tuvieron lugar antes del 19 de mayo de 2005, aun cuando no se hubiera adoptado ninguna decisión con arreglo al artículo 84 CE o al artículo 85 CE por lo que respecta a esas conductas, siempre que las mencionadas conductas fueran susceptibles de afectar, respectivamente, al comercio entre Estados miembros y al comercio entre las Partes Contratantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo».

(29) Sobre el efecto vinculante en nuestro ordenamiento, por todos, SANCHO GARGALLO, I., «El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia», *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, Tirant lo Blanch, 2019, pp 21 a 38.

Tanto respecto de la única acción de daños que ha llegado hasta el momento al TS por un asunto nacional –STS núm. 651/2013, de 7 noviembre, caso azúcar–, como respecto de las acciones de nulidad –STS núm. 3879/2017, de 3 de noviembre de 2017, caso Mediapro; y STS núm. 191/2015, de 9 de enero de 2015, caso Sogecable–, el Alto Tribunal ha proclamado el principio de vinculación de las resoluciones firmes que declaran la infracción del Derecho de la competencia nacionales en el ámbito civil. Por tanto, en las acciones de daños cuyos hechos acontecieron antes de la trasposición de la Directiva 2014/104/UE, la firmeza de la resolución de la CNMC, en unos casos, de la AN, en otros, y del TS, en última instancia, produce efecto vinculante en sede civil y, por tanto, la antijuridicidad de la conducta ya se considera un hecho probado.

En relación con la legitimación activa en este tipo de procedimientos, tanto si resulta de aplicación el régimen de la Directiva como si no, la jurisprudencia europea ha proclamado –con carácter previo a la Directiva– el principio general del Derecho de la Competencia de que «cualquier persona» tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un incumplimiento del Derecho de la Competencia⁽³⁰⁾. Se trata de un principio intrínseco a los artículos 101 y 102 TFUE.

El término «cualquier persona» no es sinónimo de «comprador directo» ni «indirecto»⁽³¹⁾, sino que 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 de la Directiva, así como del propio acervo jurisprudencial del TJUE, se concluye que tienen legitimación activa no solo los compradores «directos» e «indirectos» de los infractores, sino cualquier otra «parte perjudicada». Esto es «la persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia». Por tanto, primero el TJUE, y luego la Directiva y el resto de ordenamientos nacionales con la trasposición, ha reconocido legitimación activa a todo aquél que pueda acreditar que ha soportado daño producido, directa o indirectamente, por el ilícito anticoncurrencial. Y se lo reconocerá a quién acredite, por la aplicación de la doctrina del *passing-on*, que «lo ha retenido en su patrimonio»⁽³²⁾.

(30) Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, caso Courage; y de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, caso Manfredi.

(31) Según el artículo 2 de la Directiva, se entiende por «comprador directo»: 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; y por «comprador indirecto»: 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.

(32) En este sentido nos pronunciábamos en MARTÍ MIRAVALLS, J., «La responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia», *Revista CEFLegal*, núm. 225, 2019, p. 21. Recientemente, con mayor autoridad, MASSAGUER FUENTES, J., *Sobrecostos soportados y sobrecostos repercutidos...*, quién, para los sobrecostos, señala que «solo son indemnizables los sobrecostos efectivamente soportados por el perjudicado, esto es, los sobrecostos que se han padecido y no se han repercutido a otros... Así, se diferencia entre sobrecostos soportados, esto es, afrontados por quien adquiere al infractor, de forma directa o indirecta, los bienes o servicios afectados por la infracción de defensa de la competencia o incluso por quien adquiere de un tercero que no es miembro de un cartel pero se beneficia del llamado *umbrella pricing* derivado del cártel para fijar sus precios; sobrecostos repercutidos o trasladados vía precio a sus clientes por el que los ha soportado al adquirir directa o indirectamente el producto o servicio en cuestión, y sobrecostos efectivamente soportados, que son los soportados pero no repercutidos en todo o en parte a otros. Solo estos últimos, cualquiera que fuere el eslabón de la cadena de suministro en el que se produzcan y tengan por tanto origen directo o indirecto en una tran-

Ello solo se comprende si se tiene presente el carácter disuasorio de la responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia. No hay que caer en errores dialécticos interesados que complican la «ratio» o configuración del derecho al pleno resarcimiento. El título que se posea, incluso su configuración jurídico-privada, es irrelevante a estos efectos. El término «cualquier persona» no se detiene en el título que se posea, por ejemplo, compra-venta (incluidas segundas compras), *leasing* (con o sin opción de compra), *renting*, etc. Lo relevante para el reconocimiento de los daños por infracción del Derecho de la Competencia es demostrar que se ha soportado y retenido parte del perjuicio derivado directa o indirectamente de un ilícito «*antitrust*» (*passing-on* espada⁽³³⁾). Ello se corrobora en la creación jurisprudencial de lo que se ha venido a denominar la doctrina del «efecto paraguas», en la Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2014, caso Kone, asunto C-557/12⁽³⁴⁾; y con la confirmación de «relación causal suficiente» como modalidad para analizar el presupuesto del nexo causal en esta sede, tras la Sentencia del TJUE, 12 de diciembre de 2019, caso Otis 2, asunto C-435/18⁽³⁵⁾.

sacción hecha con el infractor, son sobrecostes que constituyen daño emergente y en este sentido son susceptibles de ser indemnizados».

(33) Además, téngase en cuenta que, cuando se declara la infracción del artículo 101 TFUE, la determinación de qué personas pueden solicitar el pago de la indemnización por los daños ocasionados por una infracción del Derecho de la Competencia es un requisito constitutivo de la responsabilidad regulado por el Derecho de la Unión. La delimitación de las personas que pueden solicitar la indemnización no es una cuestión referente a los detalles de la aplicación concreta de una demanda de indemnización o una norma reguladora de la aplicación efectiva del derecho a solicitar la reparación, que atribuiría competencia para su delimitación o configuración a los Estados Miembros. Sino que la concreción de la persona que tiene derecho a solicitar la reparación de los daños causados por la infracción del Derecho de la Competencia de la Unión se rige directamente por el Derecho de la Unión y, por tanto, su desarrollo y configuración jurisprudencial corresponde al TJUE.

(34) En el caso Kone el TJUE declaró que las «víctimas» del «efecto paraguas», esto es, cualquier persona que sufrió «indirectamente» un perjuicio por el incremento de precios resultante de una infracción del artículo 101 TFUE, pueden solicitar la reparación de ese perjuicio mediante una demanda civil por daños –apartado 34–. Y consideró que el artículo 101 TFUE se opone a una norma nacional sobre causalidad que excluya de manera categórica la posibilidad de solicitar la reparación del daño ocasionado por el efecto paraguas –apartado 37–. En efecto, el TJUE ha declarado que la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («*umbrella pricing*») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel.

(35) En relación con el nexo causal –relación de causalidad–, la jurisprudencia europea –primero– y –luego el– legislador han establecido lo que se podría calificar como el «círculo virtuoso» sobre la causalidad en el Derecho de la Competencia Europeo. Esto es, como todo círculo virtuoso, una situación en la que una cosa conduce a la otra y ésta a la primera. La causalidad no es un concepto de Derecho europeo, correspondiendo a cada Estado «regular lo relativo a la aplicación del concepto de relación de causalidad», pero «siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad» que controla el TJUE. Y el hecho de que la última palabra sobre causalidad, pese a no ser un concepto de Derecho europeo la tiene el TJUE se evidencia en el caso Otis 2, donde el TJUE establece que: «las personas que no actúan como proveedores ni como compradores en el mercado afectado por el cártel deben poder reclamar la reparación del daño resultante del hecho de que, debido a ese cártel, tuvieron un perjuicio. Y en el caso concreto, se vieron obligadas a conceder subvenciones más elevadas que si el cártel no hubiera existido y, por lo tanto, no pudieron invertir esta diferencia de modo más lucrativo. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si ha sufrido tal perjuicio de forma concreta, examinando, en particular, si se tenía o no la posibilidad de realizar inversiones más

Por su parte, en relación con la legitimación pasiva⁽³⁶⁾, de la lectura conjunta de la Directiva y de las resoluciones judiciales del TJUE se concluye que solo pueden ser «responsables» de los daños causados por ilícito «*antitrust*» los calificados jurídicamente como «infractores» en resolución firme de una autoridad de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente. En efecto, todo el sistema de responsabilidad por daños configurado por el TJUE y por la Directiva se cimienta sobre la regla de que es «responsable» la «empresa» declarada «infractora». Así se ha pronunciado expresamente el TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2019, caso *Skanska*, apartado 31: «Pues bien, habida cuenta de que la responsabilidad del perjuicio resultante de las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia tiene carácter personal, incumbe a la empresa infractora responder del perjuicio causado por la infracción».

La consecuencia de esta calificación es de la máxima importancia y es lo que dota de singularidad a la legitimación pasiva en este ámbito respecto al Derecho de Daños tradicional. Ello por cuanto supone incluir en la sede de la acción de daños ejercitada toda la teoría del concepto «empresa» creada en el ámbito de la aplicación pública del Derecho de la Competencia y que, como ya hemos visto, diluye completamente las categorías de imputación en el Derecho de la Competencia⁽³⁷⁾. El punto de partida para desarrollar este apartado se encuentra en el apartado 47 del caso *Skanska*⁽³⁸⁾: «De ello se deduce que el concepto de “empresa”, en el sentido del artículo 101 TFUE, que es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, no puede tener un alcance diferente en el ámbito de la imposición por la Comisión de

lucrativas y, en caso afirmativo, si se aportan las pruebas necesarias de la existencia de un nexo causal entre dicho perjuicio y el cártel controvertido». El impacto de esta doctrina del TJUE es especialmente relevante en ordenamientos como el español, en los que tradicionalmente el TS ha mantenido una postura determinista de la causalidad, basada en la «certeza del daño», pues, como ya ha señalado la doctrina científica, en acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia esta concepción determinista de la causalidad (rayana a la certeza) puede impedir a no pocos potenciales perjudicados obtener el resarcimiento de los daños, en contra de las exigencias del principio de efectividad. En resumen, en Derecho de la Competencia las acciones de daños requieren de causalidad, pero no directa en sentido estricto, sino simplemente «suficientemente directa», desde la perspectiva de la causalidad material o física de los hechos. Y, además, la imputación se objetiviza en el infractor, bajo el criterio de la causalidad adecuada, pero sin necesidad de que exista un vínculo específico con el «objetivo de protección». Lo contrario, afectaría el principio de efectividad del Derecho Europeo. Tengan en cuenta que el Derecho de Daños se configura desde la perspectiva del perjudicado, pero el Derecho de la Competencia se configura desde la perspectiva del infractor. Y, por tanto, no se trata solo de resarcir, sino también de disuadir. La posición jurídica relevante en esta sede es la del infractor. Por ello, ni el derecho procesal ni las doctrinas nacionales sobre la causalidad pueden –ni deben– instrumentalizarse por los infractores para «desincentivar», en este caso, el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento y, por extensión, afectar al principio de efectividad de la Unión.

(36) Recientemente, PASTOR MARTÍNEZ, E., «Legitimación pasiva», *Daños y competencia: revisión de cuestiones candentes*, Tirant, 2021, pp. 105 a 134.

(37) Sobre ello, recientemente y para el ámbito de la aplicación privada, RUIZ PERIS, J. I., «La empresa como destinatario de las normas jurídicas europeas de competencia, principio de responsabilidad personal, unidad económica e imputación por control en acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia», *Daños y competencia: revisión de cuestiones candentes*, Tirant lo Blanch, 2021, pp 21 a 60; ídem. «Imputación por pertenencia a una entidad económica, fundada en el concepto funcionalmente unitario de empresa policorporativa de los artículos 101 y 102 TFUE», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, núm. 29, 2021.

(38) Ratificando esta doctrina, apartado 38 de la STJUE de 6 de octubre de 2021, asunto C 882/19, caso *Sumal*.

multas con arreglo al artículo 23, apartado 2, del Reglamento núm. 1/2003 y en el de las acciones por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión».

Como recientemente ha recordado la STJUE de 6 de octubre de 2021, asunto C 882/19, caso Sumal –apartados 39 y 41–, de la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, resulta que los autores de los Tratados optaron por utilizar este concepto de «empresa» para designar al autor de una infracción del Derecho de la Competencia, sancionable con arreglo a dicha disposición, y no otros conceptos como los de «sociedad» o de «persona jurídica». Con ello, al tener por objeto las actividades de las empresas, el Derecho de la Unión en materia de competencia consagra como criterio decisivo la existencia de una unidad de comportamiento en el mercado, sin que la separación formal entre diversas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, pueda oponerse a tal unidad a efectos de la aplicación de las normas de competencia⁽³⁹⁾. Por tanto, el concepto de «empresa» comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación, y designa, así, una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas⁽⁴⁰⁾. En consecuencia, cuando una entidad económica de este tipo infringe el artículo 101.1 TFUE, le incumbe, conforme al principio de «responsabilidad personal», responder por esa infracción, aunque formalmente esté configurado por varias personas jurídicas distintas⁽⁴¹⁾. Todo lo anterior significa que tienen legitimación pasiva todas las empresas declaradas responsables de la infracción, esto es, las que aparecen identificadas en la resolución, pero también, en régimen de solidaridad, todas aquellas otras sociedades, matrices o filiales, con las que las empresas declaradas responsables constituyan, a efectos del Derecho de la Competencia, una unidad económica en los términos expuestos⁽⁴²⁾.

Por su parte, la no aplicación «*ratione temporis*» de las nuevas soluciones legales para la responsabilidad recogidas en los artículos 11 Directiva 2014/104 y 73 LDC, que proclaman la responsabilidad conjunta y solidaria de los coinfractores por infracción del Derecho de la competencia, no significa que, con arreglo a nues-

(39) Véanse, Sentencias TJUE de 14 de julio de 1972, Imperial Chemical Industries/Comisión, 48/69, EU: C:1972:70, apartado 140, y de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C 217/05, EU: C:2006:784, apartado 41.

(40) En este sentido, Sentencias TJUE de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C 97/08 P, EU: C:2009:536, apartados 54 y 55, y de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C 516/15 P, EU: C:2017:314, apartados 47 y 48. Esta unidad económica consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla el artículo 101.1 TFUE –Sentencia TJUE de 1 de julio de 2010, Knauf Gips/Comisión, C 407/08 P, EU: C:2010:389, apartados 84 y 86–.

(41) En este sentido, ya nos habíamos pronunciado, antes de las resoluciones del TJUE, en el trabajo MARTÍ MIRAVALLS, J., *La responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia...*, cit., pp. 5 a 44. Para un detallado análisis de la cuestión, RUIZ PERIS, J. I., *Imputación por pertenencia a una entidad económica...*, cit. Sobre el caso Sumal, ver, GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Responsabilidad de la filial por los ilícitos anticoncurrenciales de la matriz (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021: Asunto C-882/19: Sumal)», *La Ley Unión Europea*, núm. 99, 2022.

(42) Como establecen los apartados 43 y 44 de la STJUE de 6 de octubre de 2021, asunto C 882/19, caso Sumal.

tras reglas internas y a las soluciones ofrecidas por el TJUE, la regla proclamada no sea la misma en los procedimientos cuyos hechos acontecieron antes de la trasposición de la Directiva. En efecto, en los procedimientos en los que se proclama la infracción del Derecho de la competencia realizada por una pluralidad de infractores existe una «conurrencia causal única», sin que sea exigible al perjudicado individualizar los respectivos comportamientos y establecer las distintas responsabilidades. Por ello, aunque no resulten de aplicación las reglas de Directiva, los coinfractores son conjuntamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción en el ámbito de la relación externa de la solidaridad, y sin perjuicio de la eventual distribución entre codeudores en el ámbito de la relación interna.

Ésta es la solución que ha proclamado la jurisprudencia europea y nacional en relación con el cártel de camiones, en el que no resulta de aplicación el régimen post-Directiva. Así, en el caso Tibor –STJUE 29 de julio de 2019, asunto C 451/18–, respecto de la responsabilidad solidaria derivada de la infracción, se dice expresamente en el apartado 36: «Por lo que se refiere al resto de circunstancias particulares señaladas por el órgano jurisdiccional remitente, relacionadas con el hecho de que Tibor-Trans solo entabló acciones judiciales contra una de las empresas implicadas en la infracción en cuestión y de quien no había adquirido camiones directamente, procede señalar, como hizo la Comisión, que una infracción única y continuada del Derecho de competencia implica la responsabilidad solidaria de sus autores. Por tanto, el hecho de que Tibor-Trans solo demandara a uno de los autores al que no había adquirido camiones directamente no desvirtúa las consideraciones expuestas en los apartados 31 a 33 de la presente Sentencia, con respecto a la regla de competencia establecida en el artículo 7, punto 2, del Reglamento núm. 1215/2012». En sentido similar, en nuestro ordenamiento, la mencionada Sentencia de la AP de Valencia núm. 4151/2019, de 16 de diciembre de 2019.

Por tanto, en los supuestos de infracción del Derecho de la competencia anteriores a la trasposición de la Directiva resulta de aplicación una solución específicamente extracontractual, alcanzada en interpretación yuxtapuesta de los regímenes de la responsabilidad extracontractual –art. 1902 CC– y de la solidaridad contractual –arts. 1137 y siguientes del CC–, que es la regla de solidaridad impropia, o responsabilidad «in solidum», como remedio de imputación para aquellos supuestos en los que el daño sufrido es consecuencia de la actuación conjunta y coordinada –en este caso, un cártel– por parte de los causantes del daño⁽⁴³⁾.

Si bien, el hecho de que no resulte de aplicación la Directiva sí tiene alguna consecuencia relevante, pero, en este caso, para los infractores. En particular para las pymes y el beneficiario del programa de clemencia en la aplicación pública del asunto. Y ello porque, en estos casos, no rige la regla de la exclusión de la solidaridad ni para las pymes ni, sobre todo, para los beneficiarios del programa de cle-

(43) Como ha establecido, en teoría general de responsabilidad, la STS núm. 709/2016, de 25 de noviembre: «La Sentencia de Pleno de 14 de mayo de 2003, reiterando doctrina jurisprudencial de las anteriores de 21 de octubre de 2002, 23 de junio de 1993, reconoció junto a la denominada “solidaridad propia”, regulada en nuestro Código civil (artículos 1.137 y siguientes) que viene impuesta, con carácter predeterminado, *ex voluntate* o *ex lege* otra modalidad de la solidaridad, llamada impropia u obligaciones *in solidum* que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, sin que a esta última especie de solidaridad le sean aplicables todas las reglas previstas para la solidaridad propia».

mencia, establecida en los artículos 11 Directiva 2014/104 y 73 LDC, apartados 2, 3 y 4 de sendos preceptos, por lo que no gozaran de los privilegios que se establecen ni en la relación externa ni en la interna de la solidaridad.

En todo caso, tanto si resulta de aplicación la Directiva como si no, toda «empresa» declarada «infractora» del Derecho de la competencia es «responsable» en régimen de solidaridad en sede de cárteles, frente a todo «perjudicado»: i) con independencia de si el perjuicio acontece en concepto de comprador directo o indirecto, propio o de otra empresa infractora, o si lo es por aplicación de la doctrina del «efecto paraguas»; y ii) con independencia de cuándo la empresa infractora es declarada «infractora» en resolución firme –momento en el que, a nuestro juicio, se inicia el «dies a quo» para el ejercicio de la acción⁽⁴⁴⁾–, que en un sistema como el nuestro puede acontecer, para un mismo cártel, en momentos distintos: esto es, con la resolución de la autoridad de competencia, si no se recurre la declaración de infracción y la calificación como infractora; con la resolución de la Audiencia Nacional, si no se recurre; o con la resolución de la Sala Tercera del TS. Esta circunstancia, la existencia de distintos momentos en los que puede nacer la acción frente a los infractores solidarios de un mismo cártel, no puede, en ningún caso, perjudicar el derecho de cualquier perjudicado. Y ello porque, por aplicación del régimen de solidaridad, todo perjudicado puede resarcirse de cualquier empresa infractora que haya participado en una misma infracción del Derecho de la competencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SOTO, R., «La aplicación privada del derecho de la competencia», *Competencia y acciones de indemnización: actas del Congreso Internacional sobre Daños Derivados de Ilícitos Concurrenciales*, Marcial Pons, 2013.
- BAÑO FOS, J. M., «La prescripción de las acciones por responsabilidad derivada de la infracción del Derecho de la Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 24, 2011.
- CARRASCO PERERA, A., «El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, núm. 25, 2019.
- ESTEVEAN DE QUESADA, C., «Oponibilidad y prueba de la defensa passing-on en las acciones de daños por infracción de las normas de competencia», *Daños y competencia: revisión de cuestiones candentes*, Tirant lo Blanch, 2021.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Responsabilidad de la filial por los ilícitos anticoncurrenciales de la matriz (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021: Asunto C-882/19: Sumal)», *La Ley Unión Europea*, núm. 99, 2022.
- HERRERO SUAREZ, C., «La trasposición de la Directiva de daños “antitrust”. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de trasposición de la directiva», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, 2016.

(44) En efecto, a nuestro juicio la doctrina fijada por la STJUE de 18 de abril de 2024, asunto C-605/21, caso Heureka, no resulta directamente trasladable a los supuestos de cártel y, menos aún, a los de cárteles enjuiciados en procedimientos nacionales, como, por ejemplo, ocurre con el cártel de los fabricantes de automóviles. No es equiparable la publicación de una resolución en el DOUE –con el efecto de publicidad material positiva que producido– con la mera publicación en la web de una institución administrativa o con la publicación en una web judicial como el Cendoj.

- KOMMINOS, A., *EC Private «antitrust» Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008.
- RUIZ PERIS, J. I., «El sistema europeo de compensación de daños en material de competencia», *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Tirant lo Blanch, 2018.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F., «Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», *Global Competition Law Review*, vol. 6, núm. 4, 2013.
- «El efecto “marea” del cártel de fabricantes de camiones: Notas sobre la Sentencia del tribunal de distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021», *Estudios de la red académica de Defensa de la competencia*, Thomson-Aranzadi, 2022.
- «Primeras Sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, núm. 26, 2020.
- MARTÍ MIRAVALLS, J., «La responsabilidad civil por infracción del Derecho de la Competencia», *Revista CEFLegal*, núm. 225, 2019.
- *Responsabilidad civil por la infracción del Derecho de la Competencia*, Tirant, 2022.
- MARTÍN MARTÍN, G., «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-267/20: ab Volvo y daf Trucks n. V. / Rm [2022] de 22 de junio», *Revista de Consumo y Empresa*, núm. 15, 2022.
- MASSAGUER FUENTES, J., «Sobrecostos soportados y sobrecostos repercutidos. Una contribución a la teoría de la responsabilidad civil indemnizatoria derivada de las infracciones del Derecho de Defensa de la competencia», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 322, 2021.
- PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, 1996.
- PASTOR MARTINEZ, E., «Legitimación pasiva», *Daños y competencia: revisión de cuestiones candentes*, Tirant, 2021.
- «Nada ha cambiado para el cártel de camiones: la competencia internacional en la STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17, Lithuanian Airlines», *La Ley mercantil*, núm. 51, 2018.
- RUIZ PERIS, J. I., «Imputación por pertenencia a una entidad económica, fundada en el concepto funcionalmente unitario de empresa policorporativa de los artículos 101 y 102 TFUE», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, núm. 29, 2021.
- «La empresa como destinatario de las normas jurídicas europeas de competencia, principio de responsabilidad personal, unidad económica e imputación por control en acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia», *Daños y competencia: revisión de cuestiones candentes*, Tirant lo Blanch, 2021.
- «Prologo» en *Derecho europeo de la competencia*, Tirant, 2017.
- SANCHO GARGALLO, I., «El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia», *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, Tirant lo Blanch, 2019.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «La compensación privada de daños en supuestos de prácticas restrictivas de la competencia», *Mercado y Derecho de la Competencia. Reglas de actuación y funcionamiento*, Tirant lo Blanch, 2021.
- ZURIMENDI ISLA, A., «La indemnización de los daños y perjuicios», *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, 2017.

